



Universidad de Chile

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Departamento de Ciencias del Derecho

“El pensamiento conservador en la Constitución de 1980”

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Autor: Mauricio Torres Jáuregui

Profesor Guía: Álvaro Fuentealba Hernández

Santiago

2015

Tabla de Contenidos

Introducción	5
1. <i>Influencia e interpretación constitucional</i>	10
2. <i>Aspectos Metodológicos</i>	17
Capítulo I – El pensamiento conservador en Chile	18
1. <i>Función de “caracterización”</i>	18
2. <i>Metodología de reconstrucción histórica</i>	19
3. <i>Lo conservador como anti-federal: primera mitad del Siglo XIX</i>	23
4. <i>Lo conservador como anti-liberal y la oposición al marxismo: Siglo XX</i>	25
4.1. <i>La Declaración de Principios de la Junta de Gobierno de 1974</i>	28
4.2. <i>¿Por qué el conservador es neoliberal?</i>	31
Capítulo II – El pensamiento político de Jaime Guzmán	35
1. <i>Ideas de juventud</i>	35
2. <i>Golpe militar y conducción del régimen</i>	41
2.1. <i>Poder constituyente y golpe de estado</i>	42
2.2. <i>Democracia y liberalismo</i>	46

3. <i>Capitalismo y corporativismo</i>	53
Capítulo III – El proceso constituyente	59
1. <i>Soberanía y poder constituyente</i>	61
1.1 <i>Nacionalismo y anti marxismo</i>	61
1.2 <i>Democracia y participación</i>	64
1.3 <i>Ejercicio del poder</i>	67
1.4 <i>Generación del poder, sistema electoral y reformas</i>	73
1.5 <i>Poder de Seguridad</i>	85
2. <i>Derechos fundamentales</i>	90
2.1 <i>Mecanismos de protección, derechos en su esencia</i>	94
2.2 <i>“La familia, la propiedad privada y el amor”</i>	109
2.3 <i>Pluralismo, educación y medios de comunicación</i>	135
3. <i>Excepción y normalidad. Decretos Leyes.</i>	160
Capítulo IV – La Constitución en vida	173
1. <i>Influencia procedimental: entre trampas y cerrojos</i>	180
1.1 <i>Instituciones derogadas</i>	184
1.2 <i>Instituciones vigentes</i>	190
2. <i>Influencia interpretativa</i>	197
2.1 <i>Conceptos generales y bases institucionales</i>	205

<i>2.2 La píldora del día después</i>	210
<i>2.3 Protección y despolitización</i>	219
<i>2.4 Libertad de expresión</i>	227
Conclusiones	233
Bibliografía	246

Agradecimientos

A Macarena, vital apoyo y compañía en estos años.

A la Academia de Debate del Instituto Nacional, sus profesores, capitanes y alumnos, todos quienes inculcaron en mí la preocupación por el conocimiento bien fundamentado, y la idea de que explicar lo difícil en fácil es la mejor forma de aprender.

Introducción

El año 2006 se produjo la movilización estudiantil más grande desde el retorno a la democracia en Chile. Más de 100.000 alumnos se unieron a marchas, paros y tomas de liceos, para exigir al gobierno, entre otros puntos, la derogación de la Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza, dictada el último día del mandato de Pinochet. Para el año 2011, esa misma generación de estudiantes secundarios ya había llegado a la Universidad, por lo que no fue sorprendente que ese año estallara un nuevo movimiento estudiantil liderado por los estudiantes universitarios, que esta vez se atrevió a cuestionar las bases fundamentales del modelo económico del país. Con él se comenzaron a oír severamente las voces que piden un cambio a la Constitución Política que hoy nos rige. Se señala que la Constitución *“es ilegítima, todos estamos claros que no cumple con lo que la sociedad está pidiendo”*¹, y su principal flanco de críticas responde a la ilegitimidad de origen, así como a las disposiciones que cristalizan el poder y neutralizan la acción del pueblo, tales como el sistema binominal, los quórum contra mayoritarios y la instancia preventiva del Tribunal Constitucional².

La Constitución fue creada en un contexto específico de dictadura militar, en el cual se buscó asentar una concepción de la persona, de la sociedad y de la economía determinados; fue tal el extremo de esa misión política que todo aquel que estuviese en contra de dicha concepción era considerado enemigo de la

¹ EL MOSTRADOR. 2013. “Gómez (PR) defiende su proyecto de cuarta urna: ‘Que la gente decida si quiere o no una nueva constitución’”. En línea <<http://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2012/09/04/gomez-pr-defiende-su-proyecto-de-cuarta-urna-que-la-gente-decida-si-quiere-o-no-quiere-una-nueva-constitucion/>>. Consultado el 6 de mayo de 2013.

² CARMONA, A. 2013. “El problema constitucional tendrá que resolverse por las buenas o por las malas”. En línea <<http://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2013/04/23/el-problema-constitucional-tendra-que-resolverse-por-las-buenas-o-por-las-malas/>>. Consultado el 6 de mayo de 2013. Para un análisis un poco más detallado de las críticas de Atria hacia la Constitución de 1980, cfr. ATRIA, F. 2013, *La Constitución tramposa*. Santiago, LOM Ediciones.

República³. Tras la vuelta a la democracia dicha exclusión ya no se hace de manera tan radical (entre otras cosas, porque el artículo 8° fue derogado en favor de un nuevo artículo 8° que consagra el principio de probidad), pero los rasgos distintivos de dicha concepción social ya señalada siguen presentes en todo el Capítulo I, de Bases de la Institucionalidad.

El centro de esta tesis será mostrar que el problema principal de la Constitución actual no es su ilegitimidad de origen, ni específicamente sus enclaves anti democráticos tales como el sistema binominal, las súper mayorías, ni la potestad preventiva del Tribunal Constitucional. Ellos no son sino expresiones de un asunto mayor: la influencia del pensamiento conservador presente en la redacción de la Constitución de 1980. Esto puede no parecer problemático, hasta que se tiene a la vista una sociedad que se ha vuelto cada vez más exigente en cuanto a reformas económicas y sociales se refiere; para esta sociedad, una constitución “conservadora” será vista como poco representativa.

La presente memoria nace a partir del taller *“Ruptura institucional, dictadura y fuentes del derecho: la producción jurídica de los regímenes de facto”*, cuya problemática central radica en la existencia de una amplia normativa que regula los aspectos centrales de la economía y sociedad chilenas, pero que ha sido dictada en diversos procesos sociales no democráticos. La validez de estas disposiciones, sin embargo, no ha sido ampliamente cuestionada por la comunidad tras el retorno a la democracia, e incluso en la cultura jurídica local se

³ El artículo 8° original de la Constitución de 1980 señalaba: “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”.

reconoce la existencia del “Decreto Ley” como una fuente formal válida de derecho⁴.

No puede abordarse el estudio de la validez de los decretos leyes sin un análisis profundo de la normativa que da origen y sentido a dichas disposiciones: la Constitución Política. Un argumento para negar validez a dichas disposiciones es que, para la doctrina moderna internacional, el concepto de “legislación” contiene en sí la idea de legitimidad democrática; esta línea argumentativa encuentra su reflejo en la Opinión Consultiva N° 6 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, según la cual la ley es una *“norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes”*⁵.

Este argumento, si bien reviste un importante peso socio-jurídico, tiene una fuerza argumentativa interna escasa. Una norma de derecho internacional, en especial un dictamen de carácter consultivo, no puede ser considerado de *lege lata*; es decir, no puede sin más entrar a pesar como una regla en sentido estricto que invalide una regla en sentido contrario, en el juego de prioridades y jerarquías que supone determinar las reglas aplicables. Sólo supone entonces una regla en el sentido de *lege ferenda*: una recomendación para que a futuro se modifique o derogue la ley considerada inválida, pero ella misma no la deroga de por sí. Mucho menos puede entrar a negar una constitución que en base a su texto valide la aplicación de dichas reglas. En efecto, para la ciencia jurídica en general, la

⁴ Squella distingue entre ley en sentido amplísimo, en sentido amplio, y en sentido estricto. La ley en sentido amplísimo (concepto que el autor sustituye sin más por el de “legislación”) contempla a los “decretos con jerarquía de ley”, entre los que se encuentran los decretos leyes. Pero ya la ley en sentido “amplio” requiere la participación del órgano legislativo y el ejecutivo, excluyendo los decretos leyes. Para ahondar en este punto cfr. SQUELLA, A. 2000. *Introducción al Derecho*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. pp. 221-222.

⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva N°6/86. En línea < http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_06_esp.pdf >. Consultado el 29 de Septiembre de 2013.

Constitución es la fuente última de la pirámide normativa, cuya legitimidad brinda de por sí validez a las normas dictadas bajo sus procedimientos y límites⁶. De ahí que estudiar la legitimidad de la Constitución de 1980 sea clave para entender por qué las normas dictadas al alero de la dictadura militar no han sido cuestionadas.

Es importante acá rescatar la concepción del derecho que se deduce del párrafo precedente. La presente tesis asume una perspectiva estructural-funcionalista. Los elementos estructurales emergen al entender la conexión sistemática entre Constitución y Decreto Ley; ello porque en términos puramente formales, no puede cuestionarse la validez de un decreto ley sin cuestionar la legitimidad de los aspectos normativos constitucionales que han facultado a los órganos para su dictación. La Constitución de 1980 mantuvo, por vía de artículos transitorios, la potestad constituyente y legislativa en manos de la Junta de Gobierno⁷, y la ejerció hasta el último día antes de dejar el poder. Fue a través del ejercicio de estas potestades que se legitimó públicamente la existencia de los Decretos Leyes, de modo tal que un cuestionamiento de los Decretos Leyes necesariamente debe cuestionar la legitimidad de los artículos transitorios, y por cierto con ello la Constitución.

Sin embargo, la existencia de dichos artículos transitorios en la Constitución no es una casualidad. Los aspectos funcionalistas de la concepción del derecho presente se verifican cuando uno entiende que la dictación de una norma, en especial de una Constitución, es un producto histórico que manifiesta inclinaciones políticas verificables y plasmadas en un proyecto. Esto tiene especial relevancia en el proceso constituyente chileno, el cual desde un inicio se propuso crear una

⁶ SQUELLA, Op. Cit., pp. 222-223.

⁷ El art. 18° TRANSITORIO del texto original de la Constitución Política de 1980 señala: “Durante el período a que se refiere la disposición decimotercera transitoria, la Junta de Gobierno ejercerá, por la unanimidad de sus miembros, las siguientes atribuciones exclusivas:

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

B.- Ejercer el Poder Legislativo;”

nueva Constitución de manera revolucionaria⁸. A la Constitución de 1925 se le imputó el ser *“un sistema (...) que condujo al país al mayor caos moral, político, social y económico de su historia”*⁹.

De esa manera, la ejecución de un proyecto de nueva Constitución fue, a su vez, la ejecución de un proyecto político, cuya finalidad era sentar las bases de una nueva relación entre Estado, sociedad e individuo, para la cual la normativa vigente era insatisfactoria. MAYOL define al gobierno de Pinochet como un proceso de contrarreforma, destinado a negar las bases de lo que fueron, por un lado la Reforma Agraria y por otro la nacionalización del cobre; para ello, señala, *“el principal elemento contrarreformista será el cambio de estatus de la propiedad de la tierra”*¹⁰; pero dicha política se llevó a cabo no necesariamente revirtiendo las reformas al estado anterior, sino *“estableciendo jurídicamente que no deriva de la propiedad de la tierra ni los minerales que en ella se encuentran ni las aguas que por ella fluyen o se apozan”*¹¹. Está claro que para ese propósito no bastaba con una mera reforma o restauración de la Constitución de 1925; lo que se necesitaba era una *nueva institucionalidad*¹².

Dar cuenta de la Constitución como un proyecto político cuya intención es conformar una nueva institucionalidad obliga a tener en cuenta elementos funcionalistas dentro del análisis: que la Junta de Gobierno se haya arrogado los poderes constituyente y legislativo, y los haya mantenido aún con posterioridad a la dictación de la Constitución de 1980 no es casualidad; obedece a lo que se percibe, en ese momento, como la mejor vía para llevar a cabo un proyecto

⁸ CRISTI, R. 2011, *El pensamiento político de Jaime Guzmán: una biografía intelectual*. Segunda Edición. Santiago, LOM Ediciones, pp. 99-123.

⁹ ACTAS OFICIALES DE LA COMISIÓN CONSTITUYENTE, p. 7. Citado en CRISTI, *Op. Cit.*, p. 118.

¹⁰ MAYOL, A. 2012. *El derrumbe del modelo: la crisis de la economía de mercado en el Chile contemporáneo*. Santiago, LOM Ediciones. p. 38.

¹¹ *Ibíd.*

¹² “La paternidad de la fórmula “nueva institucionalidad” debe adjudicarse a Guzmán”, CRISTI, *Op. Cit.*, p. 48, nota 21.

político refundacional. Y aún más: que ese mecanismo haya sido percibido como el correcto no sólo se entiende por consideraciones pragmáticas, sino fundamentalmente por la posición ideológico-política conservadora de los fundadores y artífices del nuevo modelo y la nueva Constitución.

Por último, podría intentarse también una concepción tridimensional, que ahonde adicionalmente en las valoraciones y calificaciones que subyacen a toda ley. Sin embargo, esta tesis se desliga de concepciones normativas o valorativas, y trabaja la idea de “pensamiento conservador” desde una faz objetiva, mostrándola como un fenómeno histórico identificable que puede ser descrito a partir del contraste con otras ideas que hayan sido tenidas como “progresistas” o “liberales” en determinados contextos históricos. Esto tendrá un correlato inmediato en la concepción del derecho empleada, ya que muestra cómo el pensamiento conservador se manifiesta explícitamente en la redacción del texto original de la Constitución de 1980, influenciando así su interpretación.

1. Influencia e interpretación constitucional

Es necesario definir qué se entiende por “influencia”. Para efectos de la presente tesis, una Constitución se ve “influida” por las ideas que motivan su proceso constituyente cuando la aplicación de sus normas positivas sólo puede dar lugar a resultados que se correspondan, en términos generales, con su idea fundacional. Este fenómeno de “influencia” puede darse tanto a nivel procedimental como a nivel interpretativo, y puede darse en cada uno en mayor o menor medida, no siendo entonces un concepto “binario” –del cual se pueda predicar sólo el binomio “sucede/no sucede”- sino gradual.

Un ejemplo de influencia “procedimental” ocurre cuando las instituciones políticas se configuran en base a los resultados esperados. Así, por ejemplo, la existencia del sistema binominal impide que exista una mayoría abrumadora de representantes del centro y la izquierda chilena. Si este fue un resultado esperado por los creadores de la Constitución, entonces puede decirse que esa expectativa “influyó” en el resultado de su aplicación por medio del factor procedimental. La Constitución define los caminos y procedimientos que rigen el actuar de las instituciones políticas; si es así, no puede sino entenderse que la influencia es manifiesta.

Otro camino de influencia es el interpretativo. Este camino es más sutil pero impacta de mayor manera. En este camino, la aplicación de los aspectos dogmáticos de la Constitución (Bases de la Institucionalidad, Derechos Fundamentales) a casos concretos puede ser realizada sólo de un número limitado de formas y conducir a un número igualmente limitado de resultados. Si esos resultados se condicen en general con el pensamiento político que inspiró a sus creadores, diremos que ahí se produce una “influencia”.

A propósito de la polémica por el caso ISAPRES, Libertad y Desarrollo publica un artículo en el cual analiza las consecuencias del fallo del Tribunal Constitucional. En él, señala entre varias cosas que las decisiones tomadas por el Tribunal Constitucional podrían “*no sintonizar con los principios de una sociedad libre*”¹³, y se formula, entre otras preguntas, “*¿Por qué no podría una persona asumir un mayor riesgo y elegir un plan de salud que contenga menos cobertura? ¿Afecta eso su derecho a la salud? ¿Por qué la autonomía de la voluntad puede restringir otros derechos como la propiedad, al [sic] libre expresión, etc. y no*

¹³ Libertad y Desarrollo, 2008. “Caso ISAPRES: ¿Jueces, reformadores sociales?” en *Fallos Públicos N° 17*. En línea <http://www.lyd.org/centrodocumentacion/wp-content/files_mf/fp-17-caso%20isapres%20jueces%20reformadores%20sociales-01-08-2008.pdf>. Consultado el 30 de abril de 2013. p. 3.

puede hacer lo mismo con los llamados derechos sociales?”¹⁴. La interpretación realizada por Libertad y Desarrollo debe llamarnos la atención no sólo a la luz de lo analizado –en este caso, el “mercado” de la salud-, sino por la forma en que emplea la Constitución para limitar los poderes de, en este caso, los jueces.

En materia de interpretación no son pocas las voces que sostienen que la ley –y en el mismo sentido, y con mayor razón, la Constitución- contiene en sí un espíritu propio dado por el legislador –o constituyente-, a cuya averiguación debe apuntar la interpretación. En materia constitucional esto se denomina “interpretación originalista”. SQUELLA denomina *teoría subjetiva* a aquella según la cual *“toda ley es portadora del sentido subjetivo que imprimió en ella el legislador que la produjo, de modo que la meta del intérprete no puede ser otra que la de reconstruir la voluntad histórica que tuvo el legislador al momento de aprobar la ley que se trata de interpretar”¹⁵, y para ese fin “cuenta, ante todo, con las palabras de la ley, esto es, con las palabras mediante las cuales el legislador expresó su pensamiento normativo, las cuales pueden conducirlo al sentido que el propio legislador vinculó a tales palabras”¹⁶.*

Con todo, la interpretación originalista no tiene una recogida demasiado amplia en la jurisprudencia más reciente sobre justicia constitucional. Entre los criterios del Tribunal Constitucional, a propósito de “la historia fidedigna”, VALENZUELA señala que *“no corresponde, en estricto derecho, invocar el contenido de las actas de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución como ‘historia fidedigna del establecimiento de un precepto de la Constitución “originaria” que nos rige’, pues, como es bien sabido, dicha comisión se limitó a elaborar sólo un*

¹⁴ *Ibíd.*

¹⁵ SQUELLA, *Op. Cit.*, p. 404.

¹⁶ *Ibíd.*

*anteproyecto de dicho cuerpo normativo*¹⁷. Pero el mismo autor es errático, pues señala posteriormente que *“en rigor jurídico, cuando se recurra a los mencionados documentos no corresponde sostener que ellos configuren la ‘historia fidedigna del establecimiento’ de una norma; pero sí resulta perfectamente aconsejable recurrir a ellos, dentro de los parámetros que señalé al indicar los elementos propios de este método de interpretación, en su significación genuina*¹⁸.

Como se ha visto en el ejemplo del caso ISAPRES, la apelación a la Constitución y sus principios generales, como elementos objetivos y desprendidos de la intención del constituyente, ha tomado fuerza como esquema argumentativo. Sin embargo, una conexión adicional puede realizarse cuando se introduce la distinción entre el valor de derecho fundamental como principio versus regla¹⁹. La distinción se basa en dos aspectos: en primer lugar, el grado de determinación, que afecta su posibilidad de cumplimiento, y en segundo lugar la posibilidad de colisionar.

Un principio es una norma de carácter general y abstracto, indeterminada en su concepción. Plantea un concepto de aceptación general, que admite varios grados de cumplimiento. Así, por ejemplo, el “derecho a la educación” es un principio, pues no está determinado a qué se refiere específicamente “educación”, y como tal admite varios grados de cumplimiento (se puede recibir educación de los padres, educación formal, educación gratuita, educación gratuita de calidad, educación gratuita íntegra y de calidad, etc). Así, un principio es una *“máxima de optimización”*, pues debe ser cumplida en la medida de lo posible²⁰.

¹⁷ VALENZUELA, E. 2006. *Criterios de hermenéutica constitucional aplicados por el Tribunal Constitucional. Contribución del Tribunal Constitucional a la institucionalización democrática*. Santiago, Tribunal Constitucional. p. 50.

¹⁸ *Ibid.*, p. 51.

¹⁹ Cita de Atienza, M., en Ruíz, R. 2006. “La distinción entre reglas y principios y sus implicaciones en la aplicación del Derecho”, en *URBE et IUS, Newsletter n° 20*. p. 3.

²⁰ SQUELLA, *Op. Cit.*, p. 283.

Por el contrario, una regla es una orden normativa conceptualizada y determinada, reducible a una o más prestaciones de dar, hacer o no hacer, que sólo admite dos grados de cumplimiento: cumplido o no cumplido (modo binario). Una regla sería por ejemplo: el Estado debe mantener un sistema de educación gratuita (se cumple o no se cumple, sin admitir grados de cumplimiento intermedios).

Como las reglas están totalmente determinadas, la única posibilidad de colisión es que otra regla indique un deber en sentido contrario. Por ejemplo, una norma que señale la obligación del Estado de otorgar subsidios a los colegios por un determinado desempeño (excelencia académica), pero una norma adversa que señale que no debe hacerlo a un determinado colegio con problemas. Las colisiones entre reglas se solucionan apelando a criterios de competencia, validez, o criterios generales como ley posterior, ley específica, etc. La solución siempre determina la invalidación de una de las reglas²¹.

