



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS DEL DERECHO

**“¿Facticidad o Validez? La Constitución Política de 1980 a la luz
de la Teoría Discursiva del Derecho de Jürgen Habermas”**

MEMORIA DE PRUEBA PARA OPTAR AL GRADO DE
LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

PROFESOR GUÍA: Carlos Ruiz Schneider.

AUTOR: Mauricio León Cáceres

Santiago de Chile – Diciembre de 2008

Tabla de Contenido

Resumen.....	1
Introducción.....	2
 Capítulo I. La Ética Discursiva y el Principio del Derecho.	
1.La Ética Discursiva.....	8
2.La Ética Discursiva de Jürgen Habermas.....	17
2.1.La base de la Teoría Ética Discursiva: prioridad de lo justo sobre lo bueno y pertenencia a la comunidad moral.....	22
2.2.El principio fundamental de la Ética Discursiva: el Principio de Universalidad y el Principio del Discurso.....	26
3.La Teoría Discursiva del Derecho.....	29
4.Facticidad y Validez: la teoría discursiva del Derecho de Jürgen Habermas.....	34
4.1.Conceptos básicos.....	35
4.2.El Sistema de los Derechos.....	41

Capítulo II. Análisis teleológico y procedimental de la génesis de la Constitución Política de 1980 y sus reformas posteriores.

1.La crisis institucional y el golpe militar. Contexto histórico de la promulgación de la Constitución de 1980.....	47
2.Génesis de la Constitución Política de 1980: el déficit de legitimidad originario.....	55
2.1.Los primeros bandos, decretos y actas constitucionales.....	56
2.2.“Aprobación” de la Constitución: déficit de legitimidad en el Plebiscito de 1980.....	62
3.Algunas controvertidas normas de la Constitución Política de 1980: el déficit de legitimidad sustantivo.....	65
3.1.Artículo 8º: Proscripción de partidos e ideologías “antidemocráticas”.....	66
3.2.Composición del Senado. Senadores designados y vitalicios.....	68
3.3.Las Fuerzas Armadas como garantes de la institucionalidad. Inamovilidad de los Comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas.....	71
3.4.Sistema Electoral Binominal.....	73
4.1989: Primera reforma. ¿Una nueva Constitución?.....	77
4.1.El fin del régimen militar.....	77
4.2.La negociación de la primera reforma constitucional.....	79

4.3.Las reformas constitucionales.....	81
4.4.¿Constitución de 1989?.....	85
5. 2005: Segunda reforma. ¿Una nueva Constitución?.....	91
5.1.Las reformas constitucionales.....	93
5.2.Los problemas que aún subsisten.....	96

Capítulo III. Análisis crítico de la Constitución Política de 1980 a la luz de la Teoría Discursiva del Derecho.

1.La legitimidad jurídica, política y social de la Constitución Política de la República de Chile. ¿Una evolución?.....	99
2.Facticidad y Validez del ordenamiento jurídico chileno.....	105
3.La distorsión de la opinión pública o “publicidad” (<i>offentlichkeit</i>).....	114
4.Los problemas que ha generado el déficit de legitimidad.....	120
Conclusiones.....	124
Bibliografía.....	130

Resumen

El presente trabajo tiene por objeto exponer la teoría discursiva del Derecho, particularmente la planteada por el filósofo y sociólogo alemán Jürgen Habermas en su libro “Facticidad y Validez”, la cual configura una validez jurídica en dos niveles: una validez formal (facticidad) y una validez sustancial (validez), siendo esta última esencial para el cumplimiento de los fines del derecho en orden a complementar el sistema normativo de la moral, en lo que respecta a la integración de las sociedades.

Junto con ello, se analiza la Constitución Política chilena de 1980 a la luz de dicha teoría, para responder a la pregunta de si puede considerarse el ordenamiento jurídico chileno como legítimo en términos discursivos. En dicho análisis se recorre toda la vigencia de la Constitución en sus distintas reformas hasta llegar a su versión actual, la por algunos denominada “Constitución de 2005”, la cual posee notables diferencias con la Carta de 1980 pero al mismo tiempo mantiene muchos de sus principios fundamentales.

El conflicto de legitimidad de la Constitución se plantea de dos maneras. Por una parte, un déficit de legitimidad originario, debido a la fraudulenta aprobación de la Carta en 1980, déficit que ha ido perfeccionándose en sucesivas reformas pero sin alcanzar un ideal de autogobierno; y un déficit de legitimidad sustancial, presente en muchas disposiciones y principios de la Constitución incompatibles con una democracia moderna y con el ideal discursivo del derecho, que adscribe la validez de éste a su posibilidad de aprobación por todos sus destinatarios.

Introducción

Cuando hablamos de la Constitución Política de la República de Chile, nos estamos refiriendo a una realidad que comenzó a gestarse desde 1973 en adelante, y que continúa, a grandes rasgos, hasta el día de hoy. Con el quiebre de la institucionalidad en 1973 se interrumpe la tradición republicana y se produce una revolución jurídica que transformaría por completo la sociedad chilena. El Régimen Militar lleva a cabo un proyecto de refundación institucional que tiene como objetivo eliminar los ámbitos de participación política de la ciudadanía para reemplazarlos por una nueva democracia protegida, con el supuesto propósito de evitar que el país vuelva a caer en un escenario de confrontación.

Para lograr su objetivo, el Régimen Militar consolida su legitimación jurídica mediante una Carta Fundamental hecha a su medida y a la de sus partidarios. En dicha Carta el Partido Comunista y cualquier otro movimiento de corte marxista quedaba legalmente proscrito, las Fuerzas Armadas se alzaban como garantes de la institucionalidad y diversos organismos tenían la facultad de designar Senadores. Los derechos sociales logrados a través de numerosas reformas a la Carta de 1925 se minimizan en relación a los derechos individuales, los cuales se configuran precisamente como esferas de exclusión del otro. Un principio económico neoliberal vigorizado fluye a través de numerosos principios y disposiciones de la Carta, que logra de esta manera refundir el sistema económico con el sistema constitucional, otorgándole una rigidez inédita en las democracias modernas.

La aprobación de esta Constitución permanecerá siempre como uno de los actos políticos más infames de la historia de Chile. El referéndum aprobatorio fue celebrado bajo estado de sitio y de emergencia, con los medios de comunicación fuertemente intervenidos, sin justicia electoral imparcial y, en definitiva, sin una real oposición. El texto constitucional fue redactado en reuniones secretas de las cuales no hay mayores registros, y su texto final fue propuesto a la ciudadanía como un todo

(incluyendo una disposición transitoria que elegía al Jefe de la Junta Militar como Presidente de Chile). El referéndum de 1980 fue, en definitiva, tan sólo una mascarada de legitimidad, a la que frecuentemente recurren los gobiernos tiránicos para justificar su autoridad.

En esta historia bastante conocida y analizada, cabe preguntarse: ¿puede nuestra Constitución Política ser considerada una ley fundamental creada por y para el pueblo de Chile? ¿Responde nuestra ley suprema a la idea de autogobierno de los ciudadanos de la República? Generalmente, cuando se cuestiona la legitimidad de la Constitución se alude al fraudulento plebiscito aprobatorio de 1980, pero dejando de lado esa mácula originaria, ¿es posible aceptar como legítimas determinadas normas de la Constitución, tales como la proscripción constitucional de determinados movimientos políticos, la consagración de la Doctrina de la Seguridad Nacional o la calidad de garantes de la institucionalidad de los militares?

La Constitución Política padece, pues, de dos tipos de ilegitimidad originaria. Por un lado, el procedimiento constituyente mismo, realizado con la oposición desarticulada y sin acceso a los medios de comunicación, en un estado constante de excepción constitucional, con restricciones a todos los derechos políticos y sin tribunales electorales; y por otra parte, la Constitución en sí misma, con numerosas disposiciones incompatibles con una visión liberal de la democracia y con la institucionalidad republicana que se había desarrollado en Chile durante más de un siglo.

Cuando fue restaurada la democracia, hubo consenso en casi todos los sectores políticos respecto de la necesidad de reformar la Constitución para eliminar o atenuar los enclaves autoritarios. Desde ese momento y hasta la fecha, la Constitución ha sido reformada en numerosas ocasiones, pero aún subsisten ciertos principios inspiradores que se resisten a permitir el ejercicio de una democracia plena. En el año 2008 existen aún las referencias a la Doctrina de la Seguridad Nacional, mientras que todavía no existe consenso para modificar un sistema electoral que deja sin representación parlamentaria a la tercera mayoría, la cual posee sólo canales

informales de participación política (los cuales, en cierta medida, han llegado a reemplazar el lugar originario de debate público, el cual no es otro que el Parlamento).

De la misma manera, en los procedimientos de reforma de la Constitución que se han llevado a cabo, el gran ausente ha sido el pueblo de Chile. Cuando se reforma la Carta de 1980 en 1989, en vez de convocarse a una asamblea constituyente, o bien de crear una instancia mayor de debate en la cual se escucharan voces de todos los sectores políticos (incluyendo a los subrepresentados), se produce una negociación a puertas cerradas entre el gobierno militar y el primer gobierno democrático, que “amarra” la institucionalidad heredada a cambio de ciertas concesiones, y que continúa con el principio exclusivo de determinadas corrientes políticas y restricciones y enclaves incompatibles con una verdadera democracia.

Ahora bien, las preguntas anteriores, ¿son preguntas de Filosofía Moral o de Teoría del Derecho? ¿Podría un cuestionamiento filosófico acerca de la justicia o injusticia inherente a nuestro Código Político lograr un cuestionamiento acerca de su validez? ¿Posee la validez jurídica, en el desarrollo moderno de la teoría del derecho, un componente sustancial de legitimidad? ¿Es posible configurar criterios sustanciales –racionales- de validez, sin tener que recurrir a doctrinas escolásticas o metafísicas?

La respuesta de un positivista es no. Respecto de la Carta de 1980 y toda la legislación dictada conforme a ella, se ha dicho que la Junta Militar era titular del poder constituyente originario, por lo que las actas constitucionales constituirían la norma fundante básica de nuestro derecho vigente, tal como lo señala la Declaración de Profesores de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, publicada en El Mercurio el 24 de Agosto de 1980. En el caso de las opiniones críticas (incluso en términos de positivismo jurídico) a la aprobación de la Constitución de 1980, esta ilegitimidad de la Constitución Política sería superada en 1989 por la aprobación popular de las reformas constitucionales, que poseían una entidad tal que transformaban el texto en una nueva carta fundamental, la “Constitución de 1989”. Y respecto de las numerosas leyes dictadas de acuerdo a la institucionalidad consagrada

por la Carta de 1980, éstas habrían sido tácitamente legitimadas por la judicatura a través de un reconocimiento ex – post.

En verdad, los cuestionamientos a la Constitución Política tienen lugar en la academia pero pocas veces en la práctica judicial. El Sistema Jurídico debe funcionar sin solución de continuidad, y la necesidad práctica ha llevado a un reconocimiento institucional por la judicatura y por la ciudadanía. Pero esto no significa otra cosa que el derecho posee una realidad sensible en los tribunales de justicia. Y algo muy distinto es afirmar que esta existencia le otorga por sí una esencia legítima. Para continuar avanzando a partir de este punto, es necesario contar con una teoría de la validez jurídica que distinga claramente los conceptos de existencia y legitimidad del derecho.

Dentro de las tendencias actuales en la filosofía del derecho alemana se encuentra en un lugar privilegiado la denominada Teoría Discursiva del Derecho, la cual tiene su origen en la Teoría Ética Discursiva desarrollada por la Escuela de Frankfurt, y más concretamente por uno de sus filósofos más prolíficos y estudiados en la actualidad, Jürgen Habermas. La Ética Discursiva plantea que la validez y legitimidad de las normas morales está basada en un procedimiento argumentativo llevado a cabo a través del lenguaje, en el cual participan todos los individuos, y en virtud del cual una norma es válida únicamente cuando las consecuencias de su seguimiento general podrían ser aceptadas sin coacción conjuntamente por todos los potencialmente afectados por dicha norma.

Esta teoría ética parte de la base de una acción comunicativa orientada al entendimiento y no estratégica, la cual imposibilita una moral social entendida en términos de solidaridad. Sin embargo, y como es inevitable que las esferas de comportamiento estratégico tengan un lugar importante en las sociedades modernas, es necesario encausar y circunscribir las acciones estratégicas a un ámbito del arbitrio privado que pueda ser compatible con el arbitrio de todos, de manera que los comportamientos estratégicos no penetren el campo de la moral. Esta complementación de la moral se logra, precisamente, a través del derecho, un sistema normativo que posee las mismas características de racionalidad que la moral, con la

diferencia de que sus normas poseen una existencia más allá de su legitimidad. Son normas que poseen una “facticidad” y una “validez”, una validez formal y una validez sustancial, y que sólo con ambos tipos de validez puede aspirar a complementar a la moral en el sentido de lograr la integración en una sociedad civil determinada.

El objetivo del presente trabajo es, precisamente, formular un cuestionamiento a la validez o legitimidad sustancial de la Constitución Política a la luz de la Teoría Discursiva de la validez jurídica formulada por Jürgen Habermas. En una primera parte se expondrán los principios básicos de la Ética Discursiva para luego analizar el planteamiento del libro *Facticidad y Validez*, el cual a grandes rasgos plantea la necesidad de complementar el sistema normativo de la moral con una regulación coercitiva de ámbitos de arbitrio individuales, la cual debe a su vez satisfacer determinados criterios de moral social. Luego, en el capítulo segundo, se analizarán críticamente los principios de la Constitución Política desde su génesis y hasta la actualidad, pasando por las distintas reformas que se le han hecho. Por último, en el capítulo tercero se evaluará la legitimidad del Código Político tomando como punto de referencia los principios planteados por Habermas en *Facticidad y Validez*.

Esta investigación se justifica puesto que, a mi juicio, no existen estudios relativos a la legitimidad de la Constitución Política desde la perspectiva de la Teoría del Derecho propiamente tal, como sí los hay en el ámbito de la filosofía del derecho o de la ciencia política. Se ha dicho con frecuencia que la Constitución Política es injusta y poco representativa, pero no se llega al punto de cuestionar su validez. La falta de validez del derecho, entendida ésta en términos habermasianos, no configura una inaplicabilidad del derecho, sino un déficit en su función de complemento de la moral en miras a lograr una integración social. Y esta falta de integración social se convierte, a su vez, en una eventual fuente legitimatoria de desobediencia civil. El derecho válido genera en sus destinatarios una disposición a su cumplimiento, algo que no ocurre con el derecho meramente fáctico.

La falta de legitimidad discursiva del derecho puede, por tanto, analizarse tanto desde el punto de vista de su origen como desde sus consecuencias. Por esto es

que para confirmar la teoría habermasiana deben estudiarse también las consecuencias que ha tenido o puede tener la falta de integración social en una sociedad como la chilena. Y muchos de los conflictos que presenta la sociedad civil en nuestro país ya han sido descritos en virtud de la matriz interpretativa de Habermas en sociedades con un desarrollo jurídico análogo o incluso superior.

En síntesis, la presente Memoria pretende demostrar cómo la Teoría Discursiva del Derecho planteada por Jürgen Habermas permite la introducción de criterios sustanciales de validez, análogas al procedimiento discursivo de la moral, en el ámbito de la teoría del derecho. Dicha teoría resulta particularmente interesante de analizar a la luz del proceso constituyente chileno, y permite entender y explicar la razón de sus conocidas deficiencias democráticas.

Capítulo I

La Ética Discursiva y el Principio del Derecho

1. La Ética Discursiva.

La ética discursiva, dialógica o comunicativa, tiene sus orígenes en las décadas de 1960 y 1970, en el seno de la filosofía moral alemana, concretamente en la llamada Segunda Escuela de Frankfurt. Dentro de las teorías éticas modernas, es una de las más importantes en cuanto a su influencia y estudios anexos, que abarcan desde la teoría de la democracia hasta los debates sobre políticas educativas. En palabras de Tugendhat, la ética discursiva es “el ensayo contemporáneo más interesante de fundamentación racional absoluta de la moral, y el que ha conseguido la mayor popularidad”¹. El antecedente histórico y filosófico de la ética discursiva es, al igual que la gran mayoría de las teorías éticas cognitivistas y universalistas, la obra de Immanuel Kant. El principio del imperativo categórico (“obra de tal manera que la máxima de tu acción pueda convertirse en una ley universal”) es el punto de partida para el proyecto de fundamentación racional de las normas morales.

Pero aunque la ética discursiva toma gran parte de la obra de Kant y la adopta como su punto de partida, -y en esto reside precisamente su complejidad y su valor- incorpora una diversidad de obras filosóficas para su construcción. Por una parte, retoma las críticas hegelianas a la teoría moral moderna kantiana, en lo que respecta a la falta de determinación de la *Moralidad* o moral individual subjetiva (*moralität*), y que postula como necesaria una mayor determinación dada por la *Eticidad* o moral social objetiva (*Sittlichkeit*), que, fuera de un sujeto trascendental, proviene de las instituciones que son producto de la interacción social, tales como la familia, la sociedad civil y el Estado. Vincula también la teoría crítica del Marxismo (la

¹ TUGENDHAT, ERNST. Lecciones de Ética. Barcelona, Editorial Gedisa, 1997. Pág. 151.

cual se ha dicho es la fuente principal de Habermas y, en general, de la Escuela de Frankfurt) con la idea de una racionalidad social, que suponga una evolución respecto de la racionalidad instrumental “cosificadora” acuñada por el capitalismo tardío, así como una respuesta frente a los movimientos filosóficos post-nietzscheanos de la postmodernidad (Foucault, Lyotard, Derrida), que postulan el carácter opresivo y exclusivo de las categorías de la Razón y el universalismo.

Ocupan también un lugar muy importante en su génesis las investigaciones de Piaget y Kohlberg referidas a la evolución de la conciencia moral de los individuos (de mayor importancia en la teoría de Habermas). El punto de partida corresponde a la búsqueda de una fundamentación de las reglas morales de manera análoga al nivel post-convencional de la moral, teniendo en cuenta el problema de la secularización de la moral en las sociedades post-industriales (es decir, la pérdida del fundamento místico o religioso de las reglas morales). En la teoría de Kohlberg, el nivel más avanzado de evolución moral está representado por este nivel post-convencional, en el cual los principios y normas morales poseen una validez y aplicabilidad intrínsecas, fuera de toda legitimación autoritaria, el cual puede dividirse a su vez en principios utilitarios, y principios universalistas, los cuales representan el estadio sumo del desarrollo moral de un individuo y donde se plantea, por ejemplo, la concepción del imperativo categórico².

Desde otra perspectiva, este desarrollo de la ética discursiva incorpora numerosos conceptos de la filosofía del lenguaje (con mayor importancia en la teoría de Apel), en particular la teoría de los actos de habla formulada por John Austin. En el caso de Habermas, esta llamada fundamentación pragmático-trascendental (débil) corre paralela a la teoría weberiana de la acción, la cual es sin dudas la influencia fundamental de la obra magna de Habermas, la Teoría de la Acción Comunicativa. Una diferencia de enfoques bastante sutil implica, sin embargo, que Habermas se inserte dentro de la filosofía moral y Apel dentro de la filosofía del lenguaje.

² KOHLBERG, LAWRENCE. Psicología del Desarrollo Moral. Biblioteca de Psicología, Bilbao, 1992. 662 p.

El denominador común que tienen todas las influencias y fuentes de la teoría ética discursiva ha ido desarrollando y configurando su característica metaética más importante: desde su origen y en todo su desarrollo esta teoría ética presupone el cognitivismo (o descriptivismo) de la moral, una razón práctica diferenciada, tal como en la tradición de la filosofía moral kantiana e idealista. Al igual que el principio kantiano de la moral, la ética discursiva se encuentra en el polo opuesto del escepticismo, del emotivismo y del relativismo ético. Los juicios y las normas morales son susceptibles de fundamentación o, en otras palabras, el razonamiento práctico es una actividad racional y sujeta, por ende, a reglas de argumentación. Así, siguiendo el desarrollo de la filosofía kantiana, la pregunta “¿Qué debemos hacer (en un caso determinado)?” presupone un razonamiento lógico más similar al de la pregunta “¿Qué podemos conocer?” que al de la pregunta “¿Qué es lo bello?”.

La gran diferencia con la ética kantiana proviene precisamente del carácter dialógico de la ética discursiva. El sujeto debe construir su autonomía, pero a diferencia de Kant, éste ya no lo hace desde sí mismo y de espaldas a la interacción social. El solipsismo inherente a la concepción kantiana es reemplazado por el diálogo en la ética discursiva (sobre este aspecto, se ha apuntado que la obra de Habermas, en lo que respecta a la filosofía del derecho, se encuentra en un punto medio entre la lógica deontológica formal de Von Wright y la “lógica retórica” de autores como Perelman y Viehweg). Desde un sujeto trascendental y su razonamiento a partir de una ley universal se llega a la argumentación de la comunidad de diálogo.

En otras palabras, el imperativo categórico es reformulado dialógicamente, tomando en cuenta el consenso de todos los posibles afectados, y no ya sólo lo que éstos podrían aceptar –hipotéticamente, de manera individual- como ley universal. Este aspecto dialógico es el núcleo duro diferenciador de la ética discursiva –de ahí su nombre- con muy pocos matices en sus distintas concepciones.

En lo que respecta al Idealismo alemán (la teoría moral hegeliana), la ética discursiva incorpora también el concepto de *Eticidad* o moral social (*Sittlichkeit*), en

cuanto horizonte cultural compartido de los individuos, en sus relaciones con la moralidad individual subjetiva. En gran medida, en la tradición filosófica liberal la razón instrumental, tan criticada tanto por Habermas como por los filósofos posmodernos, tiene su origen en la teoría moral kantiana, reinterpretada desde la matriz del utilitarismo e, incluso, desde la perspectiva del capitalismo tardío. La moral individual disuelve, en términos hegelianos, la determinación del derecho, puesto que tanto lo jurídico como lo moral deben tener lo ético como fundamento³. En este punto, además, se plantea la distinción básica entre sociedad civil y Estado, una distinción que, en la tradición liberal desde Locke en adelante, simplemente no está presente.

Como ya fue adelantado, los teóricos más importantes de la Ética Discursiva son Karl Otto Apel y Jürgen Habermas (en Alemania), y Adela Cortina (en España). Las concepciones de estos tres autores son bastante similares en su formulación básica, aunque las consecuencias que se siguen de sus diferencias son discutidas.

La ética discursiva, tanto en la formulación de Apel como en la de Habermas, presenta las siguientes características en su clasificación metaética general: es una ética cognitivista, deontológica, universalista, procedimental o formalista, post-convencional, pragmática y aplicada. Sin embargo, como frecuentemente ocurre, muchas de estas características distan de ser pacíficas.

En primer lugar, se trata de una ética cognitivista, por cuanto presupone la factibilidad de la fundamentación racional de los juicios morales. Una ética es cognitivista si parte de la base de que los enunciados normativos son oraciones enunciativas. Se opone de esa manera al emotivismo y al relativismo, y más concretamente en este punto al escepticismo ético, aunque este aserto tampoco está exento de polémica, pues, como señala Kutschera, un escepticismo que se identifique con el no cognitivismo “supone que los enunciados normativos son verdaderos o falsos y aclara solamente que nosotros no podemos reconocer [...] si son verdaderos o

³ HEGEL, G. W. F. *Filosofía del Derecho*. 3ª Edición. Editores Casa Juan Pablos, México, 1998. 285 p.

falsos. El no cognitivismo, por el contrario, niega ya el supuesto del escepticismo y afirma, de esta manera, que el problema del reconocimiento de la verdad de los enunciados es sólo un pseudoproblema”⁴.

El punto central, como puntualiza un autor, “es la idea de que los juicios morales son posibles de fundamentar en un sentido similar a como se hace con los postulados empíricos [...]. Se establece entonces el siguiente paralelismo básico: la verdad es a los enunciados empíricos lo que la ‘corrección’ (Richtigkeit) es a los juicios axiológicos”⁵. Esta idea, base del concepto de “verdad consensuada” formulado por Habermas es de la mayor importancia en la ética discursiva, que se identificaría con este “cognitivismo débil” (en el sentido tradicional del término) que le permite sustraerse de gran parte de las críticas post-nietzscheanas.

En segundo lugar, se le caracteriza como una ética deontológica por su referencia a los principios del sistema moral y la preeminencia de lo justo por sobre lo bueno, en oposición a las éticas teleológicas (como el utilitarismo) que juzgan la corrección de una acción de acuerdo a una finalidad, y, por tanto, prescriben directamente una acción correcta frente a una situación determinada. En las teorías éticas deontológicas, el valor de una acción “queda determinado únicamente por el valor del modo de acción que en ella se realiza”⁶, y de esta manera una acción está mandada (“debe” hacerse) “si y sólo si el modo de acción que con ella se realiza está mandado”⁷.

En tanto ética deontológica, se limita a prescribir qué es lo que debe hacerse en una situación dada sólo en lo que se refiere a la adecuación y fundamentación de las normas en términos de justicia (*fairness*), pero no ofrece una solución única al

⁴ KUTSCHERA, FRANZ VON. Fundamentos de Ética. Madrid, Cátedra, 1989. Pág. 59. 335 p.

⁵ SALAS, MINOR. ¿Qué pasa actualmente en la Teoría del Derecho Alemana? Un breve bosquejo general. Cuadernos de Filosofía del Derecho Doxa 24, 2001. Págs. 220-221.

⁶ KUTSCHERA, FRANZ VON. Fundamentos de Ética, *op. cit.*, pág. 74.

⁷ *Ibíd.*

problema práctico, “sino cuáles son las reglas para llegar a ella, sin que esta opción sea definitiva e indiscutible”⁸. En otros términos “proporciona criterios normativos sobre la argumentación, pero no criterios para la solución de problemas éticos”⁹, en lo que Habermas llama el “punto de vista moral” (*moral point of view*, en un concepto también acuñado por Kohlberg). En este sentido, es heredera plena de la tradición kantiana, y seguida también por la conocida teoría de Rawls.

En tercer lugar, es una ética universalista, puesto que prescinde de las características y peculiaridades culturales en la aplicación y fundamentación de las reglas morales. Nuevamente en este punto la ética discursiva sigue directamente la formulación del imperativo categórico y se separa tanto de la crítica hegeliana como de la crítica comunitarista de post-modernos y neo-hegelianos a los liberales. Este aspecto es particularmente destacado por los críticos de Habermas –y, en general, del universalismo ético-, hasta el punto de tacharlo de etnocentrista, con algunos argumentos bastante similares a las críticas a la teoría de Rawls.

En cuarto lugar, es una ética procedimental, puesto que su principal finalidad es formular el procedimiento legitimador de las normas morales fácticamente establecidas en el mundo de la vida (intuitivamente). Esto está íntimamente vinculado con su carácter de ética deontológica. Las teorías éticas eudamonistas (como la teoría aristotélica o el utilitarismo) tienen como centro de gravedad el contenido moral de felicidad, mientras que la ética discursiva tan sólo atiende al procedimiento que puede legitimar una norma dada.

Esta característica denominada “procedimental” ha sido controvertida y también se ha prestado a confusiones con el llamado “formalismo ético”, y así es que la Ética Discursiva ha recibido la etiqueta de ser una ética formalista. Pero en general se admite que tal denominación errónea sólo genera confusiones conceptuales, pues el llamado “formalismo ético” se centra, como su nombre lo indica, en las formas de las

⁸ SORIANO, RAMÓN. Sociología del Derecho. Barcelona, Ariel, 1997. Pág. 154.

⁹ *Ibíd.*

normas, y no en su procedimiento de legitimación.

En quinto lugar, y vinculado a la teoría de Kohlberg, se trata de una “ética post-convencional”, o dicho más propiamente, que presupone el estadio más avanzado de la conciencia y autonomía moral de individuo, cual es el orden post-convencional. Para Kohlberg el desarrollo del juicio moral del individuo evoluciona de manera paralela a las distintas etapas de su vida (niñez, adolescencia, juventud, adultez), en el así llamado “aprendizaje constructivo”, de una forma invariable en distintos grados de desarrollo cultural (tanto en miembros de una tribu africana como en ciudadanos de la más sofisticada sociedad occidental).

El esquema de Kohlberg reconoce las siguientes etapas morales¹⁰ : a) un orden preconvencional, en el cual las normas son obedecidas por temor al castigo o por interés personal; b) un orden convencional, en el cual las normas se siguen por cumplimiento a las expectativas interpersonales recíprocas y por la mantención del orden social; y c) un orden posconvencional y de principios, en el cual las normas se generan a partir de derechos, valores y principios que podrían ser aceptados por todos los integrantes de una comunidad y, en definitiva, por toda la humanidad.

Parece obvio que el argumento de la independencia del desarrollo moral respecto de los cánones culturales es de fundamental importancia contra el relativismo ético, pero también es un argumento fuerte contra las críticas de los comunitarios y post-modernos al *desideratum* de una moral universal. La diferencia está en que, donde la teoría moral kantiana intenta imponer un razonamiento (al que, en última instancia, toda persona racional debiese llegar por sí misma), la ética discursiva propone la posibilidad del interlocutor de participar en esta comunidad de diálogo.

En sexto lugar, es una ética pragmática, en el sentido de pretender buscar el fundamento de los razonamientos prácticos de los individuos, con independencia de

¹⁰ HABERMAS, JÜRGEN. Conciencia moral y acción comunicativa. Barcelona, Península, 1985. Págs. 145 y siguientes.

cuestiones ontológicas o gnoseológicas. Su concepción misma plantea una guía de acción práctica que tiene que ver, en última instancia, con el desarrollo de una sociedad pluralista y democrática. Dista de ser una pura construcción teórica abstracta, sino que se vincula de manera inescindible a su propósito práctico social. Ésta característica está íntimamente vinculada con el hecho de ser una ética aplicada, lo que se verá inmediatamente.

Finalmente, como se señalaba, posiblemente la característica más importante de todas, es que se trata de una ética aplicada. Esta característica ha sido principalmente desarrollada por Habermas y Cortina, y consiste en la vinculación o concretización de los principios de la ética discursiva a otras disciplinas y actividades, tales como la política o la economía. En verdad una vinculación o compenetración holística parece inevitable. Toda actividad humana se desarrolla a través del diálogo y de una comunidad de participantes que pretende lograr un consenso en aspectos básicos que serán beneficiosos para todos y una aceptación de principios y normas que eventualmente afectarán a algunos pero que se adoptan por un interés superior común. En definitiva, es la manera correcta de funcionamiento de una democracia, cuestión a la que Habermas otorga la mayor de las importancias en su construcción jurídica.

Para Habermas éste aspecto, adoptado desde una perspectiva más amplia, se concibe como el “rasgo pluralista” de la teoría de la acción comunicativa. “Los conceptos filosóficos básicos no constituyen un lenguaje propio, o en todo caso no constituyen ya un sistema capaz de apropiárselo todo, sino medios para la apropiación reconstructiva de los conocimientos científicos. [...] Así, los supuestos básicos de la teoría de la acción comunicativa se ramifican también en diversos universos de discurso; y en tales universos han de poder acreditarse entrando en los contextos de argumentación que se desarrollan en ellos”¹¹.

¹¹ HABERMAS, JÜRGEN. Facticidad y validez. Sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. Madrid, Trotta, 1998. Págs. 57-58.

Quizá pudiera señalarse que no existen éticas que no sean “aplicadas”, en el sentido estricto del término. Una teoría ética es, por definición, un conjunto de guías para la acción práctica, que pretende tener una validez en todos los ámbitos de la acción humana. Desde este punto de vista sería prácticamente imposible encontrar una teoría ética “desvinculada” o “desvinculable”. Pero lo característico de la evolución de la ética discursiva, y su desarrollo en el ámbito académico, es que ésta se ha desarrollado a la par con las discusiones más relevantes del último tiempo en aspectos específicos de la sociedad, aspectos que, en principio, nada tienen que ver con eruditas y acaloradas discusiones filosóficas. Baste mencionar a este respecto el debate a propósito de las políticas educacionales en los estados liberales, y los debates actuales sobre la importancia de los medios de comunicación masivos, tema vinculado además a los conflictos relacionados con la libertad de expresión e, incluso, el problema de los límites al gasto electoral y a las donaciones para dicho fin, etc.

El principio fundamental de la ética del discurso es el siguiente: una norma moral es válida si y sólo si obtiene la aprobación de todos los participantes de un discurso práctico, y sólo cuando dichos participantes acepten libremente las consecuencias previsibles del cumplimiento general de una norma eventualmente contraria a sus intereses personales.

Como puede apreciarse, dicho principio fundamental pretende una superación del imperativo categórico en términos dialógicos, es decir, incorporando una comunicación de los distintos participantes de un discurso práctico, participación que eventualmente influirá en la argumentación y en los razonamientos en la medida que se busca un “consenso”. De la misma manera, implica la superación del principio de la mayor felicidad del utilitarismo (en su versión menos sofisticada), e involucra la aceptación de todos los posibles afectados, tal como en la moderna teoría liberal de la justicia formulada por John Rawls. Se sustrae, de esta manera, a las críticas al principio de la mayoría.

