



Pontificia Universidad Católica de Valparaíso  
Facultad de Derecho  
Escuela de Derecho

Legitimidad y Poder Constituyente: un análisis crítico de la Constitución de 1980

Profesor guía: Dr. John Charney Berdichewky

Memorista: Jean Pierre Folatre Tapia

Valparaíso, 20 de junio de 2017

## Índice

<b>Introducción.</b>	<b>pág. 4</b>
<b>Capítulo primero: Legitimidad y poder constituyente: análisis, clasificación e interrelación</b>	
I. LA LEGITIMIDAD	
1. Breve referencia al origen semántico y desarrollo histórico del término.	<b>pág. 5</b>
2. Formulación conceptual de la legitimidad y de sus tipos	<b>pág. 7</b>
II. EL PODER CONSTITUYENTE	
1. ¿Qué es el Poder constituyente?	<b>pág. 11</b>
2. Titular, objeto y finalidad del poder constituyente.	<b>pág. 12</b>
3. Clasificación del poder constituyente.	<b>pág. 14</b>
III. IMPLICANCIAS JURÍDICAS ENTRE LA LEGITIMIDAD Y EL PODER CONSTITUYENTE	
1. La tensión eficacia-derecho-legitimidad.	<b>pág. 14</b>
2. Relación entre legitimidad y permanencia, en cuanto atributo de una norma constitucional.	<b>pág. 15</b>
3. La legitimidad democrática y el poder simbólico de la constitución: razones para cuestionar la permanencia de un orden constitucional en los tiempos actuales.	<b>pág. 17</b>
<b>Capítulo segundo: Origen, establecimiento y visiones acerca de la legitimidad de la Constitución Política de la República, de 1980</b>	
I. GÉNESIS DE LA C.P.R.	
1. Breve análisis histórico de los sucesos que condujeron a una dictadura cívico-militar en Chile a fines del siglo XX.	<b>pág. 20</b>
2. La constitución de la Junta de Gobierno de Chile y su asunción en el ejercicio del poder constituyente.	<b>pág. 22</b>
3. Estudio y trabajo en la concreción de la C.P.R.	<b>pág. 34</b>
II. ESTABLECIMIENTO Y CONSOLIDACIÓN DE LA C.P.R.	
1. El plebiscito de 1980 y el desasimiento del poder constituyente.	<b>pág. 37</b>

2.La validación judicial de los D.L. y la C.P.R.	pág. 40
3.La validación política de la C.P.R. y las reformas constitucionales.	pág. 44
III. LA LEGITIMIDAD DE LA C.P.R.	
1.Posiciones y argumentos que le reconocen legitimidad a la C.P.R.	pág. 52
2.Posiciones y argumentos que niegan la legitimidad de la C.P.R.	pág. 54
3.Alcances, problemas e implicancias que derivan de la antedicha discusión.	pág. 59
<b>Conclusiones de la presente investigación.</b>	<b>pág. 61</b>
<b>Bibliografía.</b>	<b>pág. 64</b>

## Introducción

Como prevención inicial al entrar al estudio de esta materia es preciso recalcar que nos encontramos ante un plano esencialmente polémico, el de la Teoría Política y Constitucional, el cual implicará en último término siempre una toma de posición respecto a un determinado tema en estudio, fenómeno que toma mucha más importancia que en otras áreas del estudio del Derecho.

La Constitución Política de la República de Chile, del año 1980, es la Carta Fundamental en la que se basa conformación política nuestro país y los derechos fundamentales de los que toda persona goza en nuestro territorio. Sin embargo, durante toda vida política ha sido objeto de críticas en torno a su legitimidad, atendiendo las circunstancias históricas de su gesta y aprobación.

Es por esto que haremos un estudio de la Constitución de 1980 en su dimensión de legitimidad, relacionando dicho concepto con el de poder Constituyente. En virtud de dicho examen es que sopesaremos los antecedentes históricos, políticos y jurídicos en que ella se sustenta para ver si adolece o no de vicios de legitimidad que plantean como válidas y necesarias las pretensiones de un cambio total a nivel constitucional, por medio de la dictación de una nueva constitución para nuestro país mediante el ejercicio del poder constituyente originario.

Así, el objetivo de esta memoria es esclarecer cual es la importancia que tiene la legitimidad (y su ausencia) en el ejercicio del poder constituyente como fenómeno fundante de un orden social y sus implicancias jurídicas a nivel constitucional.

El presente trabajo estudiará, en primer término, la bibliografía más autorizada en materia de legitimidad y poder constituyente, haciendo un esfuerzo intelectual por sistematizar ambas nociones y su impacto en la constitución de un Estado en cuanto regla de Derecho.

En segundo término, se centrará en el análisis en concreto de la Constitución chilena de 1980, tanto desde la perspectiva de su establecimiento por parte de la Junta de Gobierno y de los instrumentos de que se valió para tal efecto, así como también sus ulteriores consecuencias en el actual plano político constitucional chileno y las posiciones que se tienen en torno al tema.

En último término, concluirá con un examen de nuestra Constitución a la luz de las categorías estudiadas, con la finalidad de cuestionar la legitimidad de nuestro actual orden fundamental.

## Capítulo primero: Legitimidad y poder constituyente: análisis, clasificación e interrelación.

*“El problema del Derecho natural, es el eterno dilema de lo que está tras el Derecho positivo. Y quien busca una respuesta no encuentra —me temo— ni la verdad absoluta de una metafísica, ni la justicia absoluta de un Derecho natural: quien alza el velo y no cierra los ojos, es deslumbrado por la Gorgona del poder”*

H. Kelsen<sup>1</sup>

Este primer capítulo se encargará de estudiar los conceptos de legitimidad y de poder constituyente, como estos nacen y se desarrollan en el vocabulario jurídico, las distintas clases o tipos que se pueden identificar a partir de dicha evolución y finalmente cómo se relacionan ambos conceptos y qué efectos tiene en una constitución.

### I.-LA LEGITIMIDAD

#### 1. Breve referencia al origen semántico y desarrollo histórico del término.

La legitimidad es un concepto de amplia y diversa significación el cual aparece con mayor fuerza desarrollado en el campo de Teoría Política y Constitucional<sup>2-3</sup>; de esta forma, es necesario hacer un resumen de cuáles han sido las diversas concepciones que se han tenido respecto a ella. En razón de ello es que se explicará el origen del término, así como también cómo esta noción ha evolucionado con el paso del tiempo.

La palabra legitimidad viene del latín *legitimus*, y originalmente daba cuenta de la conformidad dada entre una determinada situación social y la legalidad vigente. Legitimidad, entonces, en este primer estadio de desarrollo, la podemos identificar con el derecho y la legalidad: es legítimo lo que es conforme a Derecho; esta misma idea se mantiene durante la Edad Media, haciendo especial énfasis en la legitimidad basada en el derecho consuetudinario de la época<sup>4</sup>.

A finales del medioevo, la idea de legitimidad se comienza a considerar en razón a la relación que esta presenta con el poder político, su origen y ejercicio, vinculado con la idea de la participación comunitaria: comienzan a construirse las primeras nociones de legitimidad que sustentan la teoría democrática del poder, cuyos principales postulados los

---

<sup>1</sup> Cita extraída de VITA, Leticia, *La Legitimidad del Derecho y del Estado en el pensamiento jurídico de la República de Weimar: El concepto de Legitimidad en Hans Kelsen, Carl Schmitt y Hermann Heller*, Tesis para optar al grado de doctora en derecho por la Universidad de Buenos Aires (2012), p. 107.

<sup>2</sup> Un buen análisis sobre este punto lo podemos encontrar en LÓPEZ HERNÁNDEZ, José, El concepto de legitimidad en perspectiva histórica, en Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho 18 (2009), pp. 153-166 [disponible en internet: <https://ojs.uv.es/index.php/CEFD/article/download/116/124>].

<sup>3</sup> La legitimidad es un concepto que también es objeto de especial (y hasta cierto punto, inevitable) estudio de la Filosofía del Derecho. En este sentido, haciendo también un estudio desde esta óptica, véase DEL HIERRO, José Luis, *Legitimidad y legalidad*, en *Eunomía. Revista en cultura de la legalidad* 4 (2013), pp. 179-186 [disponible en internet: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/download/2103/1036>].

<sup>4</sup> LÓPEZ HERNÁNDEZ, José, cit. (n.2) p. 156.

encontramos en Locke y Rosseau<sup>5</sup>. En este sentido, la legitimidad se entiende como la conformidad o correspondencia social con el origen y ejercicio del poder en el ámbito político. La legitimidad es la fuente y medida de la legalidad, invirtiéndose así el paradigma de adecuación recién estudiado.

Ya en la edad moderna, y hasta principios del siglo XX, surgen visiones contrapuestas de qué se entiende por legitimidad; unos sostenían que era la razón de ser del reconocimiento de las monarquías absolutas (es decir, quienes adherían a la doctrina del origen divino del poder); otros, en cambio, postulaban que era el fundamento de las nacientes repúblicas democráticas decimonónicas (adherentes a la doctrina de la soberanía popular). *“Esta polémica surgió en el Congreso de Viena (1814-1815). Allí se reclamó la legitimidad y el reconocimiento internacional para las dinastías históricas que ocupaban el trono a través de la herencia, en contra de la legalidad instaurada por la Revolución francesa en la Constitución y en el Código de Napoleón. Con la restauración monárquica se enfrentaron en toda Europa dos concepciones de legitimidad”*<sup>6</sup>.

Posteriormente, la legitimidad alcanza su apogeo como tópico a inicios del siglo XX de la mano de autores como Max Weber, Hans Kelsen, Carl Schmitt, entre otros<sup>7</sup>. La legitimidad en esta época, para algunos, es la identificación plena con la legalidad vigente, la que a través de mandatos impersonales y órdenes de autoridad dictadas conforme a dichas reglas, garantizan la creencia de la validez de una agrupación política en cuanto estructura de poder (en razón de lo cual a esta corriente se le ha denominado normativista)<sup>8</sup>. Para otros (dentro de los cuales destaca Carl Schmitt), sin embargo, la legitimidad no se reduce a la mera legalidad, por ser incapaz de dar solución a los problemas políticos graves de una época, abriendo la puerta a los totalitarismos en la formación de la ley por carecer esta de sustantividad, al ser formalismo puro de mayorías; es así como defiende la idea que la legitimidad se identifica con la decisión política, carente de racionalidad y justificación intrínseca, ya que es la única que permite al hombre disfrutar de un ámbito de libertad lo suficientemente alejado de la misma como para perder el temor del Estado totalitario y caos en el que puede devenir uno fundado en un sistema de legitimidad puramente formal de mayorías transitorias<sup>9</sup>.

Actualmente la legitimidad y sus nociones giran en torno a la idea de democracia, siendo considerado por muchos su principal fundamento. *“A través de esta línea ha transcurrido el debate sobre la legitimidad en la segunda mitad del siglo XX. Más allá del legalismo formal y del decisionismo autoritario, la legitimidad hoy se basa tanto en la formalidad de los procedimientos democráticos (legalidad) como en el contenido material de las decisiones y normas jurídicas (justicia)”*<sup>10</sup>. Esta legitimidad ya no se perfila, según algunos autores (J. Habermas, entre otros), en la creencia de la legitimidad racional

---

<sup>5</sup> *Ibíd.*, p. 157.

<sup>6</sup> *Ibíd.*, pp. 157-158.

<sup>7</sup> *Ibíd.*, p. 158.

<sup>8</sup> *Ibíd.*, p. 159.

<sup>9</sup> *Ibíd.*, p. 160.

<sup>10</sup> *Ibíd.*, p. 161.

puramente formal del sistema jurídico, sino en una dotada de un núcleo moral fundamental implícito en sus reglas procedimentales, por una parte, y en la discusión racional de los argumentos que dotarán de contenido moral las decisiones deliberadas, por otra, pudiendo así predicar una legitimidad real del sistema legal<sup>11</sup>.

## 2. Formulación conceptual de la legitimidad y de sus tipos

Hecho este análisis de lo que se ha entendido por legitimidad, se hace necesario definir el alcance de los términos que vamos a utilizar en el presente trabajo. Este estudio aborda el concepto de legitimidad desde una perspectiva polisémica, es decir, dándole más de un sentido a dicho concepto, distinguiendo, a saber, un sentido amplio y uno restringido<sup>12</sup>.

En primer lugar, entenderemos que la legitimidad, en un sentido amplio, es aquel atributo predicable de un determinado orden social en virtud del cual este se entiende suficientemente justificado en cuanto estructura de poder. Vale la pena hacer unas precisiones respecto a este sentido de la legitimidad:

Por un lado, al decir que es un atributo, nos referimos a que es una cualidad distinguible dentro de dicho orden social, pudiendo conservarla o perderla en algún momento de su vida política, ya sea conforme al paso del tiempo o bien a la adhesión (o rechazo) de aquel a un determinado sistema de ideas o valores. A esto le llamaremos mutabilidad<sup>13</sup>.

Por otro lado, cuando hablamos de una justificación suficiente, nos referimos no solo a la mera correspondencia material entre el mandato de un sujeto de autoridad (ya sea normativo o fáctico) con una situación o conducta en el plano de la realidad de aquel orden

---

<sup>11</sup> *Ibíd.*

<sup>12</sup> La distinción que aquí se ofrece se construye sobre la base de dos corrientes de ideas: por una parte, recoge en primer lugar los planteamientos de Norberto Bobbio en orden a distinguir la legitimidad en dos sentidos, uno genérico y otro específico, véase. BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco, *Dizionario di politica* (4ª edición, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 2016); así como los postulados por dicho autor respecto el paralelismo conceptual existente entre la Teoría del Poder y la Teoría de la Norma Jurídica, a partir de la cual se habla de legitimidad como la titularidad del poder, oponiéndola a la noción de legalidad, entendida para esos efectos como su correcto ejercicio, véase MONTOYA BRAND, Mario, *Derecho y política en el pensamiento de Bobbio: una aproximación*, en *Estudios Políticos* 26 (2005) [disponible en internet: <http://aprendeonline.udea.edu.co/revistas/index.php/estudiospoliticos/article/download/1407/1452>]. Por otra parte, la segunda corriente de ideas que recoge esta distinción se centra en los postulados de Jürgen Habermas, en cuanto dicho autor concibe la legitimidad como un “hecho de merecimiento de reconocimiento por parte de un orden político”, véase HABERMAS, Jürgen, *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío* (Amorrortu Editores, Buenos Aires, 1986), p. 127-131, cit. por DEL HIERRO, José Luis, cit. (n. 2) p. 181-182

<sup>13</sup> BOBBIO, Norberto, *Teoria della Norma Giuridica* (Giappichelli, Torino 1958), p. 35, cit. por DEL HIERRO, José Luis, cit. (n. 2), p. 182.

social, sino que además, tal correlación comprende la existencia de un conjunto de condiciones preexistentes en dicho orden para conformar esa relación de poder, cuyo producto es la convicción compartida entre gobernantes y gobernados de que aquella disposición de los derechos y deberes en la comunidad política se reconoce como correcta y necesaria. A esto le llamaremos justificación<sup>14</sup>.

Las condiciones preexistentes que comentamos vienen dadas según el estado de mutabilidad del orden, es decir, las concretas condiciones sociales del mismo en un momento dado de su vida como organización humana. Para que exista justificación y, en consecuencia, legitimidad, se hace necesario determinar cuáles son estas condiciones, para luego verificar su existencia efectiva en el establecimiento de aquel orden y la relación de poder que va envuelta en este. Reservaremos el desarrollo de este punto para más adelante (ver infra III. 3).

En segundo lugar, podemos hablar de legitimidad en un sentido restringido (o bien, legitimidad-titularidad), con la cual nos referimos a aquella voluntad que se entiende suficientemente justificada para decidir sobre las cuestiones fundamentales de la vida de una determinada comunidad política y que es reconocida por esta como tal. La justificación en este caso viene dada por el derecho que los miembros de una comunidad le otorgan a aquella voluntad para determinar la vida de los mismos a través de una específica forma de asociación política.

Hechas estas precisiones conceptuales, pasaremos a clasificar la legitimidad en sus distintos sentidos atendiendo a diversas perspectivas:

a) Clasificaciones de legitimidad en su sentido amplio:

**Atendiendo a su fuente, la legitimidad puede ser normativista o bien decisionista.**

Esta distinción, cuyas raíces se remontan al pensamiento alemán de mediados del siglo XX, discurre sobre la necesidad de la existencia de una norma jurídica válida y previa que justifique la legitimidad de un orden jurídico.

La legitimidad normativista reconoce todo aquello dentro de un orden normativo se entiende válidamente creado conforme al mismo, mediante un procedimiento contenido en una norma de alcance más general y de rango superior a la que se crea (principio de autojustificación) cuyo punto de cierre viene dada por la constitución del Estado. *“En definitiva, la legitimidad se identifica con la legalidad. Así, a partir de un modelo de entender al derecho basado en la neutralidad valorativa y el relativismo ético, llegamos a la conclusión que el derecho –y el Estado- son obedecidos porque sus normas se*

---

<sup>14</sup> LEGAZ LACAMBRA, Luis, *Legalidad y Legitimidad*, en *Revista de Estudios Políticos* 101 (1958) p. 8 [disponible en internet: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2129414.pdf> ].



*corresponden con el procedimiento fundado, en última instancia, en la Norma Fundamental*<sup>15</sup>.

La legitimidad decisionista, en cambio, plantea la posición opuesta: la legitimidad se basta a sí misma, incluso sin norma alguna en la cual se pueda fundar, para establecer un orden normativo de derecho; ella reconoce su razón de ser en elementos extra jurídicos (principio de heterojustificación) y especialmente con la idea de decisión política. “*Los elementos irracionales de esta concepción política, y en definitiva, de su concepto de legitimidad se encuentran fundamentalmente en su noción de decisión –último fundamento de todo el orden jurídico y político- pero también en los ejes centrales de su idea de democracia plebiscitaria. En primer lugar, su noción de decisión como un elemento que en términos normativos surge de la nada. Su origen no se encuentra en un determinado procedimiento de toma de decisiones, sino en el contexto en el que es tomada: la excepción. La decisión es creada ex nihilo por la voluntad del legislador y la validez de ese orden creado no se fundamenta en su contenido, sino en la decisión misma*”<sup>16</sup>.

Como ya se adelantó, hoy ambas nociones son tomadas como extremas, toda vez que la legitimidad, cuanto atributo social, no puede ser concebida actualmente con la prescindencia de alguno de estos elementos sin recaer en posiciones actualmente superadas<sup>17</sup>.

#### **Atendiendo a su relación con el poder, podemos hablar de legitimidad de origen y legitimidad de ejercicio.**

Al hablar de la primera, nos referimos a la competencia del poder, es decir, quien o quienes están llamados a poder determinar la diversa gama de condiciones, derechos y deberes en el plano social de manera válida. Aplicando nuestro esquema de trabajo, las nociones de legitimidad de origen y legitimidad en sentido restringido (y para efectos de esta clasificación, simplemente legitimidad) se miran como equivalentes, considerando ambas al poder desde una perspectiva atributiva.

La legitimidad de ejercicio, por su parte, dice relación con la actividad en el poder, sus potestades y sus límites. En dichos términos y aplicando nuestra metodología, legitimidad de ejercicio y legalidad son equivalentes, por cuanto ambas consideran al poder desde una perspectiva operativa.

*“Desde el punto de vista del soberano, la legitimidad es lo que fundamenta su derecho, la legalidad es lo que establece su deber. Desde el punto de vista del ciudadano, al contrario, la legitimidad es el fundamento de su deber de obedecer; la legalidad es la*

---

<sup>15</sup> VITA, Leticia, cit. (n.1) p. 110.

<sup>16</sup> *Ibíd.*, p. 172.

<sup>17</sup> LÓPEZ HERNÁNDEZ, José, cit. (n.2) p. 161.

*garantía de su derecho de no ser oprimido. Todavía más: lo contrario del poder legítimo es el poder de hecho, lo contrario del poder legal es el poder arbitrario”<sup>18</sup>.*

b) Clasificaciones de legitimidad en su sentido restringido

**Desde la perspectiva de su motivación, la legitimidad puede ser legal-racional, tradicional o carismática.**

Esta clasificación nos es ofrecida por Max Weber<sup>19</sup>. “Esta tipología de la dominación responde a los motivos por los cuales los hombres están dispuestos a obedecer o tolerar la autoridad (...)”<sup>20</sup> y en virtud de ella se plantean, en palabras de su autor, “tipos puros” de legitimidad, la cual consiste en una tripartición de las formas de la misma atendiendo a su fuente, entre aquello que viene dado por la ley, por la costumbre y por el encanto de la personalidad (carisma), respectivamente. La convergencia recíproca de todas ellas permite sustentar los modelos reales de organización de poder.

Si bien esta clasificación resulta muy ilustrativa, la verdad es que contemporáneamente la principal forma en que esta perspectiva de la legitimidad es vivida es la legal-racional. Sin embargo, no podemos sino reconocer que esta clase de legitimidad coexiste en la realidad, en distintos grados y aun de manera tangencial, con la legitimidad tradicional y la legitimidad carismática<sup>21</sup>.

**Desde la perspectiva de su generación, la legitimidad puede ser democrática o autocrática.**

Esta clasificación responde a la forma cómo es creada la legitimidad, atendiendo a si es obra de un pueblo que actúa de manera conjunta, libre e igual, determinando, por medio de una decisión deliberada y mayoritaria, quien debe ser el depositario del derecho a decidir sobre la vida de los mismos; o si, por el contrario, dicha decisión emana de un grupo más o menos reducido del mismo, por medio de la fuerza, el fraude o el sabotaje institucional, cuya aspiración final es contar en el futuro con la aquiescencia del resto del cuerpo social que no participe en dicha determinación. La primera es denominada legitimidad democrática y toda otra, por oposición a esta, autocrática.

---

<sup>18</sup> BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo, *Origen y Fundamentos del Poder Político* (traducción de José Fernández Santillán, Grijalbo, México, 1984), cit. por DELGADO OCANDO, José Manuel, *Razón jurídica: legalidad y legitimidad*, en *Frónesis* 1 (1994) 2, p. 185 [disponible en internet: <http://produccioncientificaluz.org/index.php/fronesis/article/download/16339/16311>].