Por otra parte, como los principios admiten varios grados de cumplimiento, generan también múltiples casos de colisión. En estos casos no hay una discusión sobre la validez de alguno de los principios, sino un ejercicio de ponderación, que hace excluir la preponderancia de uno a favor de las circunstancias del caso concreto. Así, entre “derecho a la educación”, y “libertad de enseñanza”, no hay problema de validez, sino que uno de los dos principios declina a favor del otro, pero sólo momentáneamente.

²¹ CIANCIARDO, J. 2003. “Principios y reglas: una aproximación desde los criterios de distinción”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, núm. 108. p. 896.

La distinción entre principio y regla se vuelve problemática en materia constitucional ya que, como bien distingue WRÓBLEWSKI, en la Constitución aparecen al menos tres tipos de normas, distinguidas en relación a su aplicabilidad:

- a. Las que son directamente aplicables, *“cuya observancia puede ser establecida de modo dicotómico”*²². Para WRÓBLEWSKI, son ejemplos de ellas las reglas de conducta *stricto sensu* y las reglas de organización.
- b. Las reglas *“que son directamente aplicables de manera gradual, es decir, su observancia puede establecerse por referencia al grado de conformidad con la regla”*²³.
- c. Las reglas que son indirectamente aplicables por guardar relación con otras leyes, *“y que, por tanto, sólo son aplicables a través de tales leyes”*²⁴.

Para esta tesis son relevantes, en la clasificación de WRÓBLEWSKI, sólo las normas de clase (a), que son reglas propiamente tales, y las de clase (b), que son principios. La interpretación y aplicación de las normas de clase (b) requiere reconocer que *“La Constitución es un acto político y legal (...). Esto es así por razón de la génesis de la Constitución, de su contenido y de su función”*²⁵. Las normas de carácter constitucional marcan una función política determinada pues *“se encajan en una axiología política, por lo menos a través de términos valorativos que se refieren a valores políticos, pero estos valores influyen en la interpretación de términos descriptivos y cuasidescriptivos en caso de duda suscitada por el contexto funcional”*²⁶.

²² WRÓBLEWSKI, J. 2001. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Madrid, Civitas. p. 110.

²³ *Ibíd.*

²⁴ *Ibíd.*

²⁵ *Ibíd.*, p. 112.

²⁶ *Ibíd.*, p. 113.

Esta última realización importa reconocer que, al menos en una parte importante, la apelación a los valores constitucionales no puede desprenderse del sentido político que ellos importan. Y aunque el proceso de argumentación o justificación de las sentencias no apele explícitamente a la intención del constituyente, la apelación a los principios que él le ha impreso a la Constitución son una referencia indirecta hacia el mismo. El caso ISAPRES anteriormente señalado, por tanto, importa una influencia del modelo original de la Constitución aun cuando ello no se reconozca.

2. Aspectos Metodológicos

Para la investigación de base a esta tesis se usó principalmente método cualitativo, centrado en análisis bibliográfico y de discurso del material recopilado. El optar por la metodología cualitativa radica, en primer punto, en la necesidad de generar datos descriptivos sobre los propios actores involucrados en el proceso constituyente. Ya se ha explicitado la concepción que sustenta esta investigación, en el sentido de entender la creación de la Constitución como un fenómeno enteramente político, motivado por el arbitrio de sus conductores para plasmar en ella un modelo de sociedad y economía, al cual ellos le atribuían ciertas cualidades; a saber, eficiencia económica, bienestar social, impedimento al caos y la demagogia.

Confirmar esa hipótesis requiere, entonces, generar datos que permitan entender la motivación, finalidad, y en sentido último la cosmovisión presente en quienes impulsan el proceso constituyente. En este mismo sentido, TAYLOR y BOGDAN enumeran diez características del método cualitativo, de las cuales al menos 2 resultan relevantes para los efectos de esta investigación:

“En la metodología cualitativa el investigador ve al escenario y las personas en una perspectiva holística; las personas, los escenarios o los grupos no son reducidos a variables (...), se les considera como un todo, estudiando a las personas en el contexto de su pasado y de las situaciones en las que se hallan. (...) Los investigadores cualitativos tratan de comprender a las personas dentro del marco de referencia de ellas mismas”²⁷.

Esta idea presupone que el proceso constituyente fue llevado a cabo por unas cuantas selectas personas, con una amplia influencia durante todas sus etapas, por oposición a un cuerpo social generalizado y amplio, a quien le fue negada la participación sistemáticamente²⁸. Es esta última consideración la que justifica decantarse en términos generales por metodologías cualitativas y no cuantitativas, ya que se busca extraer en detalle el pensamiento y las ideas de esas pocas personas influyentes, en vez de generar una evidencia basada en la multiplicidad de datos y la representatividad de ellos. Con todo, ello es sin perjuicio de la existencia de elementos cuantitativos específicamente seleccionados, como puede ser la cantidad de sentencias en materia de justicia constitucional que empleen una interpretación originalista, o que de alguna manera condicionen la protección en derechos fundamentales al texto positivo de la constitución.

Durante la presente investigación fue usado el método de análisis de discurso presentado por KUNZ y CARDINAUX, el cual permite interpretar el discurso jurídico en base al supuesto original de que *“la recurrencia de un término marca su*

²⁷ TAYLOR, S.J. y BOGDAN, R. 1984. *Introducción a los métodos cualitativos de investigación*. México, Paidós. p. 20.

²⁸ SALAZAR, G. 2011. *En el nombre del poder popular constituyente: Chile, Siglo XXI*. Santiago, LOM Ediciones, p. 30.

*relevancia*²⁹, pero también que *“Tan afuera puede estar el sentido, que puede estar dado (...) por aquello que no está, que no aparece, por las ausencias en lugar de las presencias (...)”*³⁰ y en general *“por la dimensión pragmática del discurso”*³¹. En el ejemplo presentado por las autoras se utiliza una grilla de conceptos, registrando además sus calificaciones, asociaciones y oposiciones. En esta investigación se ha usado una grilla similar para identificar los principales conceptos asociados a las ideas conservadoras (“orden”, “autoridad”, etc), sus asociaciones, ausencias y relaciones interconceptuales.

Misma técnica se emplea para el análisis jurisprudencial, que en términos de KUNZ y CARDINAUX presenta ciertas aristas especiales como material de trabajo: ocultan al verdadero artífice del texto tras expresiones como “este tribunal”, interpelan indistintamente a las partes en juicio tanto como otros jueces que comparten su trabajo, y poseen una amplia riqueza para estudiar estrategias lingüísticas³². En el estudio de las sentencias que aborden materias constitucionales se ha empleado análisis de discurso (principalmente para identificar la presencia de interpretación originalista u otros conceptos referidos a la intención del constituyente), análisis argumentativo (para identificar las ideas presentes que derivan en la resolución adoptada) y análisis bibliográfico.

²⁹ CARDINAUX, N., y KUNZ, A. 2004. *Investigar en Derecho: guía para estudiantes y tesistas*. Buenos Aires, Facultad de Derecho Universidad de Buenos Aires. p. 167.

³⁰ *Ibid.*, pp. 167-168.

³¹ *Ibid.*, p. 168.

³² *Ibid.*, 176-178.

Capítulo I. El pensamiento conservador en Chile

1. Función de “caracterización”.

Hay tres cosas que este capítulo, sobre la caracterización del pensamiento conservador en Chile, no es. En primer lugar, no es una revisión analítica o conceptual de la palabra “conservador”. Por lo tanto, no tienen en esta revisión cabida ideas como que la Constitución tiene por finalidad natural “conservar” (proteger o resguardar) las ideas políticas que le sirven de fundamento. Hacer esta distinción es especialmente relevante cuando se tiene a la vista que, en ciertos momentos históricos, el pensamiento conservador ha generado reacciones profundamente transformadoras del *status quo*, con miras a instaurar un nuevo orden social conforme a sus premisas fundantes. Si esto es así, habrá momentos en que a los “conservadores” no les interesa “conservar”.

En segundo lugar, no es tampoco un estudio antropológico del modo de pensamiento conservador ni su cultura. Por tanto, exceden a las pretensiones de esta investigación ahondar en explicaciones tales como que el pueblo chileno se ha criado en el régimen de la hacienda y por tanto favorece instintivamente las formas aristocráticas y autoritarias. Si bien puede ser un argumento interesante, se sitúa por sobre las posibilidades de estudio de una investigación que sirve de base a esta tesis, así como de las disciplinas desde las que se aborda.

En tercer lugar no es, por último, un análisis psicológico del fenómeno conservador. No pretende, por tanto, ahondar en el fuero interno de los actores del proceso constituyente, descubriendo las causas últimas de por qué piensan como

piensan. El pensamiento conservador es reconstruido en clave metodológica cualitativa, pero desde una perspectiva eminentemente teórica-política.

La caracterización del pensamiento conservador es, por tanto, una tarea de ciencia política. Pretende buscar las ideas que, en público, defienden los actores y creadores de la Constitución de 1980, y recoger sus influencias a nivel bibliográfico, no necesariamente a nivel personal.

2. Metodología de reconstrucción histórica.

Sostener una aserción tal como “la Constitución de 1980 es de carácter conservador”, corresponde a una tesis de hecho³³. Como tal, su construcción conceptual debe proceder de la siguiente manera: debe definirse de manera independiente qué constituye una constitución “conservadora”, y luego aplicar esos criterios al caso concreto (acá, la Constitución de 1980) para verificar si la tesis es acertada.

La definición de “lo conservador” debe realizarse de manera “independiente”, sin que ello implique necesariamente vincularse a la idea de objetividad al definir. La independencia se entiende de modo tal que la definición no constituya un elemento propio del objeto con el cual será contrastada dicha definición. Una definición dependiente del objeto sería, por ejemplo, sostener (a) que toda constitución está llamada a mantener vigentes los principios que la

³³ Uso acá “tesis” en un sentido diverso al concepto de metodología de investigación. Una “tesis” en teoría de la argumentación es un enunciado o proposición que refleja un punto de vista con el cual el hablante se compromete. A su vez, la “tesis de hecho” (traducción libre de “*fact topic*”) es un enunciado o proposición que refleja una situación de la realidad, cuya veracidad debe ser demostrada en comparación y contraste con esa realidad misma. Sobre la distinción entre tesis de hecho, de valor y de política, cfr. SNIDER, A. y SCHNURER, M. 2002. *Many sides: debate across the curriculum*. Ed. International Debate Education Association, New York, pp. 85-88.

inspiran; y a la vez (b) que una constitución que mantenga firmes los principios que la inspiran es “conservadora”. El problema de realizar una definición “dependiente” es que convierte la tesis completa en una tautología, en una afirmación analíticamente cierta, haciendo banal cualquier intento de demostración e inutilizando la función de la investigación empírica.

Para evitar caer en lo anterior, una definición “independiente” de pensamiento conservador debe consistir en el conjunto de las ideas políticas que sustentan los actores sociales conservadores, evitando incluir dentro de este conjunto, sus ideas en lo relativo a teoría constitucional o el rol de la constitución misma.

Pero construir conceptualmente la distinción entre ideas sociales “conservadoras” y “progresistas” es una tarea compleja, principalmente porque lo “conservador” y lo “liberal” (o “progresista”) en una sociedad determinada es siempre relativo. En una sociedad dada, ciertas ideas pueden ser tenidas como “conservadoras” (en especial si su sociedad acostumbra a medidas o propuestas más drásticas), mientras que en otras sociedades, esas mismas ideas pueden ser tenidas como “liberales”. Entender la denominación de “conservador” como una categoría relativa origina otro problema: porque la denominación “conservador” es un producto histórico que fluye con el tiempo; así, lo que hoy se considera “liberal” puede ser tenido por “conservador” en 10, 20 o 30 años más.

Siguiendo la terminología del profesor SALAZAR, la historia puede ser reconstruida usando dos métodos contrapuestos. Por un lado, se puede construir utilizando conceptos macro, desde un punto de vista abstracto, con generalidades que constituyen las grandes ideas, de modo tal que su reconstrucción *“se sitúa principalmente sobre los parámetros generales de su ser o su deber ser*

*estructural [del sujeto histórico nacional], en tanto éstos definen valores o funciones superiores, tales como los de unidad nacional y/o estabilidad institucional*³⁴. A esta forma filosófica de definir un concepto histórico se le asocia una necesaria a-historicidad: su definición es *a priori*, independiente de la experiencia de los sujetos. SALAZAR denomina a este conjunto como “ideas “G””. Por otro lado, la reconstrucción con ideas “P” escarba la historicidad propia de los sujetos del proceso histórico, a partir de sus percepciones y vivencias, y reconstruye el concepto en cuestión por medio de la reunión de valores comunes de un actor social. En definitiva, apunta a entender qué significaba para ellos, en ese tiempo y lugar determinado, y para ese actor social específico, el concepto en cuestión.

Definir a-históricamente el pensamiento conservador como un conjunto de ideas y valores fijado a priori, sería una reconstrucción en clave “G”. Tiene como problema el olvidar la historicidad propia de los cuerpos sociales; olvida, entonces, que “lo conservador” es un acto de etiquetamiento que específicamente realizan los individuos involucrados en un proceso social. Y especialmente, olvida que el etiquetamiento es siempre funcional a la conducción política que se quiere realizar de ese concepto; así, cuando en el foro público o en la discusión académica se cataloga a un movimiento como “conservador”, usualmente corresponde a un reduccionismo útil para sentar una oposición clara a él, para definirse rápidamente en las percepciones colectivas como “la vereda del frente” y desde ahí construir identidad política colectiva. El “pensamiento conservador” enfrenta un *hostis*, un “enemigo público”³⁵ que es distinto en la época en que se esté pensando.

Es importante, entonces, que una reconstrucción del pensamiento conservador a lo largo de la historia de Chile tenga a la vista su evolución como

³⁴ SALAZAR, G. 1990, *Violencia Política Popular en las Grandes Alamedas*. Santiago, Ediciones Sur, p. 31.

³⁵ Sobre la distinción entre *hostis* (enemigo público) e *inimicus* (enemigo privado), cfr. ATRIA, F. 2013. *Veinte años después: neoliberalismo con rostro humano*. Santiago, Catalonia-CIPER, pp. 89 y ss.

pensamiento; que su caracterización provenga de boca de los propios actores, y que se realice en base a lo que la sociedad ha apuntado, en cada tiempo y lugar, como “lo conservador” en ese momento histórico específico. Usando una metodología de reconstrucción en clave “P” se da cuenta de dos cuerpos políticos e ideológicos, que pese a tener ideas contrapuestas, cumplieron el rol de “lo conservador” en su momento. Se habla de, por un lado, la ideología republicana Portaliana que nutrió al Estado hasta su conformación final en 1833 y su aplicación sistemática, y por otro lado la aparición de las ideas ultramontanas de la Iglesia Católica y sus exigencias al poder político, que se opusieron a un nuevo auge revolucionario liberal hacia el fin del siglo XIX. Los primeros realzan la labor del Estado educador, protector del orden y la ley como garante de estabilidad (no así de libertad); los segundos rechazan el rol instructor del Estado y contraponen la libertad y autonomía individual y su propia conciencia (en especial, conciencia religiosa), enfocados especialmente en defender la libertad en su sentido negativo³⁶.

Aún con sus marcadas diferencias, ambos conservan un hilo conductor común: el tener como centro político el orden, la rectitud moral y una preferencia por las formas políticas aristocráticas, así como el rechazo sostenido a la politización social y la proliferación de los partidos políticos; e incluso, en términos generales, su repudio al debate, la discordia y la deliberación pública, a las que atribuyen responsabilidad por revueltas, caudillismos y en general por el ocaso moral de la república.

Es este sentido de enemistad pública contra la democracia y el liberalismo que permite señalar, al contrario de lo que opina CRISTI, que existe una matriz de pensamiento conservador anterior al siglo XX. Paradojalmente, el mismo CRISTI

³⁶ Sobre las ideas de “libertad positiva” y “libertad negativa”, cfr. BERLIN, I. 2005. *Dos conceptos de libertad y otros escritos*. Madrid, Editorial Alianza.

(en co-autoría con RUIZ) admite que *“más importante resulta señalar sus blancos polémicos: la democracia y el liberalismo”*³⁷, pero desconoce que esos enemigos estuvieron presentes ya desde el siglo XIX con las personalidades de Diego Portales, Juan Egaña y Andrés Bello.

3. Lo conservador como anti-federal: primera mitad del Siglo XIX.

En razón del apartado anterior, puede hablarse de pensamiento conservador en Chile desde 1814. Antes de la reconquista española, la división política fundamental consistía no aún en cómo organizar Chile, sino en la debacle sobre si éste debía ser una república independiente o no. No existe así un proyecto de sociedad basado en ideas conservadoras; será sólo a partir de la reconquista española que se forma un verdadero pensamiento conservador, el cual está marcado por la idea de que la participación del pueblo y la democracia son razones de la falta de orden y desorganización.

En esta perspectiva, decidora es la palabra de Juan Egaña, quien critica las ideas federalistas de la época. Estas ideas federalistas se basan principalmente en una conciencia republicana y democrática; pero para los conservadores de la mano de Egaña, la forma correcta de gobierno debe ser una república aristocrática o una monarquía limitada. Lo contrario, según él, parte del supuesto de que *“existía en las Repúblicas lo que hoy quiere entenderse por igualdad republicana: esto es que todo hombre libre y nacido en el país tiene igual voz y derecho para deliberar de la suerte del Estado. Tales errores falsos en teoría y funestísimos en*

³⁷ CRISTI, R. y RUIZ, C., 1992, *El pensamiento conservador en Chile: seis ensayos*. Santiago, Editorial Universitaria, p. 9.

*la práctica, ocasionaron inmensos males en la revolución francesa y no han producido pocos en los Estados hispanoamericanos*³⁸.

La hegemonía de fuerzas conservadoras consigue su punto más alto con la Constitución de 1833. Sus ideas en términos generales *“limitan y frenan radicalmente la participación de los ciudadanos en la política y procuran instalar (...) con toda su fuerza un Estado centralista, a la vez, impersonal y relativamente institucionalizado, y distanciado de la sociedad y la deliberación popular”*³⁹. Ya se aprecia en esta formulación la distancia que cobran los conservadores con la deliberación popular; para ellos el orden y la tranquilidad son un valor superior que se ve en peligro por *“los vaivenes de partido a los que han estado expuestos”*⁴⁰. Sobre el mismo punto, Portales estaba convencido que una plena democracia sin ciudadanos “virtuosos” y “nobles” conduciría siempre a la revolución y la sedición. *“La democracia”* –sostiene él– *“que tanto pregonan los ilusos, es un absurdo en países como los americanos llenos de vicios y donde los ciudadanos carecen de toda virtud, como es necesario para establecer una verdadera República”*⁴¹.

Las mismas ideas aparecen para fortalecer el rol del Estado en la educación y en la imprenta. Respecto a la primera, Andrés Bello muestra especial interés en tecnificar la enseñanza; volverla instrumental y alejarla de la filosofía, la cual en sus términos es un espacio permanente de discusión y conflicto. En lo tocante a la imprenta y la comunicación, Bello escribe en el periódico del cual es su editor, *El araucano*: *“No se crea que las columnas del diario van a engolfarse en ese borrascoso mar de debates originados por el choque de intereses diversos, ni a ocupar la atención de los lectores con cuestiones promovidas por el espíritu*

³⁸ Sesiones del Congreso, Tomo XII, p. 70. Citado en Ruiz, C., 2011, “República, política y cultura en Chile durante el siglo XIX”, en *Escrituras del Malestar: Chile del Bicentenario*, OSSA C., “et al”, Santiago, Universidad de Chile.

³⁹ Ruiz., Op. Cit., p. 21.

⁴⁰ *Ibíd.*

⁴¹ Diego Portales, Epistolario de don Diego Portales. Carta a Cea de marzo de 1822, citado en *Ibíd.*, p. 22.

de disensión”, “no entrar jamás en esas controversias de partidos”; contribuyendo así “a la actual administración uno de cuyos logros ha sido que en Chile la palabra partido ha quedado sin significación”. Bello atribuye al “carácter chileno” el que “ama el orden i el sosiego i aborrece las turbulencias i las inquietudes”⁴².

4. Lo conservador como anti-liberal y la oposición al marxismo: Siglo XX

Hacia fines del siglo XIX aparece una nueva línea dura del conservadurismo, invocado y basado en ideas de la Iglesia Católica, que en Chile se manifiesta como una postura conservadora ultramontana. Esa línea de pensamiento conservador combatirá seriamente, en primer lugar contra los idearios liberales de finales del siglo XIX y principios del XX, y en segundo lugar contra la arremetida internacional del pensamiento marxista, que comienza a aparecer en Chile fuertemente hacia la década de los '40 y tiene su mayor expresión en el gobierno de la Unidad Popular.

CRISTI reconoce en la publicación del *Bosquejo histórico de los partidos políticos en Chile* (1903), y su ampliación en *La Fronda aristocrática en Chile* (1928), ambos de Alberto EDWARDS, un punto de inflexión para el pensamiento conservador chileno. Dice él que “Edwards es quien por primera vez se enfrenta con el liberalismo y la democracia criollas en el único terreno posible para el combate – la historia de Chile”⁴³. Edwards pretende mostrar que una causa de la ‘decadencia de la aristocracia’ es su capitulación ideológica frente al liberalismo chileno, comprometido este con la democracia. La imposición de un régimen parlamentario ha supuesto un debilitamiento de la autonomía estatal y por sobre todo, del poder centralista del presidente.