Para los efectos de la presente investigación, sólo se ahondará más profundamente en la teoría ética de Habermas, puesto que es sobre la base de su

concepción particular que se construye la más importante de las teorías discursivas de la validez jurídica (junto con la teoría de Alexy), que es la teoría desarrollada por el mismo Habermas en *Faktizität und Geltung*.

2. La Ética Discursiva de Jürgen Habermas.

Jürgen Habermas es uno de los autores filosóficos más importantes de fines de siglo. Filósofo y sociólogo ("el más filósofo de los sociólogos y el más sociólogo de los filósofos"), es reconocido como uno de los principales pensadores de la teoría crítica de la Escuela de Frankfurt, que acoge en su seno a diversos autores que reinterpretan el marxismo desde una perspectiva moderna, entre los que se encuentran Adorno, Horkheimer, Lukàcs y Deleuze. Es una corriente de pensamiento que se mueve sin mayores dificultades desde la filosofía más dura (Horkheimer) hasta la teoría estética (Adorno).

Las influencias de Habermas en lo que respecta a su filosofía se encuentran en muchísimas y muy heterogéneas fuentes: Marx, Hegel, Kant (en filosofía moral), Weber, Parsons, Luhmann (en sociología), Freud (en psicología) y Austin (en filosofía del lenguaje), entre muchos otros. En este sentido, se ha dicho que la filosofía de Habermas pertenece "a las pocas obras históricas que son capaces de hacer una síntesis de los saberes de su época"¹², y que dicha síntesis "afecta a una pluralidad de saberes (más aún que en otros precedentes, como el mismo Marx)"¹³. Esta pluralidad de fuentes otorgan a la obra de Habermas una completitud difícilmente abarcable, como también una complejidad de alto nivel en su adecuada comprensión. A esto se debe, en gran medida, una infinidad de críticas poco acertadas contra su obra, como también frecuentes malinterpretaciones, simplificaciones o derechamente vulgarizaciones de sus conceptos básicos. Sin embargo, el hecho de que se trate de un autor vivo, vigente y en constante producción, ha contribuido a ir esclareciendo y perfeccionando cada vez más su teoría, como también a rebatir las críticas de sus

¹² SORIANO, RAMÓN. Sociología del Derecho, *op. cit.*, pág. 153.

¹³ *Ibíd.*

adversarios.

El punto de partida de la filosofía de Habermas es la constatación de la crisis del proyecto de la modernidad, así interpretado desde la óptica del marxismo crítico - aunque también influencias del psicoanálisis freudiano- y la dialéctica hegeliana. Dicha constatación está dada, desde una perspectiva histórica, por todos los quiebres sociales y las grandes crisis producidas en el siglo XX en occidente, que no han hecho sino echar por tierra el proyecto ilustrado (nazismo, fascismo, guerras mundiales, guerra fría). La interpretación de Habermas es que la crisis tiene como principal causa la hegemonía sin contrapeso lograda por la acción instrumental en el ámbito de la ciencia y la técnica. El paradigma occidental de la razón instrumental no toma en cuenta la interacción social de los individuos.

A pesar del punto de vista crítico de la evolución del capitalismo en occidente, la visión de Habermas, si bien pesimista respecto del progreso, se aleja de otras concepciones anárquicas y escépticas frente a la razón, ya sea desde el punto de vista de la ciencia (Feyerabend) o la filosofía (Foucault). Para Habermas el proyecto de la modernidad tiene más virtudes que defectos, y puede ser redireccionado con una reconstrucción de sus fundamentos. “Tras un siglo que como ningún otro nos ha ilustrado sobre el terror de la sinrazón existente, han quedado destruidos los últimos residuos de confianza esencialista en la razón. Pero ello significa que la modernidad, que se ha vuelto consciente de sus propias contingencias, queda tanto más remitida a una razón procedimental”¹⁴. La categoría de la razón, por tanto, debe cambiar de etiqueta y de perspectiva. Sin caer en la tentación de renunciar a ella, Habermas le otorga esa nueva perspectiva para salvar las críticas y retomar el proyecto ilustrado con una categoría de la razón renovada.

En la filosofía de Habermas se entretajan todas estas influencias y pensamientos en distintas etapas, que conducen a la cima de su obra, la “Teoría de la Acción Comunicativa”, que pretende explicar tanto los fundamentos de los juicios

¹⁴ HABERMAS, JÜRGEN. Facticidad y validez, *op. cit.*, pág. 59.

morales como la autocomprensión práctico-moral de la modernidad en su conjunto. En sus propias palabras, la teoría del discurso “es una tentativa de reconstruir esta autocomprensión, de modo que pueda afirmar su propia especificidad normativa, tanto frente a las reducciones cientificistas, como frente a las asimilaciones estéticas”¹⁵.

El concepto de acción comunicativa está en directa relación con la concepción de la ética discursiva, por lo que ocupa un lugar fundamental en la obra de Habermas. Para Habermas, la acción comunicativa representa el “eslabón perdido” de la modernidad en relación a la interacción entre los hombres. La acción comunicativa se convierte en la síntesis de la dialéctica dada por la razón instrumental y el fracaso de dicho proyecto ilustrado. La razón kantiana termina por adoptarse como una razón instrumental debido a su solipsismo. Pero Habermas, retomando la teoría Hegeliana, critica la idea de Moralidad desde el punto de vista de su falta de objetividad y la falta de interacción social que implica dicha idea en su concepción. No es casualidad que Habermas presente su teoría como una “síntesis”.

Siguiendo a Weber -posiblemente su máxima influencia-, Habermas intenta desentrañar la hegemonía de la racionalidad instrumental en las sociedades modernas (es decir, la “racionalidad occidental”). “Fenómenos claves son también las formas de racionalidad del tráfico económico capitalista y de la administración moderna, cuando se quieren aclarar las deformaciones que surgen en las sociedades modernas a medida que la dinámica del crecimiento capitalista obliga a otros ámbitos de la existencia a acomodarse a las formas de racionalidad económica y administrativa”¹⁶. La racionalidad instrumental penetra ámbitos que son estructuralmente incompatibles con dicha racionalidad en términos de filosofía crítica. Ésta es, por cierto, la razón por la cual la categoría de la razón es tan criticada en la filosofía moderna. Pero para Habermas el problema pasa por reconocer una acción comunicativa en oposición a una acción instrumental, que posee igualmente pretensiones de validez basadas en

¹⁵ *Ibíd.*

¹⁶ HABERMAS, JÜRGEN. Teoría de la Acción Comunicativa: Complementos y estudios previos. Madrid, Cátedra, 1984. Pág. 370.

una “verdad consensuada”.

El discurso teórico que plantea Habermas implica igualmente tomas de postura frente a pretensiones de validez susceptibles de crítica (rationales). “Proponentes y oponentes pueden discutir con razones acerca de si la pretensión de verdad que se hace valer ha sido planteada con razón”¹⁷. Dichos participantes del discurso teórico “tienen que partir de la universalidad de la pretensión de verdad proposicional y suponerse mutuamente que todos saben qué significa entablar pretensiones de verdad y criticarlas”¹⁸. Se deja de lado, entonces, la racionalidad instrumental, pero no las pretensiones de verdad análogas que permiten la continuación del proyecto ilustrado.

En verdad, la categoría de la razón instrumental es ineludible en las sociedades modernas. En el ámbito del arbitrio de cada sujeto individualmente considerado, el comportamiento estratégico es irreductible en determinadas actividades. Pero la categoría de la moral, con el principio discursivo, no funciona desde el razonamiento estratégico, razón por la cual se requiere de esta acción comunicativa. Sin embargo, como la moral debe estar depurada de comportamiento estratégico, pero éste sigue existiendo en otros ámbitos, es precisamente el derecho el instrumento destinado a canalizarlo. Esta es la razón, como se verá más adelante, por la cual el derecho tiene una función de complemento de la moral.

Habermas introduce el concepto de acción comunicativa en los siguientes términos: “Cuando se logra un entendimiento, conduce entre los participantes a un acuerdo. Un acuerdo comunicativamente alcanzado [...] cumple no sólo las condiciones de un acuerdo fácticamente existente. Antes bien, el acuerdo sólo se produce bajo condiciones que remiten a una base racional. El acuerdo descansa sobre una convicción común. [...] Tanto ego, que plantea o entabla con su emisión una

¹⁷ HABERMAS, JÜRGEN. Teoría de la Acción Comunicativa: Complementos y estudios previos, *op. cit.*, pág. 371.

¹⁸ *Ibíd.*

pretensión de validez, como alter, que la reconoce o rechaza, apoyan sus decisiones en razones potenciales”¹⁹.

A partir de esta idea de la acción comunicativa, se va construyendo la ética del discurso. En términos de teoría del Estado, que serán particularmente relevantes al momento de trasladar los principios de la ética discursiva a la filosofía del derecho, “la razón comunicativa empieza distinguiéndose de la razón práctica porque ya no queda atribuida al actor particular o a un macrosujeto estatal-social. Es más bien el medio lingüístico, mediante el que se concatenan las interacciones y se estructuran las formas de vida, el que hace posible a la razón comunicativa”²⁰.

El cognitivismo de la ética discursiva no se caracteriza por ser un cognitivismo fuerte, en el sentido de equiparar los enunciados normativos a los enunciados descriptivos. Efectivamente, también Habermas sostiene que los problemas de la moral práctica “deben desterrarse de la reflexión racional, al menos en la medida en que no se pueden resolver con los criterios de la racionalidad intencional (*Zweckrationalität*)”²¹. Es por esto que el cognitivismo de la ética discursiva se encuentra tan lejos del intuicionismo y del objetivismo como del emotivismo y del decisionismo. “Cuando partimos (con razón a mi juicio) de que los enunciados normativos pueden ser válidos o inválidos y cuando, como señala la expresión de la ‘verdad moral’, interpretamos las pretensiones de validez dudosas de los argumentos morales según el modelo accesible en principio de la verdad de las proposiciones, acabamos llegando a la conclusión (falsa a mi juicio) de que la veracidad de las cuestiones prácticas debe entenderse como si los enunciados normativos pudieran ser ‘verdaderos’ o ‘falsos’ como lo son los enunciados descriptivos”²².

¹⁹ HABERMAS, JÜRGEN. Teoría de la Acción Comunicativa: Complementos y estudios previos, *op. cit.*, pág. 385.

²⁰ HABERMAS, JÜRGEN. Facticidad y validez, *op. cit.*, págs. 57-58.

²¹ HABERMAS, JÜRGEN. Conciencia moral y acción comunicativa, *op. cit.*, pág. 61.

²² HABERMAS, JÜRGEN. Conciencia moral y acción comunicativa, *op. cit.*, págs. 70-71.

A continuación se analizará con mayor detalle la concepción habermasiana de la ética discursiva. Además de ser la versión más sofisticada (según la mayoría de los autores), Habermas es quien ha desarrollado con mayor énfasis la aplicación de la ética discursiva en el ámbito de la democracia y del Estado de Derecho, lo cual es de suma importancia para la hipótesis que aquí se sostendrá. El análisis de la ética discursiva en las normas jurídicas de un Estado de Derecho se encuentran ampliamente tratadas en "Facticidad y Validez", texto que ha llegado a tener la máxima importancia en el debate actual de la teoría del derecho alemana.

2.1. La base de la Teoría Ética Discursiva: prioridad de lo justo sobre lo bueno y pertenencia a la comunidad moral.

Una teoría cognitivista de la moral parte de la base de la potencial vinculación de un enunciado normativo, apelando a razones que pueden tener distinto carácter (religiosas, emocionales, deónticas, etc.), pero que de una u otra manera están presentes. Quizá yo no puedo explicar de manera más o menos categórica por qué prefiero el color rojo al color verde, por qué prefiero una pintura de Picasso a una de Chagal, por qué prefiero la prosa de Cortázar a la de Borges (si bien hay que apuntar que dichos juicios forman parte de un razonamiento estético). Pero frente a preguntas de la práctica social, tales como si está permitido (y en la afirmativa, en que ocasiones) matar a otro (independiente de la respuesta jurídico-institucional), o si está permitido mentir si con ello puedo evitar un mal de mayores proporciones a mí mismo o a otros, la respuesta intuitiva vendrá acompañada de un cúmulo de razones que justifican mi acción, ya sea en abstracto o en un contexto determinado. En términos de Habermas, los enunciados morales "llevan consigo un potencial de razones que se puede realizar en las discusiones morales"²³.

Estas discusiones morales, como es obvio, se llevan a cabo a través del lenguaje, un lenguaje moral que, por sus características, tiene tanto un contenido

²³ HABERMAS, JÜRGEN. Una consideración genealógica acerca del contenido cognitivo de la moral. En: La inclusión del otro: Estudios de teoría política. Barcelona, Paidós, 1999. Pág. 29.

cognitivo como de exhortación al oyente, para que éste actúe en consecuencia (de la misma manera como una norma jurídica manda o prohíbe hacer algo, de manera paralela a la inteligibilidad de dicha norma). “Al juego del lenguaje moral pertenecen las disputas que se pueden solventar convincentemente desde el punto de vista de los interesados con ayuda de un potencial de fundamentación igualmente accesible para todos”²⁴. En definitiva, estos “sentimientos morales” se diferencian de otros sentimientos y valoraciones “porque se hallan entretnejidos con obligaciones exigibles racionalmente”²⁵.

Hasta antes de la modernidad, la fundamentación de las reglas morales (y también, en gran medida, la fundamentación de las reglas jurídicas) se basaba casi exclusivamente en la religión. Generalmente normas jurídicas, morales y religiosas estaban interconectadas, junto con sus respectivas sanciones. Pero con la ilustración y la secularización de las sociedades modernas, dicho fundamento místico se derrumba, o, más propiamente, se desvaloriza. Con la separación entre Estado e Iglesia y la libertad de conciencia se produce el colapso de una imagen católica del mundo (occidental) vinculante para todos los miembros de la sociedad. El pluralismo de las sociedades modernas impide recurrir a un fundamento que ya no puede ser exigible abiertamente a los “distintos” en términos morales. En la sociedad actual, si yo pertenezco al Islam, puedo basarme en los argumentos de mi credo para convencer de la bondad de una determinada acción a quienes profesan dicha religión, pero no puedo razonablemente pretender que un católico acepte mis argumentos como base de un razonamiento moral, como tampoco puede un judío demostrarle a un ateo la inmoralidad de un homicidio a partir de los mandamientos revelados a Moisés. Y considerando la infinidad de concepciones del mundo presentes en una sociedad pluralista, la única manera de apelar a un razonamiento común es a través de una fundamentación no metafísica de dichas reglas. “En estas circunstancias la filosofía

²⁴ HABERMAS, JÜRGEN. Una consideración genealógica acerca del contenido cognitivo de la moral, *op. cit.*, pág. 30.

²⁵ HABERMAS, JÜRGEN. Una consideración genealógica acerca del contenido cognitivo de la moral, *op. cit.*, pág. 31.

moral está obligada a un 'nivel de fundamentación postmetafísico'. Ello significa, en primer lugar, que con respecto al método ha fallado el punto de vista de Dios, con respecto al contenido ha fallado el recurso al orden de la creación y a la historia de la salvación, y con respecto a la estrategia teórica ha fallado el recurso a aquellos conceptos esenciales que inadvertidamente escapan a la diferenciación lógica entre los distintos tipos ilocucionarios de emisiones"²⁶.

Habermas comienza a construir su ética discursiva a partir del imperativo categórico kantiano, pero asimilando las críticas hegelianas a dicho principio: el sujeto trascendental kantiano no pertenece a la sociedad civil ni la incorpora en su razonamiento moral. De esta manera, una determinada acción es buena o mala con abstracción de la objetividad propia de la eticidad (*Sittlichkeit*), lo cual termina, al decir de Hegel, por restarle cualquier basamento fuerte (objetivo) a la moralidad.

El medio a través del cual se llevan a cabo dichos razonamientos en la sociedad civil es el lenguaje, al cual cualquier individuo racional tiene acceso y, por lo tanto, participación. Siguiendo las reglas prescritas por Habermas para lograr una "comunidad ideal del habla", a través de la comunicación se desarrollarán argumentos y normas morales que en definitiva serán aceptadas por todos los potenciales afectados. Así, cada miembro de la sociedad civil es creador de dichas normas, toda vez que ha participado en su formulación y aceptación.

A diferencia de la ética del Utilitarismo -cuyo más importante exponente es John Stuart Mill- y al igual que la teoría kantiana, la ética discursiva plantea la prioridad de lo justo por sobre lo bueno. Esta prioridad implica una validez categórica de los deberes morales, a diferencia del sentido teleológico eudamonista del Utilitarismo. "Sin la prioridad de lo justo frente a lo bueno tampoco puede darse ningún concepto de justicia éticamente neutral. Eso habría tenido consecuencias desagradables para la regulación de una convivencia en igualdad de derechos de las sociedades pluralistas

²⁶ *Ibíd.*

por lo que hace a las concepciones del mundo”²⁷. Antes que un concepto de bondad, que en una sociedad pluralista puede y debe coexistir con muchos otros, la teoría ética discursiva plantea un concepto de justicia (*fairness*) que puede ser aceptado por todos, el cual implica un procedimiento imparcial de adopción de normas morales, el cual toma en cuenta el consenso de todos los afectados. “La ética discursiva justifica el contenido de una moral del igual respeto y la responsabilidad solidaria para con todos”²⁸.

Este carácter de la ética discursiva (su neutralidad frente a distintos conceptos de lo bueno) está también íntimamente relacionado con su otro aspecto básico, cual es el de la autocomprensión de las personas morales. Cada miembro de la comunidad moral tiene igual derecho a participar del procedimiento discursivo de la ética. En tanto participantes de un discurso racional, cada uno de los miembros de la comunidad se orienta hacia el entendimiento recíproco de distintas concepciones de lo bueno, en un procedimiento que cabe definir como una “ética de la solidaridad”, o de una justicia entendida en términos de solidaridad.

Para Habermas, “la justicia entendida de modo universalista exige que uno responda del otro, esto es, que uno cualquiera responda también por un extraño que ha formado su identidad en contextos vitales completamente distintos y se entienda a sí mismo a la luz de tradiciones que no son las propias. Lo bueno en lo justo recuerda que la conciencia moral está ordenada por una determinada autocomprensión de las personas morales: éstas saben que pertenecen a la comunidad moral”²⁹.

Recapitulando, la ética discursiva plantea la prioridad de lo justo por sobre lo bueno, en el sentido de que también los conceptos de bondad forman parte del

²⁷ HABERMAS, JÜRGEN. Una consideración genealógica acerca del contenido cognitivo de la moral, *op. cit.*, pág. 58.

²⁸ *Ibíd.*

²⁹ HABERMAS, JÜRGEN. Una consideración genealógica acerca del contenido cognitivo de la moral, *op. cit.*, pág. 59.

procedimiento discursivo y de la toma de postura moral, de manera que el concepto de partida no es “lo bueno” sino “lo justo” (imparcial) en el razonamiento moral; y por otra parte, se refiere específicamente a la comunidad moral en su conjunto, trascendiendo el solipsismo inherente a la ética kantiana, por cuanto dicho razonamiento se lleva a cabo a través de un discurso práctico en el cual participen todos los potenciales afectados con igualdad de derechos.

2.2. El Principio fundamental de la Ética Discursiva. El Principio de Universalidad y el Principio del Discurso.

Ya ha sido adelantado el contenido fundamental o núcleo duro de la Ética Discursiva. La validez de una norma moral está dada por la posibilidad de su aceptación por todos desde las perspectiva de cada cual. Este principio fundamental trae como consecuencia la universalidad. “Puesto que sólo las leyes ‘universales’ cumplen la condición de regular una materia en igual interés de todos, la razón práctica se hace valer en este momento de universalizabilidad de los intereses considerados en la ley”³⁰.

Nótese que con esta formulación, Habermas no se aparta del imperativo categórico formulado por Kant. Un sujeto determinado pondera la rectitud de una acción (y, por tanto, la validez de una norma moral) tomando en cuenta las consecuencias que se seguirían de su seguimiento generalizado, es decir, si todos tuvieran que aceptar la norma moral cualquiera sean las circunstancias de ésta. “En consecuencia, una persona acepta el punto de vista moral si como legislador democrático hace un examen de conciencia acerca de si la práctica que resultaría del seguimiento universal de una norma hipotéticamente ponderada pudiese ser aceptada por todos los posibles interesados en tanto que colegisladores potenciales”³¹. Resulta particularmente interesante el hecho de que Habermas utilice la metáfora jurídica de

³⁰ HABERMAS, JÜRGEN. Una consideración genealógica acerca del contenido cognitivo de la moral, *op. cit.*, págs. 61-62.

³¹ *Ibíd.*

“legislador democrático” para caracterizar al partícipe de los discursos morales y la de “colegisladores potenciales” para todo el resto de la comunidad moral. Tal vez adelantando una teoría discursiva del derecho desde el punto de vista de la ética discursiva, en la cual el problema de legitimación de las normas resulta bastante más complicado.

En verdad, la crítica al principio kantiano de la moral puede parecer bastante sutil, pero lo transforma por completo en su concepción social. Señala Habermas que el imperativo categórico “se dirige de modo no casual a una segunda persona del singular, y da la impresión de que cualquiera podría emprender por sí mismo, en su foro interno, el exigible examen de las normas. De hecho, empero, la aplicación reflexiva del test de universalización precisa de una situación de deliberación en la que todos se ven forzados a tener en cuenta la perspectiva de todos los demás para examinar si una norma podría ser querida por todos desde el punto de vista de cada cual”³². El problema se plantea dado que yo no puedo razonablemente conocer, como es evidente, la perspectiva de los demás. Puedo sólo suponerla, pero jamás conocerla desde mi razonamiento individual. La única forma de hacerlo es participando de un discurso práctico en el cual mis razones valgan, en principio, tanto como las de los demás, y en el cual, conociendo todas las perspectivas, sea posible lograr en definitiva el acuerdo de todos los afectados.

Por esto, la aceptabilidad de las normas en la ética discursiva debe ser examinada por todos los seres racionales participantes del discurso, y dicho examen generalizado debe estar garantizado por las condiciones comunicativas del punto de vista moral. El Principio Discursivo “D” plantea que “sólo pueden ser válidas aquellas normas que podrían suscitar la aprobación de todos los interesados en tanto que participantes en un discurso práctico”³³. Esto se explica puesto que la misma práctica deliberativa es condición para la imparcialidad o justicia de los acuerdos morales, o,

³² HABERMAS, JÜRGEN. Una consideración genealógica acerca del contenido cognitivo de la moral, *op. cit.*, pág. 64.

³³ *Ibíd.*

dicho de otro modo, la única manera de lograr el *desideratum* de la universalizabilidad de las máximas es a través del discurso, en el cual, por definición, los participantes ya no pueden guiarse por una racionalidad instrumental.

Se llega así al principio fundamental de la ética del discurso en la formulación habermasiana: “una norma es válida únicamente cuando las consecuencias y efectos laterales que se desprenderían previsiblemente de su seguimiento general para las constelaciones de intereses y orientaciones valorativas de cada cual podrían ser aceptadas sin coacción conjuntamente por todos los interesados”³⁴. El poder comunicativo desarrollado en términos del discurso le otorga la validez a las normas morales. El procedimiento de imparcialidad inherente al discurso práctico planteado por Habermas lograría la superación del sujeto trascendental kantiano, en el cual se lograría no ya una verdad descriptiva, sino una verdad consensuada. El planteamiento de una norma moral tiene una existencia real y no sólo hipotética en el fuero de un individuo, de tal manera que cada individuo incorpora las opiniones y argumentos de los demás en su propio razonamiento. La formulación dialógica de la norma moral termina por darle la aceptación consensuada de todos los eventuales afectados por ella.

Para finalizar esta breve reseña sobre la teoría ética de Habermas, cabe señalar que, para esta concepción, la relación que mantienen entre sí los sistemas normativos de la moral y el derecho es de complementariedad. Por una parte, el Derecho no puede abarcar la totalidad del discurso práctico dada su naturaleza coercitiva. Pero, al mismo tiempo, es dicha fuerza coercitiva la que proporciona un motivo más poderoso para el cumplimiento de una regla, la cual puede ser de la mayor importancia en una sociedad civil.

Respecto de las reglas morales, Habermas plantea con razón que “el juicio moral se debe a la débil fuerza de las razones epistémicas y no constituye por sí

³⁴ HABERMAS, JÜRGEN. Una consideración genealógica acerca del contenido cognitivo de la moral, *op. cit.*, pág. 74.

mismo un motivo racional”³⁵. Es por esto que la ética discursiva requiere, casi como un anexo, una teoría discursiva del derecho que traslade los principios de un ámbito al otro, para completar la “función integradora de la sociedad” que ambos sistemas deben realizar en conjunto.

3. La Teoría discursiva del Derecho.

La razón práctica siempre ha tenido una gran importancia en la teoría del derecho. Evidentemente, si el sistema normativo del derecho ha tenido siempre relaciones más o menos precisas con el sistema normativo de la moral, los argumentos morales sustanciales encontrarán siempre un espacio entre los principios jurídicos, bien sea en la teoría o en la praxis. El gran fracaso del positivismo jurídico más básico tiene que ver en gran medida con la constante negativa de sus partidarios de aceptar el inevitable razonamiento y cuestionamiento en torno a las normas que tiene lugar en el contexto de aplicación del derecho, una realidad que lejanamente podría concebir el positivismo kelseniano con su tajante división entre derecho y justicia, pero que tampoco logra encuadrarse en la textura abierta del derecho Hartiana. Por otra parte, las críticas del positivismo jurídico al iusnaturalismo moderno (no divino) se enfocan casi exclusivamente en las corrientes de la retórica, eludiendo consciente o inconscientemente el verdadero conflicto que les genera la teoría de la argumentación jurídica de índole estrictamente racional.

Al respecto, Rodolfo Vigo se expresa en los siguientes términos: “Frente a las distintas teorías que marginaron e insisten en marginar a la razón de la moral y la ética [...] la moral discursiva procura, inspirándose en Kant, prolongar el proyecto ilustrado de la modernidad y confirmar los rasgos de universal, cognitivista y formal”³⁶. La síntesis de esta superación del positivismo más básico se expresa en que “la razón ya

³⁵ HABERMAS, JÜRGEN. Una consideración genealógica acerca del contenido cognitivo de la moral, *op. cit.*, pág. 66.

³⁶ VIGO, RODOLFO. Balance de la Teoría Jurídica Discursiva de Robert Alexy. Cuadernos de Filosofía del Derecho Doxa 26, 2003. Pág. 206.

no sólo estará habilitada para la verdad en el campo teórico, sino que también se legitimará en su búsqueda de la ‘corrección’ de normas y juicios de valor³⁷, y de esta manera, “el saber jurídico deja de mantenerse en silencio o de convocar a la irracionalidad cuando surge la pregunta por lo valioso, lo justo o lo correcto jurídicamente³⁸. En este punto, autores como el mismo Habermas utilizan los conceptos de las teorías de la verdad para echar abajo el argumento débil de la imposibilidad de una “verdad ontológica” en el razonamiento práctico.

En la teoría del derecho alemana, las orientaciones que se refieren a la asimilación del razonamiento práctico en el derecho reciben el nombre genérico de *Vernunftrecht* (Derecho de la Razón), en una tradición que se remonta a Grocio, Pufendorf y, una vez más, a Kant y Hegel. Este *Vernunftrecht* se caracteriza, básicamente, “por la insistencia –y acaso la esperanza- de que la actividad jurídica sea una actividad fundamentalmente de tipo ‘racional’³⁹. Sin embargo, esta definición es lo suficientemente vaga como para que bajo el rótulo de *Vernunftrecht* se identifiquen corrientes jurídicas muy distintas entre sí. Por una parte, se identifican con el “Derecho de la Razón” autores más próximos a la sociología jurídica que a la filosofía del derecho, como Kriele, Höffe y el mismo Habermas, mientras que por otra parte se inscriben en esta tendencia autores derechamente ligados a la lógica deóntica, sea formal (Von Wright), informal (Viehweg, Perelman) o semiformal (Aarnio, Toulmin), e incluso autores más modernos vinculados a la Jurisprudencia de Valores (Larenz, Canaris). A decir verdad, lo único que tienen en común dichos autores es que provienen de la vertiente del iusracionalismo. En sentido estricto, los únicos autores que sustentan una teoría discursiva del derecho por definición son Alexy y Habermas.

Si hubiera una necesidad de inscribir este denominado “Derecho de la Razón” en uno de los polos de la dicotomía Iusnaturalismo – Positivismo, éste sin duda se

³⁷ *Ibid.*

³⁸ *Ibid.*

³⁹ SALAS, MINOR. ¿Qué pasa actualmente en la Teoría del Derecho Alemana? Un breve bosquejo general, *op. cit.*, pág. 218.

encontraría del lado iusnaturalista. Una teoría del derecho iusnaturalista postula la coexistencia de dos órdenes normativos en el universo del derecho, el derecho positivo y el derecho natural, postulando la primacía del segundo sobre el primero. Evidentemente, a diferencia del iusnaturalismo tomista o derecho divino, la primacía del derecho natural en el iusnaturalismo racionalista no está dada por una autoridad mística superior, sino por el razonamiento práctico que nos lleva a reconocer una regla determinada como la más justa, la más adecuada, o la que conlleva el acuerdo de todos los posibles afectados.

Para el positivismo jurídico, el derecho válido es sólo aquél que satisface determinados criterios procedimentales de validez, quedando los cuestionamientos ulteriores en el ámbito de la filosofía del derecho. La teoría discursiva del derecho de Habermas, como más adelante se revisará en detalle, postula que un derecho “fáctico” (que satisface criterios procedimentales de validez), sin ser un derecho “legítimo” (criterios sustanciales de validez), no cumple su función integradora y de complementación a la moral en una sociedad moderna.

¿Cómo se caracteriza, en abstracto, una teoría discursiva del derecho? En primer lugar, postula la imposibilidad de separar tajantemente los sistemas de la moral y el derecho, en el sentido de que ambos son sistemas normativos con una fundamentación racional y cuyas reglas pueden ser cuestionadas a través de un razonamiento práctico. Lo cual no significa que dichos sistemas se confundan, sino más bien que su estructura deóntica difiere sólo en lo que respecta a la sanción o coacción de la norma. Moral y derecho son complementarios, a diferencia de lo que postulaba la teoría jurídica kantiana, cuya construcción implicaba una subordinación del derecho a la moral.

En segundo lugar, postula una suerte de equilibrio reflexivo entre un sistema jurídico ideal de normas y decisiones jurisprudenciales moralmente correctas. Las normas (y los discursos de fundamentación de dichas normas) contienen argumentos morales que son incorporados a la interpretación del derecho como discurso práctico. Sin embargo, dicha argumentación no se caracteriza, como han dicho sus críticos, por

restarle toda racionalidad al derecho, sino que lleva su racionalidad a un nivel distinto, más complejo pero a la vez más rico. Y por último, considera fundamental la distinción entre un contexto de creación y un contexto de aplicación del derecho.

Sin embargo, el gran valor que se atribuye a la teoría discursiva del derecho es que, amén de una teoría del derecho propiamente tal, puede ser interpretada como una teoría de la justicia (partiendo de la base de la teoría ética discursiva) y, más importante aún, como una fundamentación fuerte de la teoría de la democracia. Entre muchos autores que sostienen el fundamento epistémico de la democracia (es decir, la democracia deliberativa) se encuentran, junto al mismo Habermas, autores como Nino y Sunstein, quienes parten de la base de la democracia como un principio fundante insuperable. La idea republicana de la democracia -en contraposición a la “democracia competitiva”- se alimenta precisamente de conceptos tales como autonomía, autolegislación, deliberación, argumentación, etc. “Frente a la democracia como la simple reunión de voluntades prepolíticas, de intereses que, por definición, no admiten argumentación pública ni modificación, la voluntad general republicana es a la vez un proceso de agregación y de formación pública -política- del juicio, abierto al análisis y la réplica, a la justificación razonada de las opiniones, a la revisión de las preferencias”⁴⁰.

La idea de la democracia como la simple voluntad de la mayoría (agregación de preferencias), el mero “conteo de votos”, es ciertamente menos perfecta que la democracia como un encausamiento de la deliberación pública, en la cual, más que contar los votos para agregarlos, dichos votos se fundamentan y discuten (a pesar de que, inevitablemente, se opta por la decisión mayoritaria), de tal manera que todos tengan la posibilidad de exponer sus razones y, de esta manera, son autores de la legislación a pesar de que sus preferencias pueden no corresponder a las de la mayoría.

⁴⁰ OVEJERO, FÉLIX. Teorías de la Democracia y fundamentaciones de la Democracia. Cuadernos de Filosofía del Derecho Doxa 19, 1996. Pág. 339.

El ejemplo de la teoría de la democracia deja aún mas clara la diferencia del principio discursivo de Habermas con el imperativo categórico kantiano. El Principio de Kant se vincula mucho más a la idea de ciudadanos privados, a la idea de un contrato social, y a la de agregación de preferencias (es decir, una democracia similar a la de Locke), mientras que el Principio habermasiano incorpora la idea republicana de Hegel de la sociedad civil como conjunto, un espacio para la deliberación pública en el que las preferencias no son sólo agregadas sin además discutidas y cuestionadas.