<sup>19</sup> WEBER, Max, *Economía y sociedad* (2ª edición, traducción de José Medina Echavarría et al, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 2002).

<sup>20</sup> CHUMIOQUE HIDALGO, Enrique, *Las formas de legitimidad de la dominación según Max Weber*, en SOBREVILLA, David (a cura di), *Legalidad y legitimidad en el sistema jurídico y político*, Tesis para optar al grado de doctor en derecho por la Universidad de San Martín de Porres (2008), p. 23.

<sup>21</sup> *Ibíd.*, p. 27.

Actualmente, la legitimidad democrática es la única forma admisible de concebir y determinar este poder, ya que solo ella no carece de buenas razones para ser aceptada, por parte de los gobernados, como una forma necesaria de regulación de la vida en comunidad que permita el goce pleno de los posibles derechos que de ella emanen, sin que constituya la democracia, en cuanto condición necesaria pero a su vez insuficiente, un sometimiento injusto respecto del poder político<sup>22</sup>.

*“Este modelo formativo de voluntad política y ciudadana podemos hacerlo extensible a cualquier proceso de construcción política nacional o internacional (...)”*<sup>23</sup>.

Consideramos a este respecto que este particular tipo de legitimidad-titularidad, la legitimidad democrática, es el único que logra contemporáneamente satisfacer de manera (más o menos) plena el conjunto de valores y principios que presuponen el establecimiento de una relación de poder en términos lo suficientemente racionales como para aceptar que dicho orden social es expresión (y por tanto reconducible a) la voluntad ciudadana prestada libre y conscientemente, que en concurso con las demás voluntades, conforman un orden fundado en el principio de autodeterminación humana. En el plano jurídico dicha ordenación básica se concreta en la constitución de una Nación, por medio del ejercicio del pueblo del poder constituyente (ver infra, III, 3).

De esta circunstancia se sostiene que solamente pueda actuar legítimamente el poder público cuando lo hace de forma democrática, en el entendido de que, por considerarse la democracia el mejor mecanismo de la expresión del conjunto de ideas y valores subyacentes en la vida de una sociedad civilizada (conformado por las personas del pueblo) como matrices del ordenamiento político institucional, toda forma al margen de dichas concepciones supone una forma de dominación irreconciliable con los actuales patrones de convivencia política internacional que conciben a la persona humana como un ente racional, libre y digna, capaz de trazar la senda de su propio destino.

Sin embargo, los modelos de legitimidad autocráticos<sup>24</sup> han servido para sustentar regímenes autocráticos que efectivamente se dan en la realidad por medio de distintas formas antidemocráticas de político (como las dictaduras), teniendo impactos sustanciales en las relaciones de poder que se conformen en lo sucesivo al interior del régimen. Por tanto su estudio no puede menos que realizarse, pero siempre desde una perspectiva crítica a la luz de los postulados que el sistema democrático ofrece como puerta a la común unión de pareceres en miras a la creación orden social más justo que nuestras contemporáneas sociedades pueden aspirar.

---

<sup>22</sup> DEL HIERRO, José Luis, cit. (n. 2), p. 183.

<sup>23</sup> AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique, *El poder constituyente, la legitimidad democrática y el pacto constitucional en la teoría política contemporánea*, en *Revista de Estudios Jurídicos* 11 (2011), pp. 23-24, [disponible en internet: [revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rej/article/download/628/556](http://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rej/article/download/628/556)].

<sup>24</sup> Para un análisis desde esta perspectiva, a través de los distintos tipos de Estado a los que puede dar lugar, véase SCHMITT, Carl, *Legalidad y legitimidad* (traducción de José Díaz, Editorial Aguilar, Madrid, 1971).

## II. EL PODER CONSTITUYENTE

### 1. ¿Qué es el Poder constituyente?

Cuando hablamos del poder constituyente, en principio nos referimos a aquel poder prejurídico de carácter supremo y absoluto que establece las bases fundamentales (tanto dogmáticas como orgánicas) de todo ordenamiento jurídico; es el punto de partida (y término, desde cierta óptica) de la legalidad y de la cual, a su vez, es su fundamento común y último; es el acto que da vida al Estado como asociación política y el cual lo dota de su fisonomía jurídica, determinando sus potestades (los llamados poderes constituidos) y límites (principalmente, los derechos fundamentales).

Históricamente así fue concebido por *Sieyès*, como una síntesis entre el principio de indivisibilidad de la soberanía popular y el principio de separación de los poderes del Estado, a partir del cual sostiene que una Nación es soberana en la medida de que pueda darse una constitución, y que, así creados por este acto los órganos que componen el Estado se plantea como legítimo todo actuar suyo en la medida que se conforme a lo prescrito por aquel poder creador<sup>25</sup>. En definitiva, es la "*suprema capacidad y dominio del pueblo sobre sí mismo al darse por su propia voluntad una organización política y un ordenamiento jurídico*"<sup>26</sup>.

Sin embargo, el poder constituyente no puede ni debe ser visto exclusivamente desde una perspectiva formal, como la recién analizada, ya que nos puede llevar, de forma apresurada, a la conclusión de que el producto de su ejercicio (es decir, la constitución del Estado) queda limitada exclusivamente a su texto positivo, reduccionismo que atenta contra la entera comprensión de este fenómeno. "*No es la Constitución sólo un texto jurídico o un entramado de reglas normativas sino también expresión de una situación cultural dinámica, medio de autorepresentación cultural de un pueblo, espejo de su legado cultural y fundamento de sus esperanzas*"<sup>27</sup>.

Es por esto que puede entenderse el poder constituyente desde una perspectiva material, como un acto soberano y fundacional en virtud del cual un orden social es dotado de su forma y modo de funcionamiento, determinando así su particular forma de existencia política<sup>28</sup>. Ambas perspectivas si bien son, hasta cierto punto, insolubles, esto no es óbice para que podamos distinguirlas y determinar en cada una sus características distintivas.

---

<sup>25</sup> Para una completa revisión sobre el impacto de la obra de *Sieyès* en el plano político constitucional, véase PANTOJA MORÁN, David, *Escritos políticos de Sieyès* (primera reimp., Editorial Fondo de Cultura Económica, México D.F., 2013).

<sup>26</sup> SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos, *El poder constituyente* (Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1957), p. 564.

<sup>27</sup> HÄBERLE, Peter, *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional* (traducción de Ignacio Gutierrez, Trotta, Madrid, 1998), p. 46, cit. por AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique, cit. (n. 22), p. 27.

<sup>28</sup> Sobre esta perspectiva, véase SCHMITT, Carl, *Teoría de la constitución* (traducción de Francisco Ayala, Alianza Universidad Textos, Madrid, 1996), pp. 45-46.

## 2. Titular, objeto y finalidad del poder constituyente

El titular de este poder, como se ha adelantado en su conceptualización, corresponde al pueblo, es decir, al conjunto de personas que viven una común existencia cultural e histórica dentro de un tiempo y lugar determinado en el plano de lo real, la cual se manifiesta en características sociales compartidas, tales como costumbres, lenguas y creencias.

El conjunto de personas, libres e iguales, reunidas como un solo pueblo, congrega sus voluntades en un primer gran acto de autodefinición y autodeterminación política que se traduce, por un lado, en la conformación de la Nación (persona moral cuya voluntad es suprema), y por otro, en el ejercicio del poder constituyente, que da origen al Estado (persona jurídica dotada de poder público delimitado). En este punto somos enfáticos en plantear que esta concepción del poder constituyente acoge como presupuesto la doctrina de la soberanía nacional, la cual considera como exclusivo depositario del poder de decidir el destino y forma de la agrupación política a este sujeto histórico.

Sin embargo, esta noción, de capital relevancia, no es compartida por la totalidad de la doctrina, en el sentido de que si bien siempre se invoca en último término el nombre del pueblo para el ejercicio del poder constituyente, puede resultar que no siempre sea este quien efectivamente lo hace. Sobre el punto, afirmando la posibilidad que un grupo reducido del pueblo sea el sujeto del poder constituyente, Schmitt sostiene desde una perspectiva decisionista de la legitimidad-titularidad del poder constituyente que *“también la organización de una ‘minoría’ puede ser sujeto del Poder constituyente. Entonces el Estado tiene la forma de Aristocracia u Oligarquía. Sin embargo, la expresión ‘minoría’ induce a error, porque procede de las concepciones numéricas y estadísticas propias de los actuales métodos democráticos, y presupone una minoría partidista. Una minoría de votación no puede, naturalmente, ser sujeto del Poder constituyente, así como tampoco un partido en el sentido actual de una asociación de hombres basada en la ‘libre recluta’. Pero bien puede ser que una organización firme adopte como tal, sin invocar la voluntad de la mayoría de los ciudadanos, las decisiones políticas fundamentales sobre modo y forma de la existencia política; es decir, de una Constitución<sup>29</sup>”*.

*“Pero la construcción teórica y práctica no es aún nada clara, y no se renuncia definitivamente a invocar la voluntad del pueblo, para cuya verdadera y no falseada expresión hay que crear primero los supuestos. Tales regímenes son, pues, dictadura, también en el sentido de que representan sólo un tránsito, quedando pendiente todavía la decisión definitiva sobre modo y forma de la existencia política. Aquí lo único definitivamente decidido es la recusación del método liberal de decisión mayoritaria por sufragio universal, igual y directo, de todos los ciudadanos, así como de los principios del Estado burgués de Derecho (derechos fundamentales y distinción de poderes). Mientras*

---

<sup>29</sup> Sosteniendo la posibilidad de que el sujeto del poder constituyente corresponda a un grupo minoritario de del pueblo y pueda ejercerlo de manera legítima, véase *Ibid.*, p. 98.

*tanto, éste es, en todo caso, un acto de constitución*”<sup>30</sup> (para un análisis del ejercicio en Chile de un poder constituyente de este tipo, ver *infra*, Capítulo segundo).

Esta disociación entre titularidad y ejercicio del poder constituyente se podría explicar desde la perspectiva de la representación que supone el acto constituyente, en cuanto acto emanado de la Nación, debe verificarse en un concreto acto fundacional con efectos jurídicos fundamentales para el ejercicio de las potestades públicas y la determinación política de su existencia, acto autorizado y practicado en nombre del pueblo, quien es su esencial titular<sup>31</sup>.

A nuestro entender, concebir de esta forma este poder absoluto acarrea el riesgo una lucha interminable por la auto atribución de su ejercicio por diversos sectores o grupos del mismo pueblo, y en dicho afán, más que perseguir la buena vida para toda la comunidad en cuanto conjunto, instrumentalicen su uso para la realización de sus propios fines específicos y, consecuentemente con ello, la determinación del deber-ser político a conveniencia egoísta de aquellos.

Es por esto que toda forma distinta de aquella que es ejercida por el pueblo de forma completa libre y exenta de vicios, coacciones o limitantes en representación de la nación debe ser catalogada de ilegítima, por usurpar la legitimidad-titularidad que su ejercicio supone contemporáneamente supone (ver *supra* I, 2).

El objeto del poder constituyente es el control y regulación del poder político en un determinado tiempo histórico y territorio físico, de manera que este, en su ejercicio, no incurra en arbitrariedades que opriman al conjunto de habitantes que se someten a su soberanía.

La finalidad que el ejercicio del poder constituyente persigue es la de una autoidentificación de una agrupación humana en una asociación política, distinta y distinguible de las demás, la cual le permite autodeterminarse jurídicamente respecto estas en miras a la consecución de las necesidades y fines de sus asociados.

### **3. Clasificación del poder constituyente**

Una clasificación ineludible en este ámbito viene dada por la existencia del Poder constituyente originario y el derivado.

El primero dice relación con el poder jurídico primigenio de carácter creador, ilimitado y absoluto: es por medio de este que se da origen al Estado (o se refunda el mismo desde una perspectiva ontológica, política y social). Este se identifica con el poder constituyente visto desde una perspectiva material, sin perjuicio de que se exprese posteriormente en su perspectiva formal.

---

<sup>30</sup> *Ibid.*, p. 99.

<sup>31</sup> Esta idea se extrae de *Sieyès* y sus nociones acerca del poder Comitante como acto validante del poder constituyente, véase PANTOJA MORÁN, David, cit. (n. 24), p. 37.

El segundo, en cambio, es una delegación que el mismo poder constituyente originario hace a uno de los poderes constituidos para reformar la constitución dada por aquel, por los medios y en la forma prescrita en esta: es un poder limitado y relativo, con él se reformulan instituciones y procedimientos constitucionales sin afectar la esencia de la constitución estatal. Este se suele identificar con el poder constituyente visto desde una perspectiva meramente formal, sin perjuicio de que por esta vía, en los hechos, se ejerza el poder constituyente desde su perspectiva material.

### III. IMPLICANCIAS JURÍDICAS ENTRE LA LEGITIMIDAD Y EL PODER CONSTITUYENTE

#### 1. La tensión eficacia-derecho-legitimidad

La legitimidad, como la hemos venido estudiando, se encuentra en tensión con la eficacia de la constitución, en el sentido de que en el plano de la realidad política y social aquella se concibe como el fundamento de esta, en una búsqueda de la ordenación comunitaria de las conductas sociales que pueda ser sentida como fundamento de libertad y no de opresión. Sin embargo esto lleva a preguntarnos ¿es acaso esta relación de carácter necesario? O dicho de otro modo ¿todo orden jurídico eficaz es, por ende, legítimo? La respuesta a estas incógnitas nos obliga considerar, por un lado, la relación derecho-legitimidad, y por otro, la relación derecho-fuerza (eficacia).

Por un lado, tal como se adelantó a propósito de la conceptualización de la legitimidad en su sentido amplio (ver supra I.2), la relación entre derecho y legitimidad puede darse efectivamente o no, dependiendo de la mutabilidad del orden social y la justificación suficiente del mismo. Conforme al paso del tiempo, dicho orden social puede experimentar cambios en esta dimensión social, y en ese sentido, pueden los órdenes sociales, respondiendo al cambio de ciertos parámetros dados por el contexto político e histórico, perder su legitimidad o recobrarla, en distintos grados o formas. Es, en este sentido, que podemos afirmar que la relación derecho-legitimidad es una de carácter contingente, es decir, puede existir o estar ausente en un momento dado de la vida política de dicho orden jurídico social.

Por otro, la relación derecho-fuerza, se presenta, por el contrario, como una de carácter necesario en los términos planteados, toda vez que el derecho, concebido desde una perspectiva Kelseniana-Bobbiana, es regla de la fuerza:

*“Decir que el derecho es la regla de la fuerza significa, en otras palabras, decir que el derecho es el conjunto de las normas que regulan el cuándo, el quién, el cómo y el cuánto del ejercicio del poder coactivo”<sup>32</sup>.*

*“Una norma es jurídica no porque su eficacia esté asegurada por otra que establece una sanción; es jurídica en cuanto establece ella una sanción. El problema de la coacción*

---

<sup>32</sup> BOBBIO, Norberto, *Sobre el principio de legitimidad*, en RUIZ MIGUEL, Alfonso (a cura di), *Contribución a la teoría del derecho* (Debate, Madrid, 1990), p. 331, cit. por MONTOYA BRAND, Mario, cit. (n. 11), p. 104.

*(compulsión, sanción) no es un problema de aseguramiento de la eficacia de las normas, sino un problema sobre el contenido de las mismas”<sup>33</sup>.*

De esta manera, la tensión legitimidad-eficacia se resuelve de manera negativa: la eficacia bien puede constituir una prueba, pero no una indiscutida, de la legitimidad, ya que, como no existe una relación necesaria entre legitimidad y derecho (sino, una contingente), mal puede la legitimidad ser consecuencia de la eficacia, ya que lo que es causa de un fenómeno no puede ser, a la vez, efecto del mismo.

## **2. Relación entre legitimidad y permanencia, en cuanto atributo de una norma constitucional.**

En la Teoría general de derecho se le atribuyen a la norma jurídica una serie de cualidades que la distinguen de otros imperativos deontológicos, y nos encontramos con que esta es una norma de conducta bilateral, heterónoma, coercible, general, abstracta y permanente. Nos detendremos en esta última cualidad.

Cuando se habla de la permanencia de una norma jurídica, se alude a su capacidad de perdurar en el tiempo, regulando la realidad para la que fue creada, desde que ella nace a la vida del derecho hacia el futuro, hasta que está sea, por los mismos medios y procedimientos, derogada. El fundamento de dicha característica se encuentra precisamente en la validez de la norma, la cual se predica dentro de un determinado sistema normativo al haber sido creada conforme a las reglas que regían el procedimiento para su elaboración y expresión como declaración de voluntad.

Sin embargo, advirtiéndose el cariz normativista de dicha afirmación, el poder constituyente y su producto (la constitución) no pueden ser sometidos a dicho examen por ser un poder y un acto prejurídico (anterior y superior al derecho) y por tanto su permanencia no puede responder a los mismos patrones establecidos para la normativa infraconstitucional (y por tanto, jurídicamente intrasistémica) por ser esta de distinta naturaleza de aquella. Es así que para justificar su permanencia (y sus distintos tipos de cambio), el poder constituyente apela a valores socialmente adoptados por el grupo humano que ha de constituir, sus situaciones históricas y otros elementos de carácter extra jurídico para explicar una determinada prescripción normativa del orden social constituido, al cual se dota de una determinada identidad política. Esta es la posición del decisionismo.

*“El Poder constituyente se ejercita mediante el acto de la decisión política fundamental. La ejecución y formulación de ésta puede abandonarse a encargados especiales, por ejemplo, a una llamada Asamblea nacional constituyente. También puede existir, a base de las normas legal-constitucionales así surgidas, un dispositivo legal-constitucional para ‘reformas’ o ‘revisiones’ de leyes constitucionales.*

---

<sup>33</sup> KELSEN, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado* (quinta reimp., traducción de Eduardo García-Maynez, Universidad Autónoma de México, México D.F., 1995), p. 34, cit. por *Ibíd.*



*Pero el Poder constituyente mismo debe ser distinguido de éstas. No es susceptible de traspaso, enajenación, absorción o consunción. Le queda siempre la posibilidad de seguir existiendo, y se encuentra al mismo tiempo y por encima de toda Constitución, derivada de él, y de toda determinación legal-constitucional, válida en el marco de esta Constitución”<sup>34</sup>.*

Es en consecuencia, la legitimidad el único parámetro posible a partir del cual se puede cuestionar la permanencia de una constitución, ya que en cuanto elemento justificante de la organización y ejercicio del poder político dentro de un determinado orden social, permite reconducir la regulación jurídica fundamental de este a los fundamentos de orden extrajurídicos en los cuales necesariamente se funda. Esto se relaciona con los distintos tipos de legitimidad-titularidad que se sustentan en el plano de lo real, siendo como ya se mencionó (y como más abajo se desarrollará), la legitimidad democrática aquella única forma legítima capaz de articular y ejercer el poder constituyente de forma legítima (ver supra I, 2; II, 2; e infra III, 3).

Sin perjuicio de aquello, y atendiendo, como ya lo mencionamos, a la relación necesaria existente entre derecho y fuerza, la falta de legitimidad en una constitución se traduciría únicamente en la caducidad de su permanencia, ya que la legitimidad no es un parámetro sustantivamente distinguible, como sí lo son las normas de derecho, y por tanto, justiciables con efectos jurídicos directos (como la nulidad por ilegalidad y la inaplicabilidad e inconstitucionalidad de los preceptos contrarios a la constitución) otro aspecto en que se diferencia a la constitución de las normas infraconstitucionales.

Por tanto, la falta de legitimidad de una constitución se subsanaría por medio de la necesidad jurídica de su cambio por otra que si satisfaga dichas condición (es decir, con la justificación suficiente determinada por el estado concreto de mutabilidad del orden político-social) por medio de un acto concreto de voluntad constituyente en el sentido de dejarla sin fuerza y establecer una nueva.

### **3. La legitimidad democrática y el poder simbólico de la constitución: razones para cuestionar la permanencia de un orden constitucional en los tiempos actuales**

Las sociedades modernas hoy por hoy reclaman que sus sistemas jurídicos se funden en una legitimidad democrática, es decir, en la necesidad que dicha ordenación emane, por un lado, de una decisión mayoritaria y deliberada de sus miembros, y por otro, que dicha decisión se adecúe a parámetros que permitan predicar la justicia de sus contenidos. Esta noción de justicia puede ser entendida actualmente tanto desde la perspectiva de una justicia procedimental, sea en su vertiente formal (sostenida por J. Rawls) o material (sostenida por J. Habermas), como desde la teoría de derechos humanos, entendidos estos como atributos inherentes a la persona humana por el solo hecho de ser tal,

---

<sup>34</sup> SCHMITT, Carl, cit. (n. 27), p. 108.

en donde cobran suma relevancia los valores de la libertad, la igualdad, la seguridad y la solidaridad en la conformación de un orden social<sup>35</sup>.

Sin embargo, la experiencia histórica nos ha enseñado que tanto los órdenes democráticos, como aquellos que no lo son, pueden darse (y se dan efectivamente) constituciones, basados en el poder simbólico que tiene una constitución en la imaginación constitucional, entendida esta como la interrelación que se da entre pensamiento, texto y práctica (acción) político-constitucional<sup>36,37</sup>.

*“Incluso en los regímenes autoritarios, las constituciones son comúnmente concebidas como más que rituales vacíos; ellas son reconocidas cada vez más como ‘manuales operativos’ del establecimiento de la acción gubernamental”*<sup>38-39</sup>.

El poder simbólico que tiene la constitución en la imaginación constitucional, en cuanto estructura analítica de un orden fundamental, viene condicionado por sus denominadas características estructurales, es decir, por la existencia de una relación dialéctica entre las nociones de ideología y utopía. La primera es entendida como una expresión de la estructura simbólica fundamental de un orden político cuya finalidad es la mantención de su identidad. La segunda representa de una variación imaginaria del orden constitucional prevalente, la cual permite cuestionarlo con la finalidad de destacar la contingencia del orden existente, ofreciendo una visión distinta de lo que este debe ser<sup>40</sup>.