⁴² RUIZ, *Op. Cit.*, p. 24.

⁴³ CRISTI y RUIZ, *Op. Cit.*, p. 18.

Para EDWARDS, los liberales chilenos se han distanciado de los liberales europeos abrazando ideologías democráticas; cita específicamente el caso de Lastarria, *“lector de Comte”*, quien no habría percibido que Comte era partidario de la democracia bajo un dictador. EDWARDS, así, estima que *“un Estado fuerte, autoritario pero no oligárquico, es la mejor defensa de los intereses aristocráticos y expresa su propia convicción cuando afirma que “para los estadistas conservadores... el ideal era un absolutismo superior a la sociedad, y aun a los elementos que le daban fuerza”*⁴⁴.

Es la línea conservadora de la Iglesia Católica la que empieza a defender los intereses individuales y las libertades personales, oponiéndolas a la presencia estatal. Este debate se manifiesta más intensamente en el ámbito de la educación, donde el pensamiento conservador se opone a las ideas de Valentín Letelier – quien reconoce ser más republicano que liberal-. Mientras los liberales propiamente tales conciben la educación como un bien público, capaz de formar ciudadanos concientes y con cultura democrática, oponiéndose por definición a cualquier forma de mercantilización de la educación, los conservadores impulsan la necesidad de una educación en manos de, por un lado, la iglesia, y por otro lado, la iniciativa privada⁴⁵.

Jaime EYZAGUIRRE introduciría con mayor fuerza el pensamiento católico en Chile con la lectura de las encíclicas de la doctrina social de la Iglesia. En el ideario de EYZAGUIRRE, una profunda crisis social se habría avenido con *“la disolución completa que ha operado la moderna sociedad capitalista y sus valores liberales y democráticos, de una forma de organización de la sociedad (a saber, la*

⁴⁴ *Ibíd.*, p. 19.

⁴⁵ RUIZ, *Op. Cit.*, p. 31.

*sociedad feudal y la organización del trabajo en corporaciones y gremios)*⁴⁶. La organización gremial tendría la virtud de *“haber construido una forma de vida comunitaria integralmente cristiana, es decir, una articulación íntima de naturaleza humana y sobrenaturaleza”*⁴⁷.

En EYZAGUIRRE se configura una dualidad de enemistades contra, al mismo tiempo, el capitalismo y el comunismo. En 1938, EYZAGUIRRE escribe:

*“El comunismo es el castigo natural y lógico de la sociedad capitalista liberal que sustituyó la caridad por el afán de lucro y sacrificó la dignidad humana... a la codicia ilimitada, de raíz demoníaca. Y la sociedad prevaricadora no se librará de esta amenaza de destrucción mientras no se encuentre otra vez el Principio fundamental de toda unidad”*⁴⁸.

Son las ideas eclesiásticas las que logran conformar el eje del pensamiento conservador hacia la segunda mitad del siglo XX. Así, esta línea de pensamiento pasa a ser un correlativo negativo a las teorías del marxismo internacional; ser “conservador” en tiempos de la Unidad Popular correspondía a ser un “no-marxista”, negando sus ideas fundamentales, en especial la lucha de clases. Para la Iglesia el concepto central es el de caridad social, articulado por Pío XI como motivo inicial de toda preocupación política⁴⁹. Esta caridad social debe estar dirigida por el Estado, pero no a la usanza socialista, donde *“el Estado suplanta directamente los derechos de la persona y los de toda una serie de organizaciones intermedias entre el hombre y el Estado”*⁵⁰, sino del corporativismo, donde, para

⁴⁶ CRISTI y RUIZ, *Op. Cit.*, p. 71.

⁴⁷ *Ibíd.*, p. 72.

⁴⁸ *Ibíd.*

⁴⁹ *Ibíd.*, p. 75.

⁵⁰ *Ibíd.*, p. 76.

Eyzaguirre, *“el papel del Estado consistirá en respetar la gestión económica privada (...) y mantener una supervigilancia y dirección de la economía”*⁵¹.

Desde EYZAGUIRRE, las ideas positivas de la línea conservadora de la iglesia en Chile se traducen en:

- a) La predominancia del concepto de “familia” tradicional, especialmente el rol de la mujer en la familia;
- b) Referencias a la idea de “bien común” con origen teológico, sobrepasando así la suma de los intereses individuales;
- c) Preponderancia absoluta del “rol subsidiario” del Estado, como forma de, y justificado por, una protección como valor intrínseco a la propiedad privada y la libertad económica.

Como ya se señaló, hay una idea-fuerza que permanece en ambas líneas de pensamiento conservador, aún cuando en lo central defienden ideas contrarias. La creencia, la convicción en que los partidos políticos traen consigo una división innecesaria e infructuosa, y que eso pone en peligro el orden institucional, el cual se mira como un bien superior.

4.1. La Declaración de Principios de la Junta de Gobierno de 1974

La Declaración de Principios de la Junta de Gobierno se pone como meta fundamental el lograr la “unidad nacional”:

⁵¹ *Ibíd.*

“Después de largo tiempo de mesianismos ideológicos y de la prédica de odios mezquinos, el Gobierno de las Fuerzas Armadas y de Orden, con un criterio eminentemente nacionalista, invita a sus compatriotas a vencer la mediocridad y las divisiones internas, haciendo de Chile una gran nación. Para lograrlo, ha proclamado y reitera que entiende la unidad nacional como su objetivo máspreciado, y que rechaza toda concepción que suponga y fomente un antagonismo irreductible entre las clases sociales”⁵².

En su diagnóstico, termina por señalar que *“conspiran en contra de esa unidad las ideologías foráneas, el sectarismo partidista, el egoísmo o antagonismo deliberado entre las clases sociales, y la invasión cultural extranjerizante”⁵³*. Nuevamente aparece acá el rechazo a las concepciones y divisiones partidistas, haciendo aparecer al debate y el disenso público como el gran culpable del desorden y la inestabilidad política del país. La receta, entonces, para las formas del pensamiento conservador a lo largo de toda nuestra historia, es hacer desaparecer el disenso, sea como sea.

En sus primeras páginas, la declaración nos pone la siguiente dicotomía:

“Unos miran hacia las sociedades llamadas socialistas e inspiradas en el marxismo-leninismo, al paso que otros anhelan un desarrollo económico compatible con la justicia social y la libertad política, semejante al que han alcanzado las naciones más avanzadas de Occidente.

⁵² GOBIERNO DE CHILE, 1974, *Declaración de Principios de la Junta de Gobierno*, p. 5.

⁵³ *Ibíd.*

*La alternativa de una sociedad de inspiración marxista debe ser rechazada por Chile, dado su carácter totalitario y anulador de la persona humana, todo lo cual contradice nuestra tradición cristiana e hispánica*⁵⁴.

No es de extrañar, entonces, que en la comparación con la Constitución de 1980 aparezca el siguiente texto:

“Art. 8°. 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”.

Es interesante que sea el análisis de “los enemigos” el que más arroje luces sobre los valores centrales que pretende defender la Constitución de 1980. En primer lugar, el bien protegido por esencia es “la familia”, a quien el Art. 1° ya señala como “el núcleo fundamental de la sociedad”. Al respecto, la Declaración sostenía:

“Finalmente, el actual gobierno considera que toda la tarea antes reseñada ha de encontrar en la familia su más sólido fundamento, como escuela de formación moral, de entrega y generosidad hacia los semejantes y de acendrado amor a la Patria.

*En la familia, la mujer se realza en toda la grandeza de su misión, que la convierte en la roca espiritual de la Patria*⁵⁵.

⁵⁴ *Ibíd.*, p. 1.

⁵⁵ *Ibíd.*, p. 12.

La influencia de los principios de la Junta de Gobierno es manifiesta al notar, en la historia del proceso constituyente, que es ella misma la que encarga la conformación de una Comisión de Estudios para una Nueva Constitución, liderada por el profesor Enrique Ortúzar. Y así, desde las primeras reuniones de la Comisión Ortúzar, el asunto de la tradición “española y cristiana” es un hecho patente. La segunda sesión comienza de la siguiente forma:

“Considerando:

1. — Que la doctrina marxista encierra un concepto del hombre y de la sociedad que lesiona la dignidad espiritual del ser humano y atenta en contra de los valores libertarios y cristianos que son parte de la tradición nacional.

2. — Que la doctrina marxista sobre el Estado y la lucha de clases es incompatible con el concepto de unidad nacional a cuyo servicio están las Fuerzas Armadas y de Orden de Chile, y resulta inconciliable también con el carácter jerárquico y profesional de los Institutos Armados de la Patria.

3. — Que de lo anterior se desprende que la doctrina marxista se orienta a la destrucción de elementos esenciales y constitutivos del ser nacional.”⁵⁶.

4.2. ¿Por qué el neoliberal es conservador?

En el s. XX llama poderosamente la atención que el proyecto que se oponga al marxismo y a las ideas democráticas sea, a la vez, un proyecto considerado “liberal”. Este quiebre importante se manifiesta ya desde la concepción de Alberto EDWARDS, pero más predominantemente aparece con la

⁵⁶ GOBIERNO DE CHILE, 1973, *Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*, Segunda Sesión, 25 de Septiembre de 1973. p. 2.

influencia de la doctrina social de la Iglesia en Chile, ya por Osvaldo Lira, ya directamente por Jaime Guzmán.

Al menos dos explicaciones pueden dar cuenta de este fenómeno. Por un lado, CRISTI hace una reconstrucción de la influencia Hayekiana en Jaime Guzmán, con ello dando luces sobre la unión de las ideologías liberal y conservadora. Dice CRISTI que *“[a]unque hay textos de este período en que Guzmán, en consonancia con una postura conservadora radical, rechaza al liberalismo, las categorías y argumentos que emplea son típicamente liberales”*⁵⁷. Esto sucedería porque el conservadurismo busca conjugar la autoridad y la libertad como límites mutuos, algo que también propone el liberalismo, pero a su vez porque el movimiento hacia un liberalismo individualista, alejado de las bases corporativistas de la doctrina social de la iglesia, sería un giro pragmático, político. Guzmán busca rechazar el comunitarismo que está a la base del pensamiento eclesiástico de mediados del s. XX, con lo que inadvertidamente adscribe a bases morales individuales⁵⁸; todo esto, dirá CRISTI, sin rechazar las bases fundamentales del pensamiento conservador.

ATRIA hace una explicación en clave retrospectiva, citando a Stephen HOLMES para quien *“[p]or ignorancia o mala fe, los críticos tergiversan los conceptos centrales del liberalismo al sustituir sus antónimos”*⁵⁹. Pero para ATRIA la verdadera clave no es que al liberal se le tergiverse, sino que la historia ha convertido a los antónimos liberales en sinónimos: *“la teoría construida por el liberal para luchar contra la tiranía y la arbitrariedad ha sido capturada por quienes hoy defienden el privilegio”*⁶⁰. Así, el neoliberal no comparte con el liberal sus oposiciones; es decir, no se opone a la tiranía y arbitrariedad monárquicas, pues

⁵⁷ CRISTI, *Op. Cit.*, p. 21.

⁵⁸ *Ibíd.*, p. 26.

⁵⁹ ATRIA, *Op. Cit.*, p. 89.

⁶⁰ *Ibíd.*, p. 90.

ellas son figuras derrotadas y olvidadas. El neoliberal recurre a la teoría liberal clásica para hacerle frente al marxismo y el socialismo, y en esa operación, se ha terminado por aliar con sus antiguos antónimos. Hoy el monopolio (opuesto de la competencia) es la concentración del capital, el fanatismo (opuesto al escepticismo) es puro fanatismo economicista, tecnocrático y contrario a la deliberación pública, la amenaza a la libertad no es la expropiación del rey, sino la abismante diferencia entre pobres y ricos, etc.

¿Por qué esta sustitución de antónimos los alía con el conservadurismo? ATRIA responde “[l]o que tiene de conservador el neoliberalismo es que acepta la desigualdad como un hecho natural, consecuencia de que, en tanto recursos, unos son mejores que otros”⁶¹. Su defensa de la propiedad como valor central, en términos prácticos, es una defensa de quienes hoy detentan esa propiedad, ya que para ambos –neoliberales y conservadores- su enemigo público es aquel que pretende abolir ese privilegio.

Sin duda, la opción conservadora durante el s. XX se alía con una estructura teórica liberal, pero ello no termina por acercar a ambas tradiciones políticas. El giro neoliberal de los conservadores es del todo pragmático, es una estrategia política, que se aprovecha del carácter tecnocrático del neoliberalismo, que de por sí repudia la deliberación pública. Siendo así, nada hay de raro en esta alianza: el neoliberalismo no es más que la manifestación más pulcra del pensamiento conservador, ese que cree que los ciudadanos no están capacitados para ingresar a la vida política.

El desarrollo fuerte de un pensamiento conservador se detiene con la figura de Jaime Guzmán, pudiendo situar entonces el final de la línea de tiempo que guía

⁶¹ *Ibíd.*, p. 93.

esta caracterización ya en 1974 (fecha de publicación de la Declaración), o 1979 (con la fundación y primer número de la revista “Realidad”). La actualidad política post-dictadura no ha visto versiones significativamente distintas del pensamiento conservador, ni exponentes que no sean herederos directos de la colisión liberal-conservador que se manifiesta en Guzmán. En el capítulo siguiente se hará una revisión bibliográfica de las influencias contenidas en el pensador gremialista, principal protagonista del proceso constituyente de 1980.

Capítulo II – El pensamiento político de Jaime Guzmán

La obra que con mayor sistematicidad compila el pensamiento de Jaime Guzmán es la “biografía intelectual” que de él hace CRISTI, en su libro “El pensamiento político de Jaime Guzmán”. Sus tesis, sin embargo, han sido discutidas y polemizadas en distintos aspectos por diversos autores. La tarea, entonces, de este capítulo, seguirá la línea de lo expuesto por CRISTI, deteniéndose en puntos específicos para notar las discrepancias teóricas y biográficas que puedan existir.

1. Ideas de juventud

De acuerdo a CRISTI, la obra fundamental que expone las ideas tempranas de Guzmán es su tesis de pregrado en la Universidad Católica, “*Teoría sobre la universidad*”. En ella expone un fuerte compromiso personal con los conceptos que, según él, deben regir el quehacer universitario; y por tanto, comienza un primer esbozo usando categorías filosóficas sobre las ideas de libertad y autoridad, que rigen su primer período.

En el capítulo IV, se expone una de sus ideas más preponderantes: la “teoría de los entes relacionales”. De acuerdo a ella, el ser humano tiene un status ontológico predominante sobre la sociedad. Siguiendo a G. M. MANSER, quien expone en *La esencia del tomismo* que “*la unidad social constituye un accidente de relación, y por tanto no tiene carácter substancial*”⁶², GUZMÁN entiende de la misma manera la exposición del cuerpo social como un ente relacional, inferior al ser humano, quedando así expuesta en la visión de Guzmán sobre la universidad;

⁶² *Ibíd.*, p. 40.

incluso, de acuerdo a CRISTI, esto es una continuación de lo que ya había expuesto sobre el capitalismo (en 1965) y contra el estatismo (1969).

“La Universidad no es un ser substancial, sino accidental, y más específicamente todavía, relacional. El ser de la Universidad no es substancia; solo lo son los seres humanos que la integran. El ser de la Universidad resulta simplemente de una determinada relación entre esas substancias, o miembros que la componen”⁶³.

La teoría de los entes relacionales se complementa con su visión de la autoridad. GUZMÁN examina el *“imperativo de que todo cuerpo social tenga una autoridad que lo gobierne”⁶⁴*. Ello porque el orden de la sociedad, en tanto accidente, no es espontáneo, *“ni se hace solo, ni se realiza de una vez para siempre”⁶⁵*. Los individuos, expone él, son imperfectos en tanto tienen percepciones irrevocablemente parciales y subjetivas del bien común; y todo orden social que se deje libre es intrínsecamente inestable.

Cuando Guzmán habla de autoridad se refiere al conjunto de los actos de autoridad, que constituye el orden relacional. Pero para asegurar la permanencia de esos actos de autoridad, él sostiene que la forma monárquica o unipersonal es más perfecta que la democracia. Esta última apreciación se deriva conceptualmente de la teoría de los entes relacionales: para Guzmán, un gobierno unipersonal constituye *“una coherencia y unidad intelectual, unida a un sello y estilo definidos, que resulta más difícil generar en un cuerpo colegiado”⁶⁶*. Ello

⁶³ GUZMÁN, J. y NOVOA, J., 1970. *Teoría sobre la Universidad*. Citado en CRISTI, *Op. Cit.*, p. 40.

⁶⁴ *Ibíd.*, p. 38.

⁶⁵ *Ibíd.*, p. 39.

⁶⁶ *Ibíd.*, p. 41.

porque el rey o monarca, en tanto persona individual, es substancial, mientras que la unidad de un cuerpo colegiado es sólo accidental o relacional.

Guzmán formula este argumento para rechazar toda forma de colectivismo o estatismo. Así queda presente la idea central del primer concepto de Guzmán: la persona tiene una superioridad moral frente al Estado, tiene una soberanía que impide que el Estado tenga derechos de intromisión. De la misma manera, el Estado en tanto colectivo no puede constituirse en verdadera autoridad, por ser inestable y accidental; la verdadera autoridad es unipersonal.

Su noción de autoridad se complementa con dos ideas, tratadas principalmente en el capítulo V de la *Teoría de la Universidad*: su visión sobre la legitimidad de origen y de ejercicio, y su rechazo por las formas democráticas. Respecto a la primera, GUZMÁN sostiene que una autoridad cuyo origen sea ilegítimo puede legitimarse como tal por “*la efectiva promoción y mantención del bien común, lo cual supone un escrupuloso acatamiento de la Ley natural y de la Ley positiva divina*”⁶⁷. De la misma manera, una autoridad legítimamente constituida que se aparte de la Ley de Dios se vuelve ilegítima. En este punto, CRISTI transcribe una nota al pie de especial importancia, donde cita a Osvaldo LIRA y a Aniceto DE CASTRO. En ellas se hace la referencia al *Derecho a la Rebeldía*, y a la circunstancia de que un pueblo silencioso y sin protestas es indicio suficiente de una aceptación popular, que lava al poder de su pecado de origen.

Respecto a las formas democráticas, Guzmán adelanta que ella no es conveniente para el gobierno universitario, ya que la institución universitaria contiene una intrínseca desigualdad de la que no adolece la *polis*; pero contrario a

⁶⁷ *Ibíd.*, p. 42.

lo establecido en el capítulo IV, sostiene que para la instancia universitaria es más conveniente un gobierno aristocrático. CRISTI es rápido en notar que esta distinción genera problemas con su teoría de los entes relacionales:

“No queda claro cómo un ente relacional colegiado, como lo es cualquier estamento aristocrático, pueda justificar su autoridad frente a individuos sustantivos y por ende soberanos. En general, resulta difícil concebir qué autoridad y qué derecho pudiera imputarse a entidades desprovistas de toda necesidad en tanto que han sido despojadas de todo espesor substantivo”⁶⁸.

Para CRISTI, este alejamiento supone abrazar una visión liberal, distinta del tomismo –Manser habría resuelto esta contradicción en términos tomistas, interpretación que no habría sido recogida por Guzmán-, lo que dejaría *“el camino preparado para la plena recepción del neoliberalismo de Hayek”⁶⁹*. Sin embargo, esta aparente contradicción puede ser leída de más de una forma: en clave teórica por supuesto constituye un alejamiento del pensamiento más ortodoxo del tomismo; pero en otro sentido, no es sino una muestra del pragmatismo que ya tempranamente se refleja en Guzmán. La adopción del modelo aristocrático para la universidad, en sus términos, no es una consecuencia teórica o conceptual, sino una opción que mira a la conveniencia de la institución tal cual estaba instalada en ese tiempo.

Este último punto queda aún más de manifiesto en su análisis de los métodos eleccionarios. Guzmán así distingue entre el método “de abajo hacia arriba”, donde se produce *“la radicación del cuerpo elector en las bases mismas de los gobernados”⁷⁰* (democracia amplia) o restringiendo el cuerpo elector

⁶⁸ CRISTI, *Op. Cit.*, p. 42.

⁶⁹ *Ibíd.*

⁷⁰ GUZMÁN y NOVOA, en CRISTI, *Op. Cit.*, p. 44.

(democracia restringida); o bien “de arriba hacia abajo”, con un elector individual o colegiado no democrático. Guzmán define entonces que:

“[C]ualquier mecanismo de elección, sea “de arriba hacia abajo” o democrático, es legítimo para generar la autoridad universitaria. Optar por uno u otro camino es una decisión que se sitúa en el orden de la prudencia y no de los principios generales, de la conveniencia histórico-social y no de la legitimidad doctrinaria”⁷¹.

Esto es concordante con que para Guzmán, los valores centrales de la sociedad son la autoridad y la libertad, y no la democracia, la cual entiende como un simple sistema de elección de los gobernantes, tan legítimo como la monarquía. La democracia es entonces, para Guzmán, un mecanismo que debe ser funcional, en ningún caso posee un valor abstracto. De esta manera, ya en sus inicios Guzmán se aleja de las nociones de auto-gobierno republicano y de la democracia liberal. Su pensamiento es así consistente con la visión tradicionalmente conservadora que se manifiesta en contra de epistemologías constructivistas, negando la posibilidad co-creadora de la ciudadanía, la cual, para los conservadores, sólo tiene posibilidad cuando se acerca a un *apriorístico* bien común.