En definitiva, es la idea de la Democracia como un bien en sí mismo, cuya fundamentación tautológica se resume en la deliberación y en la autolegislación y el autogobierno de todos los ciudadanos. Sobre este punto, y en relación a la Constitución de 1980, en un tema que será ampliamente tratado en el capítulo segundo, resulta especialmente interesante el argumento de Carlos Cáceres, debatido en el Consejo de Estado, para señalar la inconveniencia del sufragio universal, citado por Carlos Hunneus: “Sostuvo que la crisis de 1973 se debió a que la democracia se entendió como un ‘fin en sí mismo y no como un medio para hacer un buen Gobierno’, por lo que ‘todo se somete a votación’ y la mayoría determina qué es bueno para el país, sin permitir que existan principios que dirijan la acción pública”⁴¹. En estas palabras se evidencia de la mejor manera que el propósito expreso del gobierno militar, a través de la Constitución de 1980, era terminar drásticamente con la tradición de la democracia deliberativa, reemplazándola por una democracia cupular en la cual las élites que determinen aquellos “principios que dirijan la acción pública”.

Analizando comparativamente, a grandes rasgos, las dos teorías jurídicas discursivas más importantes –Habermas y Alexy-, se desprende la diferencia fundamental entre ambas. En Habermas esta presente una distinción clara entre el contexto de fundamentación y el contexto de aplicación del derecho (distinción propuesta por Klaus Günter), la cual no existe en la teoría de Alexy. El discurso de fundamentación de una norma posee características distintas al discurso de aplicación

⁴¹ HUNNEUS, CARLOS. El régimen de Pinochet. Santiago de Chile, Editorial Sudamericana, 2000. Págs. 239-240.

de la norma en un caso concreto, toda vez que, mientras en el primero la argumentación trata de la validez de las normas, en el segundo se trata de la adecuación de dicha norma a una situación. Esta diferencia fundamental le permite a Habermas suscribir la tesis de la única decisión correcta, a diferencia de Alexy, que con su tesis del caso especial postula que en el nivel de aplicación de las normas se sigue llevando a cabo el cuestionamiento de validez de las normas.

García Amado señala que “el modelo de discurso jurídico que Günter y Habermas proponen permite descargar al juez de los problemas de fundamentación de la norma que aplica. La racionalidad de su decisión ya no dependerá del fundamento racional de esa norma, cuestión que ya estará resuelta en un discurso distinto y anterior, sino de la interpretación discursiva de la situación y de la concreción de la norma más apta, que será la norma de ese preciso caso”⁴². La teoría de Habermas es, por tanto, más completa y compleja que la de Alexy, y le permite superar de esta manera muchas de las críticas al problema de la seguridad jurídica.

A continuación se analizará con detalle la teoría discursiva del derecho de Jürgen Habermas, teniendo presente que gran parte de los conceptos utilizados en dicha construcción son básicamente los mismos que ya fueron adelantados a propósito de su concepción de la Ética Discursiva. El punto más novedoso de su teoría dice relación con el Sistema de Derechos, cuya reconstrucción permite comprender cómo la idea de soberanía popular y la de derechos subjetivos pueden ser reconstruidas a partir de un Principio Discursivo del Derecho, que transforma el poder comunicativo de los ciudadanos en derecho válido.

4. Facticidad y Validez: la teoría discursiva del derecho de Jürgen Habermas.

Luego de aquellas consideraciones propedéuticas, estamos en condiciones

⁴² GARCÍA, JUAN ANTONIO. La Filosofía del Derecho de Jürgen Habermas. Cuadernos de Filosofía del Derecho Doxa 13, 1993. Págs. 250-251.

de abordar la teoría discursiva del derecho sustentada por Habermas en *Facticidad y Validez*. La teoría de validez jurídica de Habermas es bastante particular por varias razones, pero en ningún caso se aparta de las anteriores investigaciones del autor. El derecho se presenta como un conjunto de normas con una pretensión de racionalidad, por lo que su diferencia ontológica con el sistema de las normas morales de una comunidad se reduce en términos básicos a su coercibilidad (lo cual está además íntimamente ligado a la teoría del Estado). La categoría del derecho en la teoría de Habermas tiene una importancia particular en cuanto a su papel en la creación del orden social, tal como la moral, pero a un nivel distinto. El planteamiento de Habermas en *Facticidad y Validez* pretende reunir una teoría sociológica del derecho y una teoría filosófica de la justicia, ámbitos que en la tradición parecen contrapuestos.

4.1. Conceptos básicos.

El derecho como categoría de la mediación social presenta un problema similar al de la razón práctica en la complejidad de las sociedades modernas. “Cuanto más aumenta la complejidad de la sociedad y se ensancha la perspectiva inicialmente restringida en términos etnocéntricos, con tanta más fuerza se produce una pluralización de las formas de vida y una individualización de las biografías, que hacen que se reduzcan y encojan las zonas de solapamiento o convergencia de las convicciones de fondo que caracterizan el mundo de la vida”⁴³. El sistema normativo del derecho vendría a ser, según esta concepción, una regulación normativa de las interacciones estratégicas imprescindibles en una sociedad moderna, para las cuales ya no basta el sistema normativo de la moral entendida en términos de la ética discursiva (acción comunicativa).

Este sistema normativo debe reunir dos condiciones en la satisfacción del déficit de la integración social: “tienen que representar, por un lado, restricciones fácticas que cambien de tal suerte la corona de datos, que el actor, en la actitud de alguien que actúa estratégicamente, se vea en la necesidad de efectuar en su

⁴³ HABERMAS, JÜRGEN. *Facticidad y validez*, *op. cit.*, pág. 87.

comportamiento la adaptación que objetivamente se desea”, y por otra parte, “esas reglas han de tener a la vez la capacidad de ‘integrar socialmente’, pues que imponen obligaciones a sus destinatarios”⁴⁴.

En síntesis, el sistema normativo tiene “que causar en sus destinatarios una disponibilidad a la obediencia basada simultáneamente en la coerción fáctica y en la validez legítima”⁴⁵. Por esto el derecho moderno se construye, según Habermas, a partir de los derechos subjetivos privados, los cuales “están cortados a la medida de una persecución estratégica de intereses privados”⁴⁶. En esto, una vez más, Habermas sigue la doctrina kantiana.

Mientras que la validez fáctica es producida por la amenaza de una sanción, la legitimidad se mide “por la desempeñabilidad o resolubilidad discursiva de su pretensión de validez normativa, y en última instancia atendido a si han sido producidas en un procedimiento legislativo que quepa considerar racional, o a si por lo menos hubieran podido ser justificadas desde puntos de vista pragmáticos, éticos y morales”⁴⁷. La facticidad le otorga una existencia sensible al derecho, junto con la coerción que lo diferencia del sistema normativo de la moral, pero sólo la legitimidad del derecho logra en los destinatarios la disponibilidad a la obediencia que permite aquella integración social que posibilita el funcionamiento adecuado de la sociedad. Puede señalarse, además, que la facticidad del derecho lo hace operativo ante la judicatura, pero sólo su legitimidad discursiva sustrae a los jueces de una hipotética necesidad de reconstruir el discurso de fundamentación en el contexto de aplicación de las normas (éste es, por lo demás, el punto de inflexión de la teoría de Habermas frente a la teoría del caso especial de Alexy).

⁴⁴ HABERMAS, JÜRGEN. Facticidad y validez, *op. cit.*, pág. 89.

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ HABERMAS, JÜRGEN. Facticidad y validez, *op. cit.*, pág. 90.

⁴⁷ HABERMAS, JÜRGEN. Facticidad y validez, *op. cit.*, pág. 92.

Señala Habermas que “la positividad del derecho significa que con el plexo de normas conscientemente estatuidas surge todo un fragmento de realidad social artificialmente generada, cuya existencia es sólo discrecional, pues cada uno de sus componentes particulares puede derogarse y cambiarse. Bajo este aspecto de cambiabilidad, o de susceptibilidad de cambio, la validez del derecho positivo aparece como la expresión pura de una voluntad que, habida cuenta de la posibilidad siempre presente de derogarlas, presta a determinadas normas una durabilidad discrecional”⁴⁸.

Sin embargo, y éste es el verdadero problema de la validez jurídica planteado por Habermas, “la positividad del derecho no puede basarse sólo en la contingencia de decisiones arbitrarias y discrecionales, esto es, no puede basarse sólo en la decisión, sin que ello redunde en pérdida de su capacidad de integración social. Antes el derecho debe su fuerza vinculante a la alianza que entablan la positividad del derecho y su pretensión de legitimidad”⁴⁹.

Planteada así en términos básicos la tesis de validez jurídica de Habermas, parece comprender de una manera compleja el conflicto sempiterno de las normas jurídicas, entre el positivismo y el racionalismo (o iusnaturalismo independiente del derecho divino). Pero esta hipótesis plantea tantos problemas como ambas tradiciones. Y de esta manera es evidente que las principales críticas a Habermas no vengan ya de la filosofía ni de la sociología, sino desde el seno mismo de la teoría del derecho. Juan Antonio García Amado señala que dicha comprensión acarrea los siguientes problemas: “Uno, que el tenor literal de las afirmaciones de Habermas más bien parece sugerir un carácter fáctico [...]. Y dos, que con ese entendimiento normativo nos damos de bruces con los mismos problemas de fundamentación que han afectado siempre a tesis como las iusnaturalistas: por qué sólo es válido el derecho que reúna unas ciertas condiciones (de contenido en el iusnaturalismo; procedimentales en Habermas) y,

⁴⁸ HABERMAS, JÜRGEN. Facticidad y validez, *op. cit.*, pág. 101.

⁴⁹ *Ibíd.*

sobre todo, qué estatuto posee el derecho positivo que no cumpla con ellas”⁵⁰. El problema de entendimiento (fáctico o normativo) lo plantea en los siguientes términos: “Como afirmación empírica equivaldría a entender que allí donde los destinatarios de las normas no se sienten autores de las mismas, por no provenir éstas de un proceso legislativo de carácter democrático, esas normas no serán mayoritariamente cumplidas”, mientras que en un sentido normativo, “equivale a sostener que un derecho sólo cumple racionalmente su función integradora cuando es fruto del discurso racional, de un proceso participativo”⁵¹.

Y puesto que el derecho, amén de un sistema normativo, es una praxis social, el problema de su validez y consiguiente vinculación debe tener una respuesta institucional: cuando el juez debe aplicar el derecho no puede suponer ni reconstruir el proceso deliberativo que le otorgaría una validez sustancial. Ni siquiera lo podría hacer un “Juez Hércules”, sino solo un “Juez Omnipotente”. Por eso el cuestionamiento acerca del estatuto o *pedigree* de aquellas normas que no satisfacen el test de universalizabilidad es tan relevante para un teórico del derecho.

Sin embargo, Habermas no es un teórico del derecho. Y esto le permite dar una cierta relatividad a tan catastrófica conclusión. Señala que la facticidad (“coerción jurídica”), “asegura a la regla una aceptación de tipo medio”, mientras que la validez sustancial (“autolegislación”) “es la única capaz de desempeñar o resolver la pretensión de legitimidad de las reglas, es decir, de tornarlas racionalmente aceptables”⁵². En esta validez jurídica de doble vía, aún el derecho más ilegítimo desde el punto de vista de su universalidad es en principio “aceptado”, y por lo tanto aplicable por la judicatura. Pero el problema, al menos terminológico, subsiste puesto que no queda claro cuál es el ámbito de discusión y deliberación acerca de la validez o legitimidad del derecho fáctico. Por esto es que se ha señalado, en parte como un

⁵⁰ GARCÍA, JUAN ANTONIO. La Filosofía del Derecho de Jürgen Habermas, *op. cit.*, págs. 236-237.

⁵¹ *Ibíd.*

⁵² HABERMAS, JÜRGEN. Facticidad y validez, *op. cit.*, pág. 101.

defecto y en parte como una virtud, que la teoría de Habermas funciona más como una teoría de la justicia que como una teoría del derecho.

No obstante, el propio Habermas se encarga de enfatizar que su teoría se diferencia tanto de las doctrinas sociologistas (que no incorporan el elemento de validez) como de las teorías de la justicia (que no incorporan el elemento fáctico), entre ellas también la de Rawls. En verdad, y a pesar de las evidentes similitudes entre ambas propuestas, incluso en la formulación de su teoría moral Habermas recalca sus diferencias con Rawls, vinculando a éste mucho más cercano al racionalismo que al idealismo. El argumento propiamente jurídico (en lo que respecta al problema de fundamentación) es desarrollado por Habermas gracias a la distinción de Klaus Günter entre contexto de fundamentación y contexto de aplicación del derecho. El discurso legitimatorio en términos de validez jurídica sólo pertenece al contexto de fundamentación (es decir, al proceso de creación de las normas), mientras que el debate que se da en un caso concreto queda relevado de dicha fundamentación y se desarrolla a través del discurso de adecuación (de la norma al caso concreto). Esta distinción no está presente en la teoría discursiva de Robert Alexy, y pareciera que muchas de las críticas dirigidas a Habermas se refieren mayormente a este problema. Algo curioso considerando que Alexy es un verdadero teórico del derecho.

El problema de la validez jurídica entendida en términos habermasianos se concreta en la pérdida de la fuerza de integración social respecto del derecho cuyos destinatarios no puedan entenderse a sí mismos como autores racionales de dichas normas. Como complemento de la moral, la importancia del derecho radica en su coercibilidad, ya que ésta asegura los ámbitos de acción estratégica que la moral entendida en términos de ética discursiva no admite. Pero un derecho puramente fáctico no cumple con la función que le es propia en un sentido democrático. No es un derecho “racionalmente aceptable”, y por tanto es un derecho que no genera una adecuada disponibilidad a la obediencia, lo cual lo convierte en una eventual fuente legitimatoria de desobediencia civil.

Sin embargo, el gran problema de la validez sustancial de las normas

jurídicas es que éstas están dadas por una autoridad reconocida, sea legítimamente, sea fácticamente. El procedimiento de aprobación de las normas jurídicas les otorga, *prima facie*, una legitimidad en el ámbito de la praxis, algo que no ocurre con las normas morales, las cuales siempre pueden ser reorientadas y cuestionadas en su validez en un procedimiento discursivo. El problema es bastante más complejo y los términos de Habermas son algo oscuros, pero la diferencia más importante parece estar en la carga de legitimidad autoritativa del procedimiento mismo de aprobación de dichas normas. La autoridad que dicta las normas legítimas debe estar a su vez legitimada por un procedimiento anterior, el cual también debe responder al sentimiento de autolegislación de los ciudadanos. “De esta tensión mantenida en la dimensión de validez del derecho resulta además la necesidad de organizar en forma de derecho legítimo el propio poder político, al que se recurre para imponer el derecho (y para aplicar autoritativamente el derecho) y al que el derecho debe su positividad. Al desiderátum de una transformación jurídica del poder que el derecho mismo presupone, responde la idea de Estado de Derecho”⁵³. El Estado de Derecho dota de legitimidad –a través del derecho- al poder político que dictará las normas jurídicas, las cuales en definitiva quedarán legitimadas en su facticidad por provenir de la autoridad legítimamente establecida.

Claro está que esta organización jurídica del poder político presupone a su vez un derecho legítimo, el cual requiere especialmente de un test de universalidad y de legitimidad sustancial, a la manera de un Contrato Social. “Con la idea de Estado de Derecho se pone en marcha una espiral de autoaplicación del derecho, la cual tiene por fin hacer valer la suposición internamente inevitable de la autonomía política frente a la facticidad del poder no jurídicamente domesticado que se introduce en el derecho”⁵⁴.

En este nivel de argumentación, es evidente que un régimen de facto no satisface los criterios originarios de legitimidad del derecho. No obstante el hecho de

⁵³ *Ibíd.*

⁵⁴ *Ibíd.*

que un régimen de facto pudiera garantizar un “Estado de Derecho” en el sentido restringido del término, el derecho así producido no procederá de una autoridad comunicativa ni jurídicamente legitimada.

4.2. El Sistema de los Derechos.

El fundamento último de validez del derecho es la preexistencia de un Sistema de Derechos que presupone la autonomía de los ciudadanos como participantes en discursos racionales, y en el cual a la vez los ciudadanos se reconocen ciertos derechos en su calidad de tales, como presupuestos de la creación de un derecho legítimo.

En términos básicos, las leyes son válidas (en un sentido positivista) cuando son dictadas a través de un procedimiento legislativo determinado, el cual está basado, en última instancia, en el principio de soberanía popular. El conflicto de esta idea, aparentemente obvia, se presenta al plantear lo siguiente: las leyes aseguran el arbitrio privado, pero su validez última descansa en la autonomía ciudadana, la cual a su vez debe estar garantizada por otro conjunto de leyes (de derecho positivo) cuya estructura deóntica es la misma que la de cualquier ley.

La respuesta que da Habermas al problema del nacimiento de los derechos subjetivos a partir de la soberanía popular está íntimamente relacionada con la ética del discurso. “La conexión interna que buscamos entre soberanía popular y derechos del hombre ha de radicar, pues, en el contenido normativo de un modo de ejercicio de la autonomía política, que no viene asegurado por la forma de leyes generales sino sólo por la forma de comunicación que representa la formación discursiva de la opinión y la voluntad comunes”⁵⁵. Siguiendo a Kant, para Habermas el Contrato Social es “un fin en sí”, estructuralmente distinto de un contrato privado que explica el surgimiento de la sociedad civil en la teoría de Hobbes. Dicho Contrato Social “sirve a la institucionalización del único derecho ‘innato’, que es el derecho a iguales libertades de

⁵⁵ HABERMAS, JÜRGEN. Facticidad y validez, *op. cit.*, pág. 168.

acción”⁵⁶, el cual a su vez se funda en la voluntad autónoma de los ciudadanos.

En realidad, derechos subjetivos y soberanía popular, autonomía privada y autonomía pública, se presuponen mutuamente en la interpretación discursiva del derecho. El Sistema de los Derechos establece las condiciones bajo las cuales el poder comunicativo de los ciudadanos autónomos se transforma en derecho. “La legitimidad del derecho se basa en última instancia en un mecanismo comunicativo: como participantes en discursos racionales los miembros de una comunidad jurídica han de poder examinar si la norma de que se trate encuentra, o podría encontrar, el asentimiento de todos los posibles afectados. Por tanto, la conexión interna que buscamos entre soberanía popular y derechos del hombre consiste en que en el ‘sistema de los derechos’ se recogen exactamente las condiciones bajo las que pueden a su vez institucionalizarse jurídicamente las formas de comunicación necesarias para una producción de normas políticamente autónoma”⁵⁷.

Tal como la ética discursiva parte del Principio del Discurso “D”, el Sistema de los Derechos parte de lo que Habermas denomina el “Principio Democrático”, un Principio “D” jurídicamente institucionalizado que otorga legitimidad originaria al proceso de producción del derecho. “El principio de discurso ha de empezar adoptando, por vía de institucionalización jurídica, la forma de un ‘principio democrático’, que entonces proporcione a su vez al proceso de producción del derecho fuerza generadora de legitimidad. La idea decisiva es que el principio democrático se debe al entrelazamiento del ‘principio de discurso’ con la forma jurídica”⁵⁸.

El Sistema de los Derechos se articula como una génesis lógica de derechos que se desenvuelve de lo abstracto a lo concreto, configurando las condiciones y las potestades que permitirán el autogobierno de los ciudadanos. “Comienza con la

⁵⁶ HABERMAS, JÜRGEN. Facticidad y validez, *op. cit.*, pág. 158.

⁵⁷ HABERMAS, JÜRGEN. Facticidad y validez, *op. cit.*, pág. 169.

⁵⁸ HABERMAS, JÜRGEN. Facticidad y validez, *op. cit.*, pág. 187.

aplicación del 'principio de discurso' al derecho a libertades subjetivas de acción [...] y acaba con la institucionalización jurídica de condiciones para un ejercicio discursivo de la autonomía política mediante la que la autonomía privada, que en un primer momento sólo queda puesta en términos abstractos, puede ser objeto de desarrollo y configuración jurídicos. De ahí que el principio democrático sólo pueda aparecer como núcleo de un sistema de derechos. La génesis lógica de estos derechos constituye entonces un proceso circular o movimiento circular, en el que el código que es el derecho y el mecanismo para la generación de derecho legítimo, es decir, el principio democrático, se constituyen cooriginalmente"⁵⁹.

Comienza Habermas estableciendo tres categorías de derechos básicos que crean el presupuesto básico para la autonomía política, cual es el estatus de personas jurídicas. En primer lugar, se encuentra: 1) El derecho al mayor grado posible de iguales libertades subjetivas de acción, junto con todos los derechos fundamentales que nacen de éste. Estos derechos exigen para su desarrollo: 2) El *status* de miembro de la comunidad jurídica, y: 3) La accionabilidad y protección de los derechos individuales. Estas categorías de derechos regulan la autonomía privada de los individuos, mediante las cuales los sujetos se reconocen el status de destinatarios de las leyes. Para Habermas, estas categorías fundantes en el sistema de derechos "no pueden entenderse todavía en el sentido de derechos de defensa liberales, pues con anterioridad a toda organización de un poder estatal en términos de derecho objetivo, contra cuyas intrusiones los ciudadanos hubieran de defenderse, no hacen sino regular las relaciones que entablan o guardan entre sí ciudadanos libremente asociados"⁶⁰.

Para que los sujetos jurídicos adquieran el papel no sólo de destinatarios sino también de autores del derecho, se requiere la cuarta categoría, que corresponde a: 4) El derecho a participar con igualdad de oportunidades en procesos de formación de la opinión y voluntad pública, es decir, el derecho a la autonomía política. Respecto de esta categoría, García Amado hace un alcance interesante: "¿pueden discursivamente

⁵⁹ *Ibíd.*

⁶⁰ HABERMAS, JÜRGEN. Facticidad y validez, *op. cit.*, pág. 188.

los sujetos decidir la eliminación de los principios o procedimientos que garantizan el ejercicio de su autonomía?”⁶¹. En otras palabras, ¿podría el principio discursivo subsistir sin el sistema de los derechos?. “La respuesta de Habermas sería que hay dos cosas que los sujetos no pueden eliminar: el principio discursivo, con los citados presupuestos en cuanto a la autonomía de los sujetos, y el medio jurídico, con los mencionados principios o derechos en abstracto que sirven como única vía para la articulación colectiva o intersubjetiva de aquella autonomía. Más adelante resaltaré nuevamente que el sistema de derechos constituye un límite sustraído a la decisión mayoritaria”⁶².

Por último, se encuentra la quinta categoría de derechos, que corresponde a: 5) Garantías de condiciones de vida material que posibiliten los derechos civiles de las cuatro categorías previas en términos de igualdad de oportunidades, o, en otros términos, los llamados derechos sociales, a los cuales Habermas reconoce, desde su misma génesis, un status problemático y no absolutamente fundado.

Sin estas categorías del sistema de derechos no es posible, siguiendo a Habermas, lograr el ideal de autogobierno por parte de todos los miembros de la sociedad. “En pocas palabras: no hay derecho legítimo sin estos derechos”⁶³. En todo caso, aparentemente el problema planteado por Habermas viene a aparecer sólo en la cuarta categoría, es decir, en lo que respecta a la autonomía política, ya que es imposible imaginar un Estado, de acuerdo a la teoría moderna, que pueda funcionar sin las primeras tres categorías de la autonomía privada (fueron descritas de manera muy similar por Hobbes). Pero respecto de la cuarta categoría, si bien a grandes rasgos la idea está presente desde Rousseau y Hegel, no queda claro hasta que grado puede relativizarse la “igualdad de oportunidades” en los procesos de formación de la opinión y voluntad comunes. Y el problema es importante puesto que éste parece ser el déficit

⁶¹ GARCÍA, JUAN ANTONIO. La Filosofía del Derecho de Jürgen Habermas, *op. cit.*, pág. 242.

⁶² *Ibíd.*

⁶³ HABERMAS, JÜRGEN. Facticidad y validez, *op. cit.*, pág. 191.

más grave de la institucionalidad chilena a partir de 1973. Se volverá sobre esto más adelante.

En definitiva, el derecho logra la base de su legitimidad cuando el Principio “D” se institucionaliza en términos jurídicos a través de un sistema de derechos que garantice las condiciones mediante las cuales el poder comunicativo de los ciudadanos se transforma en poder administrativo productor de derecho. Este sistema de derechos es presupuesto, también, de un Estado de Derecho que institucionaliza a su vez el derecho legítimo, del cual obtiene su autoridad. “Conforme al principio de discurso pueden pretender validez precisamente aquellas normas que pudiesen encontrar el asentimiento de todos los potencialmente afectados si éstos participasen en discursos racionales. Los derechos políticos buscados tienen, por tanto, que garantizar la participación en todos los procesos de deliberación y decisión relevantes para la producción de normas, de modo que en ellos pueda hacerse valer por igual la libertad comunicativa de cada uno de posicionarse frente a pretensiones de validez susceptibles de crítica”⁶⁴.

La organización del Estado de Derecho posibilita a su vez la organización políticamente autónoma de la sociedad, que a través del Sistema de Derechos se constituye como una asociación de ciudadanos libres e iguales, socialmente integrados. Los principios fundamentales del Estado de Derecho (soberanía popular, justicia independiente, pluralismo político, legalidad administrativa, separación de Estado y Sociedad) están en función de la integración social, y por tanto deben garantizarse mediante derecho legítimo. A la inversa, sólo en un Estado de Derecho así descrito es posible la generación de un derecho legítimo, que perpetúe el ideal de integración social.

Lo que corresponde revisar a continuación es cuánto de este ideal jurídico-discursivo de Habermas podemos encontrar en la institucionalidad chilena, concretamente en la surgida con posterioridad al quiebre de la institucionalidad

⁶⁴ HABERMAS, JÜRGEN. Facticidad y validez, *op. cit.*, pág. 193.

republicana en 1973. En otras palabras, cuan legítimo o ilegítimo es el derecho chileno surgido a partir de la Constitución de 1980.

Capítulo II

Análisis teleológico y procedimental de la génesis de la Constitución Política de 1980 y sus reformas posteriores.

1. La crisis institucional y el golpe militar. Contexto Histórico de la promulgación de la Constitución de 1980.

Para analizar las disposiciones más polémicas de la Carta de 1980, junto con su controvertida aprobación, es indispensable detenerse brevemente en el contexto histórico de su concepción, puesto que fue precisamente la polarización y eventual confrontación de la sociedad chilena la que provocó en definitiva una Constitución que podría catalogarse, tal como se indicará al final de este capítulo, como una Carta hecha “por los vencedores, para los vencedores y contra los vencidos”. En ese sentido, no resulta difícil constatar que nuestra Constitución política tiene mucho de capitulación y refundación y poco de Constitución en un sentido democrático. La crisis que finalizó con el Golpe de Estado de 1973 supuso un quiebre en la Historia Institucional de Chile, y supuso además una revolución en el ámbito jurídico-constitucional. La Carta de 1980 no surge como una respuesta consensuada y dialógica a los principios morales políticos imperantes en la sociedad de la época. No existió un proceso deliberativo propio de una asamblea constituyente o al menos un parlamento democráticamente elegido. Simplemente se evitó a toda costa mirar al pasado e incorporar a los distintos actores públicos a la deliberación respecto de la nueva Constitución, siendo el único propósito transformar, por medio de la fuerza, el régimen constitucional del país.

Pero esto no es nuevo en la historia de Chile. En toda la historia constitucional chilena no han existido –con la sola excepción de la Constitución de 1828, que duró 5 años en vigencia- verdaderos procesos deliberativos que decanten en una Constitución. Desde la Constitución de Portales y las leyes Marianas, que fueron promulgadas durante estados de excepción constitucional, luego la Constitución

de 1925 promulgada con posterioridad a una crisis institucional, y finalmente la Carta de 1980, posiblemente el paradigma de estos particulares procesos constituyentes. La falta de legitimidad originaria de los textos constitucionales en la historia de Chile tiene, pues, directa relación con el devenir y enfrentamiento histórico de las distintas fuerzas políticas, las cuales se arrogan la autoridad de hablar en nombre del “Pueblo de Chile” luego de circunstanciales victorias.

Durante el siglo XX se produjeron numerosos y significativos cambios en la historia institucional de Chile, caracterizados en general por su extrema radicalidad y por un constante regreso a experimentos del pasado (en ese sentido se ha llegado a afirmar que el régimen de Pinochet es heredero del régimen de Portales). Pero en verdad ninguno de los cambios y revoluciones que afectaron a nuestro país son perfectamente comprensibles sin mencionar el devenir de la historia mundial. Porque si hubo algo que se transformó impredeciblemente durante el siglo recién pasado, fue precisamente el orden mundial. Así fue que durante el siglo XX se sucedieron de manera absolutamente caótica revoluciones sin precedentes, guerras mundiales como no existían registros en la historia, regímenes totalitarios y genocidas brutalmente inhumanos y, tal vez como síntesis de todo lo anterior, la configuración de dos polarizadas concepciones del mundo que por poco se destruyen mutuamente.

Estas concepciones no tardaron en llegar a Chile. Tempranamente, ya en el año 1912, se creaba, bajo el alero de Luis Emilio Recabarren y Enrique Salas, el “Partido Obrero Socialista” (denominado hacia el presente con el más tradicional nombre de “Partido Comunista”), inspirador de numerosos movimientos políticos que se unificarían a mediados de siglo en torno a la “Unidad Popular”, mientras que dos décadas después, en 1932, se fundaba el “Movimiento Nacional Socialista”, liderado por Carlos Keller y Jorge González Von Mareés, base de movimientos nacionalistas que se enfrentaban frontalmente -y en ocasiones muy violentamente- a los movimientos de izquierda, tales como la “Asociación Chilena Anticomunista” (ACHA), el Partido Nacional y el Frente Nacionalista “Patria y Libertad”. Y ya hacia principios de la década del ‘60, la cuestión obrera había desplazado a la cuestión social como núcleo del debate político partidista, y comenzaba a gestarse tímidamente la reforma agraria

que alcanzaría proporciones monumentales hacia 1973. Cada acto político ocurrido en Chile en la década era un fiel reflejo del contexto mundial.

Y en ese contexto, el mundo estaba inmerso en un espiral de gélida violencia. Gélida, pero constante. Mientras los EE.UU. luchaban contra los comunistas en una guerra que no les correspondía de manera alguna –más que como símbolo de una lucha ideológica-, Fidel Castro se alzaba como el vencedor absoluto en la incipiente revolución cubana, en la República Democrática Alemana se vivía una constante represión política, al igual que en toda la Europa del este, y la U.R.S.S. mantenía a Kennedy y al resto del mundo libre con el alma en un hilo por la posibilidad de un conflicto nuclear de proporciones apocalípticas.

En resumidas cuentas, y habida especial consideración de las ya pasadas y casi olvidadas Guerras Mundiales, el siglo XX mantuvo al mundo completamente dividido, deshumanizado y bañado de sangre. Y este es el contexto en el cual se inserta lo que ocurrió en Chile, una imagen fiel de los cambios mundiales, con algo de retraso y mucha exageración, como apuntara alguna vez Joaquín Edwards Bello. ¿Qué ocurrió en Chile? También tuvieron lugar revoluciones -el siglo XX se inicia con las más sangrienta de toda la historia-, pequeños proyectos revolucionarios que duraron menos que un suspiro, "ruidos de sables", pronunciamientos militares, una guerra afortunadamente abortada antes de su inicio, constantes conflictos limítrofes y, como producto y a la vez catalizador de todo lo anterior, una constante lucha de ideas que creció como una bola de nieve descontrolada y que culminó en el quiebre institucional más importante de toda la historia de Chile: el golpe militar y la dictadura de la Junta Militar de Gobierno encabezada por Augusto Pinochet.

Los constantes cambios institucionales que experimentó el país durante el siglo XX tienen paralelos casi exactos en el ámbito jurídico-constitucional. Con la caída de Balmaceda en 1891 se consagra en la práctica un régimen parlamentario, si bien dichas reformas venían de algunas décadas anteriores. La caída del gobierno de Alessandri quedó marcada con la Constitución de 1925, la cual retomaba el neopresidencialismo autoritario. Posteriormente la Carta de 1925 vuelve a modificarse

en miras a un Estado Social, en los gobiernos de Frei y Allende. Por cierto, el contexto histórico-jurídico mundial del siglo XX tampoco es ajeno a este proceso. Baste recordar la República de Weimar, el proceso de descolonización y el New Deal.

Puede situarse como el antecedente histórico inmediatamente anterior al golpe militar la década de 1960. Esta década siempre será recordada, tanto en Chile como en el mundo, como una época de vertiginosos cambios. "La efervescencia social, la transgresión a las costumbres, el desenfreno eufórico por el cambio y un fuerte optimismo y confianza en el futuro, fueron los signos que marcaron la pauta"⁶⁵. En lo que respecta al ámbito propiamente político, los partidos de izquierda y extrema izquierda lograrían su máxima adhesión histórica, entre la gran masa obrera movilizada y concientizada, la nueva intelectualidad y los estudiantes, que aún no conocían reacciones violentas a los intentos revolucionarios. Cuando se produjo el acontecimiento conocido como el "Naranjazo", se produjo la primera gran polarización del período: mientras la izquierda tomaba conciencia de la posibilidad real de llegar al poder (vía Salvador Allende, posiblemente el candidato más popular), la derecha temblaba frente a dicha posibilidad, y se volcaba en pos del mal menor denominado Eduardo Frei Montalva, un candidato que al menos les otorgaba estabilidad y una garantía democrática, todo lo anterior, dicho sea de paso, con la ayuda de Nixon y Kissinger, quienes observaban con preocupación el "problema" que les generaría la llegada al poder de un gobierno socialista democráticamente elegido.