*“En la imaginación constitucional, entonces, la ideología es una técnica de integración y utopía, ante todo, una técnica de subversión. La ideología concilia la brecha de demandas de legitimidad, en donde el pensamiento utópico las expone. La ideología es ‘la plusvalía agregada a la falta de creencia en la autoridad’ mientras que la utopía la desenmascara como tal”*<sup>41-42</sup>.

Así las cosas, la mutabilidad de un orden social, como la hemos venido caracterizando, vendría dada por el equilibrio concreto entre ideología y utopía que se da en él, las cuales se conjugan dentro del mismo de manera que la legitimidad predicable de dicho sistema (y en definitiva, de su constitución) queda constantemente sujeta a revisión por parte de sus miembros, esto por medio de la interacción de las posiciones políticas

---

<sup>35</sup> DEL HIERRO, José Luis, cit. (n. 2), pp. 182-183.

<sup>36</sup> Para una mayor comprensión de esta idea, véase LOUGHLIN, Martin, *The constitutional imagination*, en *The modern law Review* 78 (2015) 1.

<sup>37</sup> *Ibíd.*, p. 19.

<sup>38</sup> *Ibíd.* [la traducción es nuestra].

<sup>39</sup> “Even in authoritarian regimes, constitutions are commonly conceived as more than empty rituals; they are increasingly recognised as establishing ‘operating manuals’ of governmental action”.

<sup>40</sup> *Ibíd.*, pp. 12-13.

<sup>41</sup> *Ibíd.*, p. 13 [la traducción es nuestra].

<sup>42</sup> “In the constitutional imagination, then, ideology is a technique of integration and utopia primarily a technique of subversion. Ideology conceals the gap in legitimacy claims, whereas utopian thought exposes it. Ideology ‘is the surplus-value added to the lack of belief in authority’, while utopia unmasks this as surplus-value”.

antagónicas de oficialismo y oposición. La justificación suficiente, a su vez, vendría ineludiblemente condicionada en la actualidad por la existencia de un régimen fundado en una legitimidad democrática y al sistema de valores representado por las condiciones sociales de justicia moderna, ya sea que estas se conciban desde una perspectiva de justicia procedimental o una fundada en la noción de los derechos humanos.

Sin embargo, la experiencia político constitucional moderna (inclusive la chilena) nos permite afirmar que el ejercicio del poder ha sido ejercido contemporáneamente desatendiendo las condiciones básicas de vida que la legitimidad democrática impone, por medio de la implantación de ordenes jurídicos obligatorios que limitan el actuar de los agentes políticos en igualdad de armas, políticamente hablando, lo que constituye una distorsión de lo que debe entenderse y como deber estructurarse el orden social creado de esta forma.

En suma, contemporáneamente todo poder constituyente ejercido al margen (o incluso, en contra) de estos postulados debe ser catalogado de ilegítimo y su producto, la constitución de dicho orden social, necesariamente sustituido por una que sí los respete.

*“La única forma de combatir el grave déficit democrático, el nominalismo constitucional, la falta de cultura político-constitucional, el descrédito de nuestras instituciones y la esfera pública es a través de políticas democráticas radicales que impliquen cada vez más al pueblo como sujeto activo del proceso democrático y constitucional”<sup>43</sup>.*

---

<sup>43</sup> AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique, cit. (n. 22), pp. 25.

## Capítulo segundo: Origen, establecimiento y visiones acerca de la legitimidad de la Constitución Política de la República de 1980

*“Ni yo puedo pretender que el general Pinochet reconozca que su Constitución es ilegítima, ni él puede exigirme que yo la reconozca como legítima. La única ventaja que él tiene sobre mí, a este respecto, es que esa Constitución —me guste o no— está rigiendo.*

*Este es un hecho que forma parte de la realidad y que yo acato. ¿Cómo superar este impasse sin que nadie sufra humillación? Sólo hay una manera: eludir deliberadamente el tema de la legitimidad”*

*P. Aylwin<sup>44</sup>*

La Constitución Política de la República de Chile, del año 1980 (en adelante, C.P.R.), es la Carta Fundamental que, desde una perspectiva formal, regula en la actualidad, por un lado, la conformación política y jurídico-institucional de nuestro país, y por otro, los derechos y garantías fundamentales de los que toda persona goza en nuestro territorio nacional respecto dicho orden social. Sin embargo, el estudio pretendido por el presente trabajo de dicha realidad normativa, a propósito de su legitimidad, no puede reducirse al mero examen del texto constitucional, siendo necesario abordarlo también desde una perspectiva material (ver supra, Cap. primero, II.1) en un sentido tal que permita aprehender cuándo, cómo, por qué y por quién es dada la particular existencia política del Chile de hoy, en lo que a su forma y modo de funcionamiento respecta.

Es por esto que el segundo capítulo de este estudio abordará, en primer lugar, el origen de dicho orden normativo, tanto desde la perspectiva histórico-jurídica como desde la teoría constitucional; en segundo lugar, examinará someramente su establecimiento efectivo y aplicación en nuestro país por parte de los agentes institucionales y demás operadores jurídicos hasta nuestros días; finalmente, se analizarán las visiones (y argumentos) contrapuestas que se sostienen hoy por hoy en torno a su legitimidad.

### I. GÉNESIS DE LA C.P.R.

#### **1. Breve análisis histórico de los sucesos que condujeron a una dictadura cívico-militar en Chile a fines del siglo XX**

El Chile en cual vivimos hoy es, indiscutidamente, fruto de la experiencia vivida en nuestro país durante un periodo concreto de la historia nacional: el de la dictadura cívico-militar de la Junta de Gobierno de Chile (en adelante, Junta de Gobierno o simplemente Junta), encabezada por Augusto Pinochet Ugarte como presidente de esta, la cual se extendió desde el 11 de septiembre 1973, fecha en que se produce el quiebre institucional del gobierno del presidente Salvador Allende Gossens y la toma de posesión del poder por parte de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Públicas (en adelante, F.F.A.A.), hasta el 11 de marzo de 1990, en que se produce el retorno a la democracia con el cambio

---

<sup>44</sup> Cita extraída de INSTITUTO CHILENO DE ESTUDIOS HUMANÍSTICOS, *Una salida político constitucional para Chile* (1985), pp. 147-148.

de mando en el gobierno, asumiendo como presidente de la república Patricio Aylwin Azócar, validando así la C.P.R hasta nuestros días.

En este punto hay que hacer presente que, por un lado, la participación de los militares en la política del país no es un hecho aislado en la historia de Chile, sino que, más bien, constituye una nota característica y recurrente en el devenir histórico nacional, ya desde la época colonial y en los inicios de la república, primero como patria vieja con la primera Junta Nacional de Gobierno, el 18 de septiembre de 1810, y luego con la patria nueva y la proclamación de independencia de Chile, el 12 de febrero de 1818, exactamente un año después de que el Ejército Libertador de los Andes obtuviera la victoria militar frente al bando realista en la batalla de Chacabuco, pasando por una serie de episodios e hitos importantes en nuestra historia en que dichas instituciones han jugado un rol más o menos protagónico hasta nuestros días<sup>45</sup>.

Por otro lado, se hace presente el hecho de que el periodo inmediatamente anterior a dicho régimen, es decir, el gobierno de la Unidad Popular (en adelante, U.P.), puede ser catalogado como el punto de más alta tensión en la política democrática chilena contemporánea, en una época marcada por la polarización e inestabilidad política, económica y social, sea que está se le atribuya directamente a la consecución irrestricta del programa de gobierno de corte marxista-leninista del referido conglomerado político y su incompatibilidad con la institucionalidad liberal vigente consagrada en la Constitución Política del Estado de Chile, del año 1925 (en adelante, C.P.E)<sup>46</sup>; sea que se le atribuya al actuar concertado y deliberado de grupos opositores al gobierno de la U.P. (entre los que destacan partidos políticos como el Partido Nacional y facciones de la Democracia Cristiana, asociaciones gremiales como la Confederación de Dueños de Camiones, y grupos armados paramilitares como el movimiento Patria y Libertad), sectores de las F.F.A.A. y el gobierno de E.E.U.U. (este último, a través de su Agencia Central de Inteligencia) en un afán desestabilizador del gobierno socialista en comento, en el contexto mundial de la guerra fría<sup>47</sup>.

En el marco de dichas contingencias es que se produjo un golpe de Estado en Chile el 11 de septiembre de 1973, y si bien resulta apasionante y necesaria la discusión de las razones por las cuales como país nos sumimos en un gobierno dictatorial que duró poco más de 16 años, dicha discusión escapa a la finalidad de éste estudio (la cual es, examinar dicho fenómeno desde la teoría constitucional) y, por tanto, en lo sucesivo, este discurrirá

---

<sup>45</sup> A mayor abundamiento respecto esta idea, véase MOLINA JOHNSON, Carlos, *Chile: los militares y la política* (Editorial Andrés Bello, Santiago, 1989).

<sup>46</sup> En defensa de esta interpretación histórica de los hechos, véase VIAL, Gonzalo, *Chile, cinco siglos de historia desde los primeros pobladores prehispánicos, hasta el año 2006* (Editorial Zig-Zag, Santiago, 2010), II.

<sup>47</sup> En defensa de esta interpretación histórica de los hechos, véase SALAZAR VERGARA, Gabriel, *En el nombre del poder popular constituyente* (LOM Ediciones, Santiago, 2011).

sobre lo que efectivamente ocurrió en dicho periodo y no así, de las razones de por qué dicho episodio histórico ocurrió.<sup>48</sup>

## **2. La constitución de la Junta de Gobierno de Chile y su asunción en el ejercicio del poder constituyente**

El derrocamiento de Allende por parte de la Junta de Gobierno y el inicio de la dictadura cívico-militar en 1973 significó el ejercicio pleno del poder político en sus más diversas formas por parte de este órgano colegiado, usurpación que se materializó también en el ámbito jurídico.

En este sentido, el examen de dicha producción normativa se realizará desde una doble faz; por un lado, se recurrirá a las categorías y método que ofrece la historiografía jurídica para determinar las formas e instrumentos de que se valió la Junta para cumplir con sus fines y validar su sistema jurídico; por otro, se hará un examen material de dichos instrumentos a la luz de los postulados clásicos de la teoría constitucional a fin de ilustrar la inconsistencia jurídico-valorativa que supuso tal ejercicio del poder público por parte de aquella y del cual la C.P.R. es indiscutida heredera.

### **a) Examen histórico-jurídico de la Junta de Gobierno y sus instrumentos de dominación normativa<sup>49</sup>**

Como ya se mencionó, la participación de las F.F.A.A. en la política chilena no es un hecho accidental en la historia nacional sino que, por el contrario, constituye una nota recurrente de esta (ver *supra*, I.1). Sin embargo, de especial relevancia resulta el estudio de la labor normativa de la Junta de Gobierno en el periodo que detentó el poder (tanto de hecho como de derecho) en todo el territorio nacional, tanto por su amplitud (numérica y material) como su pervivencia actual en nuestro ordenamiento jurídico. Dicha labor fue ejercida principalmente por la vía de dos instrumentos jurídicos: los bandos militares (en adelante, B.M.) y los decretos leyes (en adelante, D.L.). El presente estudio se centrará fundamentalmente en estos últimos:

Los B.M. son, en términos generales, normas jurídicas de carácter militar, dictadas en tiempos de guerra por el General en Jefe del Ejército, el Comandante en Jefe de la Escuadra, el General Comandante de una división o cuerpo de ejército (o la autoridad correspondiente de la Armada) que opere por separado y, en determinados casos, por el Comandante superior de divisiones, unidades o cuerpos que operen independientemente y sin fácil comunicación con el resto del ejército o por el Jefe de una plaza o fortaleza sitiada o bloqueada (o la autoridad correspondiente de la Armada) mientras se encuentren en tales circunstancias, cuyo objeto es garantizar la seguridad y disciplina de las tropas en el

---

<sup>48</sup> Esto sin perjuicio de que en el posterior examen de la legitimidad de la C.P.R. se realicen alcances y comentarios respecto dicha discusión para poder comprender y desarrollar los argumentos que le reconocen y le niegan tal atributo a nuestro ordenamiento constitucional (ver *infra* III, 1 y 2 respectivamente).

<sup>49</sup> Para una revisión de las categorías y método ocupado en esta parte del estudio, véase MERELLO, Ítalo, *Historia del Derecho* (segunda reimp., Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso 1998).

territorio nacional, así como establecer las autoridades, tanto judiciales como administrativas de carácter local que se estimen necesarias, para mantener el orden y asegurar el respeto a los derechos individuales en territorio enemigo ocupado por las armas chilenas, en el cual dichas autoridades no permanecieran en sus cargos, o permaneciendo en estos fueren consideradas inconvenientes o peligrosas para la seguridad de las fuerzas ocupantes, siendo obligatorias a cuantas personas sigan al ejército en territorio nacional y para todos los habitantes del territorio enemigo ocupado, así como sus penas<sup>50-51</sup>.

No obstante lo anterior, el 11 de septiembre de 1973, las F.F.A.A. se valieron de estos instrumentos para justificar, por un lado, el derrocamiento el gobierno de la U.P., en el entendido de que este habría incurrido en un ejercicio ilegítimo del poder político, y por otro, la legitimidad en que se fundaba su actuar, del cual emanaba la obligatoriedad de las normas jurídicas que dictaría en a partir de ese momento, exigibles, incluso, por medio del uso de la fuerza<sup>52</sup>:

Así, conforme al B.M. N° 1, la Junta dispuso lo siguiente:

*“Se advierte a los ciudadanos que cualquier acto de sabotaje en todo tipo de actividades nacionales, como empresas, fabricas, medios de comunicación o de transporte, etc., será sancionado en la forma más drástica posible, en el lugar mismo del hecho y sin otra limitación que no sea la determinación por las autoridades del caso, del o los responsables.*

*Es deber de la ciudadanía consciente, el resguardar el patrimonio del país, denunciando en forma inmediata a quienes pretendan paralizar las actividades productoras y laborales de cualquier tipo”*<sup>53</sup>.

Por su parte, en el B.M. N° 5, la Junta dispuso que:

*“Teniendo presente:*

*1° 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 huelga, derecho de petición, derecho de propiedad, y derecho en general, a una digna y segura subsistencia;*

---

<sup>50</sup> Esta definición se extrae de lo dispuesto en el Libro Primero, Título III, arts. 71, 74, 76, 77 y 78 del Código de Justicia Militar, cuyo texto definitivo lo fijó el decreto 2.226 de 19 de diciembre de 1944 del Ministerio de Justicia, publicado en el Diario Oficial (en adelante, D.O.) en la misma fecha.

<sup>51</sup> Lo aquí expresado es sin perjuicio de la facultad que tiene el General en Jefe del Ejército para poder delegar esta potestad normativa en los Comandos que comanden divisiones o brigadas a sus órdenes, dentro de sus respectivos comandos, igual atribución que se le concede al Comandante en Jefe de la Escuadra respecto las autoridades correspondientes de la Armada, según así lo disponen los arts. 74 inciso final y 75 del comentado Código. Esta delegación fue introducida por el D.L. N° 51, del 1.10.1973 (D.O. 2.10.1973).

<sup>52</sup> MOLINA JOHNSON, Carlos, cit. (n. 43), pp. 239-244.

<sup>53</sup> *Ibíd.*, p. 239.

2° *Que el mismo Gobierno que ha quebrado la unidad nacional fomentando artificialmente una lucha de clases estéril y en muchos casos cruenta, perdiendo el valioso aporte que todo chileno podría hacer en búsqueda del bien de la Patria y llevando a una lucha fratricida y ciega, tras las ideas extrañas a nuestra idiosincrasia, falsas y probadamente fracasadas;*

3° *Que el mismo Gobierno se ha mostrado incapaz de mantener la convivencia entre los chilenos al no acatar y no hacer cumplir el Derecho, gravemente dañado en reiteradas ocasiones;*

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

5° *Que, asimismo, usando el subterfugio que ellos mismos han denominado “resquicios legales”, se han dejado leyes sin ejecución, se han atropellado otras y se han creado situaciones de hecho ilegítimas desde su origen;*

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

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

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

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

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

11° *Que todos los antecedentes consignados en los números anteriores son suficientes para concluir que están en peligro la seguridad interna y externa del país, que se arriesga la subsistencia de nuestro Estado independiente y que la mantención del*



*Gobierno es inconveniente para los altos de intereses de la República y de su Pueblo Soberano;*

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

*13° Por todas las razones someramente expuestas, las Fuerzas Armadas han asumido el deber moral que la Patria les impone de destituir al Gobierno que aunque inicialmente 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;*

*14° 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”<sup>54</sup>.*

De esta forma, sobre la base de su auto-atribuida legitimidad, fue como la Junta de Gobierno asumió el poder fáctico y jurídico en Chile, dando paso a una amplia y deliberada regulación normativa (fundamentalmente por la vía de D.L.), la cual dotó a nuestra actual institucionalidad de su particular existencia política, en lo que a forma y modo de funcionamiento respecta (y, en ese sentido, ejercer el poder constituyente en un sentido material, el cual se cristalizaría en, el ése entonces, futuro Estado chileno, actual nuestro. Ver supra, Cap. Primero, II,1)

Así las cosas, ahora el estudio se centrará en el análisis de los D.L. Si bien hoy en día la doctrina tiene claridad respecto a las fuentes, principios y reglas que estructuran nuestro ordenamiento jurídico, poco es lo que se ha dicho en torno a estas normas jurídicas<sup>55</sup>. La claridad respecto su naturaleza, efectos y alcances resulta indispensable, toda vez que hasta nuestros días rigen este tipo de normas en el ordenamiento jurídico chileno, en materias tan amplias como importantes de la vida nacional<sup>56</sup>.

---

<sup>54</sup> *Ibíd.*, pp. 240-243.

<sup>55</sup> Para una acabada visión acerca de los principios y reglas que estructuran el ordenamiento jurídico chileno, véase CORDERO QUINZACARA, Eduardo, *Los principios y reglas que estructuran el ordenamiento jurídico chileno* en Revista Ius et Praxis 15 (2009), 2.

<sup>56</sup> Solo por citar algunos ejemplos, dichas normas regulan, hasta el día de hoy, materias tan sensibles como los impuestos que gravan ciertas manifestaciones de riqueza, tales como el impuesto a la renta y el impuesto a las ventas y servicios (D.L. N° 824 y N° 825, respectivamente), los flujos migratorios de extranjeros hacia

La complejidad del análisis de los D.L. viene dada principalmente por dos factores; por una parte, si bien este tipo de regulación no es algo ajeno a nuestra tradición jurídica, constatándose la existencia de dichos instrumentos en otros periodos de anormalidad política e institucional del país, la labor normativa de la Junta de Gobierno fue particularmente prolífica, ya que, según fuentes oficiales, esta habría expedido cifras que se estiman superiores a los 3.600 D.L.<sup>57</sup> (sin contar, por lo demás, su importante y basta producción legislativa bajo la figura de ley formal, así como la incontable regulación administrativa que hizo operativas todas estas normas, en virtud de las disposiciones transitorias contenidas en la C.P.R. Ver, infra, II,1).

Por otra parte, en el entendido de que nos encontramos en un periodo de en qué no existió un verdadero Estado de derecho (si no un régimen de facto, según se explicará palabras más adelante), se hizo frecuente la práctica, entre otras de dudosa legalidad, de dictar normas de carácter de secreto (y en una cantidad no menor, según cifras oficiales<sup>58</sup>), lo cual implicó que, si bien se cumplió formalmente con el trámite legal de promulgación y publicación establecido en el Código Civil para que obligaran como ley de la República<sup>59</sup>, su contenido (al cual inicialmente accedemos en base al conocimiento de su texto) fue publicado en ediciones restringidas del D.O., lo que en la práctica llevó a que pocas (por no decir, determinadas) personas conocieran que situaciones reglaban y cuáles eran sus efectos, pese a ser fuentes formales de derecho y por tanto, coerciblemente exigibles sus prescripciones conforme a lo dispuesto en el artículo 14 del mencionado Código<sup>60</sup>.

Teniendo presente tales complicaciones, y atendiendo a las finalidades del presente estudio (el cual se presenta como uno que aborda el ejercicio del poder constituyente y la constitución chilena a la que aquel dio origen, en su dimensión de legitimidad), es que se hace necesario determinar en base a que normas concretas se ejerció dicho poder normativo, en el entendido de que, el actuar por parte de la Junta se habría visto legitimado,

---

interior del país (D.L. N° 1.094), el procedimiento orgánico aplicable a las expropiaciones (D.L. N° 2186) así como también el actual sistema de pensiones (D.L. N° 3.500).

<sup>57</sup> Esto ya que, a pesar de que conforme a la página de la Biblioteca del Congreso Nacional, que registra la existencia de 3.574 D.L. en el periodo comprendido entre el 11.09.1973 y el 28.05.2017 (fecha en que se hace la consulta), según lo dispuesto en el D.L. N° 2, los D.L. tienen una numeración correlativa según su orden de expedición, siendo el D.L. N° 3660 el último del que tenemos noticia. Esta inconsistencia se explicaría, entre otras causas, debido a la existencia de D.L. de carácter secreto, cuyos contenidos fueron publicados en ediciones de circulación restringida del D.O. (como por ejemplo, el D.L. N° 2.060 cuyo contenido, por las razones indicadas, desconocemos). Véase, BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, *Ley Chile, Búsqueda Avanzada*. [disponible en internet: <https://www.leychile.cl/Consulta/listaresultadosavanzada?stringBusqueda=2%23normal%23XX15%7C%7C44%23normal%231973-09-11%232017-05-28%7C%7C117%23normal%23on%7C%7C48%23normal%23on&tipoNormaBA=&o=experta> ].

<sup>58</sup> Dando cuenta de esta realidad en el marco un proyecto de ley que pretende hacer públicos en Chile los D.L. y otras normas legales con dicho carácter, véase CÁMARA DE DIPUTADOS, *legislatura 350ª, extraordinaria* (Sesión 37ª, en jueves 18 de diciembre de 2003), pp. 19 y siguientes.

<sup>59</sup> Nos referimos al trámite preceptuado en el Título preliminar, Párrafo 2 de “la promulgación de la ley”, arts. 6, 7 y 8 del Código Civil.