De la misma manera, su visión de la democracia como un mecanismo sólo instrumental es consistente con su concepto de libertad. En términos de CRISTI, Guzmán habría adoptado una idea de libertad proveniente del franquismo: *“No hay libertad sin un orden establecido”*. La autoridad, así, es garante de libertad, la cual sólo puede ser legítimamente libre si se orienta al bien común. De la misma manera, Guzmán muestra un fuerte apego por la propiedad privada y la libertad

⁷¹ *Ibíd.*

empresarial. Así, se empieza a adelantar la teoría de los cuerpos intermedios, a través de dos referencias cruciales: cuando Guzmán rechaza la forma democrática de gobierno, no implica, según él, negar “el significado que comúnmente se le da a la expresión ‘democracia universitaria’”⁷², que para él significa el “respeto a los derechos académicos de todos los miembros de la comunidad universitaria y al principio de subsidiariedad en el funcionamiento de las diversas unidades que integran su estructura”⁷³. De la misma manera, entiende que un problema de la designación de autoridades es “una pasividad asfixiante” en los cuerpos vivos de la Universidad⁷⁴.

Con estos antecedentes se empieza a configurar el pensamiento temprano de Guzmán, donde autoridad es la idea central. La libertad está subsumida a la autoridad, pues ésta es garante de aquella; y la libertad sólo puede hacer aquello que el bien común ordena. Ese bien común sólo puede ser entendido y comprendido por los individuos, que son entes ontológicamente superiores a las organizaciones sociales, y por tanto gozan de una legitimidad preferente para imponerse antes que el Estado en tanto colectividad. Sólo una autoridad centralizada y unipersonal puede predominar, en tanto ente substancial mismo, frente al resto de los individuos. Por otro lado, el origen de la autoridad es irrelevante, importando sólo su ejercicio, apegado al bien común. Este último punto le permitirá más adelante a Guzmán justificar las violaciones a los derechos humanos, las restricciones a libertades civiles básicas, y por cierto, la dictación de decretos leyes, a los cuales, en base a su eficacia, concede plena legitimidad.

2. Golpe militar y conducción del régimen

⁷² *Ibíd.*, p. 43.

⁷³ *Ibíd.*

⁷⁴ *Ibíd.*, p. 44.

El papel de Guzmán en el golpe militar de 1973 y en la conducción del régimen que lo continúa debe ser estudiado haciendo las distinciones correctas. Jaime Guzmán no fue un rostro visible ni frontal en el manejo de las operaciones del Golpe, no fue figura de autoridad, no encabezó ni ordenó persecuciones ni violaciones a los derechos humanos. Pero la figura de Guzmán fue clave para dotar de contenido jurídico (algunos dirán “pseudo”-jurídico) y de ideología política al régimen. Él redactaba los discursos presidenciales y se le encargó, ya el 13 de Septiembre de 1973, dirigir los estudios para la creación de una nueva constitución. En ese papel crucial, entender el pensamiento de Guzmán y sus influencias permite dar luces sobre el proceder de la junta, y sus intentos de revestir de una apariencia de legalidad lo que, de otro modo, habría sido pura violencia fáctica.

Son dos las materias cruciales que corresponde revisar para este apartado. En cada una de ellas es necesario hacer referencia a los autores desde los cuales Guzmán se habría inspirado para dotar de justificación a sus distintas actuaciones. Un primer apartado discutirá sobre su concepto de poder constituyente y la justificación del golpe de estado; en éste, la (posible) influencia de Carl Schmitt será revisada. El segundo tendrá que ver con liberalismo político y económico, capitalismo y democracia; para ello, se revisará la influencia que Hayek y/o Novak hayan podido tener en su pensamiento.

2.1. Poder constituyente y golpe de estado.

La Declaración de Principios de la Junta de Gobierno, estudiada en el Capítulo I, sirve de cristalización de los escritos tempranos, especialmente de las ideas expuestas en su *Teoría sobre la Universidad*. Guzmán reivindicaría la autoría de dicho texto, junto con los discursos presidenciales claves, como

muestra de que la conducción del régimen la lidera él y no el equipo económico⁷⁵. Con esta influencia marcada, Guzmán logra convencer a la junta de gobierno de la necesidad de crear una nueva Constitución, la cual tiene como finalidad, en su visión particular, dar lugar a una autoridad firme que ponga límites a la acción mayoritaria, protegiendo a las minorías del poder estatal.

Pero para que pudiera existir una “nueva” constitución, era claro que la antigua tenía que desaparecer. La junta de gobierno nunca asume el estar destruyendo la constitución antigua, pues eso implicaría estar sosteniendo una acción rupturista. Para evitar esa denominación, Guzmán establece desde un principio que la Constitución de 1925 ha sido destruida por la Unidad Popular:

“El 11 de septiembre, Chile ya no tenía ni institucionalidad verdadera ni democracia auténtica y vivía una virtual anarquía política, económica y social... Entonces ya no cabía defender una democracia que no existía, que había sido deliberada y sistemáticamente destruida”⁷⁶.

El concepto de “destrucción” de la Constitución de 1925, para CRISTI, es crucial en la medida que permite superar la aparente contradicción entre invocar el quiebre de la legalidad por parte de la Unidad Popular, pero al mismo tiempo negarse a restaurar el orden anterior o a devolver los poderes de facto obtenidos tras el golpe. Dice GUZMÁN que:

“No hay ninguna contradicción entre haber invocado la ilegalidad y el carácter antidemocrático del Gobierno de Allende para deponerlo, y no haber

⁷⁵ CRISTI, *Op. Cit.*, p. 47. Nota 20.

⁷⁶ ROJAS, G., ACHURRA, M., y DUSAILLANT, P., *Derecho Político: Apuntes de las clases del Profesor Jaime Guzmán*. Citado en CRISTI, *Op. Cit.*, p. 48.

*restaurado de inmediato la institucionalidad quebrantada. Pretender eso significaría razonar sobre la base de que la Unidad Popular solo violó la institucionalidad democrática vigente, pero que ésta permanecía intacta y, por consiguiente, susceptible de ser restaurada idéntica y rápidamente*⁷⁷.

CRISTI sostiene que la idea de destrucción –que se produce cuando el poder constituyente sobre el que descansa es negado⁷⁸- de la constitución, y su correlativo –el poder constituyente- son influencias de Carl SCHMITT en el pensamiento de Guzmán, que incidiría en él por medio de Luis SÁNCHEZ AGESTA y Luis LEGAZ Y LECAMBRA, herederos del *kronjurist* alemán, quienes a su vez habrían influido en constitucionalistas como Enrique EVANS y Alejandro SILVA BASCUÑÁN, alcanzando por esta vía a Guzmán⁷⁹. La idea conjunta de que la constitución de 1925 está muerta y debe ser reemplazada por otra sería, entonces, la prueba de que la dictadura chilena es una dictadura soberana y no comisaria, distinción que CRISTI encuentra en SCHMITT.

A esas adjudicaciones ATRIA realiza una crítica. Sostiene, en primer lugar, que a la expresión *“Exponer el pensamiento de Schmitt resulta indispensable para entender cabalmente el devenir constitucional chileno a partir de 1973”*⁸⁰ caben dos interpretaciones: que Guzmán y los constituyentes habrían actuado especialmente motivados por el pensamiento de SCHMITT; o que los conceptos Schmittianos, leídos desde él mismo, permiten dar luces sobre el proceso con independencia de lo que los constituyentes creían que estaban haciendo. En esta doble interpretación, para ATRIA sólo es relevante la segunda⁸¹. Pero, de cualquier manera, sostiene que existe una ambigüedad en la interpretación que se le da al análisis de CRISTI, que sería importante para su argumento.

⁷⁷ *Ibíd.*, p. 49.

⁷⁸ SCHMITT, C. *Teoría de la Constitución*. p. 110.

⁷⁹ CRISTI, *Op. Cit.*, p. 99.

⁸⁰ CRISTI, *Op. Cit.*, p. 77.

⁸¹ ATRIA, F., 2006, “Sobre la soberanía y lo político”, en *Revista de Derecho y Humanidades* N° 12, p. 48.

La crítica de ATRIA emerge como un argumento para dotar de significancia política al momento del golpe de Estado en base a la praxis política de los tiempos actuales, post-dictadura. Para ATRIA, la comprensión del golpe de Estado de 1973 debe producirse reflexivamente y en retrospectiva, de modo tal que cuando CRISTI sostiene que la junta de gobierno ha asumido ‘erróneamente’ el poder constituyente, *“está haciendo una afirmación políticamente controvertida [...] no es una [sic] alegato teórico, es decir, no es verdad en virtud de desprenderse de una correcta teoría del derecho [...], sino es uno político”*⁸².

La crítica de ATRIA no es relevante, para efectos de esta tesis, en su sentido original -de dotar de significancia política al momento del Golpe Militar-. Hacer eso sería razonar en clave “G”, intentando definir un sistema de pensamiento conservador que sea, en abstracto, funcional al clivaje político post-dictadura, a partir de sus conceptos teóricos y no de la vivencia de los personajes. Lo que sí es relevante es cómo ATRIA nota que el argumento de CRISTI, sobre la influencia de SCHMITT, está mal construido.

ATRIA critica la forma en que CRISTI trata la distinción entre dictaduras comisarias y soberanas, que estaría en la base del pensamiento de Guzmán, en su uso de la idea de destrucción de la constitución, y que reflejaría su influencia Schmittiana. ATRIA sostiene que la distinción de CRISTI está basada en aspectos *“inaceptablemente formalistas”*⁸³, y que su argumento estaría basado en que la constitución de 1925 no contemplaba la posibilidad de un golpe de Estado; si esto fuera así –es decir, si la clave para diferenciar entre dictadura comisaria y soberana fueran las atribuciones jurídicas de la carta anterior-, podríamos terminar llamando “dictadura soberana” a una que se hubiese limitado a derrocar a la

⁸² *Ibíd.*, p. 52.

⁸³ *Ibíd.*

Unidad Popular y convocar a elecciones, que en términos reales sólo sería una dictadura comisaria⁸⁴. Una inadecuada comprensión de las ideas de dictadura comisaria y soberana pone en tela de juicio la influencia de SCHMITT sobre Guzmán, que para CRISTI se funda principalmente en estos conceptos.

Aún sin la influencia de Schmitt, lo cierto es que Guzmán se propone construir una nueva institucionalidad, pretendiendo acabar con lo que él llama “*decenios de estatismo*”⁸⁵. En la Declaración de Principios pueden notarse los puntos clave de su pensamiento manifestados:

- a) En una autoridad fuerte, recogiendo una inspiración Portaliana.
- b) Una anonimidad del mando, para evitar todo caudillismo, que en sus términos es “*ajeno a nuestra idiosincrasia*”⁸⁶.
- c) Una exclusión de la ciudadanía en el ejercicio del poder político, que queda radicado en la Junta militar.
- d) Como corolario de lo anterior, un llamado a la ciudadanía a ocupar los espacios del ‘poder social’. Se aprecia entonces una distinción típicamente conservadora entre la esfera de los aspectos sujetos a control político, y la esfera de los ‘quehaceres sociales’. “[E]l monopolio de la acción política por parte de la junta de gobierno tiene como contrapartida la des-movilización de la masa ciudadana”⁸⁷.
- e) La consagración del hombre como un ente ontológicamente superior al Estado, reflejo de su teoría de los entes relacionales.

2.2. Democracia y liberalismo.

⁸⁴ *Ibíd.*

⁸⁵ GUZMÁN, R., *Mi hermano Jaime*, citado en CRISTI, *Op. Cit.*, p. 47.

⁸⁶ GOBIERNO DE CHILE, 1974, *Op. Cit.*, p. 23.

⁸⁷ CRISTI, *Op. Cit.*, p. 51.

Es claro que Guzmán concibe a la democracia como un sistema de gobierno tan legítimo como cualquier otro, teniendo sólo un valor instrumental para el aseguramiento de valores fundamentales, que para su pensamiento consistentemente son la autoridad y la libertad. Para él, *“[l]a democracia puede ser anti-libertaria, así como un régimen no democrático puede, en determinadas circunstancias, ser un efectivo defensor e impulsor de la libertad.”*⁸⁸. Con esta formulación, por tanto, Guzmán extrae de la democracia todo valor intrínseco, cuya posibilidad de constituir un pueblo participante es la base del republicanismo. Al contrario, Guzmán sostiene que otorgarle valor intrínseco a la democracia es sembrar el camino al totalitarismo y el estatismo.

Además de vincular conceptualmente a la democracia con el totalitarismo, Guzmán enarbola otra crítica al ideal republicano de democracia, resumiéndose en una cita cuya conexión con Portales deja en evidencia su herencia conservadora:

*“Anclarse... en una afirmación dogmática y casi fetichista de la soberanía popular [...] importa situarse fuera de la realidad. Es olvidarse además de que la voluntad popular es voluntad humana, y que las condiciones, el ambiente y el contexto general en que ésta se expresa, inciden fundamentalmente en su orientación. Basta considerar la influencia de la propaganda o de los medios de comunicación social para desprender que la expresión de la voluntad popular no es esa realidad cristalina e incontaminada que algunos cantan como un idilio casi poético”*⁸⁹.

⁸⁸ CRISTI, R., 2013. “Jaime Guzmán: gremialista y neoliberal”, en El Mostrador Online. En línea < <http://www.elmostrador.cl/opinion/2013/12/11/jaime-guzman-gremialista-y-neoliberal/> >. Consultado el 11 de Diciembre de 2013.

⁸⁹ GUZMÁN, J., 1979, “La Constitución Política”, citado en CRISTI, *Op. Cit.*, p. 171.

Según CRISTI, esta concepción mostraría una visión de Guzmán muy cercana a HAYEK, ignorando de plano su raigambre Portaliana, que es lo que Guzmán reivindica al construir la Declaración de Principios de la Junta. La similitud, para CRISTI, estaría en que HAYEK cree *“que los individuos son más bien consumidores de utilidades y no ciudadanos. Esclavos de sus preferencias, los individuos solo pueden aspirar a satisfacer sus necesidades particulares. La suma de esos intereses particulares da lugar espontáneamente a un interés general, pero nunca a un bien común deliberado”*⁹⁰.

CRISTI soluciona esta aparente contradicción en Guzmán –quien notoriamente apela al concepto de bien común, el cual contiene en sí un sentido de orden guiado por la divinidad-, sosteniendo que por esa razón Guzmán “rescata” su “fondo” Conservador, surgiendo en él la necesidad de limitar el sufragio universal. Esta vuelta argumental es innecesaria cuando se entiende a Guzmán como heredero pleno de un conservadurismo autoritario, no del neoliberalismo que empieza a construirse en Hayek.

CRISTI trata de construir la conexión entre Guzmán y Hayek analizando la obra de este último, con especial énfasis en sus conceptos de libertades y el valor asignado a la democracia dentro de ella. Nota así una semejanza entre la posibilidad, concebida por Guzmán, de que existan gobiernos autoritarios con libertad y gobiernos democráticos sin ella, lo cual se asemeja a la frase con que Hayek, en su visita de dos semanas a Chile, defiende a la dictadura militar. En entrevista concedida a El Mercurio en 1981, Hayek sostuvo que *“Una dictadura se puede autolimitar y una dictadura que deliberadamente se autolimita puede ser*

⁹⁰ CRISTI, *Op. Cit.*, p. 171.

*más liberal en sus políticas que una asamblea democrática sin límites*⁹¹. Esta concepción de Hayek sólo es posible al analizar su concepto de libertad. Para el republicanismo en general, sostiene CRISTI, la libertad es “ausencia de dominación”: la idea de no depender de un poder externo para gobernar los actos de los pueblos. Según CRISTI, esta idea estaría presente en un temprano Hayek, que cita con admiración a Locke, para quien la interferencia de la ley no es ausencia de libertad, sino creación de ella⁹².

Para el tiempo de *Law, Liberty and legislation*, HAYEK habría abandonado la idea republicana de libertad como ausencia de dominación y abrazado plenamente la idea liberal de libertad como no-interferencia. La libertad es “*independencia frente a la voluntad arbitraria de otro*”, la cual incluiría la libertad política, la libertad interna y la libertad-poder. La libertad política puede ser limitada en la medida en que eso favorezca la libertad de unos pocos, pues es la libertad interna la que le da el verdadero sentido a la expresión. Con esta conexión, HAYEK pasa a entender la democracia como un sistema procedimental de decisiones políticas, que en ningún caso contiene un valor absoluto. Incluso más, si la democracia se convierte en una forma de interferencia contra la libertad de los individuos, ella deberá ser limitada.

El grado de influencia de las ideas de Hayek en Guzmán ha sido recientemente explorado. Ciertamente, ideas base se repiten en la obra de ambos autores, pero tratar de fijar una influencia exclusivamente por la repetición de conceptos es un método que se ha puesto en duda. Inicialmente como una

⁹¹ CRISTI, *Op. Cit.*, p. 28. Es interesante notar la similitud de este concepto con el trabajo conceptual que Atria deriva de Schmitt, especialmente en la distinción dictadura / tiranía. Sólo el poder ejercido sin sujeción a regla alguna es una tiranía, lo que por cierto Atria sostiene que ocurrió en el período militar. Cfr. ATRIA, *Op. Cit.*, pp. 49-50.

⁹² CRISTI, *Op. Cit.*

discusión sobre la influencia de Carl SCHMITT⁹³, CRISTI y GAZMURI sostienen un intercambio público de cartas al director a través del diario electrónico El Mostrador. GAZMURI sostendría que la influencia más marcada sobre el pensador conservador es de Michael NOVAK; CRISTI replica que este es un intento por aislar a Guzmán del pensamiento de Hayek, lo que iría en la línea de la exposición que hace la Fundación Jaime Guzmán:

“Es lo que hace Patricio Dusillant, ex Director de la Fundación Jaime Guzmán, en carta a El Mercurio del 17 de agosto, 2013: “Jaime Guzmán contaba con un número importante de ejemplares del libro El Espíritu del Capitalismo Democrático, de Michael Novak, el que distribuyó entre sus amigos promoviendo su lectura, ya que el autor planteaba una sugestiva presentación de las bases morales del capitalismo, que hoy cobran gran actualidad en muchos aspectos.”⁹⁴.

Al debate se suma Claudio ARQUEROS, con una columna publicada el 6 de Diciembre de 2013 en el mismo medio. Sostiene él que *“[d]e este modo, resulta incomprensible que Cristi pretenda tachar al mártir gremialista como seguidor de Hayek. De hecho, para el senador asesinado “hacer redistribución de la riqueza a favor de los más pobres” es evidentemente “un desafío que corresponde al Estado” (Seminario Líderes de una Nueva Generación, octubre de 1990), cuestión que necesariamente implica reconocer el valor de la justicia redistributiva, es decir, una clara distancia con el pensador austriaco.”⁹⁵.*

⁹³ La disputa entre GAZMURI y CRISTI sobre la influencia de Carl Schmitt se limitó a descifrar si Guzmán tenía libros de Schmitt en su biblioteca personal; sobre ella, más relevante es el diálogo entre CRISTI y ATRIA referido en el apartado anterior.

⁹⁴ CRISTI, R., “Respuesta a Gazmuri”, en El Mostrador Online. En línea < <http://www.elmostrador.cl/opinion/cartas/2013/11/27/respuesta-a-gazmuri/> >. Consultado el 12 de Diciembre de 2013.

⁹⁵ ARQUEROS, C., “La capacidad intuitiva de Renato Cristi”, en El Mostrador Online. En línea < <http://www.elmostrador.cl/opinion/2013/12/06/la-capacidad-intuitiva-de-renato-cristi/> >. Consultado el 12 de Diciembre de 2013.

En su respuesta, CRISTI va a insistir en vincular a Guzmán con una tradición profundamente liberal, pero a la vez gremialista. Cuando ARQUEROS cree que el apoyo de Guzmán a Alessandri prueba su compromiso por el sistema electoral democrático, CRISTI sostiene que:

“La intención de Alessandri era modificar el sistema democrático liberal vigente por considerarlo ingobernable, y reemplazarlo por una democracia orgánica de corte gremialista. Guzmán apoya este proyecto de reforma.”⁹⁶.

“En una columna titulada “Dos grandes equívocos en un momento decisivo”, [...] Guzmán examina lo que define como el “antídoto fatal para la guerra cívica e ideológica que es nuestro deber librar contra la Unidad Popular.” Ese “antídoto fatal” es ceñirse al procedimiento democrático liberal que exige respeto por las mayorías y elecciones populares. Escribe: “Constituye un error de vieja raigambre liberal el darle más importancia al origen formal del Poder o de una determinada medida del gobierno, que a su contenido real y más profundo. Para el liberalismo... lo sustancial es que una medida sea fruto del acuerdo de una mayoría ciudadana, expresada en una elección popular, a través de un acuerdo de los ‘representantes del pueblo’ libremente elegidos, o por medio de otros procesos semejantes, que respete siempre normas procesales que son las que, en verdad, supuestamente lo legitiman.”⁹⁷.