En resumidas cuentas el sistema político de la época está conformado de la siguiente manera: un partido político conservador de corte nacionalista (con una vertiente liberal "alessandrista"), un partido de centro derecha oficialmente anticomunista pero con infinidad de quiebres y corrientes internas agudizadas por el debate político, y un multifacético conglomerado de partidos de izquierda que jamás terminaron por llevarse muy bien. El panorama, en pocas palabras, era de suma inestabilidad y cualquier acontecimiento político de cierta importancia podría generar

⁶⁵ CORREA, SOFÍA et al. Historia del siglo XX chileno. 3ª ed. Santiago de Chile, Editorial Sudamericana, 2001. Pág. 226.

un desastre de proporciones.

A partir de la elección de Eduardo Frei Montalva, quien a pesar de provenir de la democracia cristiana (en ese entonces un partido de centro pero marcadamente anticomunista) propugnaba una "Revolución en Libertad" -si bien en menor medida era un fenómeno que se comenzó a dar con anterioridad- se comienzan a gestar "desde arriba" numerosos cambios sociales que tendrían repercusiones inmediatas en lo político. La elección de Eduardo Frei Montalva fue acompañada de un triunfo transversal de la democracia cristiana, en desmedro principalmente de los partidos de derecha. La reforma agraria comenzaba a tomar fuerza, y el sindicalismo se fortalecía considerablemente.

Respecto del gobierno de Frei Montalva, es necesario puntualizar lo siguiente. Muchos intelectuales, autores e historiadores chilenos tienden a caracterizar al gobierno de Allende como un aislado experimento revolucionario sin control en una historia centenaria de políticas razonables y consensuadas. Pero los principales cambios potenciados por Allende ya estaban en germen cuando éste asumió la presidencia. Así, ya en el gobierno de Frei se comenzó a tomar conciencia de la importancia de la minería del cobre para la economía del país (se le llegó a llamar la "viga maestra de la economía"), llegando a pactar la "chilenización del cobre", consistente en la participación del Estado en un porcentaje mayoritario de control accionario de las principales compañías mineras (Kennecott y Anaconda), que significaban alrededor de un 80% de la producción total del mineral. Por otra parte, la reforma agraria que tantos problemas causó en el gobierno de Allende, comenzó a gestarse nada menos que en el gobierno de Alessandri, el último presidente civil apoyado por la derecha en la historia de Chile. Su programa de reforma (conocido peyorativamente como la "reforma de la maceta") tuvo poco éxito puesto que sólo se aplicaba respecto de las tierras mal explotadas, algo que, por lo demás, ya había sido realizado indirectamente en el siglo XIX por O' Higgins con la abolición de los mayorazgos y por Andrés Bello con la prohibición de los fideicomisos y usufructos eternos y sucesivos. En el gobierno de Frei se amplió el programa de acuerdo a la extensión de los predios, consiguiendo resultados bastante auspiciosos y positivos en

términos de producción.

Al respecto, las palabras de Carlos Hunneus parecen bastante exactas: “La crisis que condujo a la caída de la democracia no comenzó con la elección de Salvador Allende como Presidente, sino que está contenida en las tensiones sociales y políticas de los años '60, surgidas al calor de las reformas estructurales impulsadas por el Gobierno del Presidente Eduardo Frei Montalva (1964-1970) y principalmente por el impacto de la reforma agraria y el crecimiento de la organización sindical, con el consiguiente aumento de las demandas de los trabajadores a los propietarios agrícolas”⁶⁶.

Otra falacia que comúnmente se escucha a propósito del gobierno de la Unidad Popular por parte de sus detractores es que éste habría actuado al margen del ordenamiento jurídico y violando disposiciones constitucionales. Dicha afirmación es profundamente errónea. La mayor crítica al gobierno de la Unidad Popular en el ámbito jurídico vino a partir de los llamados “resquicios legales” utilizados en la reforma agraria. Pero dichos “resquicios”, si bien podrían catalogarse de injustos, fueron perfectamente legales. Lo mismo puede decirse del conflicto entre el gobierno y el poder judicial por el cumplimiento de los fallos judiciales, posiblemente catalizador del respaldo irrestricto que posteriormente daría el Presidente de la Corte Suprema a las nuevas autoridades, y más tarde la política del máximo tribunal respecto de los *habeas corpus*.

En el ámbito económico-social, el desabastecimiento y el racionamiento se habían impuesto durante la Unidad Popular. La gran mayoría de la población sintió un profundo rechazo hacia los voceros políticos que justificaban o defendían lo que estaba ocurriendo en el país. En otras palabras, al hombre común poco le importaba si el desabastecimiento era producto del imperialismo o de los partidos de oposición: lo que quería era una solución pronta, que no llegaría de manos del gobierno electo. Y este clima de polarización y totalización política fue hábilmente manejado por el Partido

⁶⁶ HUNNEUS, CARLOS. El régimen de Pinochet, *op. cit.*, pág. 84.

Nacional y la Democracia Cristiana, que adoptaron la táctica de desvincular los conflictos sociales de la actividad política y se dedicó a denunciarlos como problemas de carácter técnico - estructurales. El mismo argumento, aunque con mayor intensidad, se instalaría en el régimen militar con el profundo desprecio de Pinochet hacia “los señores políticos”.

Con el profundo conflicto social que se vivía en el país, los partidos de gobierno divididos, las Fuerzas Armadas alineadas, el apoyo de EE.UU. y una oposición muy poderosa en todos los frentes, ocurre finalmente el suceso que si bien predecible, no por eso fue menos violento. El 11 de Septiembre de 1973 las Fuerzas Armadas y de Orden bombardean el palacio de la Moneda e instalan un régimen de facto que duraría “por el sólo tiempo que las circunstancias lo exigieran”, pero cuya verdadera misión fue modificar radicalmente la institucionalidad republicana del Estado de Chile. En palabras de Pablo Ruiz-Tagle, el Golpe de Estado de 1973 “interrumpe la vida republicana chilena y suspende hasta el 11 de marzo de 1990 el proyecto constitucional republicano, liberal y democrático, inaugurado en los albores del Chile independiente”⁶⁷.

El golpe de estado de 1973 es un suceso histórico, que supone distintas causas y consecuencias que pueden ser interpretadas. Pero lo que ocurre con posterioridad al golpe debe ser analizado rigurosa e independientemente de los conflictos políticos que llevaron al quiebre institucional. En definitiva, si bien es interesante realizar un ejercicio de reconstrucción histórica desde una nueva óptica, más que la crisis de la institucionalidad lo que interesa para los efectos de este trabajo es destacar el quiebre del estado de derecho en Chile y su mutación en una nueva institucionalidad desconocida, unida al fundamento jurídico de legitimidad que se utilizó para imponerla.

Parece haber consenso en que la junta militar manejó desde el comienzo tres

⁶⁷ CRISTI, RENATO y RUIZ-TAGLE, PABLO. La República en Chile. Teoría y práctica del Constitucionalismo Republicano. Santiago de Chile, LOM, 2006. Pág. 128.

alternativas sobre el carácter y la duración de su gobierno. En primer lugar, estaba la posibilidad de llevar adelante un gobierno meramente interino y provisorio, que tendría sólo por objeto el restablecimiento del orden público y la vuelta al estado de cosas anterior a la elección de Salvador Allende, esto es, la plena vigencia de la Constitución de 1925 y la mantención de la institucionalidad republicana secular de Chile. En segundo lugar estaba la posibilidad de crear un gobierno permanente pero limitado en el tiempo, que no sólo tuviera como función el restablecimiento del orden público, sino transformar profundamente la institucionalidad que habría llevado al país a la crisis de 1973, para lo cual se requería, además, cambiar la mentalidad de los chilenos de aquella época (es decir, marcar toda una generación). Y en tercer lugar estaba la opción menos razonable de todas, de crear un gobierno perpetuo y sin límites de tiempo.

La primera opción, como lo señaló la misma junta militar, fue prontamente descartada. La tercera opción también habría sido supuestamente rechazada de plano, a pesar de que, en los hechos, algo de aquello hubo en el confuso incidente ocurrido en la noche del día del plebiscito de 1988, y en la conocida sentencia muchas veces utilizada por el gobierno, de fijarse “metas y no plazos”, lo cual en la práctica es exactamente lo mismo que consagrar un gobierno sin duración temporal. La segunda opción, esto es, recuperar una supuesta institucionalidad republicana chilena, quebrantada por el gobierno de la Unidad Popular y cuyo origen se encontraba mucho antes de la Constitución de 1925, fue en definitiva la opción oficial y la que mayor apoyo popular concitaría.

En síntesis, lo que interesa dejar en claro en este contexto histórico es que, independiente de las interpretaciones históricas y políticas de la crisis institucional de 1973, el país vivía -y siguió viviendo durante el gobierno militar- una situación de grave conmoción y enfrentamiento. Bajo estas condiciones, la deliberación y el discurso público sobre una modificación jurídica de la máxima entidad sencillamente no existían como prioridad en la ciudadanía. Y los pocos que estaban dispuestos a participar del discurso fueron inmediatamente excluidos. En definitiva, el discurso argumentativo sobre la refundación institucional mediante una nueva Constitución –si es que cabe

calificar de discurso- quedó reducido a un grupo de personas, con muy pocas discrepancias entre sí. Lo anterior torna aún más problemática –aunque absolutamente comprensible- la decisión de eliminar por completo el ordenamiento constitucional anterior. Todos los resabios de liberalismo que se habían ganado con las sucesivas modificaciones a la Constitución de 1980, y todas las conquistas políticas de distintos grupos de ciudadanos pasaban a formar parte del pasado. Y el poder de hecho de la nueva autoridad no aceptaba disidencia alguna en la tarea refundacional.

2. Génesis de la Constitución Política de 1980. El déficit de legitimidad originario.

La legitimidad o ilegitimidad –en términos de teoría discursiva- de nuestro código político puede analizarse desde dos puntos de vista: en primer lugar, una primera fuente de ilegitimidad tiene que ver con el proceso constituyente mismo, en el sentido de no garantizar un adecuado procedimiento deliberativo ciudadano respecto a la aprobación o rechazo del texto constitucional como un todo; y en segundo lugar, está el problema de la falta de legitimidad sustantiva de dichas normas, en el sentido de no corresponder muchas de ellas a lo que todos los ciudadanos podrían racionalmente aceptar como una norma de dicha magnitud.

La distinción anterior parece problemática. A decir verdad, es difícil imaginar un texto constitucional discutido y aprobado por un reducido grupo de personas, en un estado de excepción, que responda efectivamente a la idea de autolegislación de todos los ciudadanos. No cabría esperar que donde existiera ilegitimidad de procedimiento exista legitimidad sustancial. Pero el problema se presenta porque es tarea de la jurisprudencia una interpretación teleológica del texto constitucional que sea compatible con principios jurídicos sustanciales surgidos en el proceso deliberativo. Es básicamente por este motivo que la interpretación constitucional debe basarse en principios y no en reglas. Dicha tarea le corresponde al Tribunal Constitucional (antiguamente además a la Corte Suprema) y, en definitiva, a todos los tribunales de la República, por la práctica generalizada de invocación de normas constitucionales para su vinculación directa en un caso determinado. Las facultades actuales del Tribunal

Constitucional, como también sus controvertidos fallos desde que fue reformulado en su funcionamiento, generan además muchos cuestionamientos desde el punto de vista de la teoría discursiva del derecho, pero este tema no será tratado en el presente estudio.

2.1. Los primeros bandos, decretos y actas constitucionales.

Con posterioridad al golpe militar, la nueva institucionalidad jurídica se fue gestando a través de diversos documentos, que rigieron al país en el período que media entre el 11 de Septiembre de 1973 y la aprobación de la nueva Constitución, en conjunto con la elección presidencial que “legitimó” el gobierno de Augusto Pinochet. Junto con ser la base jurídica –principalmente constitucional- del período, dichos textos autoritativos poseen una importancia histórica fundamental para comprender la sustancia de la contrarrevolución militar y su intento de autolegitimación.

El mismo día 11 de Septiembre de 1973, se dicta el Bando N° 5, de importancia eminentemente fundacional y legitimadora. En él se señala que *“el gobierno de Allende ha incurrido en grave ilegitimidad al quebrantar los derechos fundamentales de libertad de expresión, libertad de enseñanza, derecho de reunión, derecho de huelga, derecho de petición, derecho de propiedad y derecho en general, a una digna y segura subsistencia”*.

En estas palabras se vislumbra la intención de la Junta Militar de partir desde la base cierta de una pérdida del Estado de Derecho (anterior a la intervención militar), toda vez que el gobierno de Allende “había quebrantado los derechos fundamentales”. La intervención militar no hacía otra cosa que poner en evidencia el quiebre del Estado de Derecho, derrocando a un gobierno ilegítimo e incluso potencialmente tiránico.

Continúa el Bando N° 5 señalando que dichos antecedentes son *“suficientes para justificar nuestra intervención para deponer al gobierno ilegítimo, inmoral, y no representativo del gran sentir nacional”*. Aquí la Junta recurre al argumento de la rebelión popular contra el gobierno tiránico. El gobierno que cae en ilegitimidad justifica

la rebelión, más aún si el pueblo, base de la soberanía, no está siendo representado por dicho gobierno. Resulta especialmente destacable la mención que se hace a “*la doctrina clásica que caracteriza nuestro pensamiento histórico*”, concepto claramente alusivo a la doctrina del derecho natural tomista.

Finalmente, como corolario, concluye que “*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*”. Nuevamente haciendo alusión a la soberanía popular y al derecho divino, justifica su actuar frente a un gobierno tachado de “ilegítimo”. Para José Luis Cea, el Bando N° 5 es “el documento sustantivamente más importante desde el punto de vista ideológico-fundacional. En él se explican los móviles del Pronunciamiento o intervención castrense, sus finalidades y el carácter imperativo de las órdenes impartidas por los uniformados”⁶⁸.

El mismo 11 de Septiembre se dicta el Decreto Ley N° 1, el cual corresponde al Acta de Constitución de la Junta de Gobierno. Mediante dicha acta las Fuerzas Armadas asumen “*el Mando Supremo de la Nación*”, designando como presidente de la Junta, *primus inter pares*, “*al General de Ejército don Augusto Pinochet Ugarte*” y señalando además que se garantizaba “*la plena eficacia de las atribuciones del Poder Judicial*” (esto por cuanto era presumible el apoyo de parte del poder judicial a las nuevas autoridades, cosa que efectivamente ocurrió).

Este Decreto Ley es muy importante por varios factores. En primer lugar, la Junta Militar se proclama a sí misma como la ostentadora del Poder Supremo, instando de esta manera al reconocimiento tanto interno como internacional del nuevo poder de facto. En segundo lugar, designa a Augusto Pinochet como Presidente de la Junta, en

⁶⁸ CEA, JOSÉ LUIS. Derecho Constitucional Chileno. Tomo I. Santiago de Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2001. Pág. 74.

una decisión que no dejaría de generar conflictos y pugnas de poder al interior de la Junta. En efecto, por una razón histórica, el Ejército es el órgano supremo dentro de la jerarquía castrense, lo que hacía lógica dicha nominación, pero en concreto Pinochet fue el último de los altos mandos militares en sumarse a la sublevación. Y en tercer lugar, el Decreto garantizaba la eficacia de las atribuciones del Poder Judicial, por lo que, *a contrario sensu*, consagraba tácitamente las atribuciones de los poderes Ejecutivo y Legislativo en la Junta Militar. De esta manera, se procuraba reestructurar y aclarar a la población el panorama institucional lo más pronto posible, quizá con la intención de amagar cualquier intento de sublevación o rebelión contra el nuevo poder de facto. Ya existía una cabeza del poder, con facultades -en líneas básicas-delimitadas.

Dos meses más tarde, el 16 de Noviembre, las facultades de la Junta se aclaran aún más en el Decreto Ley N° 128, puesto que se señala que a ella corresponden tanto los poderes Ejecutivo y Legislativo, como el poder Constituyente. Algún tiempo después, en Junio de 1974, mediante el Decreto Ley N° 527, se hizo la distinción entre el ejercicio del Poder Ejecutivo, el cual correspondía al Presidente de la Junta, y el ejercicio de los poderes Constituyente y Legislativo, los que correspondían a la Junta Militar.

Ambos textos (principalmente el primero) tienen una importancia fundamental desde el punto de vista de la historia constitucional y la teoría general del derecho: otorgan de manera originaria el ejercicio del poder constituyente, por lo que configuran, en términos kelsenianos, la norma fundante básica en la cual descansa la institucionalidad chilena con posterioridad a 1973. Si la Junta Militar quería actuar en sentido contrario a lo prescrito por la Constitución de 1925 y sus reformas posteriores, simplemente lo debía señalar expresamente. De esta manera, es creado el organismo destinado a dictar las normas que reemplazarán a la Constitución de 1925, primero las Actas Constitucionales, y luego la Constitución de 1980.

Resulta particularmente notable el hecho de que el incipiente régimen militar recurra constantemente a la figura de la rebelión popular con el objeto de legitimar su

mandato y su poder. Desde una perspectiva de la Teoría de la Democracia y del Contrato Social, sólo el pueblo unido puede sentar las bases de una institucionalidad y de un poder constituyente. Un poder de facto irresistible sólo genera una legitimidad en términos del positivismo jurídico más básico (kelseniano), toda vez que dicha norma pasa a ser la norma fundante básica con independencia de criterios sustanciales de justicia política. Pero el fundamento del régimen militar, desde el primer momento, parece ser más metafísico que positivista. En gran medida, la Junta Militar se arroga la facultad de dictar normas fundamentales en nombre del pueblo de Chile, tal como si éste mismo se estuviera autogobernando.

Todo este proceso fue, por cierto, valorado y legitimado por el verdadero cerebro del régimen militar, Jaime Guzmán Errázuriz. Como señalan Pablo Ruiz-Tagle y Renato Cristi, “Jaime Guzmán emplea la noción de Poder constituyente originario para legitimar la dictadura militar de Pinochet. [...] Sacar a la palestra esta noción le permite a Guzmán decretar la destrucción de la Constitución de 1925, argumentando que el Poder constituyente no radica ya en el pueblo, sino en la Junta Militar. Con ello, Guzmán hace implícitamente suya la idea schmitteana de dictadura soberana o revolucionaria, por oposición a una dictadura meramente comisaria”⁶⁹. El poder de facto irresistible de la Junta militar explica por sí mismo la validez jurídica de dicha norma, la cual no puede por tanto cuestionarse en su validez. La doctrina utilizada por Jaime Guzmán para explicar dicha legitimidad –Tomás de Aquino- es bastante curiosa, toda vez que dicho argumento es a todas luces positivista, en contraposición al iusnaturalismo que decía profesar Guzmán.

En un primer momento, la intención de la Junta era supuestamente devolver el país a un cauce de estabilidad institucional, motivo por el cual creyó necesario reconstruir desde cero el sistema político. Pero prontamente el gobierno militar tuvo el apoyo irrestricto de la derecha, quien encontró la oportunidad histórica de construir una nueva nación a su antojo. En ese sentido, el pragmatismo de Jaime Guzmán fue soberbio. Alabando a las nuevas autoridades y justificando todo su actuar (incluso en

⁶⁹ CRISTI, RENATO y RUIZ-TAGLE, PABLO. La República en Chile, *op. cit.*, pág. 128.

términos de derecho tomista), fue ganando poco a poco la confianza de Pinochet, quien veía en él un admirador de Franco y un furibundo anticomunista.

Si bien no corresponde catalogar la crisis de 1973 como una guerra civil, lo cierto es que puede hablarse con propiedad de vencedores y vencidos. Vencedores, más que las Fuerzas Armadas, fueron los movimientos nacionalistas, gremialistas y corporativistas que se vieron frente a una página constitucional en blanco y no desperdiciaron la oportunidad. La Constitución fue redactada a su entera satisfacción y, como si fuera poco, diseñaron un mecanismo destinado a perpetuar dicho sistema, sin grandes posibilidades de disenso. Una vez más guiado por el desprecio a los políticos, y probablemente intentando dotar de una legitimidad pragmática a la nueva institucionalidad, el gobierno militar encomendó a dos reducidos grupos de personas – miembros de la elite de derecha y opositora al gobierno de la Unidad Popular- esta “deliberación política” para alcanzar el nuevo texto constitucional.

A fines de 1973 se constituye una primera comisión de juristas expertos en derecho constitucional, cuya misión era la redacción de un anteproyecto constitucional, el cual posteriormente sería revisado por otro órgano, el Consejo de Estado, siendo ambos órganos de carácter meramente consultivo. Dicha comisión estuvo formada por Enrique Ortúzar, Sergio Diez, Jaime Guzmán, Jorge Ovalle, Alejandro Silva Bascuñán, Enrique Evans, Gustavo Lorca y Alicia Romo. Puesto que Enrique Ortúzar fue designado presidente de dicha comisión, ésta pasó a ser conocida simplemente como “Comisión Ortúzar”. La tendencia política de esta comisión era mayoritariamente derechista y absolutamente anticomunista. Además, muchos de sus miembros habían sido ministros y discípulos políticos de Alessandri, quien tendría una importancia fundamental en el Consejo de Estado. Algunos años más tarde, debido a fricciones y conflictos personales al interior de la comisión, y a la cancelación de los partidos políticos, entre ellos la DC, renunciaron los profesores Silva Bascuñán y Evans, y fue expulsado Ovalle, siendo reemplazados por Raúl Bertelsen, Juan de Dios Carmona y Luz Bulnes.

La comisión funcionó a través de distintas sub-comisiones que trataban

diversos temas específicos, tales como Sistema Electoral, Derecho de Propiedad, Poder Judicial, etc. El trabajo de la comisión fue lento y accidentado, si bien se alcanzaron acuerdos en temas claves, como las Bases de la Institucionalidad –el desiderátum de Guzmán- y las materias relativas a Nacionalidad y Ciudadanía. Respecto del funcionamiento de esta “Comisión Ortúzar”, Carlos Hunneus señala que “la Junta de Gobierno no definió los criterios fundamentales que debían orientar su labor”, lo cual incidió en su errático funcionamiento, agregando que los militares “no tenían interés en que ésta terminara pronto su trabajo, porque habría significado su inmediata aplicación y, con ello, su vuelta a los cuarteles”⁷⁰.

Cuando la Comisión de Estudio aún se encontraba en pleno funcionamiento, la primera Acta Constitucional, de fecha 9 de Enero de 1976, creó el Consejo de Estado, segundo órgano consultivo del Presidente de la República cuyo principal objetivo era el de revisar el Anteproyecto redactado por la Comisión de Estudio, para luego someterlo al conocimiento, modificación y eventualmente aprobación por parte de la Junta. La duración del Consejo de Estado fue menor que la de la “Comisión Ortúzar”, toda vez que este órgano simplemente discutió y modificó determinados aspectos del anteproyecto que ya le había sido presentado. Entre otros, formaron parte del Consejo de Estado Jorge Alessandri, Pedro Ibáñez, Carlos Cáceres, Gabriel González Videla y Óscar Izurieta.

El debate en el Consejo de Estado fue, según muchos constitucionalistas, de calidad inferior al de la Comisión de Estudio. En éste se trataron con mayor profundidad temas tales como el período de transición a la democracia y el sufragio universal (el cual, por increíble que parezca, generó posiciones encontradas, estando Carlos Cáceres y Pedro Ibáñez en contra de la votación popular).

Sin embargo, el anteproyecto revisado por el Consejo de Estado tampoco fue adoptado sin más como texto constitucional y sometido a la aprobación popular. Hunneus señala que el informe “no agradó al general Pinochet, principalmente por el

⁷⁰ HUNNEUS, CARLOS. El régimen de Pinochet, *op. cit.*, pág. 231.

establecimiento de un período de transición que le ponía un plazo de permanencia en el cargo y por las facultades del presidente sobre los militares”⁷¹. Es por esto que este nuevo proyecto pasó finalmente por las manos de la Junta y un grupo de juristas asesores del Ministerio del Interior y del Ministerio de Justicia. De la redacción final no quedaron actas, lo que dificulta la labor del intérprete y obliga en cierta medida a recurrir a las actas de la Comisión de Estudio.

Sin embargo, dichas actas y su utilización en la interpretación del texto constitucional han llevado en la práctica a una Constitución virtualmente pétrea. En efecto, una de las prácticas que ha perpetuado los criterios del Consejo de Estado y de la Comisión de Estudio en el debate constitucional chileno ha sido la interpretación subjetiva de los preceptos constitucionales, o *interpretatio auctoris* (seguida, entre otros, por el profesor Pablo Rodríguez), en virtud de la cual la labor del intérprete consiste en averiguar la intención del legislador histórico. De esta manera, no es infrecuente encontrar en textos de Derecho Constitucional constantes citas a las Actas del Consejo de Estado o de la Comisión de Estudios, destinadas a desentrañar el “verdadero sentido y alcance” de las normas constitucionales.

La pregunta, tratándose de normas de carácter constitucional, es hasta qué punto es la intención del legislador un criterio válido para desentrañar el alcance de dichas normas. Desde un punto de vista positivo, en nuestro sistema jurídico el “elemento histórico” de interpretación de la ley está consagrado para la interpretación de reglas, pero la literatura comparada es unánime en el sentido de que los principios poseen un carácter deóntico y un *pedigree* distinto al de las reglas, por lo que su interpretación obedece –o debiese obedecer– a criterios diferentes⁷².

2.2. “Aprobación” de la Constitución: déficit de legitimidad en el Plebiscito de 1980.

⁷¹ HUNNEUS, CARLOS. El régimen de Pinochet, *op. cit.*, pág. 242.

⁷² José Luis Cea habla de una “Interpretación Teleológica”. CEA, JOSÉ LUIS. Derecho Constitucional Chileno, *op. cit.*, págs. 168 y siguientes.

Finalmente, los primeros días de Agosto de 1980 la Junta aprobó el texto final de la Constitución, por lo que fue sometida a aprobación popular en un plebiscito fijado para el día 11 de Septiembre de 1980, cuando se cumplían ya siete años de gobierno militar. Puesto que la Junta ostentaba el poder constituyente, dicho plebiscito fue una simple formalidad y una hábil manera de dotar de legitimidad democrática a una Carta indiscutiblemente otorgada por un poder de facto irresistible.

El plebiscito tuvo básicamente tres finalidades: a) Dotar de una forma democrática a la Constitución de Pinochet; b) Prorrogar, también mediante una forma jurídica, el mandato presidencial de Pinochet (en una disposición transitoria) por ocho años más; y c) Responder a la “agresión de la comunidad internacional”, que comenzaba a mirar con malos ojos la prolongación de los militares en el poder y las primeras noticias sobre violaciones a los derechos humanos, refirmando así el supuesto carácter democrático del gobierno militar.

La campaña política para el plebiscito estuvo marcada por numerosas irregularidades. Los partidos políticos no existían, y el gobierno destinó una gran cantidad de dinero para su propaganda política a través de la Secretaría Nacional de la Juventud, que trabajaba estrechamente ligada al Gremialismo. “La movilización política sólo se permitió para los adherentes del ‘Sí’, prohibiéndose la campaña de los opositores. Quienes no respetaron estas normas fueron detenidos por Carabineros y posteriormente relegados”⁷³. Tampoco existía un Tribunal Electoral, estando dicha potestad a cargo del Contralor General, designado por la Junta. Los resultados de este plebiscito fueron, como era de esperar, ampliamente favorables al gobierno. En cifras redondas, el 67% se inclinó por el ‘Sí’, mientras sólo el 30% lo hizo por el ‘No’, la cual por cierto no deja de ser una cifra considerable.

En estas circunstancias, es bastante evidente que apelar al plebiscito de 1980 como una adopción democrática de un texto constitucional no es más que una falacia.

⁷³ HUNNEUS, CARLOS. El régimen de Pinochet, *op. cit.*, pág. 152.

El proceso argumentativo (el debate político) fue vedado de manera absoluta, lo cual provocó que la oposición no pudiera plantear sus ideas al país y, por tanto, no pudiera formar parte de la deliberación acerca de la gran reforma institucional que se estaba llevando a cabo. Tampoco existieron garantías en el proceso mismo, lo cual siembra serias dudas sobre la veracidad de los resultados del plebiscito. Sobre este punto se ha señalado reiteradas veces que existía a la fecha “un desequilibrio en el manejo de la información y los medios de comunicación y una muy precaria o ausente forma de controlar los resultados electorales en los locales de votación, lo que permitía asumir como factible el fraude electoral”⁷⁴.

Para Robert Barros, la Constitución de 1980 “pertenece a la clase de las constituciones impuestas desde dentro de una sociedad”⁷⁵. Si bien este cientista político norteamericano no se identifica con un pensamiento de izquierda, no ahorra argumentos para justificar su afirmación. “Fue redactada en secreto y promulgada por un legislador soberano, la Junta, sin participación popular alguna a través de una asamblea constituyente elegida. La adopción de la Constitución estuvo acompañada de un plebiscito, pero la legitimidad de dicho acto fue impugnada por la oposición de centro y de izquierda, ya que este tenía lugar en pleno estado de emergencia, con los partidos políticos proscritos, sin alternativas para los votantes, sin el claro establecimiento de las consecuencias jurídicas de una derrota y, lo más significativo para la oposición, sin registros electorales y sin supervisión ni recuento electoral independiente”⁷⁶.

En el mismo sentido, José Luis Cea señala que “tan pronto se conoció el resultado del plebiscito recrudesció el cuestionamiento sobre la transparencia y

⁷⁴ ÁLVAREZ, MARCELO. Reforma Constitucional ¿fin de la transición?. Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Universidad Central, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 2006. Pág. 98.

⁷⁵ BARROS, ROBERT. La Junta Militar. Pinochet y la Constitución de 1980. Santiago de Chile, Editorial Sudamericana, 2005. Págs. 211-212.

⁷⁶ *Ibíd.*

confiabilidad del mismo y, por ende, de su resultado. En realidad, aquel fue celebrado bajo estado de sitio y de emergencia, con censura en los medios de comunicación social, sin un tribunal electoral imparcial y con la oposición democrática desarticulada⁷⁷.

En definitiva, la ilegitimidad originaria de la Carta de 1980 tiene una doble vertiente: por un lado, el gobierno militar excluyó del debate constitucional a todos los opositores y contrarios a sus ideas (incluso a opositores moderados), e inclusive modificó el proyecto final a su antojo, para que no existiera absolutamente nada que le incomodara (se dice que los únicos baremos que aceptó Pinochet fueron los que le propuso Guzmán). Y por otro lado, generó un clima político que hacía prácticamente imposible una derrota en las urnas, algo que sí ocurriría ocho años más tarde, en circunstancias levemente distintas.

3. Algunas controvertidas normas de la Constitución Política de 1980. El déficit de legitimidad sustantivo.

Si bien la aprobación de la Constitución de 1980 tuvo un serio déficit de legitimidad formal, tanto en su gestación como en su aprobación por el pueblo chileno, es indispensable para los efectos de este trabajo hacer mención a la falta de legitimidad sustantiva de muchas de sus normas. Como ya ha sido señalado anteriormente, ambos aspectos de validez están íntimamente relacionados. El déficit formal-procedimental implica casi como consecuencia el déficit sustancial, puesto que si muchas de las normas de la Constitución hubiesen sido sometidas al procedimiento discursivo, no pudiesen sino haber sido rechazadas o modificadas por la gran mayoría de los destinatarios de dichas normas.

Las normas constitucionales de 1980 más controvertidas (algunas de las cuales nunca tuvieron efectiva vigencia) son las siguientes.

⁷⁷ CEA, JOSÉ LUIS. Derecho Constitucional Chileno, *op. cit.*, pág. 92.

3.1. Artículo 8°: Proscripción de partidos e ideologías “antidemocráticas”.

En primer lugar, el Artículo 8 de la Constitución Política de 1980, que afortunadamente nunca alcanzó a estar en vigencia, es posiblemente sobre el que hay menos discusiones respecto de su falta de legitimidad democrática. Conviene tener su texto a mano: *“Todo acto de persona o grupo destinado a propagar doctrinas que atenten contra la familia, propugnen la violencia o una concepción de la sociedad, del Estado o del orden jurídico, de carácter totalitario o fundada en la lucha de clases, es ilícito y contrario al ordenamiento institucional de la república”*.

Como si la redacción del inciso primero no fuese suficientemente amplia, agrega dicho precepto que las organizaciones y partidos políticos que “tiendan” a dichos objetivos, son inconstitucionales, y que las personas que incurran en dichas contravenciones no podrán optar a cargos públicos por el término de diez años, ni ser rectores o directores de establecimientos de educación o de medios de comunicación social.