<sup>60</sup> Según dicho precepto, la ley en Chile (cumplido el trámite indicado en la nota anterior) es obligatoria para todos los habitantes de la República, incluso los extranjeros.

según esta, atendidas las circunstancias consignadas en el B.M. N° 5 transcrito, resultando obligatorio para todo el país y en especial para sus autoridades.

Esto nos obliga a hablar, por un lado, del Acta de Constitución de la de la Junta de Gobierno (D.L. N° 1, D.O. 18.09.1973) y por otro, de los principales instrumentos que desarrollaban su funcionamiento interno y competencias normativas específicas de los órganos que la integran (dentro de los que destaca el D.L. N° 128, D.O 16.11.1973, que interpretó el poder de la Junta, según se verá).

El Acta de Constitución de la Junta de Gobierno es el primer D.L. dictado en este periodo. Por medio de este instrumento, dicho órgano institucionalizó su poder jurídico; en primer lugar, se constituye oficialmente como cuerpo colegiado, integrado por el Comandante en Jefe del Ejército (el General de Ejército, Augusto Pinochet Ugarte); el Comandante en Jefe de la Armada (el Almirante, José Toribio Merino Castro); el Comandante en Jefe de la Fuerza Aérea (el General del Aire, Gustavo Leigh Guzmán) y el General Director de Carabineros (el General, César Mendoza Durán), asumiendo, en conjunto, el mando supremo de la Nación<sup>61</sup>. En segundo lugar, designó como Presidente de la Junta al General Augusto Pinochet Ugarte, quien desde ese día asumió el cargo<sup>62</sup>.

En tercer y último lugar, declaró que, solo en la medida que las condiciones del país les permitieran garantizar la mejor consecución de sus postulados (propuestos en el artículo 1 de este D.L.), respetarían el principio de legalidad y la eficacia de las atribuciones del Poder Judicial, al cual dejaron funcionar de forma independiente<sup>63</sup>.

La dictación de dicha norma supuso una primera derogación tácita de la C.P.E. y atisbo del nuevo orden constitucional chileno, en la medida que, al asumir dicho poder, la Junta de Gobierno se arrogó el ejercicio de la soberanía en Chile<sup>64</sup>. Esta afirmación es

---

<sup>61</sup> El artículo 1 del D.L. N° 1 dispuso que:

*“Con esta fecha 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, conscientes de que ésta 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, y de permitir que la evolución y el progreso del país se encaucen vigorosamente por los caminos que la dinámica de los tiempos actuales exigen a Chile en el concierto de la comunidad internacional de que forma parte”.*

<sup>62</sup> El artículo 2 del D.L. N° 1 dispuso que:

*“Designan al General de Ejército don Augusto Pinochet Ugarte como Presidente de la Junta, quien asume con esta fecha dicho cargo”.*

<sup>63</sup> El artículo 3 del D.L. N° 1 dispuso que:

*“Declaran que la Junta, en el 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”.*

<sup>64</sup> Efectivamente, la C.P.E. disponía que el ejercicio de la soberanía era ejercida por las autoridades establecidas por aquella, el cual era delegado por la Nación, su esencial titular (artículo 2, C.P.E), la idea de que ninguna persona, ni reunión de las mismas, podía tomar el título o representación del pueblo, arrogarse sus derechos ni hacer peticiones en su nombre (artículo 3, C.P.E.) así como que ninguna magistratura, persona o reunión de las mismas alguna podía atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente les hayan sido conferidos por las leyes (artículo 4, C.P.E.).

posible realizarla en base a lo dispuesto por el D.L. N° 128 (D.O. 16.11.1973), que fijó el sentido y alcance del artículo 1 del D.L. N° 1, en cuanto esta norma dispuso que la Junta asumió, desde esa fecha, el mando supremo de la nación y que *“la asunción del Mando Supremo de la Nación supone el ejercicio de todas las atribuciones de las personas y órganos que componen los Poderes Legislativos y Ejecutivo, y en consecuencia el Poder Constituyente que a ellos corresponde”*<sup>65</sup>.

De esta manera, el D.L. N° 128 dispuso:

En primer lugar, que la Junta asumió, desde el 11.09.1973, el ejercicio de los poderes Constituyente, Legislativo y Ejecutivo, dejando funcionar al Poder Judicial en la forma y con las funciones y atribuciones consagradas en la C.P.E<sup>66</sup> (sin perjuicio de su limitada eficacia, conforme al artículo 3 del D.L. N° 1, antes transcrito)

En segundo lugar, que tanto los poderes Constituyente y Legislativo eran ejercidos por la Junta de Gobierno por medio de D.L. firmados por todos sus miembros (y con la firma del o los ministros respectivos, cuando a juicio de estos lo estimasen conveniente) y que los D.L. que modifiquen la C.P.E. formarían parte de su texto y se tendrían incorporadas a ella<sup>67</sup>.

En tercer lugar, que el ordenamiento jurídico chileno (contenido en la C.P.E. y las leyes de la República) permanecería vigente mientras no fuere modificado por la Junta a través de algún D.L.<sup>69</sup>

A raíz de esta situación, es que comenzó a producirse un proceso de fragmentación normativa de nuestro ordenamiento jurídico, debido a la imposibilidad de determinar *a priori* el rango normativo de los D.L., debiendo atenerse al contenido concreto de cada instrumento para determinar si estos eran ejercidos en el marco de la potestad Constituyente

---

<sup>65</sup> Esta idea se encuentra contenida en la parte expositiva del D.L. N° 128, visto c).

<sup>66</sup> El artículo 1 del D.L. N° 128 dispuso que:

*“La Junta de Gobierno ha asumido desde el 11 de Septiembre de 1973 el ejercicio de los Poderes Constituyente, Legislativo y Ejecutivo.*

*El Poder Judicial ejercerá sus funciones en la forma y con la independencia y facultades que señale la Constitución Política del Estado”*

<sup>67</sup> El artículo 3 del D.L. N° 128 dispuso 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 éstos lo estimen conveniente, con la de el o los Ministros respectivos.*

*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”.*

<sup>68</sup> Dicha potestad fue ejercida por medio de los N°s. D.L. 527, 788 y 991, que establecieron el Estatuto de la Junta de Gobierno y el Procedimiento de Tramitación de los D.L. en el ejercicio de los poderes Constituyente y Legislativo, respectivamente.

<sup>69</sup> El artículo 2 del D.L. N° 128 dispuso que:

*“El ordenamiento jurídico contenido en la Constitución y en las leyes de la República continúa vigente mientras no sea o haya sido modificado en la forma prevista en el artículo siguiente”* en referencia al artículo 3 del mismo D.L.

o Legislativa, con sus consecuentes efectos. Esta fragmentación, sin embargo, fue advertida por la Junta al precisar:

Que “ninguna diferencia formal se ha establecido hasta ahora para señalar cuáles son los casos en que la Junta de Gobierno ha actuado en ejercicio del Poder Constituyente o en ejercicio del Poder Legislativo, de modo tal que la única forma de identificar cuándo se ha ejercido una y otra potestad radica tan sólo en el contenido o sustancia jurídica de los preceptos aprobados por la Junta de Gobierno”<sup>70</sup>;

Que “en consecuencia, debe entenderse que cada vez que la Junta de Gobierno ha dictado un decreto ley cuyos términos no coinciden con alguna disposición de la Constitución Política del Estado, ha ejercido el Poder Constituyente modificando, en lo pertinente y ya sea en forma expresa o tácita, total o parcial, el respectivo precepto constitucional”<sup>71</sup>;

Que “doctrinariamente, se ha sostenido que la Carta Fundamental no puede ser modificada tácitamente sino que sólo a través de norma expresa que reemplace algún precepto constitucional o se agregue a ellos. Pero esta afirmación no tiene validez para periodos de emergencia ni mucho menos en los casos en que, por la fuerza de los hechos históricos, se reúnen en un mismo órgano y sin formalidades o requisitos diferenciadores, el ejercicio del Poder Constituyente y del Poder Legislativo. En estas circunstancias es obvio que la voluntad de tal órgano expresará siempre una norma de conducta de carácter obligatorio que, en cuanto pueda ser distinta de la Constitución que esté vigente tiene, sin duda, un efecto modificadorio de ésta”<sup>72</sup>;

Y que “no obstante la validez de los principios antes consignados, y por exigencia que surge de la necesidad de otorgar plena certeza al rango jerárquico de los preceptos legales y de no dejar en situación incierta el contenido de los derechos y obligaciones que corresponden a los particulares, se hace conveniente precisar la situación jurídica de los distintos decretos leyes dictados o que dicte la Junta de Gobierno frente al texto de las normas constitucionales”<sup>73</sup>, Por lo que procedió a dictar el D.L. N° 788 (D.O. 04.12.1974), en virtud del cual se le concedió efecto derogatorio (modificadorio) a los D.L. cuyos contenidos fuesen contrarios, opuestos o distintos a los preceptos contenidos en la C.P.E, sea total o parcialmente, sea expresa o tácitamente<sup>74</sup>, efecto que se condiciona, a partir de este instrumento y en lo sucesivo, a la existencia de mención expresa por parte de la Junta

---

<sup>70</sup> Esta idea se encuentra contenida en la parte considerativa del D.L. N° 788, considerando c).

<sup>71</sup> *Ibíd.*, considerando e).

<sup>72</sup> *Ibíd.*, considerando h).

<sup>73</sup> *Ibíd.*, considerando i).

<sup>74</sup> El artículo 1 del D.L. N° 788 dispuso que:

“Declárase 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 modificadorias, ya sea de carácter expreso o tácito, parcial o total, del correspondiente precepto de dicha Constitución”

del ejercicio del poder Constituyente en el D.L. cuyas disposiciones resulten incompatibles con las de la C.P.E.<sup>75</sup>

En ese entendido, podemos definir los D.L. de esta época como aquellas normas jurídicas de carácter obligatorio, dictadas por la Junta de Gobierno en el ejercicio del mando supremo de la Nación, las cuales carecían de un rango normativo predefinido, modificando, total o parcialmente, y expresa o tácitamente, el ordenamiento jurídico chileno en todo lo que fuera incompatible con aquellas, extendiendo sus efectos, por regla general, hasta la fecha en que fueran modificadas o derogadas expresamente.

Atendidas estas circunstancias, no resulta extraño que la Junta de Gobierno, en el ejercicio de la potestad constituyente que detentaba, previo a proceder a la instauración de un orden constitucional orgánico y sistematizado, recurrió a un estatuto constitucional provisorio, conformado fundamentalmente por las denominadas Actas Constitucionales (D.L. N°s. 1319<sup>76</sup>, 1551<sup>77</sup>, 1552<sup>78</sup> y 1553<sup>79</sup>, y sus respectivas modificaciones y complementos).

Este régimen transitorio le permitió a la Junta dar una mayor estabilidad y certeza a su actuar, al organizar las fuentes formales de derecho en el mencionado contexto de fragmentación normativa del ordenamiento jurídico chileno, producido por su irregular ejercicio del poder público.

Sin embargo, su objetivo principal no fue el de dar un mayor sentido y coherencia al conjunto de normas dictadas en esta época para el restablecimiento del antiguo orden constitucional, si no que el de preparar el terreno para crear una nueva institucionalidad en Chile, cuyas bases respondieran fielmente a los postulados ideológicos que ella defendió, sostuvo y concretó estando en el ejercicio poder, articulando un entramado jurídico que, por un lado, impidiera la realización de múltiples conductas y prácticas que reprochaban al anterior gobierno socialista, y por otro, que asegurara la continuidad del orden social impuesto en el país con independencia de quienes fuesen las personas que en el futuro detentaran el poder público constituido.

---

<sup>75</sup> El artículo 3 del D.L. N° 788 dispuso que:

*“Los decretos leyes que se dicten en el futuro y que puedan ser contrarios, u oponerse, o ser distintos, en forma expresa o tácita, total o parcial, a alguna norma de la Constitución Política del Estado, tendrán el efecto de modificarla, en lo pertinente sólo si de manera explícita se señala que la Junta de Gobierno lo dicta en el ejercicio de la Potestad Constituyente que le corresponde”*

<sup>76</sup> D.O. 09.01.1976. Dicho instrumento creó al Consejo de Estado, órgano de carácter consultivo que asesoró a la Junta en diversas materias de gobierno, mismo órgano que posteriormente participó en el proceso constituyente que dio origen a la C.P.R.

<sup>77</sup> D.O. 13.09.1976. Dicho instrumento establece las bases esenciales de la institucionalidad cuya creación se llevaba a cabo en esta época.

<sup>78</sup> D.O. 13.09.1976. Dicho instrumento creó las garantías fundamentales que dicha acta garantizaba a toda persona. Su relevancia histórica es importante ya que se considera el primer antecedente de la acción (mal llamado recurso) de protección.

<sup>79</sup> D.O. 13.09.1976. Dicho instrumento estableció los denominados estados de excepción constitucional, cuya aplicación se pretendió en esta época.

Esta idea se hace presente en el Decreto Supremo (en adelante D.S.) 1.064 del Ministerio de Justicia de 25.10.1973 (D.O. 12.11.1973), en el marco de la designación de los miembros de una comisión de estudios constitucionales (la denominada Comisión de Estudios para una Nueva Constitución, en adelante, C.E.N.C.) quienes estudiaron, elaboraron y propusieron un anteproyecto de una nueva C.P.E.<sup>80</sup>, labor que se justificó en “*la necesidad de reconstituir, renovar y perfeccionar la institucionalidad fundamental de la República para la cabal consecución de los postulados enunciados en el Acta de Constitución de la Junta de Gobierno*”<sup>81</sup> (ver infra, I.3).

Por otra parte, dicha idea se explicita en el famoso discurso de 09.07.1977 en el Cerro Chacarillas, en la ciudad de Santiago. Con ocasión del día de la juventud, la Junta de Gobierno dio noticia a la ciudadanía de cuáles serían los lineamientos generales en la construcción de la nueva institucionalidad chilena, cuyos aspectos fundamentales, vislumbrados hace casi 40 años, tienen plena vigencia nuestra actual regulación constitucional, sin perjuicio de los cambios que en dichos ámbitos ha experimentado el orden constitucional.

Misma lucidez se observa, al reconocer que dicho proceso será llevado por etapas, procurando en este sentido avanzar por el camino de la prudencia. Como prueba de dichas afirmaciones, reproduciremos parte de dicho acto político cotejándolo con algunos pasajes de la actual C.P.R., y en el caso del proceso de instauración progresiva de la institucionalidad, haciendo referencia a los distintos periodos en que este se llevó concretamente a cabo:

En lo relativo a sus ideas fundamentales, la nueva institucionalidad se perfilaba según sus artífices, como una democracia autoritaria, protegida, integradora, tecnificada y de auténtica participación social<sup>82</sup>:

Autoritaria en cuanto pretendió “*disponer un orden jurídico que asegure los derechos de la personas, con una adecuada protección de los Tribunales de Justicia independientes y dotados de imperio para hacer cumplir sus resoluciones*”<sup>83</sup>;

Protegida, en cuanto “*debe afianzar como doctrina fundamental del Estado de Chile el contenido básico de nuestra Declaración de Principios [de la Junta de Gobierno], reemplazando el Estado liberal clásico, ingenuo e inerme, por uno nuevo que esté comprometido con la libertad y dignidad del hombre, y con los valores esenciales de la nacionalidad. Consiguientemente, todo atentado en contra de estos principios, cuyo*

---

<sup>80</sup> El artículo 1 del D.S. 1064 dispuso:

“*Desígnase (sic) una Comisión para que estudie, elabore y proponga un anteproyecto de una nueva Constitución Política del Estado y de sus leyes complementarias*”

<sup>81</sup> Idea contenida en la parte expositiva del D.S. N° 1.064.

<sup>82</sup> PINOCHET UGARTE, Augusto, *Nueva institucionalidad en Chile* (Santiago, 1977), p. 7.

<sup>83</sup> *Ibíd.* Véase artículos 19 N° 3 y 76 inciso 1 de la C.P.R.

*contenido se ha ido precisando en las Actas Constitucionales vigentes, se considera por estas como un acto ilícito y contrario al ordenamiento institucional de la República.”<sup>84</sup>;*

*Integradora, en el sentido de que ella “debe robustecer el objetivo nacional y los objetivos permanentes de la Nación, para que por encima de legítimas divergencias en otros aspectos más circunstanciales, los sucesivos Gobiernos tengan en el futuro la continuidad esencial que les ha faltado en el pasado”<sup>85</sup>;*

*Tecnificada, en el entendido de que el “vertiginoso progreso científico y tecnológico del mundo contemporáneo, no puede ser ignorado por las estructuras jurídicas, resultando en cambio indispensable que se incorpore la voz de los que saben al estudio de las decisiones. Solo ello permitirá colocar la discusión en el grado y nivel adecuados, reducir el margen del debate ideológico a sus justas proporciones, aprovechar el aporte de los más capaces y dar estabilidad al sistema”<sup>86</sup>;*

*Y de auténtica participación social, ya que “solo es verdaderamente libre una sociedad que, fundada en el principio de subsidiariedad, consagra y respeta la real autonomía de las agrupaciones intermedias entre el hombre y el Estado, para perseguir sus fines propios y específicos. Este principio es la base de un cuerpo social dotado de vitalidad creadora, como asimismo de una libertad económica que, dentro de las reglas que fija la autoridad estatal para velar por el bien común, impida la asfixia de personas por la férula del Estado omnipotente”<sup>87</sup>.*

Salta a la vista el grado con que la Junta de Gobierno logró alcanzar sus postulados por medio de la politización normativa en la C.P.R. Sin embargo dicho proceso no fue inmediato ya que en sus propios términos, la construcción de una nueva institucionalidad es “una tarea que, por su naturaleza y envergadura, debe ser gradual”<sup>88</sup>

Dicha gradualidad vendría dada precisamente por que dicho proceso fue concebido en tres etapas, la de recuperación (estudiada en el presente acápite), la de transición (ver infra, II, 1 y 3, a) y la de consolidación (ver infra, II, 3, b), respondiendo cada una a aspectos propios<sup>89</sup>:

El periodo de recuperación se caracterizó por ser uno caracterizado por el predominio de las F.F.A.A., en cuanto ellas asumieron integralmente el poder político, limitándose la civilidad simplemente a cooperar en dicha labor.

El periodo de transición, por su parte, se caracteriza por ser uno en que aun existiendo el predominio descrito en la fase de recuperación, cambia el rol de la ciudadanía

---

<sup>84</sup> *Ibíd.* Véase artículos 1 inciso 1, 2, 8 (original) y 9 de la C.P.R.

<sup>85</sup> *Ibíd.* Véase artículos 1 inciso 5 de la C.P.R.

<sup>86</sup> *Ibíd.* Véase artículo 108 de la C.P.R.

<sup>87</sup> *Ibíd.* Véase artículos 1 inciso 3 y 19 N° 21 de la C.P.R.

<sup>88</sup> *Ibíd.*

<sup>89</sup> *Ibíd.*, p. 8



desde la colaboración hacia a la participación en los aspectos más contingentes del poder político.

En la fase de consolidación (o normalidad), en que el poder será ejercido directa y básicamente por la civilidad, reservándose constitucionalmente a las F.F.A.A. el papel de contribuir a cautelar las bases esenciales de la institucionalidad, y la seguridad nacional en sus amplias y decisivas proyecciones modernas.

b) Examen material de los antedichos instrumentos a la luz de la teoría constitucional

A la luz del precedente examen histórico-jurídico es que se analizará ahora como dichos instrumentos pueden ser valorados en contraposición a los postulados básicos del constitucionalismo clásico (separación de los poderes del Estado, principio de legalidad y respeto de los derechos fundamentales), nociones fundamentales de nuestro acervo jurídico-cultural contemporáneo:

En lo que al principio de separación de los poderes del Estado respecta, podemos sostener que mal pudo la Junta satisfacer dicha pretensión normativa, toda vez que por medio de los D.L. N°s. 1 (artículo 1) y 128 (artículo 1), esta concentró en si misma el ejercicio pleno de la soberanía nacional, al ejercer, por medio de los distintos órganos que la integraron, los poderes Constituyente, Legislativo y Ejecutivo, dejando solamente fuera de su órbita de acción directa al poder Judicial.

Sin embargo, de todas formas la judicatura se vio sometido a aquella, ya que por mandato del B.M. N° 5 (considerando 14°), las normas emanadas de la Junta eran especialmente obligatorias para las autoridades del país (dentro de las que quedaron comprendidas las autoridades judiciales) y, en ese contexto, la plena eficacia de sus atribuciones sería garantizada por aquella solo en la medida de que la situación del país permitieran alcanzar los postulados que se propuso (artículo 3, D.L. N° 1). Sin perjuicio de lo anterior, el actuar de la Junta de Gobierno contó con el beneplácito de este poder del Estado, el cual validó su actuación jurídica, tanto activa como pasivamente (ver infra, II, 2). En este sentido, bien se puede hablar de la unión, casi plena, de los poderes del Estado en la Junta de Gobierno.

En lo relativo al principio de legalidad (hoy en día, principio de juridicidad) podemos afirmar que este se encontró ausente en el periodo histórico en comento, en el entendido de que, ejerciendo plenos poderes, la Junta respetaría ordenamiento jurídico chileno (marco de validez del actuar estatal, contenido en la C.P.E. y las leyes de la República) solo en la medida que la situación del país así lo permitiera para el mejor cumplimiento de sus postulados (artículo 3, D.L. N° 1) y que se mantendría vigente en todo lo que no fuese modificado por ella a través de los D.L. (artículos 2 y 3, D.L. 128), situación que se agravo con la posibilidad de derogar expresa o tácitamente, sea total o parcialmente, el orden constitucional bajo la sola condición de hacer mención expresa del ejercicio del tal facultad en la dictación del respectivo D.L. (artículo 1 y 3, D.L. 788). En

estas circunstancias resulta imposible hablar de la vigencia del principio de legalidad, ya que la Junta ejerció a voluntad, y de forma casi monopólica, la creación y aplicación de las fuentes del derecho público, y se sometió a él solo en la medida que le resultó conveniente para la consecución de sus propios fines.

Finalmente, el respeto y reguardo de los derechos fundamentales que emanan de la naturaleza humana, imperativo íntimamente relacionado con el principio recién examinado y fundamento mismo del Estado en cuanto asociación política, fue dramáticamente socavado durante este periodo.