De esa manera, concluye CRISTI, la influencia de Hayek en Guzmán se plasma desde que ambos tuvieron contacto, reflejándose en la plena aceptación de Guzmán de una democracia instrumental, que al no poseer valor intrínseco la alejaría de totalitarismos y estatismos. ¿Qué hay de cierto en esta afirmación? Esta visión de CRISTI se conectaría con lo que, en el primer apartado de este capítulo, se dijo respecto a sus visiones tempranas. Para CRISTI, la adopción de

⁹⁶ CRISTI, R., “Jaime Guzmán: gremialista y neoliberal”, *Op. Cit.*

⁹⁷ *Ibíd.*

una fórmula aristocrática y no unipersonal de gobierno universitario lo habría aproximado a la visión liberal y habría pavimentado el camino para la influencia de Hayek.

A esta idea se le deben formular observaciones. En primer lugar, Guzmán ya poseía en sus escritos tempranos un desdén por las formas plenamente democráticas, basándose en una concepción tomista de la sociedad y rechazando las formas de epistemologías constructivistas, que están a la base de toda tradición republicana.

En segundo lugar, y más importante, el fundamento inicial de Guzmán para rechazar las formas democráticas no es completamente una idea neoliberal. Mientras que para Hayek y el pensamiento neoliberal, la suma de los intereses egoístas de los ciudadanos da origen a un interés común espontáneo, para Guzmán la referencia al bien común, como ordenamiento racional divino, sigue siendo necesaria. Ello implica que, mientras para Hayek los deseos de los individuos adquieren un valor central (y por eso la libertad es “no-interferencia”), para Guzmán incluso los deseos de los hombres pueden ser limitados si ellos no se ajustan a un bien común, cuya determinación correspondería a una autoridad fuerte y unipersonal. La libertad en Guzmán entonces no es un valor que esté en una igual jerarquía con la autoridad, sino que ella es la pieza central, cuya existencia es condición de posibilidad de la realización de la libertad, que debe ser ordenada al bien común.

Esta última reflexión, en coherencia con los escritos tempranos de Guzmán, permite fundar con mayor firmeza una conexión hacia sus orígenes conservadores, distinguiéndolo del empuje neoliberal en la conducción del régimen. Algo de esto nota el propio CRISTI, en los pasajes finales de la –hasta

ahora- respuesta final en la discusión pública, cuando sostiene que “[E]l proyecto constitucional [de Guzmán] puede ahora incluir mecanismos contra-mayoritarios combinados con algunas instituciones corporativas gremialistas. Pero esta combinación lo distancia de la democracia liberal.”⁹⁸. Guzmán ha adoptado el ideario liberal como una estrategia eminentemente pragmática, como un añadido al entramado filosófico que le permite negar la plena libertad política como concepto, pero no se ha distanciado de sus bases fundantes en su tratamiento de la sociedad y sus valores esenciales.

3. Capitalismo y corporativismo

El pensamiento económico de Guzmán sufre de mayores vaivenes que el pensamiento constitucional y político, en especial debido a su fuerte pragmatismo y realismo político. Mientras, en lo general, su pensamiento se vincula a la doctrina social de la iglesia, en sus escritos tempranos seguiría coherentemente una interpretación corporativista de la misma, pero en su obra tardía se alejaría de ellos ciñéndose más a una lectura individualista, que lo aproxima al neoliberalismo Hayekiano. Con todo, esa adhesión presentaría una fuerte diferencia en lo relativo a justicia social y rol redistributivo del Estado, donde Guzmán volvería a distanciarse del liberalismo y acoger la doctrina social eclesial.

Guzmán basa su protección de la propiedad privada y de la preferencia por la iniciativa privada en materia económica en la idea de que ellos son compatibles con la visión de la iglesia en esta materia, específicamente citando *Mater et Magistra*, de Juan XXIII. En esta encíclica Guzmán ve respaldada su teoría de los entes relacionales, ya que para la Iglesia el individuo tiene una “*prioridad*

⁹⁸ *Ibíd.*

ontológica y de finalidad”⁹⁹ sobre el Estado. La frase “*Puede haber hombres sin Estados, pero no puede haber Estados sin hombres*”¹⁰⁰ subrayaría el carácter meramente relacional de los estamentos sociales; esta frase se reiteraría íntegramente en la Declaración de Principios de la Junta¹⁰¹. CRISTI nota que esta distinción es adoptada de forma incompleta por Guzmán; para la Iglesia la sociedad no es contingente, por lo que el argumento de Guzmán estaría más cerca del liberalismo de Hobbes que de la sociabilidad humana según Aristóteles o Tomás de Aquino¹⁰².

De todos modos, la adopción de un ideario liberal no está exenta, en esta primera etapa, de una crítica a su conducción. Una economía sin moral libraría a la sociedad “*de todo concepto trascendental y orgánico, de todo su sentido cristiano profundo y total*”¹⁰³. La instauración de una *sociedad* capitalista –no sólo de una *economía* capitalista- llevaría a “*la explotación del hombre por el hombre*”¹⁰⁴, cimentada en una ilusión de igualdad contractual, una libertad que es un “mito” y un “absurdo”, pues los obreros que no aceptan ser explotados “*deben resignarse a morir de hambre*”¹⁰⁵.

Cuando Guzmán defiende la inviolabilidad de la propiedad privada contra la reforma agraria, aparecen sus primeros avances hacia un liberalismo individual, contrario al corporativismo orgánico de la Iglesia. Citando selectivamente las obras de Pío XI, Pío XII y Juan XXIII, vincula la propiedad privada como una manifestación de la libertad, pero salta el párrafo donde Pío XII sostiene que “*tampoco puede [la conciencia cristiana] aceptar esos sistemas que reconocen el*

⁹⁹ JUAN XXIII, 1961, *Mater et Magistra*, p. 52. Citado en CRISTI, *Op. Cit.*, p. 76.

¹⁰⁰ *Ibid.*

¹⁰¹ GOBIERNO DE CHILE, *Op. Cit.*, p. 2.

¹⁰² CRISTI, *Op. Cit.*, p. 77.

¹⁰³ GUZMÁN, J., 1965, “El capitalismo y los católicos de tercera posición”, en *Fiducia III*, n° 20. Citado en CRISTI, *Op. Cit.*, p. 78.

¹⁰⁴ *Ibid.*

¹⁰⁵ *Ibid.*

*derecho a la propiedad según un concepto completamente falso del mismo, y que por tanto, se oponen a un orden social sano y verdadero*¹⁰⁶. Así, la propiedad para Guzmán queda enfatizada como una garantía individual, cuya función social nunca puede hacerle detrimento¹⁰⁷.

Con este mismo enfoque, Guzmán expone sus concepciones sobre el Estado subsidiario, el cual sería una defensa frente al estado desprotegido en que la Revolución Francesa dejó a los individuos, al minar la importancia de gremios y asociaciones intermedias. El liberalismo, en los términos de Guzmán, habría desplazado el quehacer social desde estas asociaciones, que recogen *“fundamentalmente la sociabilidad natural del ser humano*¹⁰⁸, hacia *“partidos políticos permanentes y antagónicos, dando origen a un sufragio y a una sociedad inorgánica*¹⁰⁹. Con esas dos oposiciones, Guzmán construye el gremialismo católico como la única vía que rescata la prioridad ontológica del individuo, enfrentando por igual al socialismo, el fascismo y el liberalismo, todos los cuales para el pensador gremialista conducen a un Estatismo exacerbado.

Hacia 1979, con el lanzamiento de la revista Realidad, Guzmán abandona la línea dura del corporativismo católico, el cual, sostiene él, puede ser revisado *“a la luz de la ciencia económica y de la experiencia contemporánea*¹¹⁰, mostrando cada vez más una faceta pragmática más que teórica o filosófica. De esta manera, Guzmán pasará a defender un capitalismo liberal, abandonando así *“algunas de las instituciones tradicionales que retenía como resultado de su adhesión al capitalismo orgánico y corporativo, y que ahora ve como obstáculos para el pleno*

¹⁰⁶ HURTADO, A., 1947, *El orden social cristiano en los documentos de la jerarquía católica*. Citado en CRISTI, *Op. Cit.*, p. 80.

¹⁰⁷ GUZMÁN, *Op. Cit.*, en CRISTI, *Op. Cit.*

¹⁰⁸ CRISTI, *Op. Cit.*

¹⁰⁹ GUZMÁN, *Op. Cit.*, en CRISTI, *Op. Cit.*

¹¹⁰ GUZMÁN, J. 1983, “Análisis crítico de la Democracia Cristiana chilena”, en *Estudios Públicos*, 1992, n° 42. Citado en CRISTI, *Op. Cit.*, p. 185.

*funcionamiento de una sociedad de mercado*¹¹¹. CRISTI cita como ejemplo el tratamiento de los colegios profesionales por parte de la junta militar; se derogó su facultad de establecer aranceles mínimos obligatorios y se estableció constitucionalmente la libre afiliación a los Colegios Profesionales, ambas medidas justificadas en eliminar limitaciones a la competencia; argumento plenamente neoliberal¹¹².

El problema que encuentra Guzmán en Hayek dice relación con el rol del Estado en el combate a la pobreza, y el rol redistributivo que a éste cabría. Hayek, por supuesto, se opone a toda forma de redistribución estatal: en una entrevista conducida por el propio Guzmán, durante su visita a Chile, tiene lugar el siguiente diálogo. Dice Guzmán:

“¿Considera usted que es parte de las funciones del [Estado] redistribuir la riqueza?”; responde Hayek: “No, definitivamente no”. Guzmán insiste: “¿Pero, si tomamos el caso de Chile, por ejemplo, que en 1973 tenía aproximadamente un 20 por ciento de su población en la extrema pobreza?”; Hayek responde: “Eso no se soluciona con redistribución. Como he sostenido otras veces, si la redistribución fuera igualitaria habría menos que redistribuir, ya que es precisamente la desigualdad de ingresos la que permite el actual nivel de producción”¹¹³.

La reacción de Guzmán, desde ese entonces, trata de transformar el modelo chileno en una “economía social de mercado”, apartándose del dogmatismo económico de los pensadores de Chicago. Este modelo, para Guzmán:

¹¹¹ CRISTI, *Op. Cit.*, p. 186.

¹¹² *Ibíd.*, p. 187.

¹¹³ *Ibíd.*, p. 190.

“[P]rocura el crecimiento económico a través de la propiedad privada de los medios de producción, el fomento de la iniciativa privada como motor de la economía, y el respeto a las leyes del mercado como medio para una eficiente asignación de los recursos productivos. La función redistributiva es realizada aquí por un Estado que se apoya para ello en los elementos antedichos, en lugar de destruirlos o desconocerlos”¹¹⁴.

La justificación de Guzmán para la intervención estatal en este caso es el crecimiento económico¹¹⁵, lo que para CRISTI sería un acercamiento incluso a una tradición utilitarista¹¹⁶; definitivamente no a una idea comunitarista, que para Guzmán era inaceptable. Precisamente es por la referencia al argumento del crecimiento económico que esta noción de justicia social no puede ser una apología del comunitarismo o el republicanismo. En Guzmán la intervención estatal es mínima, sólo en la medida que consiga generar riquezas, nunca para generar igualdad.

A partir de estas disonancias Joaquín GARCÍA-HUIDOBRO refuerza la idea de que Guzmán estaría influenciado por Novak más que por Hayek. En la presentación del libro de Cristi, expone GARCÍA-HUIDOBRO:

“Hayek influyó sobre Guzmán al modo que piensa Renato Cristi, no; influyó sobre Guzmán, muchísimo, pero de otra manera, de una manera más informal (...). Novak no es Hayek, probablemente Novak sería impensable sin Hayek, y la influencia de Hayek sobre Guzmán es grande pero a través de Novak. (...) Como

¹¹⁴ GUZMÁN, J., “¿Que no haya ricos o que no haya pobres?”, en *Realidad I*, n° 10. Citado en CRISTI, *Op. Cit.*, p. 189.

¹¹⁵ CRISTI, *Op. Cit.*, p. 189.

¹¹⁶ *Ibíd.*, p. 198.

*Guzmán no conoció más el comunitarismo, y como no era un hombre de libros, el comunitarismo se le presentó a través de la versión nacional y peculiarísima de la Democracia Cristiana, que no era muy atractiva para Jaime*¹¹⁷.

Los argumentos sobre la influencia de Hayek, discutidos en el apartado 2.2 anterior, pueden ser reproducidos aquí. Sin duda, las variaciones en el ideario económico de Guzmán obedecen a razones instrumentales y pragmáticas, relacionadas siempre con la justificación y racionalización del programa político de la junta militar. Pero sin duda, una continuidad puede ser leída en esta caracterización; Guzmán buscará constantemente la oposición al estatismo, el que conduce a la negación o destrucción de los cuerpos intermedios, impidiendo el desarrollo “natural” de la sociedad “orgánica”.

Una conexión adicional puede realizarse entre dichos aspectos y la tradición conservadora Guzmaniana, pues la visión de una sociedad orgánica y el refuerzo de las asociaciones intermedias, depende teóricamente de escindir la vida política de la vida social, mostrando a ambas como excluyentes. De esta manera, un número importante de aspectos de la configuración social quedarán sustraídos a la deliberación política, pues pertenecen al orden natural establecido por el bien común, de raigambre divina, y que sólo una autoridad unipersonal puede llegar a conocer y establecer.

¹¹⁷ GARCÍA-HUIDOBRO, J. 2011. Presentación del libro “El pensamiento político de Jaime Guzmán”. Una versión digitalizada de la exposición puede encontrarse en < http://www.youtube.com/watch?v=H_vL11Jof4o >. Consultado el 15 de Diciembre de 2013.

Capítulo III – El proceso constituyente

Pese a que en el Decreto Ley N° 1, la Junta Militar se atribuye el mando total de la nación, su letra reconoce aún la vigencia de la Constitución de 1925, para posteriormente negarla fácticamente. Sostiene en su art. 3° que la Junta *“respetará la Constitución y las leyes de la República, en la medida en que la actual situación del país lo permitan [sic] para el mejor cumplimiento de los postulados que ella se propone”*¹¹⁸. CRISTI ve en esta afirmación un reconocimiento, aunque sólo tácito, al hecho de que la Junta se proponía tener por destruida la Constitución de 1925 y reemplazarla por otra, situación que ve ratificada en los Decretos Leyes N° 128¹¹⁹, 527¹²⁰ y 788¹²¹. Ello porque ninguna Constitución puede ejercer correctamente su función de límite a la autoridad, si basta un acto administrativo para derogarla. La intención se hace explícita cuando, a partir de 1975, se dictan una serie de Actas constitucionales, cuyo sentido es aclarado por Guzmán en una nota publicada en El Mercurio el 5 de Octubre del mismo año:

“Nadie que lea el texto de la Constitución de 1925 (...) y que lo confronte a la realidad políticoinstitucional [sic] imperante, puede adquirir un verdadero convencimiento de que aquella está vigente (...). La Constitución de 1925 está muerta en la realidad práctica y, lo que es aún más importante, en la mente del pueblo chileno. Se gana, pues, en realismo si se la substituye por un conjunto

¹¹⁸ GOBIERNO DE CHILE, 1973, *Decreto Ley N° 1*.

¹¹⁹ Art. 3° inciso 2°: “Las disposiciones de los decretos leyes que modifiquen la Constitución Política del Estado, formarán parte de su texto y se tendrán por incorporadas en ella”. GOBIERNO DE CHILE, 1973, *Decreto Ley N° 128*.

¹²⁰ Art. 4°: “La Junta de Gobierno ejerce, mediante decretos leyes, el Poder Constituyente y el Poder Legislativo”. GOBIERNO DE CHILE, 1974, *Decreto Ley N° 527*.

¹²¹ Art. 1°: “Declárese que los decretos leyes dictados hasta la fecha por la Junta de Gobierno, en cuanto sean contrarios o se opongan, o sean distintos, a algún precepto de la Constitución Política del Estado, han tenido y tienen la calidad de normas modificatorias, ya sea de carácter expreso o tácito, parcial o total, del correspondiente precepto de dicha Constitución”. GOBIERNO DE CHILE, 1974, *Decreto Ley N° 788*.

*renovado de Actas Constitucionales, en vez de dejarla vivir para exhibir únicamente los “colgajos” a que los hechos históricos la han reducido*¹²².

Pero ya el 13 de Septiembre de 1973, incluso antes de que se reconociera abiertamente la destrucción de la Constitución de 1925, la Junta Militar había convocado en sesión secreta n° 1, al estudio de una nueva Constitución; estudio que sería dirigido por Jaime Guzmán¹²³. En sesión secreta n° 7, la Junta acuerda dictar un Decreto Ley designando a Enrique Ortúzar, Sergio Diez, Jaime Guzmán y Jorge Ovalle como miembros de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución. La primera sesión se celebraría el 24 de Septiembre de 1973. Para la sesión 2° se integraría Alicia Romo. Posteriormente, en sesión secreta n° 17 de la Junta de Gobierno, se integran además Enrique Evans, Gustavo Lorca y Alejandro Silva Bascuñán como miembros permanentes.

En 1977 Silva Bascuñán, Evans y Ovalle citan diferencias programáticas con la Junta Militar y abandonan la Comisión, molestos específicamente por la mantención del Decreto Ley que declara disueltos los partidos políticos no-marxistas. En ese momento pasan a integrar permanentemente la comisión Luz Bulnes, Raúl Bertelsen y Juan de Dios Carmona, que seguirían hasta el final de la Comisión, en 1978. Ese año, la Comisión entrega el borrador de una nueva Constitución al Consejo de Estado, instancia más numerosa presidida por el ex presidente Jorge Alessandri. Según Bertelsen, el Consejo de Estado no modificó los ejes centrales de lo redactado por la Comisión¹²⁴.

¹²² CRISTI, *Op. Cit.*, p. 104.

¹²³ *Ibid.*, p. 45.

¹²⁴ SEPÚLVEDA, N., 2013, “Los nombres y las trampas tras la agonizante Constitución del 80”. En línea < <http://www.eldinamo.cl/2013/11/08/los-nombres-y-las-trampas-tras-la-agonizante-constitucion-del-80/> >. Consultado el 25 de Diciembre de 2013.

Son relevantes para esta tesis por lo menos tres grupos de sesiones: en una primera parte, se analizarán las sesiones donde se discuten las bases de la institucionalidad, que contienen los principios que inspiran a la Comisión. En un segundo apartado, se revisarán sucintamente los argumentos usados en la discusión sobre Derechos Fundamentales y su protección, y en un tercero se estudiará el concepto de excepción según los miembros de la Comisión, así como la –eventual- discusión sobre la validez del “decreto ley”.

Llama la atención poderosamente, por un lado, la reiteración de las ideas en que se sustentan la gran mayoría de las decisiones, de las cuales se ofrece un resumen en el memorándum que la Comisión dirige a la Junta de Gobierno en sesión 18°, donde se detallan los objetivos que perseguirá la nueva Constitución. Sin embargo, durante las sesiones tardías de la Comisión, la repetición de sus ideas centrales será constante para reafirmar los acuerdos adoptados, especialmente ante los nuevos miembros. Por esa razón, la exposición que presenta esta tesis se detiene en los principales puntos de disputa, sin hacer una referencia completa a la totalidad de las sesiones en que una materia se discute. En la mayoría de los casos, hacer dicha referencia total sería irrelevante.

Por otro lado, los conceptos sobre los que descansa la discusión constitucional no son latamente justificados; tanto así que cuando se realiza una operación de definición (por ejemplo, en la definición de “bien común”) ello es motivo de reconocimiento explícito. Las referencias a conceptos conservadores aparecen como consensuadas entre los miembros de la Comisión, y su solo acuerdo basta para entenderlo como parte del “sentir nacional”. De la misma manera, la lectura en clave argumentativa de las discusiones llevadas muestra que las referencias utilizadas son generalmente dispersas, dificultando establecer la regla de inferencia presente entre un concepto, por ejemplo, nacionalismo, y la consecuencia que se le atribuye.

Ambos poderosos defectos en la discusión constitucional justifican la presentación de la exposición que se hará de los argumentos. Por un lado, la clasificación de los temas ha tratado de unificar las ideas en temáticas de discusión que ha sido difícil sintetizar, y en definitiva las líneas no son pulcras, teniendo argumentos repetidos en varias temáticas distintas. Por otro, se ha tratado de reconstruir, usando el estándar del óptimo pragmático, las conexiones que existen entre los conceptos y sus derivaciones y conclusiones. Se ha abandonado del todo la posibilidad de hacer un relato u ordenación cronológica de las distintas sesiones, por su inutilidad práctica para la presente investigación.

1. Bases de la Institucionalidad.

1.1 Nacionalismo, pluralismo limitado y anti marxismo.

Un elemento recurrente en las actas que se refieren a Bases de la Institucionalidad es un clivaje entre “el carácter nacionalista” y los “elementos extraños”, entre los que se incluye el marxismo¹²⁵. En la segunda sesión se propone y aprueba el texto del Decreto Ley que declara fuera de la institucionalidad a cualquier partido sustentado en la lucha de clases o cualquier otra forma de ideología marxista. La fundamentación para su exclusión radica en que este pensamiento político *“encierra un concepto del hombre y de la sociedad que lesiona la dignidad espiritual del ser humano y atenta en contra de los valores libertarios y cristianos que son parte de la tradición nacional”*¹²⁶. La oposición entre cristianismo y marxismo ha sido discutida en el Capítulo I de esta tesis; pero llama

¹²⁵ GOBIERNO DE CHILE, 1973, *Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*, Primera Sesión, 24 de Septiembre de 1973, p. 5.