La génesis y el objetivo fundamental de esta norma fueron explicados en una intervención de Jaime Guzmán en una mesa redonda efectuada en el Centro de Estudios Públicos el día 10 de Mayo de 1983. Al referirse a la proscripción de los partidos “antidemocráticos” mediante la norma constitucional, señala que “este es un instrumento necesario aunque no suficiente para obtener el fin perseguido y creo que debe complementarse el combate al totalitarismo en el plano de la proscripción jurídica, con el del debate ideológico, el de la lucha antisubversiva y el del desarrollo económico-social. Esos cuatro frentes los veo simultáneos y creo que sería realmente muy grave que creyéramos que son excluyentes u opuestos entre sí, en circunstancias que deben sumarse y que cualquiera de ellos que se desatienda ofrece una posibilidad importante de penetración y de triunfo a las ideas totalitarias”⁷⁸.

⁷⁸ GUZMÁN, JAIME. Pluralismo y proscripción de partidos antidemocráticos. En: FONTAINE, ARTURO. El miedo y otros escritos: el pensamiento político de Jaime Guzmán E. Estudios Públicos 42: Págs. 251 - 570. Santiago, Chile, 1991. Pág. 487.

En realidad, para Guzmán estaba claro que la norma debía enfocarse directamente en la proscripción de los partidos de corte marxista. Señala que “los totalitarismos suelen no ser simples ideas y este es el caso concreto del totalitarismo más importante de nuestro tiempo, como es el marxismo”⁷⁹.

El hecho de sancionar simples ideas por sobre conductas tampoco es un problema para el planteamiento de la norma. Prosigue de esta manera Guzmán: “Propagar una idea, ¿es o no una conducta? A mi juicio, evidentemente sí. Mientras la idea está en el fuero interno de la conciencia es sólo un pensamiento, pero cuando la idea es expresada ello pasa a constituir un acto”⁸⁰.

Jorge Antonio Pinochet señala que en el cuestionamiento (y posterior derogación) de esta infame norma se tuvieron en cuenta tres aspectos: “a) La vaguedad que en la práctica podía producirse con la expresión ‘Doctrinas que atenten contra la familia’. b) La intención –real o aparente- de condenar o perseguir ‘doctrinas’ o ‘ideas’, objetos imposibles de combatir y que se prestan a interpretación arbitraria. c) La disposición que permitía aplicar retroactivamente una sanción, es decir, cometida antes de la vigencia de la Constitución [...]”⁸¹.

De acuerdo a lo que analizamos en el primer capítulo, es difícilmente cuestionable la falta de legitimidad de dicha norma. Ningún adherente a ideologías de índole marxista podría consentir en la aprobación o aplicación de dicha norma. De la misma manera, ninguna persona que crea en el pluralismo político como la única manera de garantizar el desenvolvimiento de una democracia moderna podría consentir en la aprobación o aplicación de dicha norma. La disposición obedece a una

⁷⁹ GUZMÁN, JAIME. Pluralismo y proscripción de partidos antidemocráticos, *op. cit.*, pág. 488.

⁸⁰ GUZMÁN, JAIME. Pluralismo y proscripción de partidos antidemocráticos, *op. cit.*, pág. 490.

⁸¹ PINOCHET, JORGE ANTONIO. Historia de la derogación del artículo octavo de la carta de 1980. Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Universidad Central, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 2005. Págs. 75-76.

razón estrictamente instrumental: excluir del ámbito político a partidos y movimientos de ideología marxista, por parte de los interesados en dicha exclusión.

A fin de cuentas, lo que hace la norma es precisamente excluir de la manera más radical a un grupo determinado del debate público. En la justificación de la norma Guzmán habla del marxismo como “el totalitarismo más importante de nuestro tiempo”, lo cual –dejando de lado que se trata de un juicio valorativo muy cuestionable- omite el hecho de que el marxismo es, ante todo, una doctrina política, que como tal tiene la misma legitimidad de cualquiera otra para proponer ideas a la opinión pública. Generalmente se pretende justificar esta histeria constituyente por el marxismo de acuerdo al contexto histórico de guerra fría, lo cual sin duda puede explicarlo, pero justificarlo de manera alguna.

3.2. Composición del Senado. Senadores designados y vitalicios.

El artículo 45 de la Carta de 1980 señala, tal como corresponde en una democracia moderna, que los miembros del Senado serán elegidos por votación directa, *“por cada una de las trece regiones del país”*. Pero a renglón seguido, en una disposición absolutamente fuera de lugar en un régimen democrático, el inciso 3° de dicho artículo enumera los “otros miembros” que integrarán el Senado. Estos son: a) Los ex Presidentes de la República que hayan desempeñado el cargo durante seis años en forma continua; b) Dos ex Ministros de la Corte Suprema, elegidos por ésta en votaciones sucesivas; c) Un ex Contralor General de la República; d) Un ex Comandante en Jefe del Ejército, uno de la Armada, otro de la Fuerza Aérea y un ex General Director de Carabineros; e) un ex rector de universidad estatal, y; f) un ex Ministro de Estado.

La disposición, que engloba el universo de los denominados “senadores institucionales”, contiene varias particularidades que requieren de análisis. En primer lugar, los miembros de la letra a), esto es, los ex Presidentes de la República, en virtud de la disposición en comento se convierten de pleno derecho, una vez finalizado su período presidencial, en senadores de carácter vitalicio. Todos los otros miembros son

los entonces denominados “senadores designados”, que no son electos por votaciones populares pero cuyo mandato está sujeto a término. De lo anterior se desprende que el número de senadores, de no haber mediado la reforma constitucional ocurrida con posterioridad y que será analizada más adelante, no sería fijo sino que iría aumentando con el tiempo, lo cual afectaba de manera evidente el sistema de quórum parlamentario. Además la disposición contenía una arbitraria –aunque consentida– excepción, en lo que respecta al período presidencial de Patricio Aylwin, cuya duración no le permitiría asumir como Senador vitalicio, tal como se pactó en las reformas de la transición.

En segundo lugar, en un tema que será analizado con más detalle a continuación, salta a la vista la inaceptable influencia militar en el Senado. En efecto, se trata de 5 Senadores institucionales “no militares” y 4 Senadores institucionales “militares”, a los cuales sumado la figura del General Pinochet como ex Presidente de la República, le otorga la llave de los proyectos de ley al Ejército y las Fuerzas Armadas y de Orden. Si ya la existencia de Senadores no elegidos democráticamente es controvertida, y más aún tratándose de ex militares, entonces el predominio de ex militares en esta “bancada institucional” es algo simplemente indefendible. Sin embargo, como ocurrió hasta en las disposiciones más polémicas, también esta norma tuvo un discurso pretendidamente legitimatorio. “Se reserva sólo una minoría del Senado, fluctuante entre la cuarta parte y un tercio, para una generación diferente al sufragio universal, y en virtud de la cual accederían a la Cámara Alta personalidades que hayan desempeñado las más relevantes funciones de nuestra vida republicana [...]. La legitimidad de tales senadores como exponentes del ser y de la voluntad nacional resulta indiscutible, y su carácter moderador y experimentado representará un valioso paliativo frente a las inevitables deficiencias de los pronunciamientos ciudadanos masivos”⁸².

⁸² GUZMÁN, JAIME. 1991. La definición constitucional. En: FONTAINE, ARTURO. El miedo y otros escritos: el pensamiento político de Jaime Guzmán E. Estudios Públicos 42: Págs. 251 - 570. Santiago, Chile. Pág. 386.

Ahora bien, dejando de lado la falacia de señalar que dicha legitimidad es “indiscutible” (si hay algo que precisamente no puede ser indiscutible en un Estado de Derecho es el método para elegir a nuestros representantes), Guzmán no señala en que consisten las “deficiencias de los pronunciamientos ciudadanos masivos”, ni especifica por qué cree él que, en cualquier evento, el carácter de estos senadores será “moderador y experimentado”. La experiencia de muchos de estos Senadores demostró exactamente lo contrario. Concretamente, en el caso de los “Senadores militares”, ¿cuál es esa experiencia?. ¿Experiencia cívica? ¿Experiencia de vida? ¿Experiencia republicana?

Desde otro punto de vista, y dejando de lado la influencia propiamente militar, el conjunto de Senadores institucionales deja una vez más claro el propósito del General Pinochet de mantener una poderosa influencia en las sombras de la renaciente democracia. Pues además de asumir él mismo como Senador vitalicio y tener a sus compañeros de armas a su lado, tiene la facultad de designar a un ex Contralor de su confianza y a dos ex Ministros también de su confianza, con lo que su figura personal domina casi la totalidad de la “bancada institucional”. Además, es necesario tener en cuenta que a fines de su período presidencial se otorgó un fuerte incentivo previsional a los Ministros de la Corte Suprema para que éstos abandonaran voluntariamente su cargo, y entonces el propio Pinochet designara a sus reemplazantes, quienes serían inamovibles una vez finalizado el régimen militar. Con esta hábil movida, Pinochet se aseguraba al mismo tiempo los Senadores institucionales provenientes de la judicatura y una Corte Suprema conformada íntegramente por ministros leales a su persona.

Esta norma ni siquiera afecta a un grupo de personas en particular, sino que a la sociedad completa. En efecto, en el Senado, máxima expresión de la voluntad soberana, se encuentran, al mismo nivel que los representantes directamente elegidos por el pueblo, miembros de ciertos grupos o elites que ejercen un poder autoasignado y utilizado en beneficio de grupos determinados. Así, la verdadera voluntad ciudadana se diluye por la influencia de auténticos poderes fácticos insertos en el Parlamento.

La falta de legitimidad de esta norma genera además un efecto expansivo: “contagia” de ilegitimidad a todas las normas dictadas conforme a esa composición del Senado. ¿Cómo es posible evaluar la legitimidad de una norma que fue dictada por un Parlamento “intervenido”? La máxima expresión de la voluntad soberana ve disminuida su influencia frente a una elite designada y parcial en sus intereses, e incluso, en el caso de los senadores vitalicios, de una manera irrevocable.

3.3. Las Fuerzas Armadas como garantes de la institucionalidad. Inamovilidad de los Comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas.

La Constitución de 1980 establecía en el inciso segundo del artículo 90 de su articulado permanente: *“Las Fuerzas Armadas están integradas sólo por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, existen para la defensa de la patria, son esenciales para la seguridad nacional y garantizan el orden institucional de la República”*.

¿Qué significa “garantizar el orden institucional de la República”? En palabras de Oscar Godoy “garantiza quien ejerce la acción y efecto de asegurar y proteger contra algún riesgo o necesidad. La función genérica de garantizar se refiere siempre a un bien cuya existencia debe ser asegurado y protegido [...], en el caso que nos ocupa, es la preservación de las instituciones del régimen político”⁸³. La necesidad de contar con las Fuerzas Armadas como garantes de la institucionalidad está íntimamente vinculado con el concepto de Democracia protegida y autoritaria desarrollado por Guzmán en la Constitución de 1980. Una Democracia protegida, en este sentido, se caracteriza por tener mecanismos que garanticen una preponderancia de los criterios de la elite –al menos en temas de relevancia- frente a los criterios populares. En el momento en que las Fuerzas Armadas ostentan un poder de facto irresistible, la protección de la elite está dada por un absolutismo político sin contrapeso de la clase gobernante, los militares.

⁸³ GODOY, OSCAR. ¿Pueden las fuerzas armadas ser garantes de la democracia? Estudios públicos 61: Págs. 269 - 307. Santiago, Chile, 1996. Pág. 300.

En definitiva, la así llamada condición de “garantes” no es otra cosa que el poder excesivo asignado a las Fuerzas Armadas en la vida política, a través de instituciones como los Senadores Militares y el Consejo de Seguridad Nacional, las cuales rompen el principio esencial de no deliberación política de los militares. Para Oscar Godoy, la Constitución de 1980 “les otorga a las Fuerzas Armadas un enorme poder político y un estatuto de garante de la institucionalidad que excede al Estado de Derecho y es contradictorio con el sistema democrático”⁸⁴. El creador de esta “Democracia protegida” es, nuevamente, Guzmán, quien en su histeria anticomunista no escatimaba en recursos jurídicos para “defender” la democracia supuestamente restaurada por el régimen militar.

Concluye Godoy señalando lo siguiente: “Las Fuerzas Armadas, a las cuales se les ha entregado vicariamente el monopolio de las armas, no pueden ser garantes exclusivos, ni primeros, del orden institucional. En toda sociedad políticamente organizada, y con mayor razón en un régimen democrático, sólo les corresponde un rol de garantes subordinado, y relacionado principalmente con la protección armada del poder soberano y la integridad territorial. El actual estatuto que les atribuye la Constitución de 1980 está sobredimensionado por la participación que ella misma les concede en las instituciones políticas. Ese estatuto expresa claramente el proyecto de *democracia protegida* diseñada por el gobierno militar que elaboró la Constitución de 1980 y que hoy día carece de sentido”⁸⁵.

Aunque ciertamente menos crítico, Cea sostiene que la misión de garantizar el orden institucional de la República “sigue siendo una facultad que exige, para ser ejercida, una apreciación muy estricta de las circunstancias que la motivan y con finalidad de subordinación patente al sistema constitucional. A mayor abundamiento, la

⁸⁴ GODOY, OSCAR. ¿Pueden las fuerzas armadas ser garantes de la democracia?, *op. cit.*, pág. 306.

⁸⁵ GODOY, OSCAR. ¿Pueden las fuerzas armadas ser garantes de la democracia?, *op. cit.*, págs. 306 - 307.

misión referida tiene que ser cumplida por todos los órganos del Estado de Derecho, de conformidad con lo mandado en el artículo 6 de la Constitución. Es, por ende, una atribución que no debe ser actualizada por ser peligrosa y de consecuencias delicadas. En suma mejor es derogada”⁸⁶.

Vinculado con el estatuto superlativo otorgado a las Fuerzas Armadas, se encuentra la disposición del artículo 93 de la Carta. En ella se señala que los Comandantes en Jefe de cada una de las ramas de las Fuerzas Armadas, como asimismo el General Director de Carabineros, “*gozarán de inamovilidad en su cargo*”, vale decir, tal como un miembro del Poder Judicial, los jefes máximos de cada rama de las Fuerzas Armadas no pueden ser llamados a retiro en cualquier oportunidad, o, dicho de otra manera, permanecen en sus cargos aunque pierdan la confianza del Presidente de la República. Esta inamovilidad le otorga además un poder político clave al Consejo de Seguridad Nacional, el cual inicialmente tenía incluso la facultad de autoconvocarse, algo a todas luces inédito en una democracia moderna.

El poder de los militares en la nueva institucionalidad queda de esta manera asegurado por normas constitucionales que, dada la distorsión de representatividad que significan, no hubiesen aprobado el test de universalidad discursivo. Como miembros del Senado, como miembros mayoritarios del Consejo de Seguridad Nacional y como Jefes inamovibles de las Fuerzas Armadas, la Constitución de 1980 otorga a los uniformados un poder incompatible con un Estado de Derecho Moderno, y un poder deliberativo inédito en una democracia.

3.4. Sistema Electoral Binominal.

El artículo 18 de la Carta de 1980, el cual hasta la fecha no ha sido modificado, sienta las bases del sistema electoral: “*Habrá un sistema electoral público. Una ley orgánica constitucional determinará su organización y funcionamiento, regulará la forma en que se realizarán los procesos electorales y plebiscitarios, en todo lo no*

⁸⁶ CEA, JOSÉ LUIS. Derecho Constitucional Chileno, *op. cit.*, pág. 130.

previsto por esta Constitución, y garantizará siempre la plena igualdad entre los independientes y los miembros de partidos políticos tanto en la presentación de candidaturas como en su participación en los señalados procesos”.

El concepto de sistema electoral puede plantearse como “la fórmula jurídica que permite convertir los sufragios ciudadanos en la elección de una autoridad pública unipersonal o de los miembros de asambleas democráticas”⁸⁷. Un sistema electoral determinado se configura atendiendo a distintas valoraciones políticas, económicas y filosóficas, y por lo general tienden a ser un reflejo del sistema político y constitucional de una nación.

Existen básicamente dos grandes categorías de sistemas electorales: los sistemas mayoritarios o pluralistas, dentro de los cuales se encuentra el sistema chileno actual, y los sistemas de representación proporcional, dentro de los cuales se encontraba el sistema chileno establecido por la Constitución de 1925. El sistema electoral binominal vigente aún en la actualidad se caracteriza por elegir dos parlamentarios por cada circunscripción o distrito, siendo elegido, por regla general, uno de cada lista (de allí su nombre), a menos que los dos candidatos de la misma lista logren doblar el resultado de la votación del candidato de la otra lista, algo que ocurre rara vez y sólo en determinados distritos, por lo que generalmente, existiendo dos grandes listas, éstas siempre tendrán un candidato virtualmente electo.

Señala José María Fuentes que el sistema electoral binominal “fue decidido por la Junta de Gobierno y, en la práctica, impuesto a las fuerzas políticas, especialmente a las que eran oposición al gobierno militar”⁸⁸, agregando que “en el contexto de los tres tercios que ha dominado la política chilena en las últimas décadas, tiende a perjudicar severamente al primer y al tercer tercio y a favorecer, en forma muy significativa, al tercio que ocupa el segundo lugar en las preferencias políticas de los

⁸⁷ CEA, JOSÉ LUIS. Derecho Constitucional Chileno, *op. cit.*, pág. 345.

⁸⁸ FUENTES, JOSE MARÍA. La alternativa proporcional con barreras de entrada. Estudios públicos 51: Págs. 269 - 301. Santiago, Chile, 1993. Pág. 270.

ciudadanos”⁸⁹. Esto se produce puesto que el sólo 34% de los votos le asegura a una lista minoritaria un cupo parlamentario, por lo que dicho 34% se traduce en la práctica en un 50%, que le basta a la oposición para bloquear todos los proyectos oficialistas que requieren de algún quórum especial. En cambio, para la lista mayoritaria, un 65% disminuye a un 50%, por lo que obtiene la misma participación parlamentaria que la lista del 34%.

Por otra parte, el sistema binominal hace casi imposible la presencia de partidos pequeños en el Parlamento. Ni siquiera el Partido Comunista, cuya votación histórica rodea el 5%, o el reciente Pacto Juntos Podemos, que obtuvo una votación superior al 10% en algunos distritos, han logrado acceder al sistema puesto que deben superar un umbral altísimo en términos proporcionales a su fuerza política. Es por esto que el sistema binominal ha forzado la existencia de dos grandes alianzas electorales que gobiernan el Parlamento con exclusión de cualquier partido minoritario, asimilándolo en la práctica a los sistemas políticos norteamericano e inglés.

Cea, por su parte, analiza el sistema electoral binominal desde una perspectiva igualmente crítica. El autor señala que dicha fórmula “es inseparable de los pactos electorales, con la cual se fortalece la hegemonía de las cúpulas de los partidos en la elaboración de las listas de candidatos, en la exclusión de los independientes y, por último, en la sobrerrepresentación de unas colectividades políticas en desmedro de otras. La complejidad del régimen, desde este ángulo, ha llegado a ser extrema, por la gama de pactos y subpactos que lo sostienen, culminando en que los ciudadanos se ven sumidos en la confusión o caen en la indolencia. De lo expuesto se sigue que el principio de la representación política, tan relevante en la democracia, queda severamente alterado”⁹⁰.

En términos muy similares se expresa el entonces Senador Andrés Zaldívar, en una intervención ante el Congreso Pleno: “El sistema binominal no es una expresión

⁸⁹ *Ibíd.*

⁹⁰ CEA, JOSÉ LUIS. Derecho Constitucional Chileno, *op. cit.*, pág. 362.

democrática de la soberanía popular. No sólo distorsiona la representación de las mayorías y minorías, impidiendo la representación de grupos minoritarios, sino que, lo que es más grave, provoca en la ciudadanía la sensación de que el decidir la elección de los representantes en el Parlamento no está radicado en ella, sino, más bien, en la negociación de las directivas de los Partidos, lo cual redundo, en definitiva, en que no se abran mayores espacios de participación ni hay emergencia de nuevos actores”⁹¹.

Una democracia que excluye a determinados grupos políticos del Parlamento, consciente o inconscientemente, es una democracia que no respeta los derechos de las minorías. Si bien es cierto que existen numerosos factores que deben tomarse en consideración al momento de determinar un sistema electoral, y que no existe un sistema perfecto sin inconvenientes, el desenvolvimiento de la democracia chilena a partir de 1989 ha corroborado la deficiencia de dicho sistema y las injusticias y peligros inherentes a él. La frustración política de un gran porcentaje de la población se ha canalizado en episodios de extrema violencia vividos producto del malestar social.

A modo de conclusión del análisis precedente, cabría señalar que la Constitución de 1980 propiamente tal no entró jamás en vigencia. Durante el período que media entre la promulgación de la Constitución y 1989 rigieron únicamente las disposiciones transitorias de dicha carta, las cuales otorgaban aún más facultades extraordinarias al Presidente de la República (la disposición 24° transitoria es el mejor ejemplo de ello). Una vez restaurada la democracia, era evidente, hasta para los adherentes moderados al régimen militar, que muchas de aquellas disposiciones debían ser revisadas. Pero el acuerdo sobre dichas reformas implicó demasiadas concesiones del nuevo gobierno, el cual se vio atado de manos para realizar muchas de las reformas políticas consideradas indispensables para la naciente sociedad libre.

En realidad, el régimen militar siguió ejerciendo una poderosa influencia durante mucho tiempo. Los Senadores Institucionales se alineaban con los partidos de

⁹¹ Intervención del Senador Andrés Zaldívar ante el Congreso Pleno, 16 de Agosto de 2005, en: ÁLVAREZ, MARCELO. Reforma Constitucional ¿fin de la transición?, *op. cit.*, pág. 101.

derecha en orden a defender el legado y la Constitución de Pinochet. El Poder Judicial, cuando tímidamente comenzó a investigar de manera diligente los atropellos a los derechos humanos, se vio nuevamente intimidado por los militares e incluso por el gobierno, el que prefería no avanzar en dichas materias antes que ver truncada la restauración democrática, algo que, en un primer momento, no parecía tan descabellado.

4. 1989: Primera reforma. ¿Una nueva Constitución?

Como fue adelantado, en 1989 se produce el primer gran cambio a la Constitución de 1980, coincidentemente con la restauración de la democracia, el comienzo del período de transición y el primer gobierno a cargo de la Concertación de Partidos por la Democracia. Entonces surgen nuevamente las dudas que provocaron nuestro cuestionamiento respecto de la Constitución de 1980, a la luz de la teoría discursiva del derecho. ¿Puede estimarse que el pueblo de Chile participó efectivamente en la concepción y deliberación de esta nueva versión democrática de la Constitución, a diferencia de la Carta otorgada por el gobierno militar? ¿Mejóro de alguna manera el *pedigree* democrático de la Constitución Política, al restaurarse la democracia? ¿Correspondieron efectivamente las reformas a la Constitución a la idea de autolegislación de los ciudadanos?

4.1. El fin del Régimen Militar.

A partir del año 1982, posiblemente catalizado por la gran crisis económica, el panorama político del país volvió a convulsionarse. El gobierno militar cumplía 10 años y al parecer no tenía intención alguna de abandonar el poder, además de haber creado una cara civil bastante antidemocrática y de espaldas a la ciudadanía. La presión internacional se hacía cada vez mayor, mientras que en el plano interno las violaciones a los derechos humanos comenzaban a ser públicamente conocidas.

Las protestas ciudadanas comenzaban a ser cada vez más frecuentes y violentas, y el descontento era transversal, desde la ciudadanía más apática, por los

problemas económicos y sociales, hasta los actores políticos, incluso políticos de derecha, debido a la falta de espacios para la deliberación y las persecuciones a los miembros de distintos partidos. El gobierno militar estaba llegando a su fin a pesar de no estar condicionado a una fecha cierta, puesto que había perdido el apoyo de casi todos los sectores. Ni siquiera quienes vieron con buenos ojos el golpe de Estado estaban dispuestos a tolerar la institucionalidad militar por más del tiempo que ya parecía de sobra suficiente. Pero el gobierno, que aún pensaba contar con el apoyo popular, lanzó su última estrategia de legitimación.

En el año 1988 se produjo el acontecimiento que, si bien era relativamente previsible en Chile, sorprendió a todo el mundo tanto como en su momento lo hizo la elección de Salvador Allende. Se trataba de otro suceso histórico: por primera vez en la historia un dictador era derrocado mediante un plebiscito convocado por él mismo. Se han señalado muchas razones que pretenden explicar el último fracaso del gobierno militar: grave descontento social, una crisis económica brutal a costas, una gran presión internacional –incluyendo la importante presión del Papa Juan Pablo II y del gobierno de los Estados Unidos, que se conformaban con el desplome del socialismo en la URSS-, la pésima campaña electoral del gobierno en contraste con la excelente campaña electoral de la oposición, etc. Pero lo cierto es que un gobierno que arrastraba ilegitimidad desde sus lejanos inicios difícilmente podría legitimarse con 15 años de desgaste. Los resultados del Plebiscito del 5 de Octubre fueron 54,7% por la opción “No”, y 43% por la opción “Sí”. La oposición había triunfado y el gobierno de Pinochet llegaba a su fin, debiendo los militares volver a los cuarteles.

Sin embargo, el gobierno militar aún tenía algo más por hacer. Puesto que aún tenía la fuerza de su lado, durante los meses posteriores a la derrota política intentó consolidar y “amarrar” la institucionalidad plasmada durante la vigencia del régimen. Señala Carlos Huneeus que, “en términos analíticos, la última fase del régimen de Pinochet [...] no debe ser considerado únicamente como el comienzo del cambio del régimen, sino también como el último tramo del régimen autoritario, durante el cual buscó completar sus objetivos. No se trabajó para facilitar la inauguración de la democracia, sino más bien para completar el programa de gobierno del autoritarismo y

establecer limitaciones a la gestión del primer Gobierno democrático”⁹².

En verdad, todo se trataba de mantener como fuera la institucionalidad del régimen militar en sus rasgos básicos. Y la forma más hábil de hacerlo era negociar dicha permanencia junto con la concesión de los cambios de sus aspectos más polémicos. Para Pinochet y sus adherentes era de suma importancia la subsistencia de la Constitución, la cual veían como su legado institucional al país. Y si bien existían partidarios de mantenerla tal como estaba, primó la postura –políticamente más pragmática- de modificarla en sus aspectos más autoritarios y revestirla de una “legitimidad” democrática vía referéndum. De esta manera, se aseguraba la subsistencia y el respeto de la Constitución, a la vez que se la suavizaba en sus disposiciones más polémicas (si bien hubo algo de engaño en dichas modificaciones, como se verá enseguida).

4.2. La negociación de la primera reforma constitucional.

De acuerdo a lo señalado, el gobierno militar llevó a cabo con la oposición una larga y compleja negociación para “pactar” el período de transición a la democracia. Dentro de esta negociación la piedra de tope para el saliente gobierno militar era la pervivencia de la Constitución otorgada por Pinochet, la cual supuestamente pretendía ser desconocida por algunos sectores de la oposición. Y al mismo tiempo, para la triunfante Concertación de Partidos por la Democracia, existían ciertas reformas constitucionales indispensables para avanzar hacia una Democracia plena. En palabras de Álvarez Rodríguez, “se da un extraño consenso en cuanto a la necesidad de reformar la Constitución, unos para blindar el traspaso y otros para hacerla más flexible”⁹³.

La negociación de la primera enmienda constitucional se llevó a cabo por una comisión técnica conformada por miembros de la Concertación y de Renovación

⁹² HUNNEUS, CARLOS. El régimen de Pinochet, *op. cit.*, pág. 600.

⁹³ ÁLVAREZ, MARCELO. Reforma Constitucional ¿fin de la transición?, *op. cit.*, pág. 98.

Nacional, entre los que se encontraban Enrique Barros, José Luis Cea, Oscar Godoy, Carlos Andrade, Francisco Cumplido y Adolfo Veloso, y por la comisión asesora del Ministerio del Interior (siendo el titular de la cartera en ese momento Carlos Cáceres), conformada por Rafael Valdivieso, Arturo Marín y Hermógenes Pérez de Arce. En Abril de 1989 fue presentado el documento que contenía el resultado de dicha negociación, aquellas reformas “que se consideraban mínimas para legitimar la Constitución de 1980, limitar su carácter autoritario, diluir los aspectos menos democráticos de sus normas ‘protectoras’ de la democracia y evitar un proceso constituyente que podía desestabilizar el proceso de transición iniciado con el plebiscito”⁹⁴.

Es interesante la observación de Godoy en cuanto a que un eventual proceso constituyente podría haber “desestabilizado” el período de Transición, ya que con esto está afirmando tácitamente la ausencia de un proceso constituyente propiamente tal. El arma negociadora de los militares era ésa: ellos aún conservaban el poder fáctico, y no les costaba desconocer el gobierno democrático en caso de que este llevara a cabo un desmantelamiento de la institucionalidad militar.

Las reformas no agradaron en principio a Pinochet. Sus partidarios, en tanto, se encontraban divididos entre los “duros” que rechazaban cualquier modificación del legado militar, y los “blandos”, representados por Renovación Nacional, que estimaban que era necesario modificar algunos aspectos que le daban el carácter de “democracia protegida”. Finalmente Pinochet terminó por ceder, ya que, al decir de Carlos Hunneus, éste se convenció “de que tal iniciativa tendría ventajas, pues de esta forma se conseguiría una mejor legitimación de la Carta Fundamental”⁹⁵. Luego del anuncio de la inminente reforma, comenzó a prepararse el sistema electoral para el referéndum de aprobación, el cual tendría lugar en Julio del mismo año.

En definitiva, el referéndum arrojó un resultado de 85% por la aprobación de

⁹⁴ GODOY, OSCAR. La transición chilena a la democracia: pactada. Estudios públicos 74: Págs. 79 - 106. Santiago, Chile, 1999. Pág. 96.

⁹⁵ HUNNEUS, CARLOS. El régimen de Pinochet, *op. cit.*, pág. 605.

las reformas, y un 8% de rechazo, lo que en su momento fue catalogado, tanto por el Gobierno como por la oposición, como el respaldo definitivo a la Constitución del Régimen Militar, la cual algunos autores prefieren denominar “Constitución de 1989”, para diferenciarla de la “Carta otorgada de 1980”. De cualquier manera, e independiente del referéndum realizado para aprobar dichas reformas como un todo, resulta criticable el proceso de negociación y deliberación cupular respecto de dichas reformas. Como señala Carlos Ruiz Schneider, dicha negociación no es otra cosa que una manifestación elitista de la democracia, la “democracia consociativa” que deja en poder de las élites las deliberaciones políticas más importantes⁹⁶.

4.3. Las reformas constitucionales.

El paquete de reformas constitucionales incluía un total de 54 reformas al texto original de 1980 en sus distintos capítulos, la mayoría de ellas sin una importancia radical, pero que fueron incluyéndose en la compleja negociación política ya reseñada.

En primer lugar destaca la derogación del artículo 8°, el cual difícilmente podría aprobar un test democrático. Con todo, si bien la redacción textual del artículo 8° fue derogada de la Constitución de 1989, existe una disposición muy similar y que, desde cierto punto de vista, posee una redacción aún más amplia, cual es la que fue incorporada como inciso 6° del N° 15 del artículo 19 de la Constitución Política. Éste señala lo siguiente: *“La Constitución Política garantiza el pluralismo político. Son inconstitucionales los partidos, movimientos u otras formas de organización cuyos objetivos, actos o conductas no respeten los principios básicos del régimen democrático y constitucional, procuren el establecimiento de un sistema totalitario, como asimismo aquellos que hagan uso de la violencia, la propugnen o inciten a ella como método de acción política”*.

⁹⁶ RUIZ, CARLOS. Seis ensayos sobre Teoría de la Democracia. Santiago de Chile, Ediciones Universidad Nacional Andrés Bello, 1993.

Nótese el cambio de redacción respecto del antiguo artículo 8°. Mientras la redacción anterior hablaba de “*Todo acto de persona o grupo*”, la nueva norma se refiere expresamente a los partidos políticos constituidos como tales (es decir, que cumplen los estrictos requisitos de la Ley de Partidos Políticos) u otros movimientos (con lo que probablemente se pretendía aludir a aquellos partidos políticos no constituidos por falta de requisitos), con lo cual se restringe claramente el universo de aplicación de la norma. Por otra parte, se eliminan de esta suerte de “tipificación” constitucional la conducta de “*propagar doctrinas que atenten contra la familia, propugnen la violencia o una concepción de la sociedad, del Estado o del orden jurídico, de carácter totalitario o fundada en la lucha de clases*”, que aludía de manera inequívoca a las doctrinas de corte marxista.

Sin embargo, se incorpora la frase relativa a no respetar “*los principios básicos del régimen democrático y constitucional*”. La norma no señala cuáles son aquellos “principios básicos” del régimen democrático y constitucional. En una interpretación amplia incorpora sin duda al Partido Comunista y en general a los partidos de ideología marxista, toda vez que éstos involucran la “Dictadura del Proletariado”. Pero además podrían ser declarados inconstitucionales otros partidos políticos que no cumplan con los así llamados (pero ni siquiera remotamente delimitados) “principios básicos” del régimen democrático y constitucional, en una muy reprochable técnica constituyente que deja la llave maestra de la política al Tribunal Constitucional de turno. Para Cea, “la experiencia ya demuestra que esa enmienda seguirá siendo una disposición programática por impracticable, innecesaria o peligrosa. En situaciones como esta, no cabe alegar la inconstitucionalidad por omisión”⁹⁷.