Desde su asunción al poder, la ciudadanía se vio compelida a acatar ciegamente los mandatos de la Junta de Gobierno, en el entendido de que cualquier forma de incumplimiento de aquellos podía ser constitutivo de sabotaje al régimen de gobierno, y en consecuencia, ser sancionado en la forma más drástica posible (es decir, incluso con la muerte del infractor), en el lugar mismo de los hechos y sin otra limitación que no fuera la determinación de las autoridades del caso del o los responsables (B.M. N° 1). Posteriormente estos mandatos se materializaron en diversas normas jurídicas de carácter obligatorio para toda la ciudadanía (B.M. N° 5, considerando 14°) en un contexto de estado de sitio y de emergencia que permitió la aplicación de la jurisdicción militar en tiempos de guerra y la ley de seguridad interior del Estado las cuales contemplaban, para estos contextos y en ciertos casos, la aplicación de la pena de muerte.

Así como el derecho a la vida y a la libertad, muchos otros derechos fundamentales fueron ultrajados en este periodo de la historia de Chile (vejámenes basados en razones abiertamente discriminatorias en algunos casos). Sobre esta base, es posible afirmar que en este periodo no fueron respetados los derechos básicos de las personas, ya que por medio de restricciones y privaciones de los mismos, significaron un sometimiento de los habitantes del país a un poder irracionalmente desmedido.

De este examen material se puede concluir que, a pesar de que nos encontramos ante una institucionalizada maquinaria poder, como lo fue la Junta de Gobierno, cuya nota característica fue la del uso profuso de las normas de derecho para concretar sus postulados ideológicos, marcando así el destino institucional del país hacia el futuro (y en algunos casos, por medio de instrumentos de alto nivel técnico-jurídico), dicho órgano y el gobierno que este impuso, no puede sino ser catalogado como un Estado de hecho o régimen de facto, de poder ilimitado, sometido en su actuar exclusivamente a sus reglas propias, cuyo ejercicio contrario los principios básicos para el establecimiento de toda comunidad política contemporánea, como lo son la libertad y dignidad humanas.

### **3. Estudio y trabajo en la concreción de la C.P.R.**

Tal como se adelantó, el objetivo fundamental de la Junta fue dotar al país de una nueva institucionalidad que corrigiera las malas prácticas que, a su entender, habría sistemáticamente realizado el gobierno de la U.P. y que consagrara, a su vez, un régimen estatal capitalista de corte subsidiario-neoliberal, en el cual el emprendimiento particular y

el fortalecimiento de la propiedad privada como instituto de derecho jugaron roles centrales en la conformación política y económica de Chile, orden social cuya identidad perduraría en el tiempo con vocación de continuidad, atendido el régimen de democracia limitada y enclaves de carácter autoritario constitucionalmente establecidos, los que, bastante tiempo después, fueron parcialmente modificados (ver infra., II,3).

El estudio y trabajo del presente orden constitucional puede ser catalogado como el más acucioso, detenido y prolongado de la evolución constitucional chilena, el cual duró prácticamente 7 años de ininterrumpida labor académica y política<sup>90</sup>, la cual se dividió en tres grandes partes:

En primer lugar, fue la C.E.N.C. (denominada originalmente Comisión constituyente, hasta su sesión N° 245) quien comenzó a trabajar en el nuevo texto constitucional para Chile, la cual se reunió entre el 24.09.1973 y el 05.10.1978 en 417 sesiones para la concreción de un anteproyecto de la C.P.R., sin perjuicio del trabajo de asesoría legislativa que asistió a la Junta de Gobierno durante sus primeros años de funcionamiento<sup>91</sup>.

El trabajo de la comisión se materializó en el denominado Anteproyecto Constitucional, el cual fue remitido el 18.10.1978 por medio de un oficio al Presidente de la Junta (y de la República), el cual meses antes había anunciado al país su deseo de entregarlo al Consejo de Estado para su discusión y revisión, el cual se sometería a plebiscito para aprobar su texto definitivo. Este documento contempló un preámbulo de carácter doctrinario y 14 capítulos que comprenden 123 artículos permanentes y 11 de carácter transitorio que harían efectiva su progresiva implementación.<sup>92</sup>

En segundo lugar, dicho anteproyecto fue sometido a discusión y modificación del Consejo de Estado, el cual, en cuanto órgano consultivo del gobierno en estas materias, pretendió aterrizar el documento elaborado por la C.E.N.C. con una visión más pragmática de lo que debía ser el nuevo orden constitucional. Dicho órgano, en la realización de esta tarea, sesionó plenariamente cerca de 57 veces entre los meses de noviembre de 1978 y julio 1980 (sin contar las múltiples sesiones de comisión y entrevistas con diversas personalidades de la vida pública nacional), respecto de las cuales no podemos dar mayor noticia por ser sus actas de carácter reservado, en conformidad a su estatuto reglamentario<sup>93</sup>.

El trabajo del Consejo de Estado se concretó en un nuevo proyecto constitucional, en sustancia distinto al anteproyecto de la C.E.N.C., constituido, por una parte, por un informe de menor fundamentación doctrinaria y mayor contenido técnico que el anteproyecto ya mencionado, en el que se reseña los antecedentes de la crisis institucional que le dio origen y las visiones acerca de los aspectos fundamentales del futuro sistema político institucional,

---

<sup>90</sup> Véase CARRASCO DELGADO, Sergio, *Génesis de la constitución política de 1980* en Revista de Derecho Público 170 (1981), p. 36.

<sup>91</sup> *Ibíd.*, p. 43.

<sup>92</sup> *Ibíd.*, pp. 46-47

<sup>93</sup> *Ibíd.*, pp. 49-51

y por otro, un articulado de 15 capítulos, contando con 120 artículos permanentes y 27 disposiciones transitorias que comprendían, entre otras cosas, el tratamiento del denominado proceso de transición. Este documento fue entregado a la Junta de Gobierno en una audiencia llevada a cabo para tal efecto el 08.07.1980.<sup>94</sup>

En tercer lugar, fue la misma Junta de Gobierno quien antes de su promulgación, publicación y posterior sometimiento a plebiscito, intervino en el texto que fijaría el nuevo ordenamiento constitucional. Dicha labor la realizó en el escueto periodo de un mes (entre julio y agosto de 1980), a través del procedimiento legislativo contemplado en los D.L. N°s. 527 y 991, designando para tal fin a un grupo de trabajo que, valiéndose de los documentos emanados de la C.E.N.C. y el Consejo de Estado, discutió lo que sería el texto definitivo de la C.P.R., aprobado posteriormente por la Junta de Gobierno. Cabe destacar en esta última y decisiva fase de elaboración que, si bien la gran parte del contenido de la futura (nuestra actual) C.P.R. viene dado por el trabajo realizado por la CENC y Consejo de Estado, la Junta modificó parte del articulado de las normas definitivas a instancia de su propia comisión de trabajo, modificaciones cuya discusión y fundamentos no han sido dadas a conocer por revestir las actas y minutas que las contienen el carácter de reservado<sup>95</sup>.

El trabajo al amparo de la Junta de Gobierno resultó en el texto definitivo de la C.P.R., del cual se suprimió, por recomendación del Consejo de Estado, el preámbulo de carácter doctrinario contenido en el anteproyecto de la C.E.N.C., contando con 120 artículos permanentes (comprendidos en 14 capítulos), y 29 disposiciones transitorias<sup>96</sup>.

De esta forma, la C.P.R. fue aprobada y promulgada por la Junta de Gobierno a través del D.L. N° 3.464 de 08.08.1980 (D.O. 11.08.1980), el que dispuso, en su artículo final, que la entrada en vigencia del nuevo orden constitucional comenzaría, salvo algunas excepciones, 6 meses después de ser aprobada mediante plebiscito, el cual fue regulado por el D.L. N° 3465 de 08.08.1980 (D.O. 12.08.1980), cuya entrada en vigencia, a su vez, se retrotraería a la fecha de publicación del texto de la nueva constitución<sup>97</sup>.

## II. ESTABLECIMIENTO Y CONSOLIDACIÓN DE LA C.P.R.

El estudio realizado en el presente acápite y el anterior (ver supra, I, especialmente 2 y 3) resulta de vital importancia para el examen de la legitimidad de la C.P.R., ya que, en

---

<sup>94</sup> *Ibíd.*

<sup>95</sup> *Ibíd.*, pp. 51-53

<sup>96</sup> *Ibíd.*

<sup>97</sup> El artículo final de la naciente C.P.R., contenido en el D.L. N° 3.464 dispuso que:

*“La presente Constitución entrara en vigencia seis meses después de ser aprobada mediante plebiscito, con excepción de las disposiciones transitorias novena y vigesimatercera que tendran vigor desde la fecha de esa aprobación. Su texto oficial sera (sic) el que consta en éste decreto ley.*

*Un decreto ley determinara la oportunidad en la cual se efectuara el señalado plebiscito, así como las normás a que él se sujetara, debiendo establecer las reglas que aseguren el sufragio personal, igualitario y secreto y, para los nacionales, obligatorio.*

*La norma contenida en el inciso anterior entrara en vigencia desde la fecha de publicación (sic) del presente texto constitucional”.*

definitiva, sobre la base de tal información es que podremos plantear con claridad en que se fundan las posiciones y argumentos que le reconocen, por un lado, y le niegan, por otro, tal atributo al orden constitucional consagrado en la C.P.R.

A su vez, desde la perspectiva de la imaginación constitucional y poder simbólico que tiene y puede tener una constitución, el estudio hasta ahora realizado comprende lo que vendría a ser, en buena medida, el pensamiento subyacente a dicho orden y el medio a través del cual se podemos acceder a él (es decir, su texto). En lo que respecta a la práctica (o acción) constitucional como tercer elemento de esta estructura analítica, procederemos a estudiarla ahora, teniendo siempre presente que estas dimensiones se encuentran en constante dinamismo, en un dialogo en que se conjugan los elementos del pasado, presente y futuro de nuestras instituciones políticas y jurídicas.

Habiendo examinado el surgimiento de nuestro actual orden constitucional, así como algunos de los aspectos más importantes del contexto en el cual este se gestó, corresponde ahora abarcarnos al fenómeno de su establecimiento y consolidación en nuestro país.

Para tal fin, es que dividiremos esta parte del trabajo en tres partes, las cuales corresponden a las distintas formas en que dicho estatuto fue adoptado por la comunidad nacional. En este sentido y en primer lugar, se estudiará, en sus aspectos más relevantes, como fue llevado a cabo el plebiscito al cual se sometió la aprobación texto constitucional y las disposiciones transitorias relativas al ejercicio el poder constituyente en el denominado periodo de transición.

En segundo lugar, se revisará como se vio jurisdiccionalmente validada la norma fundamental y los D.L., en cuanto reglas de derecho, por medio del estudio de la actitud de la Corte Suprema de Chile) en ese periodo, y el reconocimiento institucional que esta otorgó, por medio de sus magistrados, al régimen gobierno de la Junta, a sus normas jurídicas y a sus tribunales *ad hoc*. Así mismo, este examen se llevará a cabo por medio de la revisión de algunas de las sentencias más importantes del Tribunal Constitucional de Chile en el ejercicio de su control de constitucionalidad en los que se refiere al poder constituyente.

En último lugar, se examinará la validación política de la C.P.R., realizada por los distintos agentes institucionales que han detentado el poder en nuestro país al amparo de dicha ordenación jurídica, consignando los avances más importantes que se han realizado en materia constitucional desde su entrada en vigencia hasta nuestros días.

## **1. El plebiscito de 1980 y el desasimiento del poder constituyente**

Tal como se adelantó, la C.P.R. (junto con sus disposiciones transitorias) fue sometida a plebiscito por parte de la ciudadanía conforme a lo prescrito por el D.L. N° 3.465. Esté fue convocado para el día 11.09.1980, y en el tenían derecho a votar tanto chilenos como extranjeros.

Llama la atención las circunstancias bajo las cuales se llevó a efecto dicho acto, tanto interna como externamente:

Externamente resulta curioso que el acto eleccionario mismo se llevara efecto, ya que la Junta nunca antes había sometido su actuar al escrutinio público, en el entendido de que las normas que ella dictó, desde su asunción en el poder, gozaban ya de obligatoriedad, y en consecuencia, de exigibilidad respecto de todas las personas en el territorio nacional (atendidos el B.M. N° 5 y los D.L. N°s. 1, 128, 527, 788 y 991), algunas de las cuales consagraban sustancialmente lo mismo que la C.P.R., limitándose esta última a replicar sus contenidos<sup>98</sup>.

Internamente, a su vez, llama la atención el hecho de que dicho plebiscito se efectuara sin la posibilidad de realizar actos de proselitismo político, a favor o en contra de la aprobación de la C.P.R.<sup>99</sup>, sin contar con registros electorales para su cotejo con los votos emitidos<sup>100</sup> y estableciendo autoridades *ad hoc* para realizar su escrutinio<sup>101</sup>, conteo en el cual los votos en blanco se computaron a favor de la aprobación de la carta fundamental<sup>102</sup>.

Sin perjuicio de aquello, el referido plebiscito se realizó con relativa normalidad el 11.09.1980, y, después de realizados, conforme a lo dispuesto por el D.L. N° 3.465, los escrutinios comunales, provinciales, regionales y nacional, el 15.10.1980 fueron entregados los resultados oficiales del mismo por el Presidente del Colegio Escrutador Nacional a la Junta de Gobierno y anunciados por cadena nacional, declarando ganadora la aprobación de la C.P.R., la cual fue promulgada por el D.S. N° 1.150 de 21.10.1980 (D.O. 24.10.1980), cuya entrada en vigencia, conforme su artículo final y salvo algunas excepciones, comenzaría el 11.03.1981.<sup>103</sup>

En este punto cabe preguntarse qué tratamiento tuvo el poder constituyente a partir de la aprobación de la nueva carta fundamental. Si bien la C.P.R. dispuso un mecanismo de reforma constitucional en su capítulo XIV (actual capítulo XV) este entró en vigencia muchos años después, ya que sobre esta materia existieron reglas especiales contenidas en las disposiciones transitorias de la Constitución:

En primer lugar, estas disposiciones contemplaban un periodo presidencial de carácter especial que duraría un periodo de 8 años (duración del periodo presidencial originalmente previsto en la Constitución), en el cual se aplicarían los preceptos contenidos

---

<sup>98</sup> Véase, por ejemplo, los artículos 6 y 7 de la C.P.R. en relación con los artículos 7 y 6 del Acta Constitucional N° 2, respectivamente, cuyo tenor es casi idéntico.

<sup>99</sup> Véase el D.L. N° 1.697 (D.O. 12.03.1977) el cual, conforme a su artículo 1, declaró en disueltos todos los partidos políticos y entidades, agrupaciones, facciones o movimientos de carácter político no comprendidos en el decreto ley N° 77.

<sup>100</sup> Véase el D.L. N° 130 (D.O. 19.11.1973) el cual, conforme a su artículo 1, declaró la caducidad de todos los Registros Electorales del país a que se refiere la ley N° 14.853 y ordenó a la Dirección del Registro Electoral inutilizar dichos registros en la forma que ella misma determine.

<sup>101</sup> D.L. N° 3.465, artículos 27 y 28.

<sup>102</sup> D.L. N° 3.465, artículos 5, incisos 1 y 2, y 21, inciso final.

<sup>103</sup> CARRASCO DELGADO, Sergio, cit. (n. 95), pp. 54-58.

en la C.P.R., con las modificaciones y salvedades prescritas por las disposiciones transitorias decimocuarta a vigesimanovena<sup>104</sup>.

En segundo lugar, durante todo dicho periodo continuaría como Presidente de la República quien hasta ese momento detentaba tal cargo, es decir, Augusto Pinochet Ugarte, y seguiría en funcionamiento la Junta de Gobierno sin este último miembro<sup>105</sup>.

En tercer lugar y radicándose en esta última distintas facultades constitucionales correspondientes al Congreso Nacional, la Junta de Gobierno siguió detentando, y ejerciendo por la unanimidad de sus miembros, y de manera exclusiva, los poderes Constituyente (sujeto a aprobación plebiscitaria) y Legislativo<sup>106</sup> potestades que ejercería a partir de la entrada en vigencia de la C.P.R. bajo la figura de ley formal y ya no más por medio de los D.L.<sup>107</sup>.

---

<sup>104</sup> La disposición transitoria Decimotercera de la C.P.R. dispuso que:

*“El período presidencial que comenzara a regir a contar de la vigencia de esta Constitución, durara el tiempo que establece el artículo 25.*

*Durante éste período serán aplicables todos los preceptos de la Constitución, con las modificaciones y salvedades que se indican en las disposiciones transitorias siguientes”.*

<sup>105</sup> La disposición transitoria Decimocuarta de la C.P.R. dispuso que:

*“Durante el período indicado en la disposición anterior, continuara como Presidente de la República el actual Presidente, General de Ejército don Augusto Pinochet Ugarte, quien durara en el cargo hasta el término de dicho período.*

*Asimismo, la Junta de Gobierno permanecera integrada por los Comandantes en Jefe del Ejército, de la Armada y de la Fuerza Aérea, y por el General Director de Carabineros. Se regira por las normás que regulen su funcionamiento interno y tendra las atribuciones que se señalan en las disposiciones transitorias correspondientes.*

*Sin embargo, atendido que el Comandante en Jefe del Ejército, de acuerdo con el inciso primero de esta disposición es Presidente de la República, no integrara la Junta de Gobierno y lo hara, en su lugar, como miembro titular, el Oficial General de Armás del Ejército que le siga en antigüedad. Con todo, el Presidente de la República podra reemplazar a dicho integrante en cualquier momento, por otro Oficial General de Armás de su Institución siguiendo el orden de antigüedad”.*

<sup>106</sup> La disposición transitoria Decimotercera de la C.P.R., en sus literales A y B, dispuso que:

*“Durante el período a que se refiere la disposición decimotercera transitoria, la Junta de Gobierno ejercera, por la unanimidad de sus miembros, las siguientes atribuciones exclusivas:*

*A.- Ejercer el Poder Constituyente sujeto siempre a aprobación plebiscitaria, la que se llevara a efecto conforme a las reglas que señale la ley;*

*B.- Ejercer el Poder Legislativo; (...).”.*

<sup>107</sup> La disposición transitoria Decimonovena de la C.P.R. dispuso que:

*“Los miembros de la Junta de Gobierno tendran iniciativa de ley, en todas aquellas materias que constitucionalmente no sean de iniciativa exclusiva del Presidente de la República.*

*La Junta de Gobierno ejercera mediante leyes las Potestades Constituyente y Legislativa. Estas leyes llevaran la firma de los miembros de la Junta de Gobierno y del Presidente de la República en señal de promulgación.*

*Una ley complementaria establecera los órganos de trabajo y los procedimientos de que se valdra la Junta de Gobierno, para ejercer las aludidas Potestades Constituyente y Legislativa. Estas normás complementarias establecerán, además, los mecanismos que permitan a la Junta de Gobierno requerir la colaboración de la comunidad para la elaboración de las leyes”.*

En último lugar, la Constitución dispuso que su capítulo XIV, relativo a la reforma de la misma, durante este periodo presidencial especial y hasta que entrara en funciones el Senado y la Cámara de diputados, no sería aplicable<sup>108</sup>.

De esta forma, es posible afirmar que la aprobación y entrada en vigencia de la C.P.R en la denominada etapa de transición no significó en lo absoluto un desasimiento por parte de la Junta de Gobierno del mando supremo de la nación y sus poderes públicos (los que se traducían en el ejercicio de la soberanía nacional), los cuales siguió detentando, ahora validada por el orden constitucional, valiéndose de sus disposiciones transitorias, las que pueden ser calificadas como un estatuto jurídico provisional de índole lampedusiano.

No fue sino hasta el año 1990, fecha en que entró en funcionamiento el Congreso Nacional, que se produjo el traspaso pleno de la potestad constituyente a los representantes populares de la Nación (sin perjuicio de las limitantes provenientes de los denominados enclaves autoritarios contemplados en el texto constitucional. Ver infra II, 3).

## **2. La validación judicial de los D.L. y la C.P.R.**

Desde su establecimiento formal como órgano soberano, la Junta de Gobierno realizó una transformación sistemática del ordenamiento jurídico chileno (ver supra, I, 2), transformación que contó con el respaldo del poder Judicial, representado por el apoyo que prestó la Corte Suprema a su régimen de gobierno. Dicha actitud se puede evidenciar desde una perspectiva tanto activa como pasiva:

Activamente, la Corte Suprema validó el conjunto de normas jurídicas emanadas de la Junta de Gobierno al darles aplicación como normas de derecho, en el ejercicio de la jurisdicción que constitucionalmente le correspondía conforme a la C.P.E<sup>109</sup>, catalogado por algunos como antojadizamente legalista<sup>110</sup>.

En este sentido, no fueron pocos los Presidentes del máximo tribunal que se mostraron abiertamente cómodos con el cambio de gobierno desde su inicio y el respeto que tendrían por parte de este, en atención a lo dispuesto en el art. 3 del D.L. N° 1<sup>111</sup>. En este sentido, el Presidente de la Corte Suprema, Enrique Urrutia Manzano, declaró

---

<sup>108</sup> La disposición transitoria Vigésima, letra d) de la C.P.R., dispuso que:

*“Durante el período a que se refiere la decimotercera disposición transitoria y hasta que entre en funciones el Senado y la Cámara de Diputados, no serán aplicables los siguientes preceptos de esta Constitución:*

*(...)*  
*d) El Capítulo XIV, relativo a la reforma de la Constitución. La Constitución sólo podrá ser modificada por la Junta de Gobierno en el ejercicio del Poder Constituyente. Sin embargo, para que las modificaciones tengan eficacia deberán ser aprobadas por plebiscito, el cual deberá ser convocado por el Presidente de la República, y (...).”*

<sup>109</sup> Véase art. 80 de la C.P.E

<sup>110</sup> Para una revisión crítica de los lazos existentes entre la Junta de Gobierno y la Corte suprema, véase FUENTEALBA HERNÁNDEZ, Álvaro, *Dictadura y poder judicial*, en Seminario de Derechos Humanos, “Verdad, Justicia y Memoria. Otro Mundo es Posible” en conmemoración de los 21 años del Informe Rettig (2012).