¹²⁶ GOBIERNO DE CHILE, 1973, *Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*, Segunda Sesión, 25 de Septiembre de 1973, p. 2.

la atención que en la discusión de la Comisión aparece un nuevo elemento, la tradición nacional.

Esta tradición nacional está vagamente definida en la discusión constitucional. Por ejemplo, se señala que la lucha de clases conspira contra la unidad nacional. Hasta acá el concepto de unidad nacional es una referencia meramente semántica, puesto que por definición, cualquier postulado que “distinga” va a ser contrario a la “unidad”. Sin embargo, el contenido de esa “unidad” (es decir, “unidad” en torno a qué) nunca es rellenado y la referencia permanece vacía. En la sesión 9°, Evans vuelve a hacer referencia a *“los valores esenciales de la chilenidad”*, pero sin definirlos; la única referencia sostiene que *“por ello buscará que el poder sea ejercido con autoridad, responsabilidad, celo y eficacia”*¹²⁷. De hecho, Guzmán en esta misma sesión nota que hay una diferencia entre “Constitución Nacionalista” –el término ocupado en la sesión 3°- y “valores esenciales de la chilenidad”, pero consiente en el cambio, mostrando que ello no es mayormente relevante. Sergio Diez, por otro lado, evita la referencia al concepto de chilenidad o nacionalidad y lo sustituye por el de valor democrático, aunque para él este concepto aún permite excluir al marxismo.

En la sesión 10°, Ovalle y Guzmán separan el concepto de “nacionalidad” del de “participación”, que venían discutiéndose en paralelo. Guzmán, sin embargo, cree que un concepto más importante de ser explicitado en la nueva Constitución debe ser la concepción de hombre y de sociedad, que para él debe estar fundado en una visión cristiana¹²⁸. No hace referencia, sin embargo, a que esa visión cristiana sea parte de la identidad nacional o la chilenidad. Como se muestra en la sesión 11°, esta inclusión de elementos nacionalistas parece ser

¹²⁷ GOBIERNO DE CHILE, 1973, *Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*, Novena Sesión, 29 de Octubre de 1973, p. 5.

¹²⁸ GOBIERNO DE CHILE, 1973, *Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*, Décima Sesión, 25 de Octubre de 1973, p. 5.

una instrucción de la Junta Militar, que llegó a la Comisión por la vía de Ortúzar. Cuando Ovalle señala que los elementos nacionalistas no deben ser una declaración de principios, sino un aspecto que permee transversalmente la carta, Ortúzar responde que:

“Si después de un régimen marxista en que se pretendió establecer esquemas foráneos para nuestra convivencia, las actuales autoridades, interpretando el sentir mayoritario del país, han dicho que la Constitución debe tener un carácter nacionalista (...), cree que emplear esta terminología en el memorándum satisface ampliamente los fines didácticos a que se ha hecho referencia”¹²⁹.

La referencia a la tradición y espíritu nacional seguirá vacía de contenido durante la discusión constitucional. En general, cuando se menciona que un elemento determinado “pertenece a la tradición nacional” u otras referencias similares, no se explica cómo es que ese elemento integra la tradición nacional, sólo se enuncia. La única referencia al contenido de la tradición nacional aparece cuando se busca que la Constitución señale y defienda los símbolos patrios, artículo que permanecería hasta el final del anteproyecto de Constitución y en el texto original de la Carta de 1980. Hacia las sesiones intermedias de la Comisión, el origen “nacionalista” del anti-marxismo será sustituido por ideas relativas al pluralismo limitado o la defensa de la democracia y el Estado de Derecho.

Estas ideas son las que terminan por fijar la redacción definitiva del Artículo 8°. Es de especial interés de la comisión fijar con precisión las reglas que van a proscribir y sancionar a las ideologías enemigas; Carmona en la sesión 365° “se declara partidario de establecer prohibiciones concretas en actuaciones partidistas

¹²⁹ GOBIERNO DE CHILE, 1973, *Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*, Undécima Sesión, 30 de Octubre de 1973, p. 6.

y no dejar entregada a tribunal alguno la interpretación de las expresiones contenidas en una norma”¹³⁰, no porque la prohibición le parezca incorrecta, sino porque tiene el temor de que, “dada la maestría semántica de los comunistas, la forma cómo utilizan las palabras, cómo las dan vuelta y le conceden un sentido diverso del que tienen”¹³¹, lleguen a presentarse ante el Tribunal Constitucional como mejores defensores de la libertad y de la democracia, citando los ejemplos de la Ley de Seguridad del Estado y la Ley de Defensa de la Democracia. Es Guzmán quien salva esta última disputa, por cuanto propone una formulación que específicamente –aunque no de forma exclusiva- se refiere al marxismo. Sostiene él que cuando se proscriba cualquier idea basada en la lucha de clases, se proscribe al marxismo, que no puede renunciar nunca a esa idea sin desvirtuarse¹³². Con esta aclaración Ortúzar se suma y el acuerdo queda fijado para la redacción final del Artículo 8°.

1.2 Democracia y participación.

Dice Ovalle en la sesión 10° que un concepto cristiano de la persona “*incide en el concepto de democracia. Explicó que la democracia es más que un régimen político: es una forma de vida, por lo que se hace necesario definirla como un medio para alcanzar la realización integral de la persona humana*”¹³³. Esta referencia es novedosa: la democracia como forma de vida. Ortúzar complementa diciendo que a partir del Estatuto de Garantías, puede definirse un concepto acabado de democracia, entre la que se incluye la idea de “igualdad de oportunidades”.

¹³⁰ GOBIERNO DE CHILE, 1978, *Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*, Sesión 365°, 3 de Mayo de 1978, pp. 2468-2469.

¹³¹ *Ibid.*

¹³² *Ibid.*, p. 2470.

¹³³ GOBIERNO DE CHILE, 1973, *Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*, Décima Sesión, 25 de Octubre de 1973, p. 6.

Inmediatamente después, Guzmán acota que el concepto de “igualdad de oportunidades” debe entenderse como referencia a un mínimo; sobre ese mínimo, la desigualdad es *“inherente a la condición humana y se aprecia tanto en las sociedades occidentales como en los países socialistas”*¹³⁴. La igualdad no puede ser muy amplia, por el riesgo de asignarle al Estado un compromiso difícil de cumplir. La democracia, para Guzmán, no puede rodearse de muchos calificativos si es que ellos no están correctamente definitivos, y propone definirla como “orgánica, social y de participación”. Al discutir sobre el calificativo de “pluralista”, la Comisión muestra sus miedos en tanto ese concepto no está claramente definido y *“envuelve matices que pueden conducir a contradicciones”* (Ortúzar); su uso se ha “desvirtuado”, transformándose en *“verdaderos emblemas políticos”* (Ovalle)¹³⁵.

Hacia la sesión 365°, Guzmán señala que hay un acuerdo transversal a la discusión de la Comisión sobre: *“aquellas materias que (...) no podían quedar sujetas a controversia porque atentar contra ellas sería ir contra ese consenso mínimo sobre el cual debe fundarse toda posibilidad pacífica y útil de discrepancia en una comunidad (...), forma parte del criterio unánime de los miembros de la Comisión, en el sentido de que el pluralismo ideológico es indispensable en un régimen de libertad, pero que debe tener sus límites, ya que, en caso contrario, se transforma en la práctica, en un instrumento de anarquía y de destrucción, precisamente, de esos valores que deben formar parte del consenso mínimo o básico sobre el cual puede edificarse un régimen institucional que posibilite la discrepancia sin que se destruya a sí mismo”*¹³⁶.

¹³⁴ *Ibíd.*, p. 8.

¹³⁵ *Ibíd.*, p. 10.

¹³⁶ GOBIERNO DE CHILE, 1978, *Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*, Sesión 365°, 3 de Mayo de 1978, p. 2465.

Esta idea de pluralismo limitado aparece desde la sesión 10°, reemplazando al nacionalismo como justificación esencial de la limitación política; en efecto, para Ortúzar es crucial incluir en la Constitución el estatuto que bloquea el pensamiento marxista, inspirado según él en la Constitución alemana. Esta referencia, que en sus términos originales dice relación con una correcta configuración social para la formación del juicio, es adaptada por un pensamiento profundamente conservador, para la cual la limitación del pluralismo es garantía de estabilidad, no necesariamente de libertad. Si esa libertad es atentatoria de la estabilidad, ella misma debe censurarse, pero lo contrario es impensado. Dice Guzmán que *“debe descartarse, para la interpretación de esta norma, la tesis que propugna que la existencia de las Fuerzas Armadas o de la Fuerza Pública, como elemento esencial del Derecho, propicia de algún modo la violencia, ya que, de lo contrario, se avala la argumentación sustentada por las doctrinas disolventes en América Latina en el sentido de que frente a la violencia institucionalizada cabe la violencia revolucionaria”*¹³⁷. De ello se sigue, entonces, que la autoridad que ejerce el poder no puede ser limitada si lo que importa es resguardar la estabilidad. Aunque esta distinción no se adopta en la redacción final, Guzmán es enfático en dejar constancia de la misma para favorecer a su interpretación por el Tribunal Constitucional a quien corresponda aplicarla¹³⁸.

En lo relativo a la participación, hay un consenso temprano en que deben distinguirse dos formas de participación. En la sesión 11°, Guzmán busca el acuerdo, que ya venía gestándose desde la sesión 9° (Sergio Diez), en torno a las denominaciones de “poder político” y “poder social”. Para Guzmán, el primero de ellos equivale al poder de decisión, es ejercido por los órganos del Estado, cuyos titulares se generan por sufragio universal, canalizado a través de los Partidos Políticos. El segundo es equivalente a poder de representación, tiene una voz

¹³⁷ *Ibíd.*

¹³⁸ *Ibíd.*, p. 2470.

consultiva, técnica y se ejerce por organizaciones sociales como gremios, entidades vecinales, etc¹³⁹.

Este consenso mencionado se complementa con el énfasis puesto en la participación “social” por sobre la electoral. En el memorándum preparado a la sesión 18°, se sostiene que *“el sufragio universal, forma clásica de la participación, es sólo el mínimo a que puede aspirar un hombre cada vez más y mejor informado”*¹⁴⁰. La distinción debe ser radical. Para los miembros de la Comisión, una de las formas en que la Unidad Popular “desvirtuó” el sentido del Estado de Derecho fue interviniendo políticamente las organizaciones de base, llevando al país al sectarismo y la demagogia, y la politización de las actividades nacionales con *“grave daño para las instituciones, la convivencia pacífica de los chilenos y la economía nacional”*¹⁴¹; por ello, la nueva Constitución tendría como meta contemplar *“normas generales destinadas a asegurar que los partidos políticos se limiten a actuar dentro de la órbita que les es propia, quedándoles expresamente prohibido intervenir en la Administración Pública y en las elecciones o conflictos de carácter gremial o que ocurran en las Universidades o establecimientos educacionales”*¹⁴². Y de la misma manera, los cuerpos gremiales no pueden intervenir en el campo propio de los partidos políticos. En términos de Guzmán, la confusión entre ambos campos no es sólo práctica del marxismo, sino también un gran error del liberalismo¹⁴³.

Esta distinción es en general concordante con el pensamiento conservador, y especialmente en la crítica católica al liberalismo. Como se analizó en el Capítulo referido a Guzmán, para el pensamiento conservador el liberalismo creó

¹³⁹ GOBIERNO DE CHILE, 1973, *Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*, Undécima Sesión, 30 de Octubre de 1973, p. 6.

¹⁴⁰ GOBIERNO DE CHILE, 1973, *Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*, Décimo octava Sesión, 22 de Noviembre de 1973, p. 4.

¹⁴¹ *Ibíd.*, p. 9.

¹⁴² *Ibíd.*

¹⁴³ *Ibíd.*, p. 15.

una sociedad inorgánica que olvidó la sociabilidad natural del individuo, que para Guzmán se expresa en la vitalidad de los cuerpos intermedios. El énfasis de la Comisión en la “participación social” es una influencia clara de una visión corporativista, que termina siendo reflejada en el articulado final de la Constitución: *“el Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad”*¹⁴⁴; esta formulación aparece ya en el anteproyecto discutido en la sesión 40^o¹⁴⁵ y se mantiene hasta el final.

Explica Guzmán que de esta redacción se desprende *“lo que tradicionalmente se ha llamado el principio de subsidiariedad (...), como clave de una sociedad libertaria y orgánica desde el punto de vista social y no de una sociedad atomizada por el Estado”*¹⁴⁶. Esta derivación se obtiene de la conjunción de este principio con la idea de bien común, que será tratada en el apartado siguiente a propósito de los límites al poder estatal.

Cabe destacar aquí, aunque el tema sea mejor desarrollado posteriormente con el análisis de la influencia (Capítulo IV), que el principio de subsidiariedad, para los miembros de la Comisión, no tiene una fundamentación económica, sino social. Su origen y sentido es el bien común, en tanto límite a la acción del gobernante tanto como a la ordenación orgánica de la sociedad. Guzmán especialmente destaca el principio de subsidiariedad como una piedra de tope para evitar que se repitan los episodios de la Unidad Popular. En ese sentido, el principio de subsidiariedad en nuestra Constitución no tiene un origen liberal, sino corporativista-católico.

¹⁴⁴ GOBIERNO DE CHILE, 1980. *Constitución Política de la República*. Texto Original.

¹⁴⁵ GOBIERNO DE CHILE, 1974, *Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*, Cuadragésima Sesión, 14 de Mayo de 1974, p. 9.

¹⁴⁶ GOBIERNO DE CHILE, 1974, *Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*, Cuadragésima Quinta Sesión, 18 de Junio de 1974, p. 9.

1.3 Ejercicio del poder

En la discusión sobre el ejercicio del poder político, la idea de autoridad no aparece tantas veces reiterada, como sí lo hace la idea de limitación al poder. Es de especial interés para los miembros de la Comisión la proscripción de la arbitrariedad, a cuya ocurrencia atribuyen los problemas de la Unidad Popular. Hacia la sesión 11°, Guzmán propone una redacción para el capítulo sobre el Gobierno que sostiene lo siguiente:

“Por tradición e idiosincrasia, Chile es un país presidencialista. Así lo consagró además la Constitución de 1925 (...). Dicho carácter será mantenido por nuestra Carta Fundamental, ya que la existencia de un Gobierno fuerte y dotado de amplios poderes es reclamado tanto por el espíritu nacional como por las características de los problemas contemporáneos (...).

Es en la falta de instrumentos eficaces de control, y no en la amplitud de sus facultades, donde deben buscarse las deficiencias que últimamente permitieron los desbordes abusivos del Presidente y de la Administración”¹⁴⁷.

Diez marca acá una diferencia, porque si bien está de acuerdo con que “por vocación histórica” el gobierno chileno debe ser presidencialista, propone alejarse de remembranzas de la monarquía absoluta. Ortúzar, Silva Bascuñán y Guzmán, sin embargo, enfatizan que el verdadero control del Presidente está en el respeto a la “voluntad de las mayorías nacionales”, lo cual se lograría por un mecanismo constitucional de persecución de responsabilidades. Silva Bascuñán va más allá y propone que el Jefe de Estado tiene un rol guardián “no sólo de su programa de

¹⁴⁷ GOBIERNO DE CHILE, 1973, *Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*, Undécima Sesión, 30 de Octubre de 1973, p. 11.

*gobernante, sino de los valores fundamentales de la chilenidad*¹⁴⁸. En la conformación al sentir de las grandes mayorías nacionales, Ovalle busca impedir que el gobernante obedezca sólo a una minoría. *“Si en 1970 se hubiera realizado una segunda vuelta en las elecciones presidenciales, el elegido habría sido, tal vez, don Jorge Alessandri, quien no habría contado con la adhesión mayoritaria del pueblo, pero sí habría interpretado ciertos principios fundamentales queridos por las grandes corrientes de opinión, orientando la acción de su Gobierno hacia esos postulados. En el caso del régimen del señor Allende no ocurrió lo mismo*¹⁴⁹. Es decir, se genera una escisión entre la simple “adhesión mayoritaria del pueblo” (debemos entender acá que se refiere al mero hecho de obtener una mayoría numérica en algún mecanismo de votación) y los “principios fundamentales queridos por las grandes corrientes de opinión”. Esta distinción es decisiva del pensamiento conservador, en tanto la similitud con el argumento de la legitimidad de ejercicio de Guzmán (revisado en el Capítulo II) es incuestionable. Si el respeto a las grandes mayorías no es equivalente a lo que ellas mismas decidan en un proceso de votación, entonces su significado debe encontrarse en otro lado: los miembros de la Comisión entienden el sentir nacional, los principios fundamentales de las grandes mayorías, y otros conceptos, como un conjunto de postulados morales *a priori*, que incluso la expresión de la ciudadanía en un mecanismo democrático no puede modificar. Es decir: principios a-políticos.

Siempre con la mira de evitar la arbitrariedad, la Comisión busca controlar y limitar el poder del gobernante. Bertelsen sostiene que *“si se fortalece el poder presidencial asignándole una mayor amplitud a la potestad reglamentaria, se hace indispensable crear, como natural contrapartida, un sistema contencioso-administrativo, ya que, en caso contrario, puede producirse un rápido quiebre del*

¹⁴⁸ *Ibid.*, p. 16.

¹⁴⁹ GOBIERNO DE CHILE, 1973, *Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*, Duodécima Sesión, 6 de Noviembre de 1973, pp. 9-10.

*Estado de Derecho*¹⁵⁰. Esta instrucción provendría del memorándum recibido de Pinochet, que busca equilibrar la “autoridad presidencial vigorosa” y evitar el ejercicio de la arbitrariedad¹⁵¹. La inexistencia de una jurisdicción contenciosa-administrativa sería “una de las fallas del régimen establecido en 1925”¹⁵².

La finalidad del Estado constituye a la vez su definición y su límite, y éste es el bien común. Para la sesión 40° hay consenso en que el bien común es, como lo expresa Guzmán, *“la creación de un conjunto de condiciones que le permitan a todos y a cada uno de los miembros que componen la comunidad nacional acercarse, en la máxima medida posible, a su pleno desarrollo personal”*¹⁵³. Con esta idea *“se desvirtúa la concepción que ve en el bien común una simple suma de bienes individuales o el bien de un todo colectivo”*¹⁵⁴; para que ese objetivo se consiga debe *“respetar los derechos naturales, inalienables y fundamentales de la persona humana”*¹⁵⁵. Entender el bien común y los límites como una norma jurídica, y no sólo como una declaración de intenciones políticas, es crucial en términos de Silva Bascuñán. Para él, el ordenamiento jurídico positivo ha alcanzado un nivel de perfección técnica extraordinaria, pero en nuestro país *“un ordenamiento jurídico positivo que no dé seguridades en cuanto a propender los valores esenciales de la conducta de la vida política no es suficiente. Eso es lo que se quebró”*¹⁵⁶ en el gobierno de la Unidad Popular.

El bien común es el elemento de comunión entre la tríada “poder político”, “participación social” y “principio de subsidiariedad”. Bertelsen sostiene en la

¹⁵⁰ GOBIERNO DE CHILE, 1978, *Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*, Sesión 345°, 4 de Abril de 1978, p. 2094.

¹⁵¹ *Ibid.*

¹⁵² *Ibid.*, p. 2095.

¹⁵³ GOBIERNO DE CHILE, 1974, *Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*, Cuadragésima Sesión, 14 de Mayo de 1974, p. 19.

¹⁵⁴ *Ibid.*, p. 20.

¹⁵⁵ *Ibid.*

¹⁵⁶ GOBIERNO DE CHILE, 1974, *Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*, Cuadragésima Quinta Sesión, 13 de Junio de 1974, p. 10.

Sesión 373° que debe construirse una relación directa entre el concepto de bien común y la autonomía de la familia y otros grupos intermedios, para evitar el riesgo de entender el bien común como un elemento intervencionista o estatista. A su juicio, el principio de subsidiariedad contiene una doble proyección: *“por una parte, la libertad del grupo intermedio para desarrollar sus actividades, pero tan sólo cuando ordena su funcionamiento al fin que le es propio; por otra parte, la atribución del Estado para limitar la actividad de ese grupo cuando se aparte de su fin propio”*¹⁵⁷.

La forma de resguardo del bien común, del principio de subsidiariedad y de la distinción poder político/poder social se encuentra, en términos de la Comisión, en definir concretamente las inhabilidades que corresponden a uno u otro. Se acuerda en la sesión 373° que debe existir una inhabilidad de los miembros de órdenes religiosas para postular a cargos públicos; así como una inhabilidad de participar en elecciones a quienes hayan tenido la calidad de dirigente gremial en los cuatro años anteriores a la elección de que se trate. Es preocupación especial de Alicia Romo que para mantener una “institucionalidad tranquila” ninguna organización adquiera el poder de determinar *“en forma tajante las líneas nacionales”*¹⁵⁸. Por último, concordante con una indicación señalada en la Declaración de Principios de la Junta de Gobierno de 1974, debe establecerse un mecanismo de inhabilidad entre partidos políticos y miembros de la Administración Pública, exceptuando los cargos de confianza¹⁵⁹.