Destaca además, respecto de lo señalado en el apartado anterior, la pérdida indirecta y relativa de poder de los Senadores Institucionales, al aumentarse el número de los Senadores democráticamente elegidos de 26 a 38, lo cual, sin embargo, dista mucho de democratizar el Parlamento. Tomando en cuenta que la mayoría de los senadores institucionales se opusieron sistemáticamente desde esa fecha a los

⁹⁷ CEA, JOSÉ LUIS. Derecho Constitucional Chileno, *op. cit.*, pág. 133.

proyectos oficialistas, y tomando en cuenta que el sistema binominal les otorgaba a los partidos de oposición un poder político de casi un 50% del parlamento, el gobierno no tenía la facultad de llevar a cabo reformas sustanciales (como la Ley de Educación), las cuales requerían quórum especiales.

Además los militares pierden algo de su poder político en el Consejo de Seguridad Nacional, a través de dos reformas. Por una parte, se incorporó al Contralor General de la República como miembro, con lo cual se rompe el desequilibrio cívico-castrense al interior de dicho organismo, quedando conformado por ocho miembros, cuatro civiles y cuatro militares. Y en segundo lugar, mientras en la redacción anterior la norma señalaba como facultad de dicho consejo "*Representar, a cualquier autoridad establecida por la Constitución*", la redacción modificada morigeró dicha facultad por la de "*Hacer presente al Presidente de la República, al Congreso Nacional o al Tribunal Constitucional*".

En los hechos, empero, ambas reformas tuvieron muy poca importancia mientras permaneció el poder de Pinochet en las sombras, puesto que los miembros civiles del Consejo también eran serviles a él y al ejército, y porque el Consejo, como reunión de las ramas de las Fuerzas Armadas, tenía un poder de facto lo suficientemente persuasivo para que "hacer presente" una opinión equivaliera en la práctica a impugnarla. En verdad, la sola existencia del Consejo de Seguridad Nacional no tenía explicación alguna en un régimen democrático de gobierno.

Otra modificación bastante importante, pero cuyo texto original no fue mencionado con anterioridad precisamente porque su importancia radica en su modificación, es el artículo 5° de la Constitución Política, que establece límites a la soberanía. En su primera versión, el inciso 2° de dicho artículo prescribía: "*El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana*", a lo cual se incorporó, en la reforma, la frase "*Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes*". Con esto se incorporaban al derecho supralegal los tratados

internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile, tales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto San José de Costa Rica. Lamentablemente, una vez más, dicha incorporación en la práctica fue dilatada por una absurda interpretación exegética de dicho precepto, que dispone que tales derechos se encuentran sólo en tratados “que se encuentren vigentes”. Como es sabido (probablemente también para los redactores de este precepto), un tratado se encuentra “vigente”, como cualquier ley, a partir de su publicación en el Diario Oficial, por lo que todos aquellos tratados ratificados por Chile pero que jamás fueron publicados no eran aplicables por los tribunales, según Jurisprudencia de la Corte Suprema.

La propia judicatura se oponía, una vez más, a la democratización de la institucionalidad posterior al régimen militar. En palabras de José Luis Cea, “tales situaciones deben ser calificadas de anormales y considerarse, por consiguiente, que se reúnen las condiciones que permiten, a los órganos jurisdiccionales competentes, pronunciar la inconstitucionalidad por omisión”⁹⁸.

La última reforma digna de mención es, precisamente, la relativa al procedimiento de reforma de la Constitución. El sistema original contemplaba un quórum general de reforma de 3/5 partes de los diputados y senadores en ejercicio, pero respecto de los capítulos I, VII, X y XI de la Constitución se establecía un requisito que equivalía a hacer la Constitución inmodificable. *“Sin embargo, el proyecto así despachado no se promulgará y se guardará hasta la próxima renovación conjunta de las cámaras, y en la primera sesión que éstas celebren deliberarán y votarán sobre el texto que se hubiera aprobado, sin que pueda ser objeto de modificación alguna. Sólo si la reforma fuere ratificada por los dos tercios de los miembros en ejercicio de cada rama del nuevo Congreso se devolverá al Presidente de la República para su promulgación”*.

Este peculiar sistema proviene de la Constitución de 1833, poniendo de manifiesto una vez más la influencia “portaliana” del régimen militar. Dicha disposición

⁹⁸ CEA, JOSÉ LUIS. Derecho Constitucional Chileno, *op. cit.*, pág. 228.

califica a la Carta de 1980 como una Constitución pétrea (inmodificable) respecto de los capítulos respectivos. Con la reforma de 1989 pasa a ser una Constitución simplemente rígida, lo cual ciertamente no ha facilitado proyectos de reforma desde ese momento.

En verdad, el sistema de reforma pétrea conllevaba un grave peligro que no fue desconocido por los partidarios del régimen y negociadores. Al dejar una Constitución (o determinados capítulos de ella) como inmodificable, se corre el riesgo de que la única posibilidad de modificar dicho sistema sea borrar de una plumada toda la institucionalidad en su conjunto. Una reforma posible, al contrario, aunque difícil, siempre incita a negociar y lograr consensos. La historia posterior a dicha reforma confirmó su conveniencia para la subsistencia de la Constitución.

4.4. ¿Constitución de 1989?

Uno de los problemas más discutidos a propósito de la reforma constitucional de 1989 es si ésta consiste en un puro maquillaje democrático de la carta impuesta en 1980 –puesto que mantiene sus principios básicos- o si verdaderamente se trata de una nueva Constitución, producto del debate entre distintos actores políticos y aprobada por gran parte de la ciudadanía. Si bien puede parecer una discusión puramente académica, es de la mayor relevancia para un análisis constitucional desde la teoría discursiva del derecho.

¿Qué cambió entre 1980 y 1989? A primera vista, se puede apreciar un referéndum bastante más transparente, con justicia electoral y con un estado de relativa normalidad constitucional. Se produjo, además, una real deliberación política acerca de los cambios necesarios para comenzar el camino hacia una democracia plena, participando en ella diversos actores públicos, y concitando además una gran participación de la ciudadanía. Se puede argumentar, incluso, que el referéndum le otorga un aura de legitimidad distinta a la de una simple reforma constitucional, no siendo dicho referéndum un trámite necesario. Por último, se modificaron varias de las normas más polémicas de la Carta de 1980, tales como el artículo 8° y el carácter

pétreo o inmodificable de la misma.

Pero existen también aspectos que contradicen una opinión positiva acerca de la reforma. El proceso de deliberación respecto de las reformas necesarias para la renaciente democracia se llevó a cabo básicamente entre las cúpulas de los partidos políticos, no existiendo instancias de debate ciudadano. Tampoco hubo (al menos públicamente) propuestas alternativas de reforma constitucional respecto del informe elaborado por la mesa negociadora. Cabe destacar, además, y tal como lo señalaran los propios negociadores de Renovación Nacional, que hubo muchos aspectos de la mayor importancia que quedaron pendientes en su discusión, como por ejemplo el sistema electoral y la eliminación de los Senadores institucionales.

Pablo Ruiz-Tagle es uno de los constitucionalistas más críticos con la institucionalidad plasmada en la Constitución de 1980. Respecto de la diferencia fundamental entre la institucionalidad de 1980 y la de 1989, este autor señala lo siguiente: “En una concepción democrática republicana, el sujeto del Poder constituyente originario es el pueblo. En la Constitución de 1925 y en el plebiscito de 1989 participó, efectivamente, el pueblo como poder constituyente originario. En el caso de la Constitución del 80, [...] el titular del Poder constituyente originario fue la junta militar de gobierno, y no el pueblo de Chile”⁹⁹. Sin embargo, y luego de establecer esta diferencia trascendental, señala Ruiz-Tagle, a propósito de las reformas del 2005: “Aunque el texto reformado lleva ahora la firma de un Presidente democrático, se continúa pensando que la Constitución de 1980 sigue vigente. Esto significaría que la Constitución chilena actual está animada por el mismo Poder constituyente originario que determinó el texto autocrático de 1980”¹⁰⁰. En otras palabras, la diferencia primordial entre el texto de 1980 y el de 1989 está dada por la ratificación ciudadana – en condiciones de normalidad institucional-, pero los principios formativos de la Constitución reformada continúan siendo los mismos originarios.

⁹⁹ CRISTI, RENATO y RUIZ-TAGLE, PABLO. La República en Chile, *op. cit.*, pág. 197.

¹⁰⁰ *Ibid.*

Ruiz-Tagle utiliza una analogía literaria bastante explícita para calificar a la Constitución de 1980: es una Constitución “Gatopardo”, es decir, una Constitución “que mientras más se reforma, acendradamente retiene sus rasgos autocráticos”¹⁰¹. Siguiendo al mismo autor, entre dichos rasgos autocráticos que no fueron modificados en 1989 –y algunos de los cuales siguen vigentes hasta la fecha-, se encuentran “el exceso de poder del Presidente y la falta de representación democrática en el Congreso producto de las perversiones del sistema mayoritario binominal”, como también “la inestable subordinación del poder militar al poder civil y la falta de organización de los diversos órganos que ejercen el control constitucional”¹⁰².

Desde la primera reforma en 1989, la Constitución ha sido reformada en más de 15 ocasiones, y sin embargo sus rasgos más autoritarios permanecen intactos. En estas circunstancias, tal vez se puede argumentar la legitimidad de las reformas de 1989 y las posteriores, pero ¿se trata efectivamente de una nueva Constitución inspirada por principios democráticos?

El profesor Carlos Ruiz Schneider también cuestiona una supuesta legitimación de la Constitución por las reformas de 1989. “Si el pueblo votó en Chile en 1989, ciertamente por el retorno a la democracia, no se votó en cambio ni por una democracia consociativa, ni por una democracia elitista”¹⁰³. El autor conceptualiza la “democracia consociativa” como un modelo elitista de democracia “que pone el acento, en lo que toca a obtener resultados democráticos, en el comportamiento consciente y racional de las élites. Es así la clase política la que aparece para estas teorías, como la protagonista central de la política y como la garantía más importante de la racionalidad y del carácter estable de la democracia”¹⁰⁴.

¹⁰¹ CRISTI, RENATO y RUIZ-TAGLE, PABLO. La República en Chile, *op. cit.*, pág. 198.

¹⁰² CRISTI, RENATO y RUIZ-TAGLE, PABLO. La República en Chile, *op. cit.*, pág. 200.

¹⁰³ RUIZ, CARLOS. Seis ensayos sobre Teoría de la Democracia, *op. cit.*, pág. 191.

¹⁰⁴ RUIZ, CARLOS. Seis ensayos sobre Teoría de la Democracia, *op. cit.*, pág. 170.

Este concepto de democracia consociativa es particularmente útil para entender cómo es posible obtener una reforma política de la mayor trascendencia sin involucrar de manera alguna al pueblo, más que mediante un simple voto de aprobación o rechazo. Si bien existen partidos políticos de diversas tendencias, éstos manejan a las masas de acuerdo a sus propios intereses de élite. A ninguno de los bandos en pugna les interesaba entregar la llave de la nueva institucionalidad a la ciudadanía, lo cual fue justificado apelando a una retórica singularmente paternalista. Todo esto unido a que partidos de alta votación y gran influencia social, como el Partido Comunista, no lograban ingresar a dicho espacio cerrado de deliberación, por lo que un gran porcentaje de la población nacional no tenía voz democrática alguna.

En este sentido, las enmiendas de 1989 responderían a una negociación política entre las élites, y no a la efectiva participación política del pueblo de Chile. “Si el programa de gobierno contenía diversas indicaciones que apuntaban hacia una democracia de consenso, estas no eran las únicas y no eran suficientemente explícitas como para imputarlas claramente al sentido de la voluntad popular”¹⁰⁵. Desde el punto de vista de la Teoría Discursiva del Derecho, tal como fue expuesto en el capítulo primero, la validez sustancial del derecho está dada por la posibilidad de aceptación de una norma por todos los afectados por ella en cuanto colegisladores potenciales. Resulta difícil, por no decir imposible, imputar el discurso de los ciudadanos autónomos a la decisión de una élite enfrascada en una disputa política contingente.

Ya fue reseñado que los resultados del plebiscito de aprobación de la primera enmienda fueron bastante contundentes. Alrededor de un 85% se pronunció por la aprobación de la enmienda, mientras que menos de un 10% la rechazó. En su momento el gobierno interpretó estos resultados como una legitimación ex-post de la Carta de 1980, la cual se habría “perfeccionado” con la aprobación electoral, esta vez con todas las garantías públicas de legitimidad. Pero al revisar la historia no oficial de dicha modificación resulta claro, tal como se ha señalado, que también dicho proceso legitimatorio fue parte de la negociación de la llamada “Transición a la Democracia”. En

¹⁰⁵ RUIZ, CARLOS. Seis ensayos sobre Teoría de la Democracia, *op. cit.*, pág. 191.

definitiva, una mascarada, un procedimiento premeditado que se asemeja en nada a una verdadera asamblea constituyente, a pesar de haber sido respaldado por la ciudadanía.

José Luis Cea, por su parte, plantea que “es necesario preguntarse si la Constitución responde a las exigencias de nuestra tradición republicana, que es resueltamente democrática, y al mismo tiempo, si precave la recurrencia de los conflictos que culminaron en la crisis de 1973 y en el colapso de la democracia. De frente a tales interrogantes y pronunciándonos, en general, sobre las grandes instituciones, principios y normas, sostenemos que la Constitución de 1980 reformada es democrática. Empero, agregamos que las excepciones son importantes”¹⁰⁶.

A pesar de las importantes modificaciones realizadas a la Constitución de 1980, es necesario tener presente que al momento de votarse las modificaciones a la Constitución el discurso público seguía fuertemente restringido y el ambiente del país no permitía, como es obvio, una adecuada deliberación y argumentación respecto del gran cambio institucional del naciente régimen democrático chileno.

De esta manera, para una gran mayoría de los chilenos el plebiscito relativo a las reformas constitucionales sólo significaba la posibilidad de optar por el mal menor, o, dicho de otro modo, por las reformas mínimas indispensables pero insuficientes, y que no obedecían a un verdadero proceso deliberativo, sino a una negociación política destinada a dotar de legitimidad la “Transición” hacia la democracia plena. No existió nada parecido a una asamblea constituyente, y la versión oficial acerca de dichas reformas era que ellas correspondían al consenso de todos los partidos políticos de la época en orden a “perfeccionar” la democracia prescrita en ella. La deliberación no oficial quedó en las tinieblas, puesto que aún no existía un acceso imparcial a los medios de comunicación, los cuales hasta ese momento seguían fuertemente censurados y autocensurados. Éste problema se prolongó hasta bien entrado el primer gobierno democrático (Según algunos, perdura incluso hasta hoy, ya que en la práctica

¹⁰⁶ CEA, JOSÉ LUIS. Derecho Constitucional Chileno, *op. cit.*, pág. 144.

el oligopolio de los medios de comunicación no permite una verdadera diversidad de opiniones políticas). No existieron tampoco proyectos alternativos de Constitución Política, los cuales cabría haber esperado dado el largo tiempo de oscurantismo público-democrático.

Aunque esto será tratado con detalle más adelante, si se sigue en esto a Habermas, tal como fue planteado en el primer capítulo, el proceso deliberativo adecuado para una asamblea constituyente no puede ser, por definición, una negociación entre élites. La validez o legitimidad de una norma jurídica está dada por su aceptación por todos los posibles afectados en un procedimiento discursivo. Donde no existe dicho procedimiento discursivo que transforma el poder comunicativo en derecho legítimo, el derecho se sostiene meramente en su facticidad. Ahora bien, el referéndum, como ya se ha dicho, tuvo una estrategia de “todo o nada” para lograr la aprobación de las reformas. Se votaba por las reformas como un todo, de tal manera que ni siquiera una deliberación acerca de las reformas verdaderamente importantes fue posible. En gran medida, este proceso se pareció bastante a lo que Habermas denomina la “apariencia de legitimidad” que el derecho presta al poder ilegítimo¹⁰⁷.

La conclusión de Ruiz-Tagle es la siguiente: “El gobierno constitucional que nace en 1990 adopta la Constitución de 1980, de sello abiertamente autoritario y neoliberal. Aunque materialmente la misma, se trata formalmente de otra Constitución, pues está animada por el pueblo, que ahora ha recuperado su sitio como sujeto de Poder constituyente. [...] Sin embargo, el correr del tiempo deja en evidencia que el Poder constituyente ha quedado nominalmente en manos del pueblo, pero que pervive el sello neoliberal y autoritario que le imprimió el gobierno militar. La voluntad republicana se encuentra maniatada por la disposición anti-republicana de la Constitución del 80”¹⁰⁸. Quizá esto permita hablar a los autores de una “Constitución de 1989”. Pero el problema radica en que los principios que inspiran esta Constitución de 1989 son básicamente los mismos que inspiraron la Carta otorgada de 1980, no

¹⁰⁷ HABERMAS, JÜRGEN. Facticidad y validez, *op. cit.*, pág. 103.

¹⁰⁸ CRISTI, RENATO y RUIZ-TAGLE, PABLO. La República en Chile, *op. cit.*, pág. 130.

obstante restablecer el Poder constituyente en manos del pueblo. Además es muy cuestionable la legitimidad que supuestamente le imprime a la Carta Fundamental el referéndum de 1989, toda vez que dicha aprobación ciudadana no fue acompañada, como debiese haber sido el caso, de una adecuada deliberación política, tomando en cuenta la magnitud del cambio institucional de que se trataba. Respecto de un proceso tan fundamental como éste, un voto no puede equivaler a un argumento, a una opinión o a un discurso.

5. 2005. Segunda reforma. ¿Una nueva Constitución?

Ya fue señalado que los negociadores de la reforma de 1989 estuvieron contestes en que dichas modificaciones, o, si se quiere, la Constitución de 1989, tenía un carácter provisorio, o en otras palabras que quedaban aún numerosas reformas necesarias para volver a la democracia republicana anterior al Golpe de Estado (entre ellas la más obvia era la eliminación de los Senadores Institucionales). Desde esa primera reforma, y hasta 2005, se produjeron numerosas reformas constitucionales, la mayoría de ellas sin una importancia real y, por tanto, sin grandes disensos.

Así, por citar sólo algunas, en el año 1991, se modificaron los artículos 9 y 60 N° 16 para permitir el indulto y la amnistía respecto de condenados por delitos terroristas, y se regularon además diversos aspectos relativos a las autoridades regionales, provinciales y comunales (artículos 99 y siguientes). En el año 1994 se modificó la duración del período presidencial, el cual se rebajó de ocho a seis años. En 1997 se incorporó a nivel supralegal el organismo del Ministerio Público, reforma constitucional indispensable para llevar a cabo de manera programada y paulatina la reforma procesal penal a nivel legal. Se modificaron, además, diversos aspectos relativos a la administración comunal. En 1999 se consagra expresamente la igualdad constitucional entre hombres y mujeres (si bien difícilmente podía ser desconocida) y se establece la obligación del Estado de promover la Educación Parvularia. Por último, en el año 2000, se establece el estatuto de los Ex Presidentes de la República. Como salta a la vista, ninguna de las anteriores reformas posee una relevancia tal como para esperar una gran deliberación a su respecto. Más bien dicen relación con el desgaste

inevitable de un texto constitucional con 120 artículos, una extensión a todas luces excesiva.

El panorama político cambia hacia el año 2005 y se logra avanzar en un difícil consenso político respecto de materias bastante más importantes. Casi al término del gobierno del Presidente Ricardo Lagos se produjo una nueva reforma sustancial a la Constitución Política, la segunda más importante desde su entrada en vigencia. La magnitud de esta reforma sólo es comparable con la de 1989, por lo que el principal cuestionamiento reseñado en el apartado anterior permanece. ¿Se trata, como se empeñó en publicitar el gobierno, de una nueva Constitución, la Constitución de 2005, la Constitución de Ricardo Lagos, la Constitución que “nos une y no nos divide”, o bien ésta sigue siendo un mero “perfeccionamiento”, más o menos relevante, de la institucionalidad autoritaria heredada del gobierno militar?

El problema se presenta con algunos matices distintos. Esta vez la reforma constitucional fue aprobada por un congreso democráticamente electo (todavía no íntegramente, pero sí en su gran mayoría), y, si bien caben interpretaciones políticas respecto a las motivaciones del gobierno para impulsar el proyecto, esta vez la negociación se llevó a cabo sin presiones ni negociaciones poco transparentes relativas a la transición hacia la normalidad democrática, como ocurrió en 1989. La enmienda incluye además un símbolo que no deja de ser potente: la Constitución reformada pierde la firma de Augusto Pinochet y pasa a llevar la firma de Ricardo Lagos.

En este caso no hubo referéndum, lo cual queda compensado por el hecho de que estas reformas fueron votadas en ambas cámaras y en el Congreso Pleno (como dato anecdótico, cabe señalar que los senadores institucionales de la “Bancada Militar” se opusieron nuevamente a dichas reformas). Las discusiones políticas se venían desarrollando hacia varios años, lo que logró un decantamiento y acercamiento de las distintas posiciones, por lo que el consenso acerca de las distintas reformas se había hecho transversal. Esta deliberación fue bastante más completa que la de 1989, ya que hubo diversas posiciones que no fueron transadas, y que sólo pudieron ser

aceptadas o rechazadas luego de un proceso que duró varios años. No existía la presión de obtener las reformas en un plazo determinado, lo que ayudó bastante a su gestación. Tampoco existía la sensación de estar negociando con un bando derrotado, ya que ambas coaliciones poseían un virtual empate en el congreso (por cierto, esto ayudó mejor que nada a la eliminación de los Senadores Institucionales, ya que ambos bandos se veían beneficiados).

Lamentablemente, este proceso de reforma tampoco fue llevado a cabo a través de una asamblea constituyente o un debate público ciudadano, sino que, nuevamente, a nivel de partidos políticos (excluyendo, naturalmente, al Partido Comunista y todos los partidos minoritarios sin representación parlamentaria). Por lo demás, el gran problema de esta nueva reforma es que pese a todo siguen quedando temas pendientes. Y uno de los temas principales es, precisamente, el que dice relación con la participación política y la deliberación ciudadana. Tal como señala Pablo Ruiz-Tagle, “el concepto de ciudadanía y de representación o inclusión política se inserta aún en la concepción original de una democracia protegida, que se manifiesta en un sistema electoral excluyente de grupos políticos minoritarios, particularmente la izquierda marxista”¹⁰⁹.

Es por esto que aún queda una profunda sensación de malestar constitucional en una parte considerable del pueblo chileno. Queda la sensación de que aún no se ha hecho lo suficiente por dotar a la Constitución de un metaconcepto de democracia que incluya la diversidad social, política e ideológica del Chile del Siglo XXI. Sin embargo, y recalcando que temas muy importantes siguen pendientes, no es posible desconocer que fue mucho lo que se avanzó en la dirección correcta con dichas reformas.

5.1. Las reformas constitucionales.

Tal como en 1989, se incluyó en el proyecto un conjunto de reformas

¹⁰⁹ CRISTI, RENATO y RUIZ-TAGLE, PABLO. La República en Chile, *op. cit.*, pág. 131.

constitucionales de distinto calibre, algunas de la mayor importancia y otras meramente contingentes.

En primer lugar, se disminuye considerablemente la influencia militar a través de distintas reformas. La más importante consiste en eliminar la calidad de “garantes de la institucionalidad”, calidad que pasan a tener todos los órganos del Estado. El antiguo artículo 6° señalaba “*Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella*”, a lo que se agregó la frase “*y garantizar el orden institucional de la República*”, expresión esta última que fue excluida del nuevo artículo 101. Además, si bien subsiste el Consejo de Seguridad Nacional, algo bastante criticable por todo lo ya apuntado, éste pierde una poderosa e intimidante facultad, cual es la de autoconvocarse, pudiendo sólo ser convocado por el Presidente de la República. Pierde además, en la práctica, todas sus funciones, quedando como un órgano meramente asesor del Presidente de la República “*en las materias vinculadas a la seguridad nacional*” (Art. 106). Además, los Comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas pierden su inamovilidad absoluta, al poder ser llamados a retiro por el Presidente de la República, “*mediante decreto fundado e informando previamente a la Cámara de Diputados y al Senado*” (Art. 104).

Pero sin duda la reforma más importante es la que elimina la existencia de Senadores Institucionales del Parlamento. A partir del 11 de Marzo de 2006 todos los integrantes del Senado serían elegidos mediante votación popular.

La existencia de Senadores Institucionales designados era la manifestación superlativa de los enclaves autoritarios de la Constitución. Recordando las palabras de Guzmán, éste señalaba como característica de una democracia “la generación de las autoridades políticas por el pueblo, admitiendo como sistema preferente para ello el sufragio universal”, agregando que “su combinación con otros medios para generar ciertas autoridades políticas, siempre que sean complementarios y no predominantes, parece conveniente para el sistema institucional”¹¹⁰. La justificación de la existencia de

¹¹⁰ GUZMÁN, JAIME. 1991. La definición constitucional, *op. cit.*, pág. 386.

estos Senadores está dada por una supuesta “deficiencia” de los pronunciamientos ciudadanos y la idea de que una democracia “neutral” representa una forma imperfecta de la misma. Detrás de la Declaración de Principios de 1974, presuntamente redactada por Guzmán, trasciende “la voluntad de comprometer eficazmente a nuestra futura democracia con los valores de la libertad, la seguridad, el progreso y la justicia, abandonando la básica neutralidad que al respecto caracterizara al régimen institucional chileno hasta septiembre de 1973”¹¹¹.

Para Guzmán, la existencia de Senadores Institucionales no resulta contradictoria con un régimen democrático. Señala respecto de éstos que “su condición minoritaria dentro del conjunto deja suficientemente nítida la opción democrática, a la que es inherente el sufragio universal”¹¹². Sin embargo, es precisamente el voto de minoría el que caracteriza una democracia consociativa de élites, dada su capacidad de vetar decisiones mayoritarias, lo cual es una posibilidad cierta tomando en cuenta el sistema de quóruns existente para la aprobación de los distintos tipos de leyes. Para aprobar una ley simple el voto minoritario no sirve como oposición, pero respecto de las materias más importantes que requieren quórum calificado o quórum de ley orgánica es cuando dicho sistema despliega todo su poderío antidemocrático y contramayoritario.

Para Pablo Ruiz-Tagle, el Senado “debe ser el *locus* plenamente democrático donde puede surgir una concepción constitucional más democrática que responda a principios constitucionales avanzados”¹¹³. Postula dicho autor que la importancia fundamental del Senado en la historia de Chile fue que dicho órgano logró la liberalización y democratización de la Constitución Autoritaria de 1833 por la vía de la interpretación constitucional, alternativa que volvería a surgir con la eliminación de sus miembros no elegidos popularmente.

¹¹¹ *Ibid.*

¹¹² *Ibid.*

¹¹³ CRISTI, RENATO y RUIZ-TAGLE, PABLO. La República en Chile, *op. cit.*, pág. 201.

5.2. Los problemas que aún subsisten.

A pesar de todos los avances logrados con la última reforma, continúan quedando pendientes distintos problemas que se arrastran desde el texto original de 1980.

El más importante es el que dice relación con el sistema electoral. Si bien éste no se encuentra regulado a nivel supralegal, es posible estimar que surge como un complemento de la institucionalidad autoritaria del gobierno militar. El sistema electoral binominal provoca la exclusión de los partidos políticos minoritarios del parlamento, al mismo tiempo que le otorga una sobrerrepresentación a la segunda mayoría, lo cual provoca la necesidad de avanzar mediante la “Democracia de los consensos”. En ese sentido, Carlos Ruiz Schneider señala que la democracia consociativa se caracteriza precisamente por una “tendencia a la sobrerrepresentación de las minorías”¹¹⁴, lo cual históricamente ha favorecido “a la derecha política, a los empresarios y a los militares comprometidos con la dictadura”¹¹⁵.

Lo cierto es que la reforma del sistema electoral se torna cada vez más imperiosa, tal como lo señalan Valenzuela y Siavelis: “Así como preocupa la postergación del proceso de reformas constitucionales de fondo en Chile hoy, el potencial desestabilizador de la ley electoral vigente es altamente preocupante. En una sociedad pluripartidista con tres tendencias muy claras, tendencias que se reproducen con características similares a las del pasado, no es lógico tener un sistema electoral de carácter mayoritario. [...] El sistema electoral de corte mayoritario, en vez de reestructurar el sistema de partidos, contribuye a desestabilizar la política al dejar a corrientes importantes fuera del juego político”¹¹⁶.

¹¹⁴ RUIZ, CARLOS. Seis ensayos sobre Teoría de la Democracia, *op. cit.*, pág. 191.

¹¹⁵ *Ibid.*

¹¹⁶ VALENZUELA, ARTURO y SIAVELIS, PETER. Ley electoral y estabilidad democrática. Estudios públicos 43: Págs. 27 - 87. Santiago, Chile, 1991. Pág. 67.

Mientras subsista la intención de subvencionar a una determinada élite en la representación de la ciudadanía, excluyendo a movimientos políticos minoritarios, es imposible estimar que el poder comunicativo ciudadano se manifiesta plenamente en el parlamento, el cual debiera ser su lugar natural en una democracia representativa. El modelo de democracia consociativa que implica este sistema electoral es, asimismo, cuestionable desde el punto de vista de la teoría discursiva. La facticidad se impone a la validez, en un procedimiento discursivo que, si bien existe, no cumple con condiciones ideales de realización.

Subsiste, además, en diversas disposiciones del Código Político, la referencia a la doctrina de la seguridad nacional, la cual postula a grandes rasgos que los propios ciudadanos de la nación pueden ser potenciales amenazas para la seguridad (alude concretamente a los movimientos de índole marxista, toda vez que dicha doctrina surgió en EE.UU. durante la guerra fría). Dicha doctrina es tan obviamente incompatible con un régimen democrático, que el mismo Guzmán se cuidó de señalar que en la Constitución la seguridad nacional estaba presente como concepto y no como una doctrina¹¹⁷.

La doctrina de seguridad nacional se ha ido transformando con el tiempo, pero esto no ha significado que determinadas facultades de las Fuerzas Armadas y del Gobierno hayan pasado a ser letra muerta. La dudosa calificación de ciertos delitos como “terroristas”, junto con la represión y punición brutal que involucran, es la mejor prueba de ello. (Dentro del Derecho Penal, la doctrina de la seguridad nacional tiene su correlativo en el llamado “derecho penal del enemigo”, una de cuyas manifestaciones es el tratamiento agresivo de los delitos terroristas).

En un terreno más discutible se encuentra la regulación de los derechos fundamentales. En efecto, muchos autores señalan como el mayor déficit de justicia política en la Constitución la regulación de los derechos sociales frente a los derechos

¹¹⁷ GUZMÁN, JAIME. 1991. La definición constitucional, *op. cit.*, pág. 492.

individuales. El constituyente tomo una opción favoreciendo la atomización de la sociedad en desmedro de la colectivización (de cualquier tipo), lo cual se manifiesta, por ejemplo, en los distintos tratamientos que reciben las regulaciones del derecho al trabajo y a la salud frente a la regulación del derecho de propiedad y el derecho a realizar actividades empresariales. Discutible, puesto que dichas regulaciones no son necesariamente incompatibles con un sistema democrático, pero son ciertamente cuestionables en cuanto a su legitimidad en términos discursivos.

Para cerrar este capítulo, finalizo citando una reflexión de Pablo Ruiz-Tagle relativa a la legitimidad democrática de la Constitución Política: “Nos hemos acostumbrado a una Constitución que, a pesar de sus más de cien reformas, y de haberse legitimado parcialmente en un proceso gradual, no tiene precedentes en la historia constitucional chilena. La Carta Fundamental sigue siendo percibida por la gran mayoría como una Constitución ‘gatopardo’, porque a pesar de todos los cambios que se le han hecho, permanece igual en sus rasgos dogmáticos principales y en sus principios neoliberales y autoritarios”¹¹⁸. No es posible sino concordar con dichas palabras, agregando que la falta de legitimidad o validez de la Constitución se ha traducido en los más diversos conflictos sociales, los que parecieran ir en aumento conforme pasan los años. Dichos conflictos son una concretización patente de la falta de integración social que afecta, según Habermas, al derecho ilegítimo.

Lo que resta en esta investigación es determinar hasta qué punto podemos calificar de legítima la Constitución Política de la República de Chile, junto con toda la institucionalidad jurídica que de ella ha surgido, tomando como marco de referencia la Teoría Discursiva del Derecho planteada por Habermas.

¹¹⁸ CRISTI, RENATO y RUIZ-TAGLE, PABLO. La República en Chile, *op. cit.*, pág. 137.

Capítulo III

Análisis crítico de la Constitución Política de 1980 a la luz de la Teoría Discursiva del Derecho.

1. La legitimidad jurídica, política y social de la Constitución Política de la República de Chile. ¿Una evolución?

A modo de recapitulación, corresponde ahora evaluar cuál ha sido la evolución de la Constitución Política a lo largo de los años en sus diversos ámbitos de legitimidad. En casi treinta años se ha pasado de una Carta Otorgada por un régimen de facto a una Constitución aprobada por la ciudadanía y por el Congreso. Una Constitución que ha transitado desde una democracia protegida, con infinidad de enclaves autoritarios, con una patente desvinculación de las Fuerzas Armadas al ordenamiento jurídico, y con una fuerte restricción a determinados partidos políticos e ideologías, a una Constitución que plantea una democracia menos protegida y más liberal, con la eliminación de determinadas facultades de las Fuerzas Armadas que son incompatibles con un régimen democrático, y con una apertura a sectores políticos minoritarios, sumado a una mayor libertad en el debate y la opinión pública.