<sup>111</sup> *Ibid.*, pp. 4-5



públicamente su complacencia con el gobierno de la Junta ante su garantía de respeto por la eficacia de sus atribuciones<sup>112</sup>.

*“Al día subsiguiente, 13 de septiembre de 1973, el Pleno de la Corte Suprema, acordó:*

*‘Primero: Ratificar la declaración del Presidente del Tribunal dada conocer por los medios informativos del Gobierno, y que es del tenor siguiente:*

*DECLARACIÓN: El Presidente de la Corte Suprema, en conocimiento del propósito del nuevo gobierno de respetar y hacer cumplir las decisiones del Poder Judicial sin examen administrativo previo de su legalidad, como lo ordena el artículo 11 del Código Orgánico de Tribunales, manifiesta públicamente por ello su más íntima complacencia en nombre de la Administración de Justicia de Chile, y espera que el Poder Judicial cumpla con su deber, como lo ha hecho hasta ahora. Santiago, 12 de septiembre de 1973.*

*[Firmado] Enrique Urrutia Manzano.*

*Segundo: Disponer que los Tribunales de Justicia de la Nación continúen cumpliendo sus labores ante la certeza de que la autoridad administrativa respectiva le prestará la garantía necesaria en el normal desempeño de sus funciones.*

*Transcribese al señor Ministro de Justicia y a las Cortes de Apelaciones del país’”<sup>113</sup>.*

Por otra parte, siguiendo en este periodo su tradicional línea jurisprudencial en materia de acción de inaplicabilidad<sup>114</sup>, la Corte Suprema rechazó todas las presentaciones que en este ámbito se hicieron con el objeto de cuestionar la inconstitucionalidad de forma de los D.L., argumentando, entre otras razones, que dicha acción es una de carácter meramente doctrinario, y, en consecuencia, el objeto de la inaplicabilidad solo tiene relación con las disposiciones constitucionales de carácter sustantivo, y no así, con aquellas de carácter adjetivo, ya que, existiendo un órgano a quien competente el juzgamiento de la constitucionalidad de la formación de la ley (es decir, el Tribunal Constitucional) no le corresponde a aquella magistratura inmiscuirse en dicha esfera de atribuciones<sup>115</sup>.

Pasivamente, la Corte Suprema validó el actuar de la Junta de Gobierno y su orden institucional, al sustraer de la superintendencia directiva, correccional y económica que constitucionalmente le correspondía<sup>116</sup> a los tribunales militares en tiempos de guerra, los cuales comenzaron a funcionar en el país por la forzada aplicación de Código de Justicia

---

<sup>112</sup> *Ibíd.*, p. 21

<sup>113</sup> *Ibíd.*

<sup>114</sup> Para un estudio acabado en materia de acción inaplicabilidad, véase SAENGER GIANONI, Fernando, *Veinte años de recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad* en Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional 7 (2003) pp. 401-462.

<sup>115</sup> *Ibíd.*, pp. 426 y 437-438.

<sup>116</sup> Véase artículo 86 de la C.P.E.

Militar, en virtud de los D.L. N°s. 3, 4 y 5 (ver supra, I, 2)<sup>117</sup>. Resulta curioso que aprobada la C.P.R., dicha corriente jurisprudencial se transformó en derecho positivo durante casi 25 años<sup>118</sup>.

Por otra parte, el Tribunal Constitucional tuvo una vida efímera en la denominada fase de recuperación. Recordemos que este es incorporado al orden constitucional por medio de la ley N° 17.284 (D.O. 23.01.1970) y funcionó hasta el 05.11.1973, fecha en que es disuelto por la Junta de Gobierno por medio del D.L.119 (D.O. 10.11.1973) al considerarse innecesaria su existencia al estar también disuelto el Congreso Nacional<sup>119</sup>.

Posteriormente, aprobada la C.P.R., se contempló este órgano estatal en su capítulo VII (actual capítulo VIII) cuyo funcionamiento, virtud del artículo final de la misma, comenzó a partir 11.03.1981, fecha en que comenzó el periodo presidencial contemplado en la disposición transitoria decimocuarta de la carta fundamental<sup>120</sup>.

Desde ese entonces a la fecha, el Tribunal Constitucional ha funcionado con normalidad y con cada vez más facultades, ejerciendo el control de constitucionalidad que jurídicamente le compete en distintas materias de índole político institucional, sin cuestionar el orden constitucional en el que se encuentra comprendido. En este sentido, el Tribunal Constitucional dispuso en su rol N° 46, respecto un requerimiento de inconstitucionalidad en contra de Clodomiro Almeyda sometido a su resolución:

“(…)

33) *Que este Tribunal carece absolutamente de jurisdicción para entrar a pronunciarse sobre la legitimidad de la Constitución de 1980, ya sea que tal ilegitimidad se apoye en su origen y contenido, ya sea que ella se haga derivar de la gestión realizada por el actual régimen.*

34) *Que, en efecto, la Constitución es el estatuto jurídico de mayor jerarquía dentro del ordenamiento positivo que surge como expresión de un Poder que se denomina "Constituyente". A éste se le define como "la facultad inherente a toda comunidad política soberana a darse su ordenamiento jurídico político originario por medio de una Constitución y a reformar a ésta total o parcialmente cuando sea necesario". (Linares*

---

<sup>117</sup> Para un tratamiento pormenorizado y defensa de esta interpretación, véase JIMÉNEZ LARRAÍN, Fernando, *Carencia de superintendencia de la corte suprema sobre los tribunales de tiempo de guerra* en Revista Chilena de Derecho 20 (1993), pp. 573-581.

<sup>118</sup> Véase el antiguo artículo 79 de la C.P.R, en relación con su actual artículo 82.

<sup>119</sup> El artículo 1 del D.L. N° 119 dispuso que:

“Disuélvese (sic) el Tribunal Constitucional, cesando en sus funciones sus actuales miembros, a contar de esta fecha”.

<sup>120</sup> La disposición transitoria Novena de la C.P.R. dispuso que:

“Los miembros del Tribunal Constitucional a que se refiere el artículo 81, deberán ser designados con diez días de anticipación, a lo menos, a la fecha en que comience el primer período presidencial. Para éste sólo efecto, el Consejo de Seguridad Nacional se constituirá con treinta días de anterioridad a la fecha en que comience a regir esta Constitución”.

*Quintana Segundo, Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional, 2a. Edic. Tomo 3, pág. 201). De esta manera el Poder Constituyente puede ser de dos clases: "originario" y "derivado o instituido". El primero es aquel que inicialmente dicta una Constitución o crea una posterior, desligada de su predecesora, a consecuencia de una ruptura institucional. El segundo se expresa cuando, en virtud de una disposición constitucional que lo autoriza, se reforma, revisa o enmienda la Carta Fundamental. De los conceptos anteriores fluye que el Poder Constituyente originario es la expresión máxima del Poder del Estado, ya que crea el ordenamiento jurídico fundamental, estableciendo los "poderes constituidos" fijando sus atribuciones, encauzando sus actuaciones y, en fin, imponiéndoles limitaciones para asegurar, recíprocamente, su independencia y dar debida protección a los derechos de las personas que la misma Constitución reconoce.*

*35) Que la Carta Fundamental de 1980 constituye una manifestación del Poder Constituyente originario, ya que ella surge como consecuencia del quiebre institucional ocurrido en septiembre de 1973 y al margen de las competencias establecidas en la Constitución de 1925.*

*36) Que, en consecuencia, al Tribunal le está vedado entrar a conocer de una pretensión de ilegitimidad de la Carta Fundamental, ya que el hacerlo importaría arrogarse una facultad que no se le ha conferido y lo que es más grave situarse por sobre el Poder Constituyente originario. Lo infundado de una petición de esta naturaleza queda aún más en evidencia si se observa que este Tribunal ha sido establecido y dotado de facultades por la Carta Fundamental que se cuestiona, de manera que si se aceptara la ilegitimidad pretendida también el Tribunal, creación de esta Constitución, sería un órgano jurídicamente inhabilitado para dictaminar (...)"<sup>121</sup>.*

Estos mismos argumentos fueron esgrimidos por el Tribunal Constitucional para no inhabilitar a Augusto Pinochet Ugarte (ex Presidente de la Junta de Gobierno y de la República) como miembro de la cámara alta, en su calidad de senador vitalicio:

“(...)

*9º. Que retomando lo expuesto en el considerando 5º, este Tribunal declara que carece de competencia para resolver el requerimiento formulado en los términos en que ha sido planteado, pues sus atribuciones no lo autorizan para pronunciarse sobre la validez o legitimidad del artículo 4º y de la disposición decimocuarta transitoria, inciso primero, de la Constitución de 1980, ya sea que tal invalidez o ilegitimidad se apoye en su contenido o en una falta de correlación con una determinada situación política;*

*10º. Que, en efecto, como lo manifestara este Tribunal en la sentencia recaída en el Rol N° 46, la Constitución es el estatuto jurídico de mayor jerarquía dentro del ordenamiento positivo que surge como expresión de un Poder que se denomina*

---

<sup>121</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional de 21.12.1987, rol N° 46.

*“Constituyente”. A éste se le define como “la facultad inherente a toda comunidad política soberana a darse su ordenamiento jurídico político originario por medio de una Constitución y a reformar a ésta total o parcialmente cuando sea necesario”. (Linares Quintana, Segundo, Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional, 2ª Edic. tomo 3, pág. 201). De esta manera, el Poder Constituyente puede ser de dos clases: “originario” y “derivado o instituido”. El primero es aquel que inicialmente dicta una Constitución o crea una posterior, desligada de su predecesora, a consecuencia de una ruptura institucional. El segundo se expresa cuando, en virtud de una disposición constitucional que lo autoriza, se reforma, revisa o enmienda la Carta Fundamental; De los conceptos anteriores fluye que el Poder Constituyente originario es la expresión máxima del Poder del Estado, ya que crea el ordenamiento jurídico fundamental, estableciendo los “poderes constituidos” fijando sus atribuciones, encauzando sus actuaciones y, en fin, imponiéndoles limitaciones para asegurar, recíprocamente, su independencia y dar debida protección a los derechos de las personas que la misma Constitución reconoce;*

*11°. Que la Carta Fundamental de 1980 constituye una manifestación del Poder Constituyente originario, ya que ella surge como consecuencia del quiebre institucional ocurrido en septiembre de 1973 y al margen de las normas establecidas en la Constitución de 1925 para su reforma;*

*12°. Que, en consecuencia, al Tribunal le está vedado entrar a conocer de una pretensión de validez o legitimidad de los preceptos contenidos en el artículo 4° y en la disposición decimocuarta transitoria, inciso primero, de la Carta Fundamental, ya que el hacerlo importaría arrogarse una facultad que no se le ha conferido y lo que es más grave, situarse por sobre el Poder Constituyente originario; (...)<sup>122</sup>.*

En consecuencia, desde su restablecimiento hasta nuestros días, el Tribunal Constitucional no ha cuestionado el orden constitucional vigente, sino que, por el contrario, en el ejercicio de la facultad que el constituyente le encomendó, ha realizado una defensa de la C.P.R.

El análisis hecho en esta parte del trabajo nos permite concluir que el orden constitucional establecido en el país a partir del 11 de septiembre de 1973 ha sido validado por los tribunales más importantes Chile, reconociendo las normas en que se fundó como reglas de derecho y, por tanto, obligatorias y exigibles a los habitantes de la República, sin que interese a este respecto su legitimidad.

### **3. La validación política de la C.P.R. y las reformas constitucionales, énfasis en la Ley N° 20.050 y el Decreto Supremo N° 100 del año 2005**

La última parte de este acápite comprende el estudio de la aplicación del orden constitucional vigente por parte de los distintos agentes institucionales que a su amparo han

---

<sup>122</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional de 18.03.1998, rol N° 272.

ejercido los cargos de poder público. En este sentido el examen político de la validez de la C.P.R. se dividirá en tres partes<sup>123</sup>:

En primer lugar, se estudiará la aplicación del orden fundamental durante el periodo comprendido entre los años 1981 y 1990, periodo denominado tanto por las autoridades de la época como por distintos agentes políticos de ese entonces como la transición hacia la democracia.

En segundo lugar, será objeto de análisis el conjunto de cambios comprendidos entre los años 1990 y 2005, el denominado periodo de consolidación, en el cual se afianza el orden institucional establecido en la C.P.R. y se realizan sus cambios más significativos a la fecha de la mano de la Ley N° 20.050 y el D.S. N° 100 ambos del año 2005 y sobre el cual recaerá el énfasis de este acápite.

En tercer lugar, como cierre de esta parte del estudio, examinaremos la evolución experimentada desde el año 2005 a la fecha en nuestro país en el ámbito constitucional, pudiendo, sobre la base de dichos cambios, denominar este periodo como el de renovación de la democracia.

#### a) La transición a la democracia (1981 – 1990)

La aprobación de la C.P.R. por la vía del plebiscito, no solo implicó la adopción de un nuevo orden constitucional, tal como mostramos palabras antes, sino que además la de un régimen de gobierno presidencial especial, marcado por la aplicación parcial y restringida de dicho orden jurídico-político, junto con la pervivencia de las instituciones más características del régimen autocrático en el que se fundó (ver supra, II, 1).

En ese sentido, y por disposición misma de la carta fundamental, este periodo estaba destinado a implementar el naciente orden constitucional chileno, por medio de la dictación de las leyes más importantes para el funcionamiento institucional del país<sup>124</sup> y la incorporación paulatina de los civiles en la toma de las decisiones políticas de este<sup>125</sup>.

---

<sup>123</sup> Sobre las dos primeras partes de este acápite, véase NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *La evolución político-constitucional de Chile 1976-2005* en Revista de Estudios Constitucionales 6 (2008) 2.

<sup>124</sup> La disposición transitoria Quinta de la C.P.R. dispuso que:

*“Se entenderá que las leyes actualmente en vigor sobre materias que conforme a esta Constitución deben ser objeto de leyes orgánicas constitucionales o aprobadas con quórum calificado, cumplen éstos requisitos y seguirán aplicándose en lo que no sean contrarias a la Constitución, mientras no se dicten los correspondientes cuerpos legales”*. Véase dicha norma en relación al ejercicio de la potestad legislativa por parte de la Junta de Gobierno en el periodo presidencial especial (disposiciones transitorias Decimotercera y Decimoctava, letra B, de la C.P.R.).

<sup>125</sup> La disposición transitoria Decima de la C.P.R. dispuso que:

*“En tanto no entre en vigencia la ley orgánica constitucional relativa a los partidos políticos a que se refiere el No. 15 del artículo 19, estará prohibido ejecutar o promover toda actividad, acción o gestión de índole político partidista, ya sea por personas naturales o jurídicas, organizaciones, entidades o agrupaciones de personas. Quienes infrinjan esta prohibición incurrirán en las sanciones previstas en la ley”*.

También era de esperarse que, por considerarse este periodo como un paso previo hacia un orden institucional pleno, la C.P.R. previó que 90 días antes del término del periodo presidencial especial previsto en sus disposiciones transitorias (es decir del 11.03.1989), se convocaría a plebiscito para que la ciudadanía aprobara o rechazara a la persona propuesta por la Junta de Gobierno para ocupar el cargo de Presidente de la República en el periodo siguiente<sup>126</sup>, la que en caso de aprobación, duraría en ejercicio hasta el 11.03.1997<sup>127</sup> y, en caso de rechazo, que se prorrogara *ipso iure* por un año más el periodo presidencial especial, debiendo el Presidente en ejercicio convocar a elecciones presidenciales y parlamentarias noventa días antes de la expiración de su mandato (11.03.1990)<sup>128</sup>.

La persona propuesta por la Junta, resulto ser en la especie el Presidente en ejercicio, Augusto Pinochet Ugarte, quien convocó a plebiscito para el 05.10.1988 que resultó en el histórico triunfo del NO, lo que abrió “*el camino hacia la instalación de un gobierno democrático elegido por sufragio universal y un parlamento elegido, al menos mayoritariamente, en las elecciones competitivas de diciembre de 1989, ya que prácticamente un cuarto del Senado se integraría con senadores designados. Sin perjuicio de ello, el régimen militar había establecido un sistema electoral que le garantizaba que la oposición triunfante no podría dismantelar el sistema constitucional con los enclaves autoritarios establecidos*”<sup>129</sup>. Estos últimos suelen caracterizarse como elementos político-institucionales presentes en el orden constitucional vigente, cuya naturaleza responde a la dinámica del régimen autocrático de gobierno en el que aquel se gestó y que entroncan el ejercicio democrático pleno en el ámbito del poder público.

Los más destacados de estos elementos son la existencia de agentes políticos generados al margen del sistema democrático general, constituido por la investidura a través del sufragio (tales como los senadores designados y la figura del senador vitalicio); la existencia de un sistema electoral contra mayoritario (el denominado sistema binominal); la reservas tanto orgánicas como procedimentales contenidas en el texto constitucional que impiden la expresión auténtica de la voluntad nacional (tales como las materias de iniciativa exclusiva del Presidente de la República y los distintos tipos de leyes cuya aprobación, modificación o derogación se ve condicionada a pactos políticos de *quórum* contra mayoritario) y el mecanismo de reforma constitucional.

De esta forma, con la Junta de Gobierno derrotada en las urnas, antes de la referida elección presidencial y parlamentaria, la Constitución sufre su primera gran reforma el año 1989 después de una intensa negociación por parte los personeros de gobierno y la oposición de aquella época, la que se concretó en la Ley N° 18.825 (D.O. 17.08.1989) por medio de la aprobación plebiscitaria realizada el 30.07.1989 favorable a los cambios que ella previó. “*Se concuerdan así 54 reformas constitucionales, las que posibilitan buscar las*

---

<sup>126</sup> Así lo prescribía la disposición transitoria Vigésimoséptima de la C.P.R.

<sup>127</sup> Así lo prescribía la disposición transitoria Vigésimooctava de la C.P.R.

<sup>128</sup> Así lo prescribía la disposición transitoria Vigésimonovena de la C.P.R.

<sup>129</sup> NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, cit. (n. 128), p. 332.

*mayorías necesarias en el futuro parlamento para introducir nuevas reformas democratizadoras del sistema constitucional con el objeto de suprimir los enclaves autoritarios importantes que se mantienen en la Carta Fundamental”<sup>130</sup>.*

*“Se reinaugura así, a partir de marzo de 1990, un tipo de gobierno presidencialista con una fuerte hegemonía presidencial, con un parlamento debilitado y cuyos contrapesos del ejecutivo se centran más en órganos autónomos como el Tribunal Constitucional, Contraloría General de la República, Banco Central y el rol tutelador (sic) del régimen político asignado por la Constitución a las Fuerzas Armadas y al Consejo de Seguridad Nacional.*

*La eliminación de los enclaves autoritarios requerirá necesariamente, por los altos quórum de reforma constitucional, de amplios consensos entre la Concertación de Partidos por la Democracia y las fuerzas políticas que habían apoyado al régimen autoritario militar, aglutinadas en el partido Unión Democrática Independiente (UDI) y Renovación Nacional (RN)”<sup>131</sup>.*

#### b) La consolidación de la democracia (1990 – 2005)

Habiéndose llevado a cabo el 14.10.1989 el acto eleccionario presidencial y parlamentario que permitió dotar de nuevas (y no tan nuevas) personalidades públicas a nuestras instituciones políticas, es que comenzó un proceso de cambio constitucional que se manifestó en una serie de reformas a la carta fundamental y a la normativa legal que la implementa, en aspectos importantes mas no esenciales en cuanto determinantes en la existencia concreta del orden social nacional, debiendo ser amparadas por un acuerdo político amplio en atención a la pervivencia en esta época de los enclaves autoritarios descritos palabras antes. *“En el periodo 1990 – 2005 se concretan en los diversos gobiernos una cantidad significativa de reformas constitucionales, siendo la más trascendente la gran reforma de 2005”<sup>132</sup>*

*“La historia y la experiencia constitucional reciente también nos enseña que la Carta Fundamental solo será un orden duradero y estable en la medida que promueva la unidad y la integración de todos los sectores que forman parte de la sociedad política, debiendo reconstruir permanentemente dicha unidad e integración. La Carta Fundamental tiene que poseer el carácter de un compromiso básico generador y conservador de la unidad, paz y la justicia, posibilitando la expresión de una sociedad plural en sus estructuras e idearios políticos, donde cada uno de los sectores significativos se sienta integrado y tenga un lugar para participar en forma representativa y justa en las decisiones que conciernen al conjunto de la sociedad política.*

*Las reformas desarrolladas desde 1990 hasta la gran reforma de 2005 buscan concretar estos tres objetivos y funciones de una Constitución, siendo un texto expresión*

---

<sup>130</sup> *Ibíd.*, pp. 332-333.

<sup>131</sup> *Ibíd.* p. 334.

<sup>132</sup> *Ibíd.*

*del conjunto de la sociedad y su diversidad, que sea integradora de todos los sectores significativos de la sociedad, posibilitando que todos ellos desarrollen el “sentimiento de Constitución”, que sientan la Carta Fundamental suya. Un ámbito importante sobre el cual no se logró consenso fue la modificación del sistema electoral desarrollado por el régimen autoritario militar y resistido por la Concertación de Partidos por la Democracia”*<sup>133</sup>.

Así fue como durante el gobierno presidencial de Ricardo Lagos Escobar, se discute, negocia y concreta la ley de reforma constitucional N° 20.050 (D.O. 26.08.2005), considerada por muchos el cambio constitucional más importante de nuestra historia constitucional moderna.