Así, la lectura que se hace del principio de subsidiariedad es concordante con la necesaria despolitización que trasciende al pensamiento conservador Chileno. De lo que se trata no es, al menos en lo que respecta a una Constitución

¹⁵⁷ GOBIERNO DE CHILE, 1978, *Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*, Sesión 373°, 23 de Mayo de 1978, p. 2611.

¹⁵⁸ *Ibíd.*, p. 2615.

¹⁵⁹ *Ibíd.*

Política, de conseguir el mejor desarrollo económico con la iniciativa privada, sino de mantener el cauce de la participación social alejada de la vía política. Aunque Ortúzar y Guzmán reconocen la necesidad de una participación electoral amplia, quien quiera contribuir al desarrollo social debe optar por una u otra vía, “política” o “social”. Si la confusión de las dos vías permea a los gobernantes, se accede al totalitarismo o estatismo, y se avasalla la necesaria autonomía que el mundo conservador reconoce a los cuerpos intermedios.

1.4 Generación del poder, sistemas electorales y reformas

La división profunda entre la “participación social”, que debe ser orgánica y “solidaria”, y la participación política, es el punto de partida de las discusiones en la Comisión sobre los sistemas electorales. En sesión 12°, Díez ya expresa su preocupación sobre *“la necesidad de sanear el sistema electoral, y de suprimir las elecciones complementarias y de evitar la rotativa electoral, a fin de despolitizar a la ciudadanía”*¹⁶⁰. Esta necesidad de que los cuerpos intermedios cumplan roles específicos se ejemplifica con la opinión de Ovalle sobre la participación de las Fuerzas Armadas en los procesos electorarios; mientras Ortúzar y Guzmán venían insistiendo en que las Fuerzas Armadas supervigilaran todo el proceso, incluyendo su calificación, Ovalle sostiene que *“[s]i tuvieran [las Fuerzas Armadas] que entrar en el proceso calificador de la elección e inmiscuirse en el proceso administrativo mismo, (...) las Fuerzas Armadas desvirtuarían su función, lo que significaría incorporar un germen de politización en ellas. Si Chile pudo superar la crisis que vivió (...), fue porque los Institutos Armados resistieron la politización, circunstancia que hay que mantener”*¹⁶¹.

¹⁶⁰ GOBIERNO DE CHILE, 1973, *Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*, Sesión 12°, 6 de Noviembre de 1973, p. 4.

¹⁶¹ *Ibíd.*, p. 8.

Esta mención a la despolitización continúa siendo prominente en la discusión sobre los distintos sistemas electorales, pero su aplicación es imprecisa. En materia de elecciones municipales, Diez sostiene en sesión 404° que *“la elección de una persona de entre dos o tres candidatos no va a producir una elección política, sino que una relacionada con los problemas locales o comunales, porque su campaña la hará sobre la base de esos problemas y no de los asuntos de índole política”*¹⁶²; Ortúzar concurre diciendo que *“a fin de privar a las elecciones de Alcaldes de todo carácter político, quizá sería conveniente que no se verificaran en una misma fecha”*¹⁶³, y Guzmán ataca la elección directa señalando que *“[s]i se las hace coincidir con las elecciones parlamentarias, le parece evidente que se politizarán, y si no se las hace coincidir con ellas, generarán un proceso electoral que, atendidas las malas prácticas existentes en el país, tenderá a ser considerado como una nueva ocasión para expresar la opinión política de la ciudadanía”*¹⁶⁴. Qué es “lo político” en cada caso, es difícil desprenderlo de la sola discusión, por lo que es un concepto que debe ser reconstruido.

Una dicotomía interesante para entender el significado de lo político, o de “politización”, para los miembros de la comisión se da poco más adelante en la misma sesión, cuando se discute del mecanismo eleccionario para el Presidente de la República. Diez vuelve a sostener que *“es absolutamente contrario a cualquier sistema de elección de Presidente vinculado a algún elemento perteneciente al Congreso Nacional porque (...) significaría debilitar su autoridad. Agrega que así los candidatos surgirían de las componendas políticas habidas en las salas o pasillos del Congreso Nacional y no serían los que tuvieran las mejores*

¹⁶² GOBIERNO DE CHILE, 1978, *Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*, Sesión 404°, 18 de Julio de 1978, p. 3249.

¹⁶³ *Ibíd.*

¹⁶⁴ *Ibíd.*, pp. 3249-3250.

*virtudes, la mayor autoridad o carácter, sino aquellos que se adapten mejor a las posibilidades políticas o tengan más ansias de poder*¹⁶⁵.

Se deduce de esta presentación una de las claves del pensamiento conservador presente en la Comisión; a saber, que “lo político”, y por consiguiente “la politización” es el deseo de acceder al poder, pero se restringe a ello. Lo político para un conservador es la obtención y mantención de poder, y entienden por tanto que los partidos políticos sólo disputan aquello, produciéndose por tanto luchas infértiles entre ellos que enturbian el resto de los aspectos de la vida social. Estos otros aspectos, incluyendo las virtudes de gobierno, su autoridad o el carácter del gobernante, pertenecen a la esfera de la “participación social”, en que los partidos políticos no juegan rol alguno. Es este imaginario colectivo conservador el que permea toda la discusión sobre sistemas de elecciones, puesto que es fundamental en todo ámbito escindir la tarea pública de lo que son sólo disputas entre grupos auto-interesados, minimizando el rol que tienen los partidos políticos para articular el sentir de la ciudadanía.

Dicha dicotomía permite entender por qué, para la Comisión, es importante que el gobernante se adecue no sólo al cumplimiento de su programa, sino también al “*sentir de las grandes mayorías*”¹⁶⁶, y especialmente para Guzmán, a la adecuación al bien común. Se reitera la idea conservadora de que la democracia no tiene un fin intrínseco, porque lo relevante no es el proceso por el cual se forma la voluntad soberana, sino su ejercicio, el que debe adecuarse al bien común definido *a priori*. Así, tres conceptos se vuelven sinónimos: sentir ciudadano, valores de la chilenidad y bien común; ellos tres en su conjunto (colectivizados como “poder social”) se oponen al poder político, que sólo consiste en la lucha por la mantención del poder. La idea de bien común se separa, por tanto, de las

¹⁶⁵ *Ibid.*, p. 3251.

¹⁶⁶ GOBIERNO DE CHILE, 1973, *Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*, Sesión 12°, 30 de Octubre de 1973, p. 9.

voluntades conjuntas de los gobernados, conformando finalmente a la soberanía como vinculada, guiada, limitada, por un bien común abstracto, independiente de la voluntad del “pueblo”. Dice Guzmán en sesión 402° que *“adhiera a la proposición del señor Carmona en el sentido de reemplazar la expresión “Democrático Representativo” por “Chile es una república democrática”, por estimar que, sin perder la esencia del concepto anterior, evita la tendencia a considerar a las autoridades como mandatarios del pueblo, en circunstancias que son sus gobernantes. Añade que quien gobierna no es un mandatario del pueblo, porque en tal caso debería hacer lo que quiere su mandante. Considera que un gobernante debe hacer lo que conviene al bien común, dentro de las facultades que le otorga la constitución”*¹⁶⁷.

La necesidad de evitar a toda costa la noción de delegación del poder es crucial durante la sesión 402°, la que discute la redacción final de las normas sobre bases de la institucionalidad. Bertelsen y Ortúzar concuerdan en que *“el pueblo no entrega todo su poder al Estado, sino que reserva gran parte de él”*¹⁶⁸, y a partir de ello deriva que los Senadores no necesariamente provendrán de una elección, por lo que no puede hablarse directamente de delegación; lo que hay es que el pueblo aprueba una Constitución, la cual a su vez inviste a las autoridades competentes. Ello le permite concordar con Ortúzar quien señala que *“las autoridades [...] no tienen más atribuciones que las que [la Constitución] les confiere, motivo por el cual siempre va a quedar en el pueblo una parte de la soberanía”*¹⁶⁹. Pero por alguna razón, el sentido de que el pueblo “se reserve” el poder implica mayores facultades para el gobernante y no un control de éste por parte del pueblo. Por ejemplo, el negar que el acto de elección sea una delegación importa que, en palabras de Bertelsen, *“es perfectamente legítimo [...] que el Jefe de Estado adopte una medida de carácter internacional, aún cuando la mayoría*

¹⁶⁷ GOBIERNO DE CHILE, 1978, *Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*, Sesión 402°, 14 de Julio de 1978, p. 3205.

¹⁶⁸ *Ibíd.*, p. 3026.

¹⁶⁹ *Ibíd.*

*del pueblo se oponga a ella, por ignorancia de los antecedentes que la justifican y que aquel no puede darle a conocer por razones de seguridad o estrategia*¹⁷⁰.

El sentido de la noción de delegación y las consecuencias que se derivan de expresiones como “reservarse gran parte del poder”, u otras, no quedan del todo claras con la sola exposición de los miembros de la Comisión, por lo que ha de usarse el ejemplo que entrega Bertelsen como una fuente importante para interpretar. Bertelsen busca justificar que el Jefe de Estado pueda tomar decisiones impopulares o contra-mayoritarias. Lo que hay detrás de esa determinación es la idea, más o menos explícita, de que en ocasiones “el pueblo”, es decir, la masa de ciudadanos que se manifiesta en el voto y la elección, no tomará las “mejores” decisiones; es decir, lo que es “mejor” para la nación está escindido de lo que el pueblo decida en su momento. Esta escisión amerita que se construya un concepto, distinto al de representatividad o legitimidad popular, que justifique las acciones de los gobernantes, y este no puede ser otro que el bien común. Aunque Ortúzar no está de acuerdo con definir “bien común” en la Constitución, por la dificultad de aplicarlo jurídicamente, sí puede entenderse su sentido en base al curso de la discusión. De esa manera, el “sentir de las grandes mayorías” no tiene el sentido natural de la palabra “mayoría” en este contexto, sino que se vuelve, como definición estipulativa, sinónima del bien común, el cual no depende de la acción del pueblo.

La redacción final del capítulo, que persiste hasta la dictación de la Constitución del '80, mantiene la expresión “República democrática” como algo distinto a “democracia representativa”, radica la expresión del “pueblo” en la autoridad, y suprime la idea de “delegación”, consignando que las autoridades no responden ante “el pueblo”, sino ante “el bien común”.

¹⁷⁰ *Ibíd.*

En cuanto a la elección del Presidente de la República, hay un acuerdo ya manifestado en el memorándum (sesión 18°) en que, “por tradición”, el sistema político chileno debe ser presidencialista; esto implica, por tanto, radicar en el Presidente de la República la conducción política del país. Los miembros de la Comisión concuerdan en que el Presidente debe ser una autoridad fuerte y vigorosa, y por tanto su función debe ser protegida de múltiples blancos: por un lado, de caudillismos y personalismos (por lo que se busca un control de su elección y ejercicio por un órgano capacitado); por otro lado, de la “politización” de su función en el sentido ya discutido (por lo que se favorece la fórmula de la elección directa mayoritaria); y por un tercer aspecto, que se excluya a aquellos que *“por las ideas que han expresado anteriormente en su vida política o por las actuaciones que hayan tenido, sean un peligro para el régimen institucional”*¹⁷¹ (por lo que se propone que su candidatura deba ser declarada admisible por el Tribunal Constitucional o el Consejo de Seguridad Nacional, cuestión esta última que sería adoptada).

La Comisión ve, por tanto, tres focos de amenaza distintos al poder del Presidente, lo cual revela su desprecio por el sufragio universal, tal cual es iluminado por Lorca en sesión 355°, precisamente donde se comienza a discutir este asunto. Bertelsen señala ser contrario al sufragio universal, proponiendo que la elección *“se realice a partir del Congreso, reforzado por delegados de las regiones, o que la elección la hiciera un cuerpo electoral restringido”*¹⁷², buscando una opción que, aunque reconocidamente menos democrática y aceptable universalmente, garantiza mejor la estabilidad institucional. Cuando, en sesión 404°, el tema vuelve a discutirse, el argumento de Diez sobre su oposición a la elección indirecta cobra fuerza, argumentando que *“Allende no fue elegido en la calle, sino en el Congreso Nacional, donde obtuvo casi dos tercios, lo que significa una experiencia histórica como para no volver a entregarle al Parlamento la*

¹⁷¹ GOBIERNO DE CHILE, 1978, *Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*, Sesión 355°, 20 de Abril de 1978, p. 2268.

¹⁷² *Ibid.*, p. 2270.

*elección de Presidente de la República*¹⁷³. Guzmán adhiere, principalmente porque cree que los defectos del sufragio universal, en los cuales concuerda con Bertelsen, se pueden aminorar no por aplicación de un sistema más apropiado de elección, sino con la limitación a su poder que realizan las referencias al pluralismo limitado y los resguardos frente a la demagogia.

El acuerdo final resulta ser el de presentar al Consejo de Estado dos propuestas: la de elección directa con segunda vuelta y candidatos inscritos con un número determinado de firmas del Senado, o bien una elección basada en un cuerpo electoral más restringido. El Consejo de Estado, en definitiva, optaría por la primera opción.

Respecto al Congreso, una discusión temprana se manifiesta sobre si el Parlamento debe ser unicameral o bicameral. Exponiendo como invitado, el profesor de derecho constitucional de la Universidad Católica, Gustavo Cuevas, *“se pronuncia y declara partidario de una estructura unicameral”*, en tanto los problemas de la legislación *“[e]stán justa y precisamente vinculados con la demora con que los textos legales son promulgados”*¹⁷⁴. Cuevas expone por qué los regímenes bicamerales simplemente obedecen a la tradición de los pueblos que lo adoptan (Inglaterra, Francia, Estados Unidos), pero que en Chile no se ve razón para aceptar o mantener el sistema si no se prueba que éste es más racional y eficiente. La discusión se amplía al proponerse la funcionalidad paralela de ambas cámaras: Guzmán propone *“que si el Congreso es bicameral es fundamental que las dos Cámaras no sean iguales, sino que, realmente, tengan, en su generación y en sus funciones, papeles diferentes”*¹⁷⁵. Continúa señalando que no es razón

¹⁷³ GOBIERNO DE CHILE, 1978, *Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*, Sesión 404°, 18 de Julio de 1978, p. 3252.

¹⁷⁴ GOBIERNO DE CHILE, 1974, *Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*, Sesión 26°, 26 de Marzo de 1974, p. 4.

¹⁷⁵ GOBIERNO DE CHILE, 1977, *Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*, Sesión 323°, 26 de Octubre de 1977, p. 1721.

suficiente la necesidad de una doble revisión de las leyes, para fundar un sistema bicameral, porque eso puede obtenerse sobre la base de otros mecanismos¹⁷⁶. Al defender esta idea, Guzmán retoma las nociones de Consejo de Estado, o Consejo Asesor, o “Consejo Económico-Social” (denominación de su preferencia), señalando que en ellos –en alguno de ellos- debería incorporarse *“también a los organismos vivos del país que tienen una participación muy importante en la vida nacional y, sobre todo, en la vida económico-social”*¹⁷⁷.

Que la escisión “poder político”/“poder social” tiene, para los miembros de la Comisión, un profundo sentido anti-democrático queda en toda esta discusión de manifiesto. Ortúzar sostiene que *“si no se establece un régimen unicameral, no observa cómo podrían evitarse los inconvenientes del sufragio universal”*¹⁷⁸, Carmona agrega que *“uno de los grandes problemas que ha tenido la vida institucional de nuestro país (...) ha sido la imprecisión respecto de lo que debe pertenecer al Estado y lo que compete al Gobierno”*¹⁷⁹, que se debiesen *“proponer algunos organismos que pudieran llamarse “grandes organismos del Estado”, que representen la permanencia del Estado chileno, lo que estima fundamental, porque con el vendaval del período 1970 a 1973, a pretexto del Gobierno, de las instituciones y de la confusión en estas materias, se pensó barrer con todas las instituciones del país”*¹⁸⁰. Es decir, el propósito declarado de los miembros de la Comisión es atemperar el sufragio universal, y para ello se revisan distintas fórmulas. Carmona insiste en que será inevitable que, en una cámara de naturaleza “política” se dé un *“partidismo desenfrenado”*¹⁸¹, y por tanto es partidario de mantener el Consejo de Estado, independiente del número de Cámaras; la solución vendría dada porque el Consejo debiese ser consultado

¹⁷⁶ *Ibíd.*, p. 1722.

¹⁷⁷ *Ibíd.*

¹⁷⁸ *Ibíd.*

¹⁷⁹ *Ibíd.*, p. 1728.

¹⁸⁰ *Ibíd.*

¹⁸¹ *Ibíd.*, p. 1729.

antes de hacer reformas importantes, de la misma manera que debe serlo el Poder Judicial para reformas en materia de su composición.

La distinción (que, en una formulación muy clarificadora de Luz Bulnes, pasa a ser llamada “representación de intereses versus representación de saber”¹⁸²) genera un acuerdo hacia el final del trabajo de la Comisión. Bertelsen expone sobre la *“necesidad de contar con un órgano, que sería el Senado, sede de la experiencia política, sede, también, de figuras de alcance nacional; que fuera más que consultor, codecisor en asuntos gubernativos de gran importancia y revisor, con diferente criterio del empleado por la Cámara de Diputados, de los proyectos de ley ya aprobados por ésta. El Senado sería, en cierta manera, un moderador entre la Cámara de Diputados y el Presidente de la República en materia legislativa. Sería también un órgano que conservara o mantuviera las grandes tradiciones políticas del país”*¹⁸³. Esta separación es la que posibilita el acuerdo, ya vigente hacia la sesión 362°, de que el Senado esté compuesto por al menos un tercio de Senadores que lo sean por “derecho propio” y otros “designados” por otras instituciones consultivas, como el Consejo de Estado o el “Consejo Económico-Social”.

La discusión sobre mecanismo electoral cierra este apartado sobre el problema de la generación de poder. Ya es claro que la distinción entre poder político y poder social, o “representación de intereses” y “representación de saber” es el principio que inunda toda la concepción presente en los miembros de la Comisión: se vislumbra acá un juicio negativo en términos morales a quienes provienen de las contiendas entre partidos, pues para distintas instancias los miembros de la Comisión han querido buscar mecanismos institucionales que aseguren “la personalidad” del candidato, u otras referencias a sus cualidades

¹⁸² GOBIERNO DE CHILE, 1978, *Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*, Sesión 340°, 15 de Marzo de 1978, p. 2036.

¹⁸³ *Ibíd.*, p. 2042.

morales intrínsecas. En la sesión 362°, Guzmán vuelve a recalcar que *“dado que los Senadores serán nacionales, es posible llevar a cabo una elección en que prevalezca la personalidad de los candidatos, en que se dé oportunidad al ciudadano para distribuir sus preferencias, (...) no se encasilla al elector en un solo partido, inclinándose por candidatos moderados o de centro, o de centro-izquierda o de centro-derecha; (...). Señala que con este sistema nadie saldría elegido con votos ajenos”*¹⁸⁴. Cuando se escucha la opinión de Rogers, invitado y miembro de la Subcomisión que estudió la materia, éste da un análisis histórico del voto censitario, agregando pasajes como los siguientes:

[El sr. Rogers señala] *“tener la preocupación obsesiva de que en la reforma constitucional que está elaborando la Comisión pudiera quedar desvanecida o borrada la idea del registro electoral, y cree que si el registro se hace mediante el uso de computadoras, el que maneja el computador maneja la elección. Declara no temer a establecer cortapisas al sufragio y de que fuera una selección la que tuviera derecho a él (...). “Don Francisco Bulnes Correa le comentó en una oportunidad que se destruiría la esencia de la democracia chilena si se eliminaba el cohecho, el cual produce cierto tipo de selección previa de los candidatos o una aristocracia que permitiría la subsistencia del sistema.”*¹⁸⁵.

En la discusión sobre el sistema apropiado para la Cámara de Diputados se recogen las ideas que ya se evidenciaban desde la sesión 337°. En ésta se hace manifiesto el propósito de evitar en Chile la mantención de una “partitocracia”; Guzmán comparte acá con Bulnes el que la maquinaria electoral es la clave para que los partidos no sean “maquinarias electorales” o “maquinarias monopólicas de poder” (denominación que, aparentemente, provenía de Pinochet mismo). La pretensión es que el partido no sea una simple reunión de personas que busca el

¹⁸⁴ GOBIERNO DE CHILE, 1978, *Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*, Sesión 362°, 27 de Abril de 1978, p. 2414.

¹⁸⁵ *Ibíd.*, p. 2427.

poder para beneficio propio, sino que se conviertan en “corrientes de opinión” que *“influyan por la calidad de sus miembros y por la seriedad de sus planteamientos doctrinarios y prácticos”*¹⁸⁶. Para ello, se advierte que *“si se adopta el sistema electoral de la “cifra repartidora” es absolutamente inevitable que se tienda a la “partitocracia” y a la existencia de partidos políticos como maquinarias de poder; en cambio, si se implantan otros sistemas electorales, como el denominado “lista incompleta”, hay posibilidades de resultados muy distintos de la expresión popular”*¹⁸⁷. Guzmán nota de inmediato que un Congreso donde influyan más las personalidades generaría un riesgo de volver el Parlamento inestable, de dificultar articular bloques homogéneos de parlamentarios con los que el Gobierno pueda formar mayoría, y en definitiva, de volver a cada senador “un partido”; pero este riesgo propone atemperarlo por dos métodos: uno, *“disposiciones que hicieran del Congreso una entidad no excesivamente numerosa y exigieran cierta calidad a las personas elegidas”*¹⁸⁸ (es decir, una reaparición de ideas relacionadas a la virtud moral del individuo), y otro, opinión que comparte con Bulnes y Carmona, de buscar un mecanismo que tienda, como en Estados Unidos, al bipartidismo. Como es público y notorio, este camino elegido fue el que derivó en la creación del sistema binominal.