Sin embargo, y como ya fue señalado, quedan aún pendientes muchos aspectos de la Constitución Política que se distancian de una concepción democrática republicana de la institucionalidad. Si bien se ha avanzado mucho desde el texto original de 1980, como también se ha logrado una legitimación paulatina por parte de la ciudadanía, a grandes rasgos la Constitución obedece a los mismos principios originarios, los cuales sólo han sido morigerados en parte.

En opinión de Pablo Ruiz-Tagle, a pesar de las últimas reformas, continúan pendientes aspectos importantes de la dogmática constitucional. “Entre ellas está el potencial de insubordinación militar al poder civil, por persistir la doctrina de la

seguridad nacional. Además, subsiste con carácter consultivo el Consejo de Seguridad Nacional. Y sabemos que la seguridad nacional como doctrina es contradictoria con el estado de derecho, y que las constituciones democráticas no admiten órganos consultivos. Otro tanto decimos de las regulaciones relativas al terrorismo, y las incompatibilidades excesivas y anacrónicas que se mantienen para ser dirigente gremial y político. [...] Por la vía electoral binominal que otorga un subsidio a la segunda mayoría, se mantiene una izquierda extraparlamentaria sub-representada en el Parlamento y se preserva la lógica de pluralismo restringido de la democracia protegida”¹¹⁹.

Ahora bien, ¿qué significa que aún existan aspectos pendientes de reforma en la Constitución? Significa, por un lado, que no todas las disposiciones potencialmente ilegítimas han sido derogadas, como es obvio. Pero significa, además, que muchas de las disposiciones ya derogadas permanecen en virtud de determinados principios fundamentales de la Carta que continúan ejerciendo una fuerte influencia en la tradición constitucional y jurisprudencial.

Si se compara el texto de la Constitución de 1980 con el texto vigente en el año 2005, son muchos los aspectos que se han mejorado. Pero, ¿es posible hablar de una evolución de la Constitución Política en cuanto a su legitimidad, entendida esta como un conjunto? Aspectos que han mejorado de manera notable son el pluralismo político (con la derogación del art. 8°), la concepción de las Fuerzas Armadas como esencialmente obedientes y no deliberativas, y la eliminación de los Senadores Institucionales, por nombrar sólo los más importantes. Sin embargo, los principios que subyacen a aquellas normas derogadas permanecen solapados en prácticamente la totalidad del texto constitucional.

Así, el mismo principio de exclusión del antiguo artículo 8° permanece casi intacto en el inciso 6° del N° 15 del artículo 19 de la Constitución Política, el cual señala que “*son inconstitucionales los partidos, movimientos u otras formas de organización*

¹¹⁹ CRISTI, RENATO y RUIZ-TAGLE, PABLO. La República en Chile, *op. cit.*, pág. 199.

cuyos objetivos, actos o conductas no respeten los principios básicos del régimen democrático y constitucional, procuren el establecimiento de un sistema totalitario, como asimismo aquellos que hagan uso de la violencia, la propugnen o inciten a ella como método de acción política”, con lo cual la derogación del artículo 8° no fue mucho más que una derogación simbólica. También existe un principio de exclusión en el sistema electoral binominal, que impide a la tercera mayoría llegar al parlamento a la vez que subvenciona a la segunda mayoría, lo cual además genera la dinámica de la democracia consociativa de élites, al estar dividido el parlamento en partes iguales por fuerzas políticas antagónicas. En verdad, el principio que subyace a todas estas normas, las que fueron derogadas y las que permanecen, es la concepción de una democracia valorativa (no neutral), que debe permanecer resguardada por una élite para evitar los “conflictos” que según esta concepción se desencadenan al entregarle el poder democrático a la ciudadanía, una democracia como “un fin en sí misma”.

Por otra parte, en lo que respecta a las Fuerzas Armadas, permanece la Doctrina de la Seguridad Nacional como principio fundante de la Constitución en numerosas disposiciones, siendo la más importante la que contempla el Consejo de Seguridad nacional como órgano consultivo, lo cual hace que la pérdida de poder de las Fuerzas Armadas sea muy relativa. También en estas disposiciones, como en muchas otras en toda la Constitución, se manifiesta un profundo desprecio y desconfianza en la actividad política, junto con una concepción elitista de una democracia que requiere “protección” de sus enemigos, los cuales no son otros que los mismos ciudadanos.

Subsiste, además el desequilibrio entre los derechos subjetivos públicos individuales y los sociales, habiendo experimentado el artículo 19 de la Constitución muy pocos cambios de relevancia a lo largo de su vigencia. El principio de subsidiariedad y el libre desarrollo de las actividades empresariales aparecen como supragarantías frente a las regulaciones constitucionales de la salud, el trabajo o el derecho a vivir en un medio ambiente descontaminado. El Recurso de Amparo Económico es la mejor muestra de la calidad superlativa que reconoce el constituyente a los derechos económicos privados. Aquí el debate sobre la democracia cede lugar a

un debate de justicia política y derechos fundamentales. ¿Cuál es el equilibrio más conveniente entre derechos individuales y derechos sociales en las sociedades modernas? El principio de igualdad, ¿implica necesariamente un desmedro del principio de libertad? ¿Cómo puede compatibilizarse el derecho a la actividad empresarial con, por ejemplo, el derecho a vivir en un medio ambiente no contaminado?

Lamentablemente, en nuestro país estos debates han sido prácticamente inexistentes desde la vigencia de la Constitución de 1980, y en rigor inclusive desde mucho antes, ya que las discusiones que tuvieron lugar en el Consejo de Estado o en la Comisión de Estudio difícilmente podrían calificarse como legitimadoras de derechos fundamentales. Nuevamente el concepto de poder comunicativo ciudadano está ausente en la práctica constitucional, incluso respecto de una materia tan importante como son los derechos fundamentales.

Eso es en cuanto a los aspectos sustanciales de la Constitución. Sin embargo, existe un problema procedimental íntimamente vinculado con los aspectos sustanciales. En el capítulo primero fue expuesta la teoría discursiva del derecho planteada por Habermas, en términos según los cuales la legitimidad del derecho se basa esencialmente en un mecanismo comunicativo: “como participantes en discursos racionales los miembros de una comunidad jurídica han de poder examinar si la norma de que se trate encuentra, o podría encontrar, el asentimiento de todos los posibles afectados”¹²⁰. Ahora bien, tomando en cuenta el desarrollo histórico de la institucionalidad chilena a partir de 1980, ¿cómo es posible evaluar la legitimidad actual de la Constitución Política de la República, si en todas sus versiones y reformas ha tenido problemas de legitimidad procedimentales? ¿En qué momento se produce la solución de continuidad procedimental que vendría a otorgarle a la Constitución Política una validez fundante (descartando de plano, que la validez fundante sea la otorgada en 1980)?

¹²⁰ HABERMAS, JÜRGEN. Facticidad y validez, *op. cit.*, pág. 169.

La supuesta legitimación que se produjo en 1989 estuvo lejos de ser una real internalización o apropiación del texto constitucional por parte de la ciudadanía. Más bien obedeció, como ya fue señalado, a una negociación política entre el bando vencedor y el vencido, uno de ellos para evitar supuestos retrocesos en la recuperación de la democracia y el otro para evitar el desmantelamiento absoluto de la institucionalidad otorgada. No existió una real deliberación o debate público respecto de la Constitución, ni respecto de la importancia de un acto que fue posteriormente sindicado como un verdadero “acto legitimatorio” de la institucionalidad. Ni siquiera existió un debate en el Congreso, lugar natural de deliberación política. Y en el año 2005 se avanzó en el sentido de tratarse de una reforma constitucional impulsada desde el Congreso y sin otro propósito que avanzar en el perfeccionamiento de la democracia, pero con exclusión de actores fundamentales (fundamentalmente la izquierda extraparlamentaria), y, en definitiva, de espaldas a una gran parte de la ciudadanía, la que esta vez ni siquiera tuvo un voto de aprobación de las reformas.

Se trata, en definitiva, de una Constitución que, no obstante sus numerosos avances en dirección hacia una democracia plena, aún no obtiene una legitimación definitiva que supere su mácula originaria de haber sido impuesta por la fuerza y de contener principios jurídicos y políticos incompatibles con una democracia liberal republicana. En términos habermasianos, no ha existido desde 1980 un procedimiento discursivo que dote de legitimidad al ordenamiento jurídico, ni la configuración de un sistema de derechos que sirva de presupuesto a un principio del derecho.

Sobre este punto, Álvarez Rodríguez señala, con razón, que “no existe acuerdo en el sentido de que ellas [las reformas del año 2005] sean suficientes para dar por cerrado el proceso de transición”¹²¹. En realidad, el sólo hecho de continuar hablando de transición a la democracia ya es un sinsentido. Un proceso de transición no puede durar veinte años con temas pendientes. De lo contrario el concepto transición es utilizado de manera errónea y sólo cabría hablar de una democracia imperfecta, ya que la idea de transición alude a un cambio constante y no a un

¹²¹ ÁLVAREZ, MARCELO. Reforma Constitucional ¿fin de la transición?, *op. cit.*, pág. 124.

estancamiento.

La sociedad civil chilena continúa, en gran medida, adaptada a los principios institucionales impuestos por el régimen militar. “En concreto, el oficialismo concertacionista, a fin de cumplir su parte en los acuerdos, se ha empeñado todos estos años en desmovilizar a la ciudadanía. A modo de ejemplo, en esta última década del siglo, cosa curiosa en Chile, las grandes concentraciones públicas han tendido a desaparecer [...]. La participación política, como también se ha entendido en Chile, nunca ha recuperado su tradicional protagonismo. Si bien los partidos han vuelto a funcionar, éstos siguen siendo extremadamente débiles, secuela de años de persecución militar, castigo social por su responsabilidad en las décadas de los sesenta y setenta, y, no menos clave, descrédito alentado por un discurso antioligárquico y antipartidista que cruza todo el siglo. Igualmente gravitante ha sido el bajo perfil constitucional del parlamento, el giro cupular asumido por la política chilena remontable a la lucha contra la dictadura, el consiguiente debilitamiento de las bases relegadas a un papel estrictamente electoral, y la inclinación cupular a favor de un manejo a puertas cerradas”¹²².

En pocas palabras, la sociedad chilena sigue moldeada a la medida de una democracia autoritaria, no obstante la supuesta evolución de la institucionalidad democrática en los últimos 20 años. La ciudadanía aún no recupera las instancias de participación y deliberación políticas anteriores a 1973, indispensables para el desarrollo de la idea habermasiana de autogobierno y de autonomía política. El supuesto desprecio y desencanto de gran parte de los ciudadanos hacia la actividad política es una clara manifestación de que dichos espacios aún no se desarrollan de un modo consistente. En verdad, más que un desencanto hacia la actividad política, lo que se constata en el ambiente nacional es una desesperanza respecto de la efectiva utilidad y funcionamiento de la política entendida como espacio de deliberación de lo público. El pueblo se siente profundamente desvinculado de sus mandatarios.

¹²² CORREA, SOFÍA et al. Historia del siglo XX chileno, *op. cit.*, págs. 339-340.

Falta de evolución en los principios constitucionales fundamentales y falta de evolución en la legitimidad procedimental (discursiva) de la Constitución Política. Dos caras de la misma moneda que impiden una opinión favorable sobre una supuesta legitimación de la Constitución Política a lo largo de casi tres décadas. La conclusión acerca de la validez discursiva de la Constitución Política parece bastante clara teniendo en consideración que el déficit de legitimidad de la Carta de 1980 no ha sido plenamente satisfecho hasta el día de hoy. Las consecuencias ya reseñadas de esta democracia deficitaria son un claro ejemplo de la falta de integración social atribuible a la Constitución Política, y, por ende, de su falta de legitimidad. La sociedad chilena continúa arrastrando los problemas de una “transición” a la democracia que jamás fue resuelta, y que por tanto hace mucho tiempo ha dejado de ser una transición para ser, simplemente, un estado de cosas, el cual, cabría agregar, no satisface los criterios de integración social (y, por tanto, de legitimidad) que cabría exigirles de acuerdo a la Teoría Discursiva del Derecho. Una democracia deficitaria producto de un sistema jurídico ilegítimo es el diagnóstico que puede explicar los diversos conflictos que aquejan a la sociedad chilena a comienzos del siglo XXI.

2. Facticidad y Validez del ordenamiento jurídico chileno.

Luego de los dos capítulos anteriores y el precedente apartado estamos en condiciones de abordar la problemática planteada al principio de este estudio, cual es si nuestro sistema institucional –concretamente nuestro sistema jurídico-constitucional– aprueba el test de universalidad propuesto por la Teoría Discursiva del Derecho como criterio legitimador, formal y sustancial, del conjunto de normas de un Estado moderno.

El problema básico ya fue plantado en la introducción de la presente tesis. Jürgen Habermas plantea una teoría del derecho basada en su ética discursiva, que postula que sólo es legítimo el derecho creado a través de un procedimiento discursivo que canalice el poder comunicativo de los ciudadanos, y sancionado en virtud de un complejo conjunto de normas que se desenvuelven de manera de crear las condiciones para el desarrollo de dicho poder comunicativo. El derecho que no cumple con dicha legitimidad, si bien es un derecho aplicable por la judicatura (en ese sentido,

derecho “válido”, de acuerdo a otras teorías del derecho), no cumple con la función de integración social y de complemento de la moral que le corresponde en un Estado democrático. Tal derecho posee una existencia real como un sistema normativo diferenciado, pero su déficit de legitimidad en términos discursivos implica que no es imputable a la voluntad consensuada de los ciudadanos, y, en definitiva, es un derecho que no es seguido por convicción, sino tan solo por su imposición fáctica, y acaso por el pragmatismo (descrito ya por Hobbes) de que poseer un derecho fáctico es preferible a no tener un sistema jurídico en absoluto.

¿Qué se requiere, en términos habermasianos, para entender que un ordenamiento jurídico es válido? En primer lugar, dicho ordenamiento debe tener su origen en el poder comunicativo de los ciudadanos, juridificado mediante el procedimiento discursivo, esto es, mediante el conjunto de argumentaciones que permiten lograr un consenso en cuanto a que determinada norma puede ser aceptada por todos los posibles afectados. Para lograr lo anterior se requiere, como es obvio, un poder comunicativo desarrollado en un debate público profundo y constante, sobre la base de un Sistema de Derechos ya constituido plenamente. El primer problema, por tanto, es que el Sistema de Derechos no esté constituido o no funcione como debería.

El Sistema de Derechos propuesto por Habermas aplicado a Chile posee al menos dos problemas de difícil solución. Las primeras tres categorías de derechos están, como ya fue mencionado, prácticamente incorporados a la matriz de cualquier Estado moderno. Pero la cuarta categoría, que corresponde al derecho a participar con igualdad de oportunidades en procesos de formación de la opinión y voluntad pública, o en otras palabras el derecho a la autonomía política, se ve mermada por todos los principios de exclusión ya señalados. Es difícil, por no decir imposible, interpretar la “igualdad de oportunidades” de una manera que obvie el hecho de que un considerable número de movimientos políticos están fácticamente imposibilitados de alcanzar un puesto en el parlamento, lugar natural de deliberación política.

Por otra parte, en lo que respecta a la quinta categoría del Sistema de Derechos, esto es, las garantías de aquellas condiciones de vida material que se

estiman indispensables para asegurar los derechos civiles de las primeras cuatro categorías en términos de igualdad de oportunidades, su status es bastante controvertido a nivel constitucional. Ya se ha mencionado cómo los derechos sociales, los cuales se habían desarrollado notablemente con las reformas a la Constitución de 1925, ceden un terreno muy importante a los derechos individuales. La legislación laboral y sindical sufre un fuerte retroceso que tiene como base la regulación constitucional, lo mismo que los derechos subjetivos públicos a la salud y a la educación, consagrados desde 1980 como “libertades”. La quinta categoría de derechos se presenta, por tanto, sumamente menoscabada respecto de la misma regulación con anterioridad a 1973, en gran parte debido a las influencias neoliberales de la Constitución de 1980. Sin embargo, el mismo Habermas toma precauciones al momento de referirse a los derechos sociales, como “no absolutamente fundados”. Quizá previendo una crítica de los liberales, quienes probablemente acusarían una supuesta incompatibilidad en la teoría de Habermas respecto de un sistema económico determinado y un derecho válido. Con todo, el déficit de los derechos sociales en la Constitución de 1980 es evidente y requiere una explicación más amplia de la que es posible dar aquí.

Quizá este mismo déficit en el Sistema de Derechos puede explicar por qué tampoco se logra una juridificación del poder comunicativo a través de la Constitución. El proceso constituyente de 1980, junto con todos los procesos de reformas posteriores, se caracteriza por la exclusión y la pobreza del debate político. Nada más alejado del poder comunicativo de los ciudadanos que el debate constitucional en el Consejo de Estado o en la Comisión de Estudio, o la negociación de 1989 que dio origen a la llamada “Transición” a la democracia. Existe una exclusión en el procedimiento discursivo mismo, circunscrito a una élite, y una distorsión en lo que respecta a la voluntad del pueblo, que queda limitada a un pronunciamiento electoral de suma cero. Por esto, en segundo lugar, el procedimiento mismo de creación del derecho, que a la vez viene configurado por el Sistema de Derechos, no corresponde en el caso de Chile al procedimiento discursivo mediante el cual todos los potenciales afectados pueden argumentar en torno a la validez de una norma jurídica determinada.

Sobre este punto es necesario hacer un alcance importante. Habermas señala en repetidas veces que el Sistema de Derechos puede reconocerse en el origen de determinadas Constituciones de los Estados modernos. A pesar de que, lamentablemente, en ningún momento especifica cuáles son dichas Constituciones, la sola referencia basta para comprender el Sistema de Derechos no como un ideal o una reconstrucción abstracta, sino como una reconstrucción de la realidad histórica. El Sistema de Derechos no es un proceso ideal utópico (a la manera de *La Paz Perpetua* de Kant), sino un procedimiento que efectivamente ha tenido lugar, en mayor o menor medida, en la constitucionalización moderna. Siguiendo a Habermas, con el déficit de este Sistema de Derechos no se crean las condiciones necesarias para el procedimiento discursivo. Dentro de la lógica de la Teoría de Habermas, por consiguiente, no es de extrañar que efectivamente el procedimiento discursivo no esté presente en la generación del derecho.

De hecho, la misma idea fundante de la Carta de 1980, cual es la de crear una democracia tutelada por los militares y protegida frente a una supuesta “amenaza comunista” y frente a la “demagogia política”, está en las antípodas del procedimiento discursivo habermasiano que le otorgaría legitimidad al ordenamiento jurídico. La configuración de una sociedad con un debate público muy restringido, junto con la implantación de un sistema de creación de normas exclusivo de las minorías e intervenido por la autoridad, produce en definitiva un derecho que no puede calificarse de otra forma que como un “derecho fáctico”, ajeno a toda legitimidad o validez discursiva, toda vez que el procedimiento mismo de creación del derecho no se encuentra asegurado ni puede siquiera ocurrir en la práctica social.

Y el hecho de que la Constitución fuese otorgada por un gobierno militar, con posterioridad a la destrucción de la institucionalidad republicana y con la expresa intención de “proteger” la democracia de sus enemigos internos, es decir, sin buscar consensos de ningún tipo, explica a su vez el porqué de muchas de sus normas y principios. Dentro de esta lógica, se explica una disposición como el antiguo artículo 8° y el actual artículo 19 N° 15 inciso 6°, como una norma de control de la democracia frente a una ideología que se pretendía eliminar por completo del pensamiento político

nacional. Se explica el rol tutelar y garante de las Fuerzas Armadas y la Doctrina de la Seguridad Nacional, como una manera institucional de vigilar el sistema político mediante la amenaza de la fuerza. Se explican, en fin, todas las cortapisas del sistema legislativo, por la intención de crear una democracia elitista que deje entregada a un grupo reducido de personas las decisiones más importantes de la sociedad. Pero luego de 28 años, la totalidad de estas normas y principios pierden toda explicación desde el punto de vista de una república democrática.

Y lamentablemente, hasta el día de hoy, la deliberación ciudadana no se encuentra aún encausada como debería, y los principios establecidos en la Carta de 1980 continúan subsistiendo como rectores de la sociedad civil. Amen de las normas y principios ya señalados que pugnan con una concepción habermasiana del derecho legítimo, la propia sociedad democrática se encuentra estructurada a nivel constitucional de una manera que impide el reconocimiento de todos y cada uno de los ciudadanos como autores del derecho, como partícipes del discurso y del procedimiento de producción del derecho.

En síntesis, la Carta Fundamental de 1980 ha sido constantemente criticada por su falta de legitimidad, por su imposición forzosa y por sus disposiciones y principios que configuran una democracia autoritaria y alejada de la tradición republicana chilena. Resistiéndose al cambio, ha sido modificada en numerosas ocasiones para corregir sus innumerables deficiencias jurídicas, políticas y democráticas. Pero aún no se ha producido una legitimación sustancial de dicha Carta, no obstante sus numerosas, y sin duda importantes reformas.

Tanto en su génesis, como en su evolución a lo largo de casi 30 años, la Constitución Política de la República de Chile es un conjunto de normas fundamentales que no aprueba el test discursivo de validez del derecho propuesto por Habermas, toda vez que jamás ha concurrido a su legitimación el procedimiento discursivo a través del cual todos los eventuales afectados puedan aprobarla y aceptarla como suya, posiblemente por el hecho de que la misma Constitución no reconoce a la sociedad democrática el papel de creadora y legitimadora del sistema jurídico.

En nuestro país se ha debatido bastante sobre el malestar de la ciudadanía con la institucionalidad vigente, la cual, como hemos ya mencionado en varias ocasiones, mantiene en gran medida el andamiaje impuesto por el gobierno militar. Dicha institucionalidad, independiente de sus eventuales méritos, fue y es construida a espaldas del pueblo. Esto se ha manifestado a través de la apatía ciudadana, los violentos conflictos que se han vivido ha propósito de distintos temas y que evidencian una gran falta de espacio público, y, en definitiva, un deterioro notable de la actividad política. Todas estas manifestaciones pueden interpretarse, siguiendo a Habermas, a través de aquél concepto marco que evidencia el derecho ilegítimo, cual es la “falta de integración social”. La integración social es el concepto que permite que el sentir común de los ciudadanos se canalice como un todo en la sociedad civil, la cual deja de ser un conjunto de individuos en una lucha constante. En la teoría de Habermas, esta integración social se vincula precisamente con la acción comunicativa, como contrapartida a la acción estratégica.

Constatando en el momento actual de la vida nacional una sociedad civil con una desvalorada participación política, un sistema jurídico que no refleja el autogobierno y la participación de sus destinatarios y un sistema político que arrastra un déficit de justicia en términos de imparcialidad, la Teoría Discursiva del Derecho de Jürgen Habermas es la única teoría sobre la validez jurídica que puede explicar cómo ocurre en la práctica el fenómeno de un derecho fáctico que no cumple su función integradora debido a su falta de legitimidad sustancial. El derecho ilegítimo existe como una realidad sensible, es una práctica jurídica asentada, con la cual los partícipes se desenvuelven sin mayores cuestionamientos, pero que al momento de ser evaluado en términos sociológicos es un ordenamiento que simplemente no funciona, y es, en esta medida, inválido. La validez, por tanto, no tiene que ver (directamente) con la existencia o aplicabilidad del derecho, sino con el logro de sus finalidades.

Aunque no está utilizado en un sentido propiamente habermasiano, resulta llamativo el hecho de que destacados historiadores chilenos señalen al régimen militar como cifrado en su “facticidad”: “[...] el único común denominador que lo define en

cuanto régimen propiamente tal, cualquiera sean las distintas alternativas que periódicamente ofrece, se cifre en lo que también desde un comienzo lo singulariza y define históricamente: su facticidad. Es decir, su principal basamento consiste en lograr una exitosa mezcla de pragmatismo e improvisación, amparándose en el monopolio de la fuerza cuando no la brutalidad [...]”¹²³. En este sentido, el “derecho fáctico” es un derecho que es aplicado por los tribunales de justicia y tolerado por cierta parte de la ciudadanía, pero que debe ser impuesto por la fuerza (en el más puro sentido de la palabra) frente a otra gran parte de ella.

Este “derecho fáctico” no es seguido por convicción ni siquiera en sus manifestaciones más básicas, por lo que debe valerse de un poder extraordinario, que en ocasiones rebalsa los límites democráticos, para poder imponerse. En sentido contrario de lo que manifiesta el discurso oficial de la coalición gobernante, este “derecho fáctico” sigue necesitando de la brutalidad para poder imponerse a la voluntad ciudadana.

De la misma manera que la teoría del derecho habermasiana, un sector importante de la historiografía chilena responsabiliza a la Carta Fundamental de los más diversos conflictos sociales desarrollados en Chile durante las últimas décadas. “Permea en la Constitución de 1980, desde su inspiración, gestación e imposición, en cambio, una fuerte sospecha del derecho como cauce de deliberación responsable. Se trata de un texto jurídico que más bien tutela que faculta, que tiende a restringir en vez de abrir perspectivas de participación política, en fin, un ordenamiento que parte del supuesto que los que gobiernan deben estar sujetos a un previamente demarcado margen de maniobra”¹²⁴. Esta interpretación histórica de la influencia de la Constitución Política en la sociedad civil es análoga –como puede fácilmente apreciarse- al déficit de integración social del derecho producido a partir de la Carta de 1980.

¹²³ CORREA, SOFÍA et al. Historia del siglo XX chileno, *op. cit.*, pág. 323.

¹²⁴ CORREA, SOFÍA et al. Historia del siglo XX chileno, *op. cit.*, págs. 324-325.

Una conclusión de Habermas bastante pertinente para la realidad chilena es la siguiente: "Muy a menudo el derecho presta al poder ilegítimo una apariencia de legitimidad. Y esa apariencia no permite a primera vista reconocer si lo que el derecho opera en lo tocante a integración de la sociedad, es decir, las operaciones del sistema jurídico en lo tocante a integración, vienen sostenidas por, o tienen su base en, el asentimiento de los ciudadanos asociados, o si resultan de la autoprogramación estatal y del poder socioestructural y, apoyadas sobre esa base material, generan ellas mismas la necesaria lealtad de la población"¹²⁵.

No parece exagerado sostener que el Estado chileno, a través de una alianza no deliberada con los medios de comunicación, ha intentado sistemáticamente crear una imagen de legitimación constante del sistema jurídico desde la Constitución de 1980. En verdad, políticamente puede parecer una decisión razonable. Tanto a partidarios como a detractores del gobierno militar y su institucionalidad les acomoda crear una conciencia respecto de la progresiva internalización del derecho, como un derecho aceptado por los ciudadanos a través de sus representantes. A través de esto se crea una imagen de integración social que en la práctica no existe. Y en este proceso, tal como fue señalado, los medios de comunicación han jugado un papel importantísimo. Se puede establecer un paralelo en la sociedad chilena respecto de un punto que en otras sociedades ha sido muy discutido, cual es el de la influencia de los medios de comunicación en la expansión del derecho penal, con el papel de dichos medios en la creación de una convicción de legitimidad del derecho. Pero este es un tema que, por su extensión, no puede ser tratado aquí.

Los mismos conceptos pueden ser aplicados (tal como lo hace el mismo Habermas) a la teoría de la democracia. "Una concepción de la democracia debiera ser la expresión de un conjunto de principios y valores universales. Las normas democráticas no tienen carácter utilitario sino deontológico. No son recomendables por sus consecuencias, o como medios útiles para la solución de conflictos, o para favorecer determinados fines, como el desarrollo económico o una economía de

¹²⁵ HABERMAS, JÜRGEN. Facticidad y validez, *op. cit.*, pág. 103.

mercado. La democracia es ella misma un conjunto de fines de la asociación política, como la libertad, la participación y el pluralismo, que no derivan ni pueden derivar su legitimidad de tales o cuales características de los procesos sociales, conflictivos o no, de las últimas décadas en Chile”¹²⁶. Dicha concepción es radicalmente opuesta al proyecto refundacional del régimen militar, que sindicaba como el peor defecto de la democracia anterior a 1973 el hecho de que ésta fuese considerada como “un fin en sí misma”. La democracia entendida en términos de *fairness* la hace incompatible con concepciones políticas, económicas o ideológicas impuestas, en tanto éstas no se relacionan con el autogobierno del pueblo. En definitiva, con las normas que pueden ser aprobadas por todos los posibles afectados.

Ahora bien, ¿qué significa la falta o el déficit de integración social que caracteriza, según Habermas, al derecho ilegítimo? ¿Qué significa la “integración social” en el sentido de la teoría discursiva del derecho? La integración social significa que cada uno de los ciudadanos, cada uno de los creadores del orden jurídico, puede, de esta manera, sentirse parte de un todo, de un *Nosotros, el Pueblo de Chile*. Los ámbitos de acción estratégica y de racionalidad instrumental quedan relegados del ámbito de la política, en la cual – a través de la acción comunicativa y la racionalidad discursiva- el discurso generará un consenso que puede ser llevado por todos los partícipes como el suyo propio. El proyecto propio es, a la vez, el proyecto común.

En este sentido, la integración social implica, en primer lugar, que las normas jurídicas son seguidas por convicción y no por la fuerza. Donde existe un consenso, existe una disposición al cumplimiento y a la obediencia, puesto que quien participa en la creación de una norma y delibera acerca de ella acepta que dicha norma, en una situación hipotética, podrá afectarle a él tanto como a otros. En segundo lugar, implica una identificación con el poder político mediante el proceso de toma de decisiones, de tal manera que cualquier miembro de la sociedad pueda formar parte de la deliberación política respecto de los aspectos más importantes de la vida republicana. Y por último, implica una evolución constante de la sociedad democrática mediante el

¹²⁶ RUIZ, CARLOS. Seis ensayos sobre Teoría de la Democracia, *op. cit.*, pág. 187.

enfrentamiento de ideas y concepciones del bien que son debatidas de manera constante y sin limitaciones, en miras a convencer a otros miembros o simplemente a mantener un lugar en la participación de la vida en comunidad.

En fin, como corolario de todo lo anterior, la integración social implica en definitiva la función de complementación a la moral correspondiente al orden normativo del derecho, en el sentido de llevar el ámbito de la acción estratégica al arbitrio de cada uno de tal manera que pueda ser compatible con el arbitrio de todos. Cuando ello no ocurre, la acción estratégica penetra en la moral y, de esta manera los límites entre moral y derecho se vuelven más patentes o, por el contrario, se disuelven. De esta manera el proyecto común, el *Nosotros, el pueblo de Chile*, no existe como una realidad. La sociedad civil sólo se proyecta como un conjunto de ciudadanos aislados y guiados por una racionalidad estratégica.

3. La distorsión de la opinión pública o “publicidad” (*Offentlichkeit*).

Uno de los conceptos fundamentales para entender el desenvolvimiento del poder comunicativo es el de la “Publicidad” u “Opinión Pública” (en alemán, *offentlichkeit*) como espacio informal y espontáneo a través del cual el discurso ciudadano va generando ideas y consensos que serán posteriormente incorporados a las instancias formales de participación. En cierta medida, es una categoría imprescindible para comprender la idea de discurso en las sociedades modernas, como la única manera de recoger los sentimientos y aspiraciones de un gran número de ciudadanos. La publicidad se configura como “un espacio en el cual se liberan los flujos comunicativos de todos los sujetos en tanto tratan de informarse sobre una praxis común, y en esta medida conforma la antesala de la formación de opiniones específicas sobre temas de relevancia general y colectiva”¹²⁷.

¹²⁷ PRIETO, EVARISTO. Algunas consideraciones sobre las relaciones entre Derecho e integración social en el último Habermas. Cuadernos de Filosofía del Derecho Doxa 15-16: Págs. 339 - 352. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Universidad de Alicante, 1994. Pág. 343.

A través de la publicidad se articula el discurso ciudadano en la medida que los temas relevantes para la sociedad van desarrollándose a través de un proceso de selección. Los argumentos van adecuándose a los intereses en conflicto hasta los espacios formales de deliberación, en los cuales el discurso posee un nivel de generalidad necesario para someterse al procedimiento discursivo democrático como tal.

Tal es la importancia de la Opinión Pública en las sociedades modernas que el mismo Habermas, aún antes de la Teoría de la Acción Comunicativa y mucho antes de Facticidad y Validez, dedicó un libro completo al estudio del tema. Se trata del texto “Historia y Crítica de la Opinión Pública”, que analiza el desarrollo y la evolución de la categoría de la Publicidad desde su surgimiento como concepto (Inglaterra a fines del siglo XVII y Francia a fines del siglo XVIII, señala Habermas) hasta sus transformaciones en el siglo XX, que culminan en el proceso actual y su vinculación con los *mass media* junto a un diagnóstico crítico respecto del papel que juegan éstos en la actividad política. “Junto con la comercialización y la condensación de la red de comunicación, junto con el creciente despliegue del capital y el ascendente grado organizativo de los dispositivos publicistas, los canales de comunicación pasaron a estar regulados de manera más intensa y las oportunidades de acceso a la comunicación pública quedaron sujetas a una presión selectiva aún mayor. Surgió así una nueva clase de influencia, a saber, un poder de los medios que, utilizado manipulativamente, hace perder la inocencia al principio de la publicidad. La esfera pública, dominada y preestructurada al mismo tiempo por los *mass media*, degeneró en un ruedo impregnado por el poder”¹²⁸.