Dicha regulación comprendió un cambio significativo en materia de institucional, política y democrática, ya que “pone fin a diversos enclaves autoritarios que se mantenían en el texto constitucional”<sup>134</sup>. Dentro de dichos cambios destacamos:

“(…)

- i. *Una clara subordinación de las Fuerzas Armadas al Presidente de la República, el que puede destituir y cambiar a sus comandantes en jefe;*
- ii. *Se elimina el rol político institucional del Consejo de Seguridad Nacional como parte del poder tutelador del gobierno que había sido concebido en el texto original de la Carta de 1980;*
- iii. *Se eliminan los senadores designados y se establece la electividad completa del Senado;*
- iv. *Se modifica profundamente la composición del Tribunal Constitucional y se fortalecen sus competencias;*
- v. *Se modifica, simplificando, el procedimiento de reforma constitucional;*
- vi. *Se fortalece constitucionalmente el control parlamentario del gobierno mediante la constitucionalización de comisiones investigadoras e interpelaciones parlamentarias;*
- vii. *Se elimina el periodo de sesiones extraordinario del Congreso y el derecho preferente del Presidente para convocarlo y determinar los proyectos a discutir en el mismo;*
- viii. *Se elimina la facultad presidencial de calificar las urgencias en los proyectos de ley;*

---

<sup>133</sup> *Ibid.*, pp. 335

<sup>134</sup> *Ibid.*, pp. 336



- ix. *Se perfecciona el sistema de integración del derecho convencional internacional al derecho interno y se clarifica su aplicabilidad mientras no sea retirado de acuerdo con las normas del derecho internacional, sin perjuicio de fortalecer el rol del parlamento en la información acerca de la conclusión de tratados y las condiciones de su aprobación;*
- x. *Se desarrollan modificaciones a los estados de excepción constitucional disminuyendo los derechos que pueden ser afectados en algunos de ellos y determinando el control parlamentario en reemplazo del Consejo de Seguridad Nacional;*
- xi. *Se elimina del texto constitucional el sistema electoral parlamentario binominal, aunque se mantiene en un régimen de ley orgánica constitucional con quórum de reforma ordinaria de la Constitución (tres quintos de los diputados y senadores en ejercicio);*
- xii. *Se modifica el sistema de reemplazo de parlamentarios en caso de vacancia del cargo, entre otros aspectos menos trascendentes”<sup>135</sup>.*

De esta forma, por medio de la dictación del D.S. N° 100 (D.O. 22.11.2005) es que se fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la C.P.R., mostrando un claro avance en lo que respecta a la legitimidad de las instituciones políticas y jurídicas actualmente imperantes en la sociedad.

Ahora bien, sin dejar de apreciar lo que hasta ahora hemos avanzado en la materia, Chile ha continuado en esta procesión constitucional, precisamente porque aún quedan vivos algunos de los enclaves autoritarios que obstruyen el ejercicio auténtico y democrático del poder público a nivel nacional, llegando hasta nuestros días no solo aquellos resabios constitucionales de esta índole no asumidos por las precedentes reformas, sino que además, la gran parte de la preceptiva legal por medio de la cual se desarrolla la C.P.R.

#### c) La renovación de la democracia (2005 – Presente)

Desde el significativo cambio de la Ley N° 20.050, nuestro país ha continuado por el sendero reformista, cuyos cambios apuntan a dar mayor legitimidad democrática al orden institucional, tanto desde la perspectiva de la generación popular de sus autoridades y las condiciones bajo las cuales deben ejercer sus cargos, como desde la óptica del reconocimiento de derechos fundamentales y su ejercicio, siendo algunas de las más relevantes:

- i. La reforma constitucional de modificación del sistema de votación, con la finalidad de implementar un sistema de inscripción automática en los registros electorales y la

---

<sup>135</sup> *Ibid.*

- consagración del sufragio personal, igualitario, secreto y voluntario (Ley 20.337, D.O. 04.04.2009);
- ii. La reforma constitucional que consagra el principio de asociación municipal, el cual permite a los entes municipales asociarse entre sí a través personas jurídicas, pudiendo estas gozar de personalidad jurídica de derecho privado, así como posibilidad autónoma de constituir o integrar corporaciones y fundaciones de derecho privado cuyo objeto sea la promoción y difusión de determinados fines de interés local, así como el fomento de obras de desarrollo comunal y productivo (Ley 20.346, D.O. 14.05.2009);
  - iii. La reforma constitucional que permitió a Chile reconocer la competencia de la Corte Penal Internacional (Ley 20.352, D.O. 30.05.2009);
  - iv. La reforma constitucional que modifica la fecha de elección de Presidente de la República (Ley N° 20.354, D.O. 12.06.2009);
  - v. La reforma constitucional que dispuso la elección popular de los Consejeros Regionales y otros cambios importantes en materia de gobierno y administración regional (Ley 20.390, D.O. 28.10.2009);
  - vi. La reforma constitucional que establece normas sobre transparencia y modernización del Estado, por medio de un sistema de declaración de intereses y patrimonio de algunas autoridades públicas, así como la adopción de un sistema de constitución de fideicomisos ciegos por parte de estas y otras, en determinados casos que supongan un conflicto de intereses con el ejercicio de la función pública que les impone su cargo. Esta misma reforma establece un sistema de mejoramiento de la calidad de la política, por medio de la implementación del sistema de elecciones primarias obligatorias al interior de los partidos políticos para la elección de determinados cargos de elección popular (Ley 20.414, D.O. 04.01.2010, rectificada el 07.01.2010);
  - vii. La reforma constitucional reconoce como derecho irrenunciable la defensa y asistencia jurídica de toda persona imputada por parte de un abogado defensor proporcionado por el Estado en los casos en que aquella no pueda procurárselos y de la defensa y asesoría jurídica gratuitas de las víctimas de delitos en los casos que prevea la ley a efectos del ejercicio de su acción penal (Ley 20.516, D.O. 11.07.2011);
  - viii. La reforma constitucional que facultó establecer estatutos especiales respecto el ejercicio de la libertad personal en los territorios de la Isla de Pascua y el Archipiélago de Juan Fernández (Ley 20.573, 06.03.2012);
  - ix. La reforma constitucional que obliga al Estado a promover la educación parvularia y financiar un sistema gratuito que asegure el acceso a esta y sus niveles superiores (Ley N° 20.710, D.O.11.11.2013);

- x. La reforma constitucional que modifica la forma de integración de la cámara de diputados, los distritos electorales y la forma de su elección (Ley N° 20.752, D.O. 15.02.2014);
- xi. La reforma constitucional que permite el sufragio de los ciudadanos no residentes en Chile para las votaciones primarias de presidenciales, elecciones de Presidente de la República y plebiscitos nacionales (Ley 20.748, D.O. 03.05.2014);
- xii. La reforma constitucional que establece la obligación de los Presidentes de la Cámara de Diputados y del Senado de rendir anualmente una cuenta pública de las actividades realizadas de las entidades que presiden (Ley 20.845, D.O. 21.07.2015);
- xiii. La reforma constitucional que otorga autonomía constitucional al Servicio Electoral (Ley N° 20.860, D.O. 20.10.2015);
- xiv. La reforma legal que sustituye el sistema binominal aplicable a las elecciones parlamentarias por un sistema proporcional e inclusivo de elecciones (Ley 20.840, D.O. 05.05.2015);
- xv. La reforma constitucional que establece como causal de cesación en determinados cargos de elección popular la infracción grave de las normas sobre transparencia, límites y control del gasto electoral (Ley 20.870, D.O. 16.11.2015) y;
- xvi. La reforma constitucional que dispuso la elección popular de los Gobernadores Regionales y otros cambios importantes en materia de gobierno y administración regional (Ley 20.990, D.O. 05.01.2017).

A partir del examen global que se puede hacer de estas normas y su inserción en el esquema político institucional de Chile, es que fundadamente se puede denominar a este periodo de la historia constitucional nacional como el de la renovación de la democracia, el cual, sin perjuicio de los grandes avances que han significado y significarán para el funcionamiento y progreso del país, aún se encuentra incompleto.

Efectivamente, aún se encuentran contempladas en nuestro estatuto constitucional algunos enclaves de corte autoritario que atentan contra la auténtica expresión de la voluntad popular en el territorio nacional, tales como la existencia de distintos tipos de leyes sometidas a un proceso diferenciado y contra mayoritario de formación<sup>136</sup>, así como el procedimiento aplicable a la reforma de la Constitución, contenido actualmente en tu capítulo XV, el cual responde a las mismas lógicas normativo-limitativas (remitiéndose en todo lo no previsto por el al proceso de formación de la ley)<sup>137</sup>.

Igual reproche se puede realizar respecto de las normas que conforman el orden público económico imperante en Chile, adoptado desde el derrocamiento del gobierno de la U.P. y la asunción de la Junta de Gobierno al mando supremo de la Nación. A este respecto

---

<sup>136</sup> Véase artículo 66 de la C.P.R.

<sup>137</sup> Véase artículo 127 de la C.P.R. en relación con sus artículos 66 y siguientes.

aún existe una deuda histórica con la democracia, ante la imposibilidad que han tenido los habitantes de nuestro país de autodeterminar con libertad el sistema económico que sustente el régimen de producción de los bienes, los límites del mercado como mecanismo de distribución de estos y la acción estatal en la economía como método de redistribución de los mismos.

Estas razones son las que permitirían explicar la iniciativa de la Presidenta Michelle Bachelet Jeria en orden a proponer un cambio completo a nivel constitucional, a partir del cual, Chile en el futuro podría soberanamente decidir sobre su particular forma de existencia política, en lo relativo a su modo y forma de funcionamiento desde una perspectiva básica y fundamental.

### III. LA LEGITIMIDAD DE LA C.P.R.

A partir de las ya revisadas circunstancias históricas, políticas, económicas, sociales, culturales, valóricas y, por qué no, jurídicas, que determinaron el deber-ser político nacional (ver supra, I y II), es que en este último acápite estudiaremos la legitimidad de la C.P.R., ocupando las distintas herramientas metodológicas planteadas en la primera parte de esta investigación (ver supra, Capítulo primero).

En este sentido, se expondrán en primer lugar aquellas posiciones que sustentan dicho atributo meta normativo respecto nuestro actual orden constitucional y sus principales argumentos.

En segundo lugar, se presentarán aquellas posturas que desconocen dicha cualidad de nuestro orden fundamental y las razones en las que se basan para poder llegar a dichas conclusiones.

En tercer y último lugar, estudiaremos aquellos aspectos que limitan o dificultan la antedicha discusión y las consecuencias que derivan de la misma para poder determinar con precisión el sentido que tiene hacer esta reflexión de la legitimidad de nuestro ordenamiento jurídico constitucional.

#### **1. Posiciones y argumentos que le reconocen legitimidad a la C.P.R.**

Actualmente existen posturas, sustentadas por distintos estudiosos, que afirman que la C.P.R. es legítima y, por tanto, incuestionable su calidad como elemento fundante del orden social chileno. Desde la perspectiva de los elementos estructurales del poder simbólico que tiene una constitución (ver supra, Capítulo primero, III, 3), estas posturas se agruparían en el plano del pensamiento ideológico, por considerarse una expresión de la estructura simbólica fundamental del orden político chileno cuya finalidad es la mantención de su identidad.

Dichas posturas, conforme a los argumentos que les permiten llegar a dicha conclusión, se pueden clasificar en absolutas y relativas:

a) Doctrina de la legitimidad absoluta de la C.P.R.

Estas posturas sustentan la legitimidad del orden constitucional establecido por la C.P.R. desde antes de su establecimiento formal como regla de derecho, fundados en la ausencia de legitimidad de ejercicio (o legalidad, conforme al esquema de trabajo adoptado por el presente estudio) del gobierno de la U.P. y los vicios que a ese respecto le reprochan, razones más que suficientes para justificar el derrocamiento de dicho orden y la recomposición del *status quo*, en el cual se funda la legitimidad de la nueva ordenación.

Sobre este punto, Carlos Molina Johnson, ante los excesos de la U.P. y la consecución irrestricta de su programa de gobierno fundado en el ideario marxista-leninista, plantea que es ineludiblemente necesaria la intervención de las F.F.A.A. para restaurar la normalidad en el país:

*“La crisis finalmente conduce al quiebre de la sociedad nacional en toda su dimensión: cuerpo y alma.*

*Ello demuestra que en toda nuestra historia ‘ciertamente, hay un solo esfuerzo explícito y deliberado de romper el consenso nacional como la legitimidad del procedimiento público: el del gobierno de la Unidad Popular a partir de 1970’.*

*Esa situación —junto con provocar la materialización de un pronunciamiento militar en septiembre de 1973— da lugar a un proceso, insoslayable, de recomposición de los elementos que sustentan su presencia en la realidad social chilena”*<sup>138</sup>.

En ese mismo sentido, Julio García E.<sup>139</sup>, justificando la acción militar frente a la amenaza que constituía el gobierno de Allende para Chile y sus elementos constitutivos, sostiene que:

Los elementos esenciales de la chilenidad y su atentado por parte el gobierno de la U.P. son los criterios que justifican y legitiman el pronunciamiento militar del 11 de septiembre de 1973<sup>140</sup>.

Dicha afirmación se justifica en la contradicción existente entre el organismo al cual la nación le confía su defensa integral y un gobierno que tendía la destrucción de aquella. Se encuentra, entonces, plenamente justificado en el plano moral el actuar militar, porque la destitución de un gobierno tiránico no tiene el carácter de sedición. Además este actuar es justo, no solo por restaurar el bien común poniendo término a dicha tiranía, sino que lo es también ya que la mayoría nacional venía expresando su repudio a dicha autoridad, por

---

<sup>138</sup> MOLINA JOHNSON, Carlos, cit. (n. 43), p. 175.

<sup>139</sup> Teniendo razones fundadas para pensar de que dicho nombre corresponde a un pseudónimo adoptado por Jaime Guzmán Errázuriz en distintas publicaciones de la época, véase CRISTI HERRERA, Renato, *El pensamiento político de Jaime Guzmán* (LOM Ediciones, Santiago, 2011).

<sup>140</sup> *Ibid.*, p. 228.

medio de sus organizaciones jurídicamente consagradas, tiranía contraria a la tradición política de Chile y a cualquiera otra expresión de convivencia civilizada<sup>141</sup>.

*“De esta premisa fundamental debe partir del análisis de la legitimidad de origen de que se haya revestido el régimen militar. El proceso electoral no es per se título de legitimidad, sino uno de los instrumentos legales que pueden concebirse en cuanto su formalización y que por ser instrumento puede variar en su concepción y en su reglamentación. No ocurre lo mismo con la legitimidad que, por pertenecer al orden moral, es una misma, siempre.*

*Inspirada en estos principios, sus disposiciones y ordenanzas demuestran hasta ahora que el espíritu que las anima es la vocación de ligar las conciencias al bien común, en que consiste precisamente el ejercicio legítimo del poder”<sup>142</sup>.*

#### b) Doctrina de la legitimidad relativa de la C.P.R.

Estas posturas sostienen que si bien el nacimiento del orden institucional podría ser catalogado de ilegítimo, dadas las circunstancias en que se gestaron los hechos históricos que la envuelven y su paulatina aceptación por parte de la ciudadanía en que ha de regir, la C.P.R., desde su establecimiento como norma formal de derecho y en atención a sus reformas y capacidad de permitir la estabilidad política y gobernabilidad en el país, se entiende legítima.

A esta conclusión es que llega Miguel Ángel Fernández González, haciendo un estudio acerca del origen, legitimidad y consolidación de la C.P.R.:

*“Cuestionada desde el comienzo, por carecer de legitimidad formal y sustantiva, no se puede controvertir, en una apreciación que me parece seria y exenta de apasionamientos, que la Constitución de 1980 ha ido encontrando el camino de su legitimación como instrumento democrático de ordenación del Estado de Derecho en Chile.*

*Fundamental en aquella labor, todavía pendiente, ha sido la tarea cumplida por los Tribunales Superiores, gracias al impulso del Recurso de Protección, y la tarea desarrollada, no exenta de críticas, por el Tribunal Constitucional, en cuanto órganos legitimantes de la arquitectura constitucional. Asimismo, en esa tarea han ocupado un lugar destacado quienes, desde el Gobierno y la Oposición, han visualizado el valor de una Constitución respetada, aunque susceptible de cambios y perfeccionamientos, por sobre la idea de un Estatuto Fundamental permanentemente anclado a los debates en torno de su pasado más que en su adecuación y proyección hacia el futuro, sobre todo inmediato”<sup>143</sup>.*

## 2. Posiciones y argumentos que niegan la legitimidad de la C.P.R.

---

<sup>141</sup> *Ibíd.*, p. 229.

<sup>142</sup> *Ibíd.*, p. 230.

<sup>143</sup> Véase FERNÁNDEZ GONZÁLES, Miguel Ángel, *Origen, legitimidad y consolidación de la constitución* en Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso 21 (2001), pp. 339-340.

Así como existen estudiosos que defienden la legitimidad de la C.P.R., hay quienes, por el contrario, que la cuestionan fuertemente desde esta perspectiva, sosteniendo que dicho orden no puede constituir el pacto fundamental de la nación. Desde la perspectiva de la imaginación constitucional y sus elementos estructurales, estas posturas se pueden agrupar en el plano del pensamiento utópico, por estimarse una variación imaginaria del orden político fundamental dominante, cuestionándolo con la finalidad de destacar el carácter contingente del mismo, ofreciendo una visión diversa de lo que este debería ser.

De la misma forma que se hace con las posturas que le reconocen legitimidad al orden constitucional, estas posturas se pueden clasificar en atención a la naturaleza de los argumentos que se esgrimen para sostener la ilegitimidad de la C.P.R.:

a) Doctrina de la ilegitimidad absoluta de la C.P.R.

Estas posturas se ubican en un plano diametralmente opuesto al sostenido por las doctrinas de la legitimidad absoluta, ya que sostienen que la C.P.R. es ilegítima y siempre lo ha sido, incluso antes de su consagración como norma formal de derecho.

Efectivamente, dicha condición viene dada por el rechazo que plantean al actuar de la Junta de Gobierno, ya que sostienen, interpretando de manera diversa los sucesos históricos que llevaron al derrocamiento del gobierno de la U.P., que las F.F.A.A. lo concertaron con el apoyo de E.E.U.U. como último recurso de dominación, y, por tanto, plantean que carecen absolutamente de legitimidad de origen (legitimidad titularidad a efectos de este trabajo) todos los intentos posteriores a partir de dicho momento para determinar el ordenamiento jurídico chileno.

Así, Gabriel Salazar Vergara, haciendo un análisis histórico y defensa del poder popular constituyente en nuestro país, sostiene que es tarea necesaria para el ejercicio de dicho poder, tener la claridad para identificar cual es el modelo político y económico que se pretende construir y la crisis del orden imperante y sus métodos de resistencia, y que:

*“En nuestro caso, hoy, siglo XXI, podemos reconocer que el Estado Neoliberal de 1980 nació ilegítimo, que no ha sido socialmente eficiente, y que crece actualmente de credibilidad y representatividad. De acuerdo. Crisis estructural, aunque menos grosera y visible que la del Estado Liberal-portaliano en 1910”*<sup>144</sup>.

*“¿No es absurdo que en Chile sigamos insistiendo en un Estado Liberal, si nunca hemos logrado industrializarnos? ¿Si ninguna ex colonia se ha desarrollado bajo los principios librecambistas del Mercado?”*<sup>145</sup>

b) Doctrina de la ilegitimidad relativa de la C.P.R.

Este conjunto de posturas aglutina un grupo heterogéneo de opiniones respecto las razones por las cuales la C.P.R. (y el orden que establece) debe considerarse ilegítima. En

---

<sup>144</sup> SALAZAR VERGARA, Gabriel, cit. (n.45), p.76.

<sup>145</sup> *Ibid.*, p. 85.

general sostienen que si bien hoy en día no se puede justificar tal afirmación solo en la carencia de la legitimidad-titularidad de la Junta de Gobierno para imponer su orden institucional, dicha ausencia si lo es en atención a circunstancias determinadas de la concepción doctrinaria en la que se funda.

Renato Cristi Herrera, por ejemplo, plantea que el poder constituyente ejercido por la Junta de Gobierno se funda en una concepción decisionista de la legitimidad, lo que implica que si bien el orden constitucional en que este se materializó guarda consistencia con su discurso y fundamentación (la que la convertiría en legítima), esta no puede admitirse en el entendido de que se produjo un cambio en el titular de este poder. Así:

*“La Constitución chilena actual, y las instituciones que valida, no corresponden a la Constitución de 1980. Por tener un titular o sujeto de Poder constituyente distinto del que se expresó en 1980, debería poder decirse que la actual es una Constitución distinta, análoga materialmente, pero no en su espíritu, a la de 1980.*

*Es evidente que en la actualidad el Tribunal Constitucional como estipula su fallo en el punto 12, no puede situarse por sobre el Poder constituyente de la actual Constitución. Pero es evidente también, que no le está vedado entrar a conocer la pretensión de validez o legitimidad de preceptos de Constitución cuyo sujeto o titular constituyente, la Junta de Gobierno, han dejado de existir a partir del momento en que el pueblo retoma la titularidad del Poder constituyente originario. Solo esta admisión concuerda con la plena transición democrática ocurrida al término de la dictadura”<sup>146</sup>.*

Por su parte Fernando Atria Lemaitre, también desde una perspectiva decisionista, en un estudio crítico de la C.P.R. sostiene su ilegitimidad ya que considera que ella contiene mecanismos institucionalizados antidemocráticos, a los cuales les denomina cerrojos (el sistema de elección binominal, las leyes de quórum protegido, el control previo de constitucionalidad de las leyes y la regulación relativa a la reforma constitucional), limitando la agencia política del pueblo para determinar autónomamente su forma y modo de existencia política, lo cual impide que este pueda apropiársela en un sentido constitucional, por lo cual concluye que esta no sería una constitución propiamente tal:

*“Es decir, ahora la pregunta es ¿Qué nos dice respecto del modo y la forma de la existencia de la unidad política chilena el hecho de que la Constitución chilena sea un cúmulo de leyes, es decir de decisiones no fundamentales sobre la forma y modo de existencia?*

*A mi juicio lo que nos dice es que la llamada Constitución de 1980 no es una constitución, es una camisa de fuerza o, como la ha llamado Christian Suarez, una celda. No es una decisión que pueda ser entendida por el pueblo como propia, en lo que respecta a su forma y modo de existencia, sino que es una maraña de dispositivos cuya finalidad más precisa es negar el poder constituyente del pueblo. Como lo hemos explicado con cierto detalle más arriba, negar el poder constituyente del pueblo significa negar la idea*

---

<sup>146</sup> CRISTI HERRERA, Renato, cit. (n.144), p. 169



*democrática de que los términos de vida común son los términos que nosotros nos damos. Por esto es necesaria una asamblea constituyente: no porque se trate de una constitución ilegítima, sino porque no es una constitución en el sentido al revés de que no constituye al pueblo sino lo niega, al hacerlo incapaz de actuar (...)*

*Como hemos visto, el sentido de la decisión constitucional de 1980 es neutralizar al pueblo, proteger la Constitución de la agencia política del pueblo. Y es por esto que respecto a la Constitución de 1980 no puede ocurrir lo que ha ocurrido con otras constituciones, en Chile y en el mundo, que fueron originalmente impuestas heterónomamente, pero que con el tiempo fueron apropiadas por el pueblo a través de la acción política. En la medida en que la constitución neutraliza al pueblo, este no podrá jamás, sin renunciar a ser pueblo (es decir, sin renunciar a ser sujeto político) apropiársela. (...)*

*Este proceso de apropiación de una constitución originalmente impuesta es el que es imposible bajo el texto constitucional vigente hoy. Es imposible porque él es un conjunto de leyes constitucionales cuya finalidad es proteger el proyecto político de la dictadura de Pinochet (lo que suele llamarse el 'modelo') en contra del pueblo. Y por consiguiente, el sistema institucional mira al pueblo y a su agencia política con desconfianza, con la misma suspicacia con la que el derecho de contratos mira a las partes”<sup>147</sup>.*

Sin perjuicio de las ya posturas presentadas, nos queremos hacer parte de la discusión planteando a este respecto una visión distinta acerca de la ilegitimidad de la C.P.R.