Las consecuencias de esta decisión aparecen expresas en la discusión sobre los quórum de reforma constitucional. Bertelsen expone en sesión 374° que *“el sistema de generación de la Cámara y del Senado tiene por finalidad promover la formación de mayorías y que lo normal será que el Presidente de la República cuente en cada rama del Congreso con los tres quintos, pero que eso significa, traducido en números, una cifra de 90 Diputados y de 27 Senadores, lo cual implicaría una Constitución prácticamente flexible. Teme, por lo tanto, que la mayoría política en el Poder efectúe continuas enmiendas de las bases de la*

¹⁸⁶ GOBIERNO DE CHILE, 1978, *Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*, Sesión 337°, 7 de Marzo de 1978, p. 341.

¹⁸⁷ *Ibíd.*

¹⁸⁸ *Ibíd.*, p. 343.

*institucionalidad*¹⁸⁹, y por tanto se declara partidario de asignarla en dos tercios. Nótese que, si bien muchos países contienen Constituciones rígidas –algo que los mismos miembros de la Comisión notan constantemente-, en la discusión constitucional no se pierde la conexión entre este sistema y la aversión a los partidos políticos, para evitar que mayorías relativas cambien los aspectos que, en términos de la Comisión, forman parte de la “esencia de la chilenidad”.

Es, por último, interesante notar que si bien todos los miembros de la Comisión manifiestan que, al menos teóricamente, es posible concebir una democracia sin partidos políticos, ello no sería posible porque la tradición chilena llevaría al pueblo a presionar por ellos. Es decir, la subsistencia de partidos políticos en el nuevo régimen sería una consideración enteramente pragmática, no a nivel de principios.

1.5 Poder de Seguridad

La Comisión estimó necesario mantener la tríada de Poder Ejecutivo-Legislativo-Judicial, pero a ello incluyó un cuarto poder, el “Poder de Seguridad”. Cuando se discute el rol de las Fuerzas Armadas y la Fuerza Pública, los comisionados acuerdan en la necesidad de incorporar al Capítulo 1° de la nueva Constitución, un articulado que haga referencia al rol garante de la institucionalidad que les correspondería a los estamentos castrenses. Como se señala en la sesión 379°, ello emana de las reuniones sostenidas con la Academia de Seguridad Nacional y el entonces ministro de Defensa. Al señalar su carácter de “obedientes”, Guzmán aclara que ello debe referirse al ordenamiento jurídico y no al Presidente, *“para evitar que pueda ser desvirtuada esa obediencia y*

¹⁸⁹ GOBIERNO DE CHILE, 1978, *Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*, Sesión 374°, 23 de Mayo de 1978, p. 2631.

convertir [a las Fuerzas Armadas] en verdaderas guardias pretorianas del Primer Mandatario, como trató de hacerlo el Presidente anterior”¹⁹⁰.

Para Guzmán, la clave de la existencia del “Poder de Seguridad” está en la expresión “garante último”. Guzmán y Díez, hacia la sesión 383°, discrepan en la expresión “y garantizan el orden institucional de la República” por “y son garantía última del orden institucional de la República”, señalando que *“ellas no pueden ser consideradas garantes constantes y permanentes del orden institucional [...], que ello equivaldría a encomendarles una tarea que no estarían en condiciones de cumplir, y que, si intentaran hacerlo, se las comprometería en la vida política contingente”¹⁹¹*. Guzmán apela nuevamente al objetivo de “despolitizar” las instituciones, para mostrar que en este caso, las Fuerzas Armadas deben ser una “garantía última”, ya que el rol de cautelar la institucionalidad la poseen, en tiempos de normalidad, el resto de los aparatos estatales. La discusión sigue sobre la palabra “última”: Ortúzar sostiene que *“si saben los políticos que están supervigilados por las Fuerzas Armadas tendrían mucho cuidado en sus quehaceres”¹⁹²*, Carmona *“anota que eso podría implicar una especie de llamado constitucional a una intervención de las Fuerzas Armadas”¹⁹³*, Ortúzar replica que si se limita a “la defensa del orden institucional” (como proponía Carmona), *“no se estaría diciendo nada nuevo, en circunstancias de que los [sic] que se quiere expresar es algo más, cual es que las Fuerzas Armadas son las verdaderas cauteladoras del orden institucional de la República [...] y a las Fuerzas Armadas, como sucedió el 11 de Septiembre de 1973, les cabe actuar legítimamente en defensa de la soberanía de Chile y del orden institucional”¹⁹⁴*.

¹⁹⁰ GOBIERNO DE CHILE, 1978, *Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*, Sesión 379°, 31 de Mayo de 1978, p. 2727.

¹⁹¹ GOBIERNO DE CHILE, 1978, *Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*, Sesión 383°, 13 de Junio de 1978, p. 2800.

¹⁹² *Ibíd.*, p. 2801.

¹⁹³ *Ibíd.*, p. 2802.

¹⁹⁴ *Ibíd.*

La legitimidad del actuar de las Fuerzas Armadas en 1973 evidentemente no resulta cuestionada, y por tanto el razonamiento de los constituyentes se orienta a encontrar un mecanismo o redacción que incluya dentro de su esfera al actuar legítimo de las Fuerzas Armadas; es decir, para los miembros de la comisión, lo ocurrido en 1973 es un caso no controvertido de actuación legítima, y de lo que se trata es de definirlo usando conceptos jurídicos, para permitir que, de ser necesario, una actuación como esa se verifique nuevamente. Ortúzar consulta en sesión 379° si la “garantía última” se expresaría “con un nuevo 11 de Septiembre” u otro mecanismo; Guzmán responde que se puede expresar de distintas formas y siendo su última expresión la intervención militar; a eso Ortúzar no formula objeción alguna. Bulnes discute que al considerar como “garantía última” a las Fuerzas Armadas, *“el 11 de Septiembre de 1973 tal vez podría haberse considerado que ellas no eran la instancia última”*¹⁹⁵, lo que es apoyado por Bertelsen al señalar como “no acertada en el mundo de hoy” que la acción de las Fuerzas Armadas se encuentra exclusivamente al final del proceso¹⁹⁶, y que con la redacción de Guzmán y Ortúzar, *“las Fuerzas Armadas no debieran haber intervenido, al menos antes del acuerdo de la Cámara de Diputados de 22 de agosto de 1973, lo cual le parece erróneo, ya que, según entiende, se desea evitar que actúen sólo cuando ya prácticamente no quede otra salida”*¹⁹⁷.

Una vez más estamos en presencia de un concepto (“Poder de Seguridad”) no necesariamente bien conceptualizado, lo que obliga a buscar su caracterización en acuerdos sobre puntos específicos relacionados con la materia. Así, se desprende de las discusiones que hay acuerdo en que el “Poder de Seguridad” debe conservar su independencia e incluso tener superioridad frente a otros poderes del Estado. Cuando Ortúzar y Guzmán proponen la expresión “garantía suprema” (tratando de lograr un acuerdo para reemplazar la expresión “última” sin que pierda su sentido), Carmona objeta que eso *“colocaría a las*

¹⁹⁵ *Ibíd.*

¹⁹⁶ *Ibíd.*

¹⁹⁷ *Ibíd.*, p. 2803.

Fuerzas Armadas por encima del Presidente de la República” y Guzmán replica que “*el Poder de Seguridad se consagra en esa frase, de modo que la redacción tiene una trascendencia fundamental*”¹⁹⁸. Guzmán propone en su exposición que los Comandantes en Jefe no puedan ser removidos ni llamados a retiro, salvo por la vía de una acusación constitucional. Sólo Carmona formula una observación a este respecto, advirtiendo que la autoridad del Presidente, en la propuesta de Guzmán, aparece disminuida, “*lo que vendría a ser casi una consagración constitucional para cualquier pronunciamiento del tipo militar*”¹⁹⁹, lo que para él es preocupante dado que el poder de las Fuerzas Armadas debe realizarse dentro de los términos ajustados a derecho. Ortúzar a ello replica que tampoco se puede establecer una facultad absoluta del Presidente de llamar a retiro, y que incluso le merece dudas la expresión “no deliberante” en las Fuerzas Armadas, ya que ellas deben deliberar sobre asuntos de seguridad nacional. Hacia la sesión 396° se aprueba el texto que permite la remoción de jefes de ejército con acuerdo del Consejo de Seguridad Nacional, fórmula que de acuerdo a Bertelsen permite una actuación independiente, pero no del todo desligada del Presidente de la República.

El complemento de un “poder de seguridad” sería un órgano constitucional denominado “Consejo de Seguridad Nacional”, presidido no por el Presidente de la República (Guzmán considera contradictorio que al mismo tiempo el Consejo requiera su acuerdo como órgano autónomo, y sea presidido por él teniendo derecho a voto), sino por el Ministro de Defensa, y con una mayoría castrense.

Las funciones otorgadas al Consejo son claves para entender la visión que los miembros de la comisión entendían de “Poder de Seguridad”. Según Guzmán, las funciones serían “*aprobar la formulación de un objetivo nacional, cada cierto*

¹⁹⁸ *Ibíd.*, p. 2804.

¹⁹⁹ GOBIERNO DE CHILE, 1978, *Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*, Sesión 379°, 31 de Mayo de 1978, p. 2731.

*tiempo[, que] podría tener algún grado de imperio sobre el legislador, o bien considerarse como una orientación o guía, pero con un valor moral, p[atriótico y político*²⁰⁰; por otro lado una facultad de representar opiniones consultivas “*pero con un sentido práctico y digno de ser considerado*” sobre “*cualquier materia en que viera amagada la seguridad nacional, como una ley, una reforma constitucional, una medida administrativa, la suscripción de un tratado*” (en esto finalmente Guzmán se declara partidario de no formular una lista minuciosa de facultades, sino que otorgarle su iniciativa al propio Consejo); y en tercer lugar tener facultades específicamente encomendadas por el Constituyente, como su aprobación de estados de emergencia. ¿Cómo se concilia la amplia participación del Consejo en la vida pública, con la noción de despolitización? Primero, porque la idea del “Objetivo Nacional” no es una iniciativa de los miembros de la Comisión, sino una insistencia de Pinochet²⁰¹; segundo porque la idea de participación social versus participación política aparece nuevamente reiterada, en tanto, según Guzmán, “*el Jefe del Estado ha manifestado también que la falta de este Objetivo Nacional ha hecho que la lucha ideológica y política nuble la conciencia que debe existir en cuanto a que, más allá de ella, hay ciertos objetivos permanentes que deben respetarse*”²⁰²; tercero, porque el objetivo nacional no tendría vinculación jurídica, sino que operaría como pauta de orientación, lo cual es concordante con lo ya señalado sobre la generación y formación de la ley: para los miembros de la comisión, la formación de la ley es un proceso enteramente político, mientras que la consulta del poder “social” es “técnica”.

²⁰⁰ *Ibíd.*, p. 2730.

²⁰¹ GOBIERNO DE CHILE, 1978, *Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*, Sesión 396°, 6 de Julio de 1978, p. 3084.

²⁰² *Ibíd.*

2. Derechos fundamentales

Sergio DíEZ celebra, en su autobiografía, como uno de los puntos positivos de la Constitución de 1980 el que ésta no fuese neutra, sino “valórica y democrática”²⁰³. Sostiene que la principal inspiración para la concepción de derechos humanos que recogería la futura Constitución es el pensamiento de Jacques Maritain, filósofo ligado a la corriente iusnaturalista, quien sostiene:

“<No es necesario añadir que la voluntad del Pueblo no es soberana en el sentido viciado de que todo lo que le plazca al Pueblo tenga fuerza de Ley. El derecho del Pueblo a gobernarse a sí mismo procede de la Ley Natural; igualmente el ejercicio mismo de su derecho está sometido a ésta. Si la ley natural es válida para dar al Pueblo ese derecho fundamental, lo valida también para imponer sus preceptos no escritos al ejercicio de ese mismo derecho. Una ley no se hace justa por el mero hecho de que exprese la voluntad del Pueblo. Una ley injusta, aunque exprese la voluntad del Pueblo, no es una ley>>”²⁰⁴.

Consistente con una concepción iusnaturalista y conservadora de los derechos fundamentales, ellos operan como una limitación a la soberanía. Que la Constitución adopte esta concepción de la democracia y de los derechos humanos no supone, al menos para DíEZ, ningún inconveniente desde el punto de vista del pluralismo democrático, puesto que en sus propios términos, la Constitución debía ser “no neutral, sino valórica”, es decir, comprometida políticamente; y aún más, este conjunto específico de valores (i.e. la interpretación cristiana de los derechos fundamentales) permitía proteger a la democracia de un posible gobierno “totalitario” (que al parecer en el pensamiento de DíEZ, se vuelve sinónimo de

²⁰³ DíEZ, S. 2013. *Reflexiones sobre la Constitución de 1980: 50 años de un actor y testigo de la vida política chilena*, Santiago: Ediciones El Mercurio-Aguilar., p. 214.

²⁰⁴ MARITAIN, J. Citado en DíEZ, *Op. Cit.*, p. 222.

marxista, puesto que no existe ninguna reflexión teórica sobre cómo un proyecto políticamente comprometido, que excluye por definición, no es al mismo tiempo “totalitario”).

DÍEZ declara sin más que *“la esencia de nuestra sociedad está constituida por los principios de la civilización cristiana occidental”*²⁰⁵, y que ello tiene como consecuencia que los derechos fundamentales deben ser “protegidos” de la acción gubernamental; o lo que es lo mismo, que ellos operan como límite a la soberanía del pueblo. La cita de Maritain en ese sentido es decisiva: bien común no es equivalente inmediatamente a voluntad del Pueblo, sino que incluso el Pueblo operando en formas democráticas puede estar equivocado. La forma jurídica en que se da expresión a este pensamiento es el artículo 5° de la Constitución, estableciendo que “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”. Se produce una paradoja interesante ya que, según DÍEZ, fue Guzmán quien quiso prevenir a la comisión de entrar en un arduo debate sobre el reconocimiento y valor del Derecho Natural, y en consecuencia propuso la referencia a “la naturaleza humana” en el articulado. Al hacerlo, y consistente con la baja rigurosidad de justificación que inundó toda la discusión constitucional, provocó que el salto argumentativo entre “esencia del cristianismo” y “derechos naturales” no tuviera clara su regla de inferencia, dejando a ese artículo como una declaración de un principio no cabalmente justificado.

Sobre ese problema justificatorio se yergue uno adicional. DÍEZ aclara que el significado del art. 5° implica que los derechos fundamentales son esencialmente individuales, y por tanto *“no pueden ser sometidos a un mal entendido interés colectivo, como ocurre en los regímenes totalitarios”*²⁰⁶. Si bien

²⁰⁵ *Ibíd.*

²⁰⁶ *Ibíd.*, p. 223.

es consistente con un pensamiento católico corporativista, y por cierto con las ideas sustentadas por Guzmán, aún la discusión constitucional peca de insuficiente al querer introducir esta nota adicional, puesto que no es necesariamente incontrovertido que los derechos fundamentales deben operar como garantías exclusivamente individuales. De hecho, los así denominados “derechos de tercera generación”, entre los que se cuentan la protección al medio ambiente, han sido reconocidos en la doctrina moderna como profundamente ligados a la identidad colectiva²⁰⁷.

Es la noción de derechos fundamentales como derechos estrictamente individuales, la que liga indisolublemente al pensamiento conservador de los miembros de la Comisión, con el proyecto económico neo-liberal implantado durante la dictadura. Con razón del plebiscito y posterior aprobación de la Constitución, el Grupo de Estudios Constitucionales (el denominado “Grupo de los 24”) publicaba en 1981 un texto en que recopilaba las principales críticas a la Constitución en discusión. Entre ellas, destaca que la declaración de derechos presente en la carta *“determina un sistema que reconoce algunos derechos individuales y olvida los derechos económico-sociales, que asegura la libertad económica y restringe la libertad política”*²⁰⁸, y denuncia que *“la nueva Constitución se define clara y tajantemente por un orden económico determinado, que persigue como ideal y con el cual se identifica: el capitalismo individualista de libre mercado”*²⁰⁹.

La Constitución de 1980 renunció parcialmente a una regulación orgánica de los aspectos económicos. Si bien establece la existencia del Banco Central autónomo e independiente, omite acoger en su seno la regulación de gremios, la

²⁰⁷ Ya desde 1979 se reconocía la existencia de las “tres generaciones de derechos”. Al respecto cfr. VASAK, K. 1979. “Human Rights: A Thirty-Year Struggle: the Sustained Efforts to give Force of law to the Universal Declaration of Human Rights”, en *UNESCO Courier* 30:11. Paris: UNESCO.

²⁰⁸ APSI. 1981. *Las Críticas del Grupo de los 24*, p. 9.

²⁰⁹ *Ibíd.*, p. 10.

forma jurídica de las sociedades o corporaciones, u otras instituciones creadas en dictadura y que se convierten en el ícono de la nueva política económica, como podrían serlo las AFP o las ISAPRES. La regulación e implantación del nuevo modelo económico se hizo primordialmente, en un ejemplo de lo que ATRIA denomina “el abuso de la forma Constitucional”²¹⁰, por incluir en la regulación de los derechos fundamentales formas jurídicas y regulaciones en detalle que operan como reglas, no como principios, y a la vez eliminando de ellas cualquier referencia que permitiera entenderlos como derechos sociales o propios de una comunidad de personas. Cuando se combina esta noción con un recurso de protección ampliado para la mayoría de las garantías a derechos individuales, se obtiene un fuerte entramado institucional que promueve una forma de resolver conflictos sociales por la vía del reclamo individual, procurando entonces, de manera consistente con el proyecto despolitizador, reducir los espacios que sindicatos y organizaciones sociales poseen para articular el conflicto social.

En este apartado sobre el concepto de derechos fundamentales en la discusión de la Comisión, se revisarán varios grupos de sesiones. En primer lugar, se revisarán aquellos mecanismos que den cuenta elocuentemente de la concepción de derechos fundamentales según la Comisión, como el recurso de protección ampliado y la garantía de la “esencia” de los derechos; en segundo lugar se revisarán las discusiones sobre materias de aquellas que se suele llamar “valóricas”, como aborto y divorcio, y que se vinculan de manera más directa al pensamiento eclesiástico; y por último, se hará una revisión a las ideas sobre pluralismo y libertad de expresión presentes en el derecho a la educación y medios de comunicación, entre otras garantías.

²¹⁰ ATRIA, F. 2013. *La Constitución tramposa*. Santiago: LOM Ediciones., p. 41.

2.1 Mecanismos de protección, derechos en su esencia

El análisis de los mecanismos de protección que la Comisión diseñó para la nueva Constitución puede dar luces sobre su concepción respecto a los derechos fundamentales. Existe consenso considerable en que los derechos fundamentales, en tanto normas jurídicas propiamente tal, deben contar con mecanismos que los hagan efectivos; de cualquier otro modo, se convierten en nociones doctrinarias, declaraciones programáticas o manifestaciones ideológicas, pero no adquieren propiamente tal un sentido jurídico: es decir, no serían normas. Pero no es indiscutido qué derechos deben protegerse, si existe entre ellos una jerarquía que haga prevalecer unos por sobre otros, o contra quienes procederían los mecanismos de protección. Este último punto es del todo crucial: todo derecho genera una obligación de conducta respecto a otro, ya sea de abstención (derechos o libertades “negativas”) o de prestación positiva (derechos “positivos”). En ese sentido, los derechos fundamentales suponen una negación del poder o soberanía del Estado: el Estado en tanto hecho institucional no es libre para auto-determinar sus fines, sino que debe responder a los fines que el individuo en particular estime. Así la clave para entender las concepciones detrás de los derechos fundamentales radica en este punto. Si la negación del poder del Estado alcanza a los órganos democráticamente representativos, o al Estado en su conjunto, entonces los derechos fundamentales suponen una negación de la voluntad soberana del pueblo, una prohibición a que el Pueblo sea el que auto-determine sus fines.

Decidor es, entonces, estudiar el sentido con que los miembros de la Comisión incluyeron ciertos mecanismos. Para la debida protección de los derechos, los miembros de la Comisión diseñaron al menos dos mecanismos importantes: un recurso “de protección” ampliado a la generalidad de las garantías

constitucionales, y la prohibición de que los preceptos legales limiten la esencia de los derechos.

Respecto a lo primero, ya en el memorándum presentado en Sesión 18°, se daba cuenta de un acuerdo generalizado entre los miembros de la Comisión para incluir un mecanismo judicial que pudiera *“prestar eficaz e inmediato amparo al afectado, en todos los casos en que una garantía de libertad o un derecho básico esté o pueda estar amenazado