Habermas entiende por publicidad política “la sustancia de las condiciones comunicativas bajo las que puede realizarse una formación discursiva de la voluntad y de la opinión de un público compuesto por los ciudadanos de un Estado”¹²⁹. Esta idea

¹²⁸ HABERMAS, JÜRGEN. Historia y crítica de la opinión pública. La transformación estructural de la vida pública. 2ª Edición. Barcelona, Editorial Gustavo Gili, 2004. Págs. 16-17.

¹²⁹ HABERMAS, JÜRGEN. Historia y crítica de la opinión pública, *op. cit.*, pág. 26.

es la base del concepto discursivo de democracia, la “democracia deliberativa”, que debe su justificación en el razonamiento público de ciudadanos iguales.

Las instancias informales de participación política y de desarrollo de argumentos y debates acerca de lo público tienen un papel fundamental en el desenvolvimiento del poder comunicativo de los ciudadanos. “El principio de que todo poder del Estado proviene del pueblo ha de especificarse en cada caso y según las circunstancias en forma de libertades de opinión e información, de libertades de reunión y asociación, de libertades de fe, de conciencia y de confesión religiosa, de derechos a participar en elecciones y votaciones políticas, a enrolarse en partidos políticos o a participar en movimientos ciudadanos, etc.”¹³⁰.

Todas estas libertades y derechos, a su vez, deben canalizarse a través de una publicidad valorativamente neutral que incorpore a dicho proceso, tal como al procedimiento discursivo que tenga origen en su seno, a todos los posibles afectados por las decisiones que se tomarán en definitiva en nombre del pueblo. Por esto es que una publicidad intervenida, manipulada y no neutral genera problemas de legitimidad en el procedimiento democrático.

El problema más obvio que puede afectar a la publicidad –y que históricamente, en efecto, la ha afectado- es el de su manipulación a través del aparato estatal, de manera de afectar el poder comunicativo de los ciudadanos para manejar de manera solapada el desenvolvimiento de la democracia. El caso paradigmático es el de la Alemania nazi, en la cual la manipulación de la opinión pública a través de un intenso plan de propaganda política fue considerada como esencial para el triunfo bélico y político, por la importancia de contar con el apoyo popular en las decisiones gubernamentales. El objetivo fue logrado con un éxito terrorífico. En el contexto nacional que nos ocupa, el gobierno militar utilizó métodos similares de intervención. Además de ejercer una fuerte censura sobre los medios de comunicación, utilizó aquellos que le fueron leales para crear consensos en la población en temas

¹³⁰ HABERMAS, JÜRGEN. Facticidad y validez, *op. cit.*, pág. 194.

determinados. En una época en la que aún no existía internet, la intervención de los medios de comunicación era muchísimo más efectiva de lo que puede ser en las sociedades actuales.

Pero los regímenes democráticos modernos han mostrado otra manera de distorsión de la publicidad, menos obvia pero no por eso menos problemática. Dicha distorsión se produce cuando el acceso a los medios de comunicación (y, por consiguiente, los discursos presentes en dichos medios) se ve limitado de acuerdo a las reglas del mercado, de tal manera que el poder económico termina por determinar el discurso público guiándolo según sus propios intereses. “Cuando las leyes del mercado, que controlan la esfera del tráfico mercantil y del trabajo social, penetran también en la esfera reservada a las personas privadas en su calidad de público, el raciocinio tiende a transformarse en consumo, y el marco de la comunicación pública se disgrega en el acto, siempre uniformizado, de la recepción individual”¹³¹. Esta afirmación no representa novedad alguna en la teoría de Habermas. Aplicado a la categoría de la publicidad, se trata del mismo problema que genera la acción estratégica en la moral, el uso instrumental de la razón práctica.

El ámbito del arbitrio privado penetra un espacio que por antonomasia se inserta en el ámbito de lo público, provocando un déficit en lo que respecta a la acción comunicativa del conjunto de ciudadanos. El “mercado de la publicidad”, señala Habermas, “incita más al consumo impersonal de estímulos apaciguadores que guía e instruye en el uso público de la razón”¹³². La conclusión es que “sólo en apariencia es el mundo producido por los medios de comunicación de masas publicidad”¹³³.

En relación a la importancia de la categoría de la publicidad en las sociedades modernas, señala Habermas que “la soberanía popular no se encarna ya

¹³¹ HABERMAS, JÜRGEN. Historia y crítica de la opinión pública, *op. cit.*, pág. 190.

¹³² HABERMAS, JÜRGEN. Historia y crítica de la opinión pública, *op. cit.*, pág. 198.

¹³³ HABERMAS, JÜRGEN. Historia y crítica de la opinión pública, *op. cit.*, pág. 199.

en una asamblea intuitivamente identificable de ciudadanos autónomos; se retrae a los circuitos de comunicación, por así decir, carentes de sujeto, que representan los foros y los organismos deliberativos y decisorios”¹³⁴. En definitiva, todo el discurso argumentativo a través del cual se desarrolla el poder comunicativo, fuente de legitimidad del derecho y la democracia, tiene su origen en la “asamblea de ciudadanos” que representa el espacio de la opinión pública neutral. En donde no exista una opinión pública neutral, existe asimismo un déficit en el procedimiento discursivo democrático. Un déficit que puede salvarse mediante otros factores (v. gr., otros foros de debate político), pero que sin duda juega un papel importante en la legitimación del poder comunicativo ciudadano.

De acuerdo a lo señalado, es evidente que en una democracia en la cual no se encuentra garantizada una publicidad neutral es muy difícil lograr a su vez las condiciones ideales para que el poder comunicativo de los ciudadanos se transforme en un derecho legítimo. La publicidad política “es un recurso que no puede ser creado discrecionalmente por el poder político y los partidos en liza, ni manipulada, so pena de enfrentarnos a un público movilizado plebiscitariamente del que quepa esperar tan sólo un asentimiento ciego y reflejo a los condicionamientos del poder”¹³⁵.

En verdad, la reflexión precedentemente citada no puede describir de mejor manera la aprobación de la Constitución de 1980. Amen de las ya citadas restricciones políticas y el ambiente de terrorismo estatal vivido en tiempos de la aprobación de la Constitución, es evidente el hecho de que la publicidad entendida en términos habermasianos degeneró en propaganda política. Tal como en el Plebiscito de 1988, el gobierno militar movilizó una maquinaria de propaganda a través de una campaña del terror, que alarmaba a la población sobre los peligros de una vuelta a la democracia anterior a 1973, a la vez que exhortaba a un nacionalismo que pretendía defender a Chile de una supuesta agresión internacional.

¹³⁴ HABERMAS, JÜRGEN. Facticidad y validez, *op. cit.*, pág. 203.

¹³⁵ PRIETO, EVARISTO. Algunas consideraciones sobre las relaciones entre Derecho e integración social en el último Habermas, *op. cit.*, pág. 343.

Y con la recuperación de la democracia, se han evidenciado de manera más clara los peligros de la publicidad que describe Habermas en las sociedades democráticas modernas. Luego de la dictadura militar y las consecuentes restricciones a los medios de comunicación, se fue desarrollando un oligopolio de dichos medios controlado por determinados grupos de poder que han configurado, en la práctica, una distorsión al ideal de publicidad política. Una libertad de prensa en el papel se ve fácticamente menoscabada por el acceso a los medios de comunicación, los que no escapan a la lógica del mercado y sus intereses estratégicos. “El tráfico de noticias se desarrolla no sólo en relación con las necesidades del tráfico mercantil: las noticias mismas se han convertido en mercancías. La información periodística profesional obedece, por tanto, a las mismas leyes del mercado, a cuyo surgimiento debe ella su propia existencia”¹³⁶.

Y el problema llega a afectar al debate público, toda vez que el mismo discurso político debe adaptarse a esta realidad de la publicidad interpretada en términos estratégicos. “Los partidos y sus organizaciones auxiliares se ven necesitados de influir publicísticamente sobre las decisiones de sus electores de un modo análogo a la presión ejercida por el reclamo publicitario sobre las decisiones de los consumidores”¹³⁷. Esta distorsión de la publicidad genera, precisamente, una polarización de las discusiones políticas, creando antagonismos de todo o nada en discursos complejos que requieren una larga evolución para ser decantados. La misma “publicidad” intervenida por estos criterios genera una falsa sensación de creación del debate, incitando a agrupar opiniones que difícilmente pueden considerarse como conjunto. “En la publicidad manipulada, en vez de una opinión pública funciona más bien un plebiscito dispuesto a la aclamación, un clima de opinión. Es manipulativo, sobre todo, el cálculo sociopsicológico de ofertas dirigidas a inclinaciones inconscientes y encaminadas a despertar reacciones previsibles, sin que, por otra

¹³⁶ HABERMAS, JÜRGEN. Historia y crítica de la opinión pública, *op. cit.*, pág. 59.

¹³⁷ HABERMAS, JÜRGEN. Historia y crítica de la opinión pública, *op. cit.*, pág. 242.

parte, quienes así se aseguran la aquiescencia plebiscitaria puedan verse obligados a contrapartidas de ningún tipo”¹³⁸.

En definitiva, también en la categoría de la publicidad existe un déficit democrático en la sociedad chilena, el cual fue, por cierto, mucho más intenso durante el gobierno militar, mediante una manipulación premeditada, pero que luego de 20 años de democracia evidencia todos los problemas descritos a propósito de la influencia del mercado en el espacio de lo público. Considerando que el principio de subsidiariedad y la libertad empresarial fueron consagrados de manera superlativa precisamente de la Constitución de 1980, ¿es posible hablar de una falta de intención en dicha distorsión?

4. Los problemas que ha generado el déficit de legitimidad.

En definitiva, como ya ha sido adelantado, la institucionalidad jurídica chilena surgida a partir de 1980 no satisface el test de legitimidad de la teoría discursiva del derecho, toda vez que no surge como consecuencia de un procedimiento discursivo ciudadano, a pesar de sus diversas modificaciones, y mantiene principios jurídicos y políticos de exclusión que impiden una creación de aquel discurso argumentativo legitimatorio, lo que se manifiesta en definitiva a través del gran conjunto de normas que no satisfacen el principio de universalidad. Paralelo a la ilegitimidad del derecho, existe un déficit democrático que se debe también a aquellos principios políticos configurados a partir de la Constitución y que perduran hasta la actualidad. Sin una democracia efectiva (en términos habermasianos) que configure de manera esencial la cuarta categoría del Sistema de Derechos propuesto por Habermas, tampoco es posible garantizar plenamente las condiciones que permitan una transformación jurídica del poder comunicativo ciudadano.

Una vez determinado que el derecho surgido a la luz de la Constitución Política de 1980 no satisface el test de legitimidad de la teoría discursiva, corresponde

¹³⁸ HABERMAS, JÜRGEN. Historia y crítica de la opinión pública, *op. cit.*, pág. 243.

referirse, a modo de conclusión del presente estudio, a las consecuencias de la falta de legitimidad de dicho ordenamiento, o, si se prefiere, a las consecuencias fácticas que ha traído la falta de integración social que corresponde al déficit de legitimidad de nuestro sistema jurídico. Ya se ha mencionado que la integración social es el concepto clave para explicar la idea de autogobierno, puesto que considera al conjunto de ciudadanos como un todo social cuyo discurso argumentativo se interpreta como un consenso que se transforma, de esta manera, en el pueblo de Chile.

En primer lugar, se aprecia una mala percepción de la ciudadanía respecto de la actividad política. No hay encuestas de opinión en que no se destaque la pésima evaluación de los políticos y la poca vinculación que tienen éstos con los problemas de la ciudadanía. En parte es un lugar común que posee una utilidad “transversal”, y que fue introducida precisamente por el gobierno militar, pero que no deja de tener una base cierta y profunda. En este punto, muchos sostienen que “el origen de la crisis de la política o de sus problemas de calidad [...] radica básicamente en un orden constitucional impuesto y ajeno a los chilenos, que no pueden sino aceptar, pero con el que no se identifican”¹³⁹ (nótese que, nuevamente, se hace referencia a la “facticidad” de la Constitución chilena). La Constitución de 1980 transforma toda la actividad política trasladando el eje de ésta desde los partidos políticos a una masa desorganizada de ciudadanos con un comportamiento cada vez más pragmático.

De la misma manera, la política partidista reorganizada desde 1989 aun no logra una plena representación de la ciudadanía, por los ya mencionados problemas de exclusión de determinados movimientos políticos. Para Manuel Antonio Garretón, el resultado de este sistema político “es una mezcla de política de arreglos, mal llamados consensos, de enfrentamientos entre actores sin proyecto por cuotas de poder, de

¹³⁹ GARRETÓN, MANUEL ANTONIO. Del Postpinochetismo a la sociedad democrática. Globalización y política en el Bicentenario. Santiago de Chile, Editorial Random House Mondadori, 2007. Pág. 100.

soluciones parches que dejan arrastrarse los problemas hasta que se presenten otros”¹⁴⁰.

Vinculado con lo anterior, se puede apreciar un nivel de participación política en los procesos electorarios que evidencia esta sensación de que el debate público no se canaliza en modo alguno como debiera. Es también un hecho público y notorio la baja inscripción electoral en el sector más joven de la población, lo cual no tiene, a mi juicio, otra explicación que el hecho de que ese importante segmento de la población ve como inútil su participación en unas elecciones que poco contribuirán a una participación política efectiva. Tampoco ayuda el hecho de que aún no se ha producido un cambio generacional significativo en la elite política. Como se ha mencionado varias veces en este estudio, lo anterior es una consecuencia inevitable de los principios exclusivos que configuró la Constitución Política y que continúan presentes. “Existan o no instituciones que reconozcan derechos, hay gente que está dentro y gente que está fuera, lo que ocurre tanto en estos nuevos campos de poder como en los clásicos. [...] el fenómeno de expansión de la aspiración ciudadana es cruzado y redefinido por la exclusión de vastos sectores que pueden llegar a dos tercios de una sociedad”¹⁴¹.

En segundo lugar, es posible apreciar una falta de espacios de manifestación ciudadana, lo cual lleva de manera inevitable a la tendencia de la ciudadanía a manifestarse a través de canales informales, los cuales son reprimidos generando reacciones violentas. “Los actores sociales, las centenas de miles de personas se distribuyen en distintas organizaciones y ya no en la forma clásica que tuvieron para organizarse, que fueron los partidos políticos, lo que deja de algún modo a la clase política girando en torno a sí misma, y a los actores sociales con una suma de proyectos individuales pero sin proyecto de país”¹⁴².

¹⁴⁰ GARRETÓN, MANUEL ANTONIO. Del Postpinochetismo a la sociedad democrática, *op. cit.*, pág. 143.

¹⁴¹ GARRETÓN, MANUEL ANTONIO. Del Postpinochetismo a la sociedad democrática, *op. cit.*, págs. 55-56.

¹⁴² GARRETÓN, MANUEL ANTONIO. Del Postpinochetismo a la sociedad democrática, *op. cit.*, pág. 109.

De la misma manera, el derecho impuesto desde las cúpulas genera la ya profetizada consecuencia del fenómeno de la desobediencia civil. Esta desobediencia civil, además, genera el círculo vicioso de mayor violencia, tanto por parte de la ciudadanía como por parte de las autoridades.

La teoría de Habermas, precisamente, permite interpretar estos fenómenos a partir de la ilegitimidad del derecho. Es el derecho fáctico, impuesto, aquel que no satisface una función de complementación de la moral en lo referente a la integración de la sociedad, el que acarrea como consecuencia los conflictos sociales mencionados. En verdad, el persistente rechazo a la Constitución heredada del régimen militar no es una conclusión antojadiza. Son pocos los autores que siguen defendiendo la legitimidad de la Constitución desde la academia. Dentro de las obvias divergencias, existe un amplio consenso en señalar que la institucionalidad política configurada a partir de la Carta Fundamental es, por decir lo menos, imperfecta. Lo mismo ocurre con la ciudadanía diletante. Las críticas a la Constitución Política por su ilegitimidad democrática de origen y de contenido han pasado a ser un tópico recurrente, el cual, lejos de haber sido creado o impuesto, se ha desarrollado de manera espontánea a lo largo de los años.

Conclusiones

El sistema jurídico chileno surgido a la luz de la Carta Fundamental de 1980 posee numerosas deficiencias en lo que respecta a la legitimidad democrática de sus normas. Si bien dichas deficiencias han sido constantemente denunciadas en términos de filosofía política, teoría de la democracia y sociología, no ha ocurrido lo mismo en lo que respecta a la teoría del derecho propiamente tal. ¿Es posible el hecho de que, a pesar del déficit de legitimidad sustancial de numerosos principios políticos de la Constitución, ésta siga siendo catalogada, sin mayores cuestionamientos, como derecho válido?.

Se han expuesto los principios básicos de la teoría discursiva del derecho, en virtud de la cual sólo son válidas aquellas normas que pudiesen ser adoptadas por todos los ciudadanos partícipes de un discurso de fundamentación. Esta teoría, como se ha visto, es particularmente relevante en las instancias más importantes de legitimación democrática de los principios políticos fundamentales de una nación, como lo son, de manera superlativa, los procesos constituyentes. En el caso de Chile, el problema de la legitimidad de la Constitución se ha mantenido durante toda su vigencia, ya sea porque jamás ha existido una asamblea constituyente en sentido estricto, o bien porque muchos de los principios exclusivos de participación política y diversos enclaves autoritarios incompatibles con una verdadera democracia subsisten hasta el día de hoy.

Un análisis de la Constitución Política a la luz de los principios de la teoría discursiva del derecho nos arroja luces para un cuestionamiento jurídico sobre su validez. Pero, ¿de qué tipo de ilegitimidad se trata? ¿Significa, entonces, que la Constitución no es otra cosa que un texto de mayor o menor valor doctrinario, pero que carece de fuerza vinculante para los tribunales? ¿Sería posible construir un argumento jurídico -en sentido estricto- para alegar la inaplicabilidad de la Constitución en la práctica judicial?.

Ya han sido adelantadas muchas de las conclusiones de la presente investigación. El primer punto que es necesario dejar en claro es que la teoría de Habermas no está -ni puede estar- dirigida a la práctica judicial. En realidad, cuando Habermas habla de la "facticidad" se está refiriendo precisamente a aquel derecho que, no obstante la existencia de discrepancias acerca de su legitimidad, es un derecho igualmente aplicable por la judicatura. La Constitución se nos presenta, como ya se ha dicho en reiteradas ocasiones, como una realidad sensible, respecto de la cual los partícipes en discursos jurídicos y la comunidad en general constatan permanentemente su existencia, y, en gran medida, su validez formal. El derecho fáctico pero ilegítimo en la teoría de Habermas posee un déficit en cuanto al cumplimiento de sus fines, y, concretamente, en su función de complemento de la moral en la integración de la sociedad. Pero dicho déficit se produce precisamente porque el derecho sigue existiendo en la vida ciudadana.

Habermas señala expresamente que el derecho meramente fáctico asegura a las reglas una obediencia relativa, por la misma autoridad en el establecimiento de las normas. Por eso es que se ha dicho –erróneamente a mi juicio- que la teoría de Habermas funciona mejor como una Teoría de la Justicia que como una teoría del derecho. Lo que ocurre es que la teoría incorpora –y este aserto sí es correcto- una matriz sociológica al concepto de validez. La validez del derecho no se agota en su aplicabilidad práctica, sino en el cumplimiento de sus fines ulteriores.

Pero tampoco pretende ser la teoría de Habermas un planteamiento prescriptivo sobre lo que el derecho debería ser. En cierta medida lo es, toda vez que el derecho legítimo se presenta como un desiderátum de cualquier estado democrático. Pero la teoría se plantea a través de una reconstrucción histórica de las Constituciones de los Estados modernos, a la manera de un Contrato Social. El Principio del Derecho, el Principio Democrático y las distintas categorías de derechos no son ideales abstractos, sino realidades lógicamente reconstruidas en orden a comprender cómo es el funcionamiento de los distintos Estados y sus respectivos sistemas políticos de acuerdo a sus particulares procesos constituyentes. La teoría de Habermas no

pretende ser prescriptiva, sino descriptiva. La validez del derecho –y su ideal de legitimidad democrática- tiene su origen en una manera particular de construir el sistema político y la democracia, la cual efectivamente ha tenido lugar en distintos procesos históricos. Si bien es cierto que describe un ideal del derecho, ese ideal no es otra cosa que el adecuado funcionamiento del derecho legítimo.

En definitiva, la conclusión en cuanto a la Teoría Discursiva del Derecho planteada por Habermas es que aquel derecho que no satisface las condiciones de legitimidad discursivas no cumple con su fin que le es propio, y por tanto no logrará una aceptación voluntaria por parte de sus destinatarios, lo cual, en definitiva, se traduce en conflictos sociales de la más diversa especie.

Y quizá esta conclusión pueda explicar mejor que nada los constantes cambios institucionales de la historia de Chile. Como ya se ha explicado, con la sola excepción de la Constitución de 1828, todas las Constituciones de la historia de Chile han surgido con ocasión de crisis institucionales más o menos acentuadas entre diversos bandos, resultando de esta manera los textos fundamentales una suerte de imposición del movimiento político que obtiene el poder definitivo. Con el tiempo, y luego de una adopción crecientemente consensuada de los códigos políticos, se va abriendo camino a las reformas de los mismos, los que comienzan a representar el sentir de la ciudadanía. Y cuando dichas reformas vuelven a entrar en pugna –sea con el consenso, sea con determinados grupos de poder- se produce una nueva crisis institucional de la cual resultará, nuevamente, un texto fundamental impuesto a gran parte de los ciudadanos. Es lo que ha ocurrido entre 1833 y 1891, entre 1891 y 1925, y entre 1925 y 1973.

La gran pregunta es, por supuesto, hasta qué punto, o desde cuando podríamos estimar una legitimación completa de la Carta de 1980. En virtud de lo que se ha expuesto, es posible afirmar que dicha legitimación en términos discursivos está aún pendiente. El ideal de autogobierno está lejos de ser logrado, toda vez que aún existen fuerzas políticas y ciudadanas de relevancia institucionalmente excluidas del Parlamento. Mientras que, por otra parte, permanecen numerosas disposiciones y

principios que no cuentan con la aprobación de la totalidad de los partícipes en la comunidad política. Es innegable que ha existido una evolución desde la Carta de 1980, pero a la luz de la teoría discursiva del derecho la evolución aún está incompleta.

En segundo lugar, interesa dejar en claro cual es el verdadero conflicto que se plantea a propósito de la Constitución Política. Una Constitución Política, desde el punto de vista de la teoría kelseniana, se constituye como la “norma fundante básica” del ordenamiento jurídico, esto es, aquella norma fundamental de la cual depende la validez de la totalidad del derecho. Por tanto, si la Constitución Política acarrea problemas de legitimidad, esta ilegitimidad se expande por todo el ordenamiento jurídico. Es así que, si la conclusión respecto de la Constitución es que ésta no obedece a un ideal discursivo de legitimidad, el diagnóstico se traslada al ordenamiento jurídico considerado en su totalidad.

Esta catastrófica conclusión lamentablemente se ve confirmada por diversos conflictos sociales a propósito de leyes particulares, tales como la Ley de Educación, la Ley Electoral o el estatuto hipertrofiado de la Justicia Militar, todos los cuales, por cierto, tienen su base en disposiciones constitucionales. La ilegitimidad de muchas leyes tiene su razón en su aprobación por un parlamento democráticamente viciado, pero además dichas normas deben adecuarse con el texto de la Constitución. Y en este punto el Tribunal Constitucional se ha constituido como un poder contramayoritario peligroso. La pregunta que surge entonces es, ¿hasta qué punto es posible modificar dichas normas, siendo que deben adecuarse al texto de la Constitución?.

Una vez determinada la conclusión central de la tesis expuesta en este trabajo, es necesario centrarse en la pregunta pragmática ineludible. ¿Qué podemos hacer con un derecho que no cumple su función de integración social complementaria de la moral? Además de declarar solemnemente que dicho derecho no es válido, que es meramente un derecho fáctico impuesto por la fuerza y no por la convicción de los potenciales afectados, ¿existe alguna manera, razonablemente posible, de legitimación ex - post?

Habermas no da una respuesta clara al respecto. Sin embargo, existen a mi entender dos maneras posibles de legitimación del ordenamiento jurídico chileno. La primera manera es convocando a una asamblea constituyente, que frente a una página en blanco delibere, mediante todas las instancias y por todo el tiempo que sea necesario, sobre cuál es el mejor modelo de Constitución aplicable en la sociedad actual. Una Constitución legítima en términos procedimentales-discursivos y sustanciales vendría a derogar orgánicamente el derecho ilegítimo, el cual debería entonces ser reemplazado por un derecho que cubra todas las instancias de autolegislación. En otras palabras, se trata de debatir acerca de las normas jurídicas que cabría calificar de ilegítimas y reemplazarlas por otras que satisfagan, procedimentalmente el método discursivo, y sustancialmente el ideal de autolegislación de los ciudadanos.

Se necesita una nueva Constitución, y no una modificación más o menos trascendental de la antigua, puesto que existen demasiados principios subyacentes a las normas que se han convertido en nocivos criterios de interpretación constitucional. El cambio debe ser no sólo sustantivo, sino además sistémico, en lo posible sin referencias textuales a textos de Constituciones pretéritas, técnica habitual en las Constituciones chilenas.

La segunda manera es a través de la jurisprudencia constitucional, la cual podría lograr una interpretación de la Constitución acorde con los principios de autogobierno. Una evolución jurisprudencial podría transformar, de esta manera, algunos de los principios políticos más cuestionados de la institucionalidad, junto con derogar las normas ilegítimas a las cuales se hacía referencia. El Tribunal Constitucional tiene ahora una poderosa facultad en ese sentido. Lamentablemente, éste ha demostrado un muy mal criterio en sus decisiones -amen de estar integrado por uno de los redactores del texto de 1980- y se ha transformado, en la práctica, en un poder contramayoritario incompatible con la necesaria evolución política de leyes y principios fundamentales.

Este estudio ha pretendido establecer un diagnóstico respecto de la legitimidad de la Constitución Política tomando como base una teoría del derecho que incorpora criterios sustanciales racionales de validez. Si bien el diagnóstico parece bastante claro, la conclusión es algo incómoda y genera más preguntas que respuestas. Lamentablemente, el malestar con la democracia y con las instituciones políticas no hace sino corroborar el aserto de que un derecho impuesto por la fuerza y no internalizado por sus destinatarios no generará jamás las condiciones de un desarrollo democrático y político en la sociedad.

Bibliografía

1. Fuentes bibliográficas.

-BARROS, ROBERT. 2005. La Junta Militar. Pinochet y la Constitución de 1980. Santiago de Chile, Editorial Sudamericana. 421 p.

-CEA, JOSÉ LUIS. 2001. Derecho Constitucional Chileno. Tomo I. Santiago de Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile. 405 p.

-CORREA, SOFÍA et al. 2001. Historia del siglo XX chileno. 3ª ed. Santiago de Chile, Editorial Sudamericana. 428 p.

-CRISTI, RENATO y RUIZ-TAGLE, PABLO. 2006. La República en Chile. Teoría y práctica del Constitucionalismo Republicano. Santiago de Chile, LOM. 432 p.

-GARRETÓN, MANUEL ANTONIO. 2007. Del Postpinochetismo a la sociedad democrática. Globalización y política en el Bicentenario. Santiago de Chile, Editorial Random House Mondadori. 252 p.

-GÓNGORA, MARIO. 1986. Ensayo histórico sobre la noción de Estado en Chile en los siglos XIX y XX. Santiago de Chile, Editorial Sudamericana. 149 p.

-GUZMÁN, JAIME. 1992. Escritos personales. Santiago de Chile, Editorial Zig – Zag. 197 p.

-HABERMAS, JÜRGEN. 1984. Teoría de la Acción Comunicativa: Complementos y estudios previos. Madrid, Cátedra. 507 p.

-HABERMAS, JÜRGEN. 1985. Conciencia moral y acción comunicativa. Barcelona, Península. 219 p.

-HABERMAS, JÜRGEN. 1998. Facticidad y validez. Sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. Madrid, Trotta. 689 p.

-HABERMAS, JÜRGEN. 1999. Una consideración genealógica acerca del contenido cognitivo de la moral. En: La inclusión del otro: Estudios de teoría política. Barcelona, Paidós. 258 p.

-HABERMAS, JÜRGEN. 2004. Historia y crítica de la opinión pública. La transformación estructural de la vida pública. 2ª Edición. Barcelona, Editorial Gustavo Gili. 352 p.

-HARE, R.M. 1999. Ordenando la Ética. Una clasificación de las teorías éticas. Barcelona, Ariel. 205 p.

-HEGEL, G. W. F. 1998. Filosofía del Derecho. 3ª Edición. Editores Casa Juan Pablos, México. 285 p.

-HUNNEUS, CARLOS. 2000. El régimen de Pinochet. Santiago de Chile, Editorial Sudamericana. 670 p.

- KOHLBERG, LAWRENCE. 1992. Psicología del Desarrollo Moral. Biblioteca de Psicología, Bilbao. 662 p.

-KUTSCHERA, FRANZ VON. 1989. Fundamentos de Ética. Madrid, Cátedra. 335 p.

-PORTALES, FELIPE. 2000. Chile: una democracia tutelada. Santiago de Chile, Editorial Sudamericana. 493 p.

-RUIZ, CARLOS. 1993. Seis ensayos sobre Teoría de la Democracia. Santiago de Chile, Ediciones Universidad Nacional Andrés Bello. 198 p.

-SORIANO, RAMÓN. 1997. Sociología del Derecho. Barcelona, Ariel. 474 p.

-TUGENDHAT, ERNST. 1997. Lecciones de Ética. Barcelona, Editorial Gedisa. 382 p.

2. Fuentes hemerográficas.

-BARBIERI, AYLTON. 2003. La interpretación de Habermas sobre la tensión entre derechos humanos y soberanía popular en el pensamiento de Kant. Cuadernos de Filosofía del Derecho Doxa 26: Págs. 827 - 846. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Universidad de Alicante.

-FUENTES, JOSE MARÍA. 1993. La alternativa proporcional con barreras de entrada. Estudios públicos 51: Págs. 269 - 301. Santiago, Chile.

-GARCÍA, JUAN ANTONIO. 1993. La Filosofía del Derecho de Jürgen Habermas. Cuadernos de Filosofía del Derecho Doxa 13: Págs. 235 - 258. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Universidad de Alicante.

-GODOY, OSCAR. 1996. ¿Pueden las fuerzas armadas ser garantes de la democracia? Estudios públicos 61: Págs. 269 - 307. Santiago, Chile.

-GODOY, OSCAR. 1999. La transición chilena a la democracia: pactada. Estudios públicos 74: Págs. 79 - 106. Santiago, Chile.

-GUZMÁN, JAIME. 1991. La definición constitucional. En: FONTAINE, ARTURO. El miedo y otros escritos: el pensamiento político de Jaime Guzmán E. Estudios Públicos 42: Págs. 251 - 570. Santiago, Chile.

-GUZMÁN, JAIME. 1991. Pluralismo y proscripción de partidos antidemocráticos. En: FONTAINE, ARTURO. El miedo y otros escritos: el pensamiento político de Jaime Guzmán E. Estudios Públicos 42: Págs. 251 - 570. Santiago, Chile.

-OVEJERO, FÉLIX. 1996. Teorías de la Democracia y fundamentaciones de la Democracia. Cuadernos de Filosofía del Derecho Doxa 19: Págs. 309 - 356. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Universidad de Alicante.

-PRIETO, EVARISTO. 1994. Algunas consideraciones sobre las relaciones entre Derecho e integración social en el último Habermas. Cuadernos de Filosofía del Derecho Doxa 15-16: Págs. 339 - 352. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Universidad de Alicante.

-SALAS, MINOR. 2001. ¿Qué pasa actualmente en la Teoría del Derecho Alemana? Un breve bosquejo general. Cuadernos de Filosofía del Derecho Doxa 24: Págs. 203 - 234. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Universidad de Alicante.

-VALENZUELA, ARTURO y SIAVELIS, PETER. 1991. Ley electoral y estabilidad democrática. Estudios públicos 43: Págs. 27 - 87. Santiago, Chile.

3. Fuentes documentales.

-ÁLVAREZ, MARCELO. 2006. Reforma Constitucional ¿fin de la transición?. Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Universidad Central, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. 159 h.

-PINOCHET, JORGE ANTONIO. 2005. Historia de la derogación del artículo octavo de la carta de 1980. Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Universidad Central, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. 261 h.

-VALENCIA, LUIS. 1986. Anales de la República. 2ª ed. Santiago de Chile, Editorial Andrés Bello. 841 p.