Como ya se adelantó, el hecho de no reconocer en la Constitución, en cuanto elemento fundante de un orden social, una justificación suficiente del mismo en lo que respecta a su estructura de poder, implica hacerse cargo de los distintos elementos del mismo:

En primer lugar, en relación con el elemento mutabilidad, el estudio realizado permite sustentar, desde una visión en perspectiva de la C.P.R. (abarcando desde los antecedentes de su origen hasta sus últimas reformas. Ver supra, I y II) que este ha manifestado significativos cambios durante el desarrollo de su vida como agrupación política, los que se traducen en la adopción de un determinado sistema de valores que inciden en su elemento justificante.

Este a su vez, se ha nutrido de distintas corrientes de ideas, tales como el ideario democrático y su consecuente defensa por los derechos esenciales de las personas, necesarios para el establecimiento y ejercicio de toda autoridad política.

Que, por su parte, ocupando el esquema de la imaginación constitucional, se puede cuestionar la legitimidad de la C.P.R. desde la perspectiva de su poder simbólico, ya que se

---

<sup>147</sup> Véase ATRIA LEMAITRE, Fernando, *La constitución tramposa* (LOM Ediciones, Santiago, 2013), pp. 64-66.

ha mostrado como una ordenación que no ha podido conciliar, pese a todos los esfuerzos políticos realizados a la fecha, la dialéctica subyacente de sus elementos estructurales:

En el denominado periodo de recuperación del poder, la Junta de Gobierno establece las bases fundamentales de la actual sociedad chilena, basándose en un autolegitimado ejercicio del poder fáctico y jurídico para lograr tal fin, por medio de las formas de derecho, máxima expresión de su estructura simbólica fundamental.

Sin embargo, como ya lo hemos indicado, la posibilidad de establecer un orden de derecho no es prueba suficiente para asumir su legitimidad, ya que implicaría atribuir a dicha relación un cariz de necesidad, cuando dicha relación, en atención al elemento de mutabilidad, es una de carácter exclusivamente contingente, debiendo estarse a sus elementos justificantes para poder determinar la existencia efectiva de la legitimidad.

Así, ante la imposibilidad de legitimar un orden social exclusivamente por medio de mecanismos de carácter ideológico que se fundan esencialmente en el uso de la fuerza, tal como lo son las formas de derecho ocupadas por la Junta de Gobierno, es que se recurre instrumentalmente a elementos justificantes de orden democrático, como el plebiscito de 1980 en que se aprueba la C.P.R., para reforzar así la adhesión el nuevo orden constitucional y así cristalizar definitivamente su identidad.

Dicha operación, sin embargo, abrió la puerta a los cuestionamientos de orden utópico por parte de la civilidad, los que cuestionando la forma y modo de existencia del deber ser político, ya en la época de transición, implicó la primera pugna entre los elementos estructurales de su poder simbólico, cuya manifestación más importante fue el triunfo del NO en el plebiscito de 1988.

Ante esta circunstancia, surge la preocupación por parte de la Junta y sus adeptos de como conservar la estructura simbólica fundamental del orden que tanto les costó establecer, por lo cual, al ya estar anidada nuevamente la dinámica dialéctica ideología-utopía (aunque claramente limitada por el contexto político de la época) en el debate público, se negocia con los movimientos de oposición la Ley 18.825 y su posterior aprobación por plebiscito en 1989, con lo cual se institucionalizan en la Constitución mecanismos de autoconservación de su identidad, los enclaves autoritarios.

Dichos enclaves, tanto procedimentales como personales, sin embargo, y ya entrados en la etapa de consolidación del régimen constitucional son puestos en tela de juicio nuevamente por el pensamiento utópico, el cual logrando las mayorías y acuerdos necesarios para tal fin, logra implementar una serie de reformas cuyo punto cúlmine se evidencia en la dictación de la ley 20.050 del año 2005, suprimiendo buena parte de los mecanismos ideológico-institucionales consagrados en la C.P.R. para asegurar la vigencia de su originaria identidad en el país a través del tiempo.

Sin embargo, ya en la etapa de renovación, y por medio del análisis crítico en retrospectiva de las reformas constitucionales que hemos experimentado como país del año 2005 a la fecha, los que han significado, en lo que a cambios político-constitucionales

respecta, la mayor expresión del pensamiento utópico en el orden establecido por la C.P.R., la que sin embargo, aún resulta insuficiente.

Efectivamente, a pesar de poder decir que nos encontramos en el periodo de más alta concreción del pensamiento utópico en lo que a cambios en el esquema político institucional respecta, aun nos encontramos en un estado sumamente deficitario en atención a legitimidad democrática que a estas alturas del partido debiésemos haber alcanzado, ya que por un lado, aún perviven mecanismos institucionalizados de corte ideológico que compelen a la mantención de su originaria identidad (los enclaves autoritarios), y por otro, por la casi nula revisión y cambio del sistema económico establecido y garantizado por la C.P.R., cuya finalidad desde su inicio ha sido entregar ámbitos arbitrariamente amplios de libertad a algunos aspectos de la economía, sin hacerse cargo de la manifiesta desigualdad material existente en el país durante sus casi 40 años de vigencia.

Es por esto que, fundadamente, afirmamos que la C.P.R. no es legítima, ya que esta, en detrimento de los principios y derechos básicos a los cuales debe responder un orden democrático de derecho (como el que, hasta el día de hoy, aspiramos a lograr como país), constriñe la voluntad popular, al punto de que resulta actualmente imposible cuestionar su poder simbólico originario, el que, ideado hace casi cuatro décadas atrás, ha logrado someter al pensamiento utópico por medio de sus mecanismos ideológico-identitarios, limitando la imaginación constitucional del pueblo chileno a los márgenes que ella misma ha deliberadamente establecido.

### **3. Alcances, problemas e implicancias que derivan de la antedicha discusión**

De la discusión recién expuesta y desarrollada, derivan alcances, problemas e implicancias respecto de los cuales nos debemos hacer cargo:

Por una parte, en lo relativo a los alcances de la discusión acerca de la legitimidad de la C.P.R., debemos ser conscientes de que, en atención a la naturaleza del vínculo existente entre dicho atributo y el impacto inmediato que este puede tener en la realidad política, jurídica e institucional de Chile, debemos afirmar que está resulta ser de alcance limitado o relativo.

Esta afirmación la hacemos en base a lo antes expuesto respecto la relación existente entre las nociones derecho-legitimidad y derecho-fuerza (Ver supra, Capítulo primero, III,3), a partir de lo cual, sostenemos que si bien el planteamiento de dicha problemática resulta sumamente importante en cuanto a reflexión racional acerca del carácter justificante de la realidad política y social en la cual estamos inmersos, respecto a sus repercusiones directas en el derecho constitucional chileno vigente resulta mucho menos significativa, el cual no perderá su obligatoriedad.

En atención a los problemas que presentan la antedicha discusión, cobra relevancia el hecho de que la legitimidad se estructura sobre elementos que determinan su existencia con carácter absoluto (esto, especialmente en relación con el elemento justificante de la legitimidad). En consecuencia, la legitimidad en concreto de un orden constitucional se

aprecia en términos absolutos, debiendo atribuir a la C.P.R. el carácter de legítima o no, no pudiendo adoptar una tercera opción.

Por último, teniendo presente todo lo anterior, las implicancias concretas que se derivan de la discusión acerca de la legitimidad de la C.P.R. y su correspondencia y disconformidad, es que ella solo podrá ser solucionada por medio de la decisión política concreta, deliberada y democrática de los miembros que formamos este orden social llamado Chile, con la esperanza de que el día de mañana todos y cada uno de estos podamos afirmar que vivimos y formamos parte de un orden político institucional, cuyas normas jurídicas y sistema de derecho conforman un sistema social plenamente justificado.

## **Conclusiones de la presente investigación**

El presente estudio se elaboró con la finalidad de hacer un examen de la C.P.R. en su dimensión de legitimidad, finalidad que se pretendió lograr en dos partes:

La primera de estas partes se centró en el análisis en abstracto que realizó el Capítulo primero respecto de las nociones de legitimidad y de poder constituyente, como ellas se desarrollan y como se conjugan en un determinado orden social.

En lo relativo a la legitimidad, podemos concluir que este es un concepto de amplia y larga significación política, jurídica e histórica, que encuentra sus raíces en un muy antiguo tiempo, pero que hasta nuestros días sigue siendo una noción de capital importancia para la construcción y sustento de los modelos reales de organización política entre personas.

En este sentido, ofrecemos un concepto de legitimidad de carácter polisémico, el cual, desde una perspectiva amplia, se concibe como un atributo predicable de un determinado orden social en virtud del cual este se entiende suficientemente justificado en cuanto estructura de poder, y uno restringido (o legitimidad-titularidad) que la considera como aquella voluntad que se entiende suficientemente justificada para decidir sobre las cuestiones fundamentales de la vida de una determinada comunidad política y que es reconocida por esta como tal.

Sobre la base a esta dualidad que se desarrolla una serie clasificaciones que tienen por objeto agrupar estas nociones en base a distintitos criterios, siendo los tipos más relevantes a este respecto, la legitimidad decisionista (tipo de legitimidad en su sentido amplio) y la legitimidad democrática (tipo de legitimidad-titularidad), por ser relevantes para la articulación de las implicancias jurídicas que resultan de su relación con el poder constituyente.

Este último se estudia en un segundo acápite de este capítulo, y lo trata en un examen abstracto con la finalidad de perfilar los rasgos propios de este poder jurídico, el que definimos, en un principio, desde una perspectiva meramente formal, aquel poder prejurídico de carácter supremo y absoluto que establece las bases fundamentales (tanto dogmáticas como orgánicas) de todo ordenamiento jurídico, sin embargo tal determinación no permite comprender en profundidad la importancia de dicho concepto, el cual, definido ahora, desde una perspectiva material, se concibe como un acto soberano y fundacional en virtud del cual un orden social es dotado de su forma y modo de funcionamiento, determinando así su particular forma de existencia política.

En este apartado se estudian sus caracteres más importantes, haciendo especial énfasis en la titularidad del poder constituyente, cuya correcta formulación, tanto histórica como lógicamente, implica que debe ser ejercido por el pueblo, en representación de la Nación, como su natural y legítimo sujeto, sin perjuicio de que en la doctrina y en los hechos, existan poderes constituyentes ejercidos al margen de dichas premisas.

Esto nos lleva al cierre del análisis en abstracto, el cual examina la relación existente entre ambos conceptos (legitimidad y poder constituyente) desde diversas perspectivas, concluyendo que su relación es netamente contingente, en atención a la ausencia de vinculación intrínseca entre legitimidad y Derecho (cuya máxima expresión es el poder constituyente y la constitución a la que de origen), el cual, ante una vulneración del conjunto de presupuestos que suponen su ejercicio, deviene en la necesidad jurídica de cambio, ya que la legitimidad *per se* no tiene la virtualidad de producir efectos jurídicos directos, más si la de plantear como válidas las pretensiones de cambio constitucional en un sentido que si los satisfaga.

En esa misma línea de ideas, y vinculándolo con los elementos de mutabilidad y de justificación suficiente de la legitimidad, es que se plantea, cómo crítica al poder constituyente autocrático, la legitimidad democrática, la cual descansa por un lado, en la formulación mayoritaria y deliberada, por parte del pueblo, de los preceptos de Derecho que contienen sus decisiones políticas fundamentales, y por otro, en los conceptos modernos de justicia procedimental y los Derechos Humanos como valores esenciales e irrenunciables en toda conformación social de poder.

Así mismo se analiza la cuestión desde la perspectiva de la imaginación constitucional, estructura analítica que permite dar coherencia al pensamiento, texto y prácticas político constitucional, basado en el poder simbólico que tiene la constitución como instrumento creador de mundo y realidad política. Este poder responde a determinados elementos estructurales, ideología y utopía, como medios de identificación y de subversión respecto un determinado orden constitucional.

Del análisis en abstracto se concluye que es ilegítimo todo poder constituyente ejercido al margen de los principios sustentados por la legitimidad democrática como elemento justificador de un orden social en cuanto estructura de poder, ilegitimidad que valida la pretensión del cambio constitucional en la medida que dicho cambio, atendido el carácter contingente de la legitimidad respecto el Derecho, se materialice en un concreto acto de definición política que vaya en dicho sentido.

Pasando al Capítulo segundo, se realiza un análisis concreto de la legitimidad de la C.P.R., analizando sus fundamentos doctrinales y normativos, su establecimiento, consolidación y desarrollo durante los últimos años de nuestra actual historia constitucional, tanto por parte del pueblo en que esta ha regido, como su validación jurisdiccional y política en Chile por parte de distintas autoridades dotadas de poder público que han intervenido en su aplicación y modificación.

En último término, se hace un análisis acerca de cuáles han sido las posturas y argumentos que se han sostenido a favor y en contra de la legitimidad de la C.P.R.

Que de dicho examen concreto se puede concluir el ejercicio del poder constituyente que da razón de ser a nuestro actual orden constitucional, a nuestro modo de ver las cosas, no se encuentra suficientemente justificado y es, por tanto, ilegítimo.

Esta ilegitimidad deriva, en primer lugar, de un ejercicio antijurídico del poder bélico por parte de la F.F.A.A., cuyas máximas autoridades, constituidas como Junta de Gobierno, derrocan el gobierno de la U.P. como una forma de poner fin a un periodo marcado por la inestabilidad política y social y cuya motivación inicial fue hacerse del poder por el solo tiempo que fuese necesario para el restablecimiento del orden institucional.

Sin embargo, y ya estando en el poder fáctico y jurídico de Chile, la Junta comienza un proceso de refundación del orden institucional, valiéndose de una legitimidad decisionista de corte autocrático, en base a la cual ejerció el poder constituyente en nombre del pueblo chileno, determinando así la particular forma de existencia política que tiene hoy nuestro país, instaurando sus objetivos programáticos como base del nuevo orden y asegurando su vigencia y continuidad en el tiempo por medio de mecanismos institucionalizados ideológico-identitarios (denominados por la doctrina, enclaves autoritarios) y el abuso de las formas utópico-democráticas, como el plebiscito y la reforma constitucional.

Llegados al fin del camino en esta historia, si bien se reconoce el avance en lo relativo a cambios político constitucionales, aún queda mucho por delante en lo que a legitimidad democrática del poder constituyente chileno respecta, ya que aún viven en nuestro sistema institucional formas jurídicas que constriñen la voluntad soberana del pueblo al limitar su campo de acción en la definición de su orden social como estructura de poder, las cuales a su vez impiden la revisión y cambio de otros aspectos fundamentales de la existencia política de Chile, en cuanto a modo y forma de funcionamiento.

Esta tarea (la del tránsito constitucional hacia un orden de carácter legítimo) constituye un imperativo para las nuevas generaciones, quienes por medio de una sociedad civil robusta que otorgue una visión amplia acerca de la problemática país, el desarrollo de una cultura cívica y de los espacios de dialogo y discusión públicos, puedan fundadamente en un futuro, y con orgullo, decir que Chile es una legítima república democrática de Derecho.

Hasta ese entonces, lidiaremos con la incómoda realidad de que nuestro actual orden social, político y jurídico no se encuentra suficientemente justificado, por adolecer de vicios tan trascendentes a la luz de la teoría democrática y constitucional, que sostener la afirmación contraria sería negar la naturaleza misma de dicho poder, el cual se concibe como uno que emana de, por y para las personas que conforman un determinado pueblo de forma igual y libre de toda otra forma de dominación.

## Bibliografía

AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique, El poder constituyente, la legitimidad democrática y el pacto constitucional en la teoría política contemporánea, en Revista de Estudios Jurídicos 11 (2011)

ATRIA LEMAITRE, Fernando, La constitución tramposa (LOM Ediciones, Santiago, 2013)

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, Ley Chile, Búsqueda Avanzada (2017)

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco, Dizionario di política (4ª edición, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 2016)

BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo, Origen y Fundamentos del Poder Político (traducción de José Fernández Santillán, Grijalbo, México, 1984)

BOBBIO, Norberto, Sobre el principio de legitimidad, en RUÍZ MIGUEL, Alfonso (a cura di), Contribución a la teoría del derecho (Debate, Madrid, 1990)

BOBBIO, Norberto, Teoria della Norma Giuridica (Giappichelli, Torino 1958)

CÁMARA DE DIPUTADOS, legislatura 350ª, extraordinaria (Sesión 37ª, en jueves 18 de diciembre de 2003)

CARRASCO DELGADO, Sergio, Génesis de la constitución política de 1980 en Revista de Derecho Público 170 (1981)

CHUMIOQUE HIDALGO, Enrique, Las formas de legitimidad de la dominación según Max Weber, en SOBREVILLA, David (a cura di), Legalidad y legitimidad en el sistema jurídico y político, Tesis para optar al grado de doctor en derecho por la Universidad de San Martín de Porres (2008)

CORDERO QUINZACARA, Eduardo, Los principios y reglas que estructuran el ordenamiento jurídico chileno en Revista Ius et Praxis 15 (2009)

CRISTI HERRERA, Renato, El pensamiento político de Jaime Guzmán (LOM Ediciones, Santiago, 2011)

DELGADO OCANDO, José Manuel, Razón jurídica: legalidad y legitimidad, en Frónesis 1 (1994)



DEL HIERRO, José Luis, Legitimidad y legalidad, en Eunomía. Revista en cultura de la legalidad 4 (2013)

FUENTEALBA HERNÁNDEZ, Álvaro, Dictadura y poder judicial, en Seminario de Derechos Humanos, “Verdad, Justicia y Memoria. Otro Mundo es Posible” en conmemoración de los 21 años del Informe Rettig (2012)

FERNÁNDEZ GONZÁLES, Miguel Angel, Origen, legitimidad y consolidación de la constitución en Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso 21 (2001)

HÄBERLE, Peter, Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional (traducción de Ignacio Gutierrez, Trotta, Madrid, 1998)

HABERMAS, Jürgen, Problemas de legitimación en el capitalismo tardío (Amorrortu Editores, Buenos Aires, 1986)

INSTITUTO CHILENO DE ESTUDIOS HUMANÍSTICOS, Una salida político constitucional para Chile (primera edición preparada por José Polanco Varas y Ana María Torres, Alfabet Impresores, Santiago, 1985)

JIMÉNEZ LARRAÍN, Fernando, Carencia de superintendencia de la corte suprema sobre los tribunales de tiempo de guerra en Revista Chilena de Derecho 20 (1993),

KELSEN, Hans, Teoría general del derecho y del Estado (quinta reimp., traducción de Eduardo García-Maynez, Universidad Autónoma de México, México D.F., 1995)

LEGAZ LACAMBRA, Luis, Legalidad y Legitimidad, en Revista de Estudios Políticos 101 (1958)

LÓPEZ HERNÁNDEZ, José, El concepto de legitimidad en perspectiva histórica, en Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho 18 (2009)

LOUGHLIN, Martin, The constitutional imagination, en The modern law Review 78 (2015)

MERELLO, Ítalo, Historia del Derecho (segunda reimp., Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso, 1998)

MOLINA JOHNSON, Carlos, Chile: los militares y la política (Editorial Andrés Bello, Santiago, 1989)

MONTOYA BRAND, Mario, Derecho y política en el pensamiento de Bobbio: una aproximación, en Estudios Políticos 26 (2005)

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, La evolución político-constitucional de Chile 1976-2005 en Revista de Estudios Constitucionales 6 (2008)

PANTOJA MORÁN, David, Escritos políticos de Sieyès (primera reimp., Editorial Fondo de Cultura Económica, México D.F., 2013)

PINOCHET UGARTE, Augusto, Nueva institucionalidad en Chile (Santiago, 1977)

SAENGER GIANONI, Fernando, Veinte años de recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional 7 (2003)

SALAZAR VERGARA, Gabriel, En el nombre del poder popular constituyente (LOM Ediciones, Santiago, 2011)

SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos, El poder constituyente (Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1957)

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Rol N° 46 de 21.12.1987.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Rol N° 272 de 18.03.1998.

SCHMITT, Carl, Legalidad y legitimidad (traducción de José Díaz, Editorial Aguilar, Madrid, 1971)

SCHMITT, Carl, Teoría de la constitución (traducción de Francisco Ayala, Alianza Universidad Textos, Madrid, 1996)

VIAL, Gonzalo, Chile, cinco siglos de historia desde los primeros pobladores prehispánicos, hasta el año 2006 (Editorial Zig-Zag, Santiago, 2010), II.

VITA, Leticia, La Legitimidad del Derecho y del Estado en el pensamiento jurídico de la República de Weimar: El concepto de Legitimidad en Hans Kelsen, Carl Schmitt y Hermann Heller, Tesis para optar al grado de doctora en derecho por la Universidad de Buenos Aires (2012)

WEBER, Max, Economía y sociedad (2ª edición, traducción de José Medina Echavarría et al, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 2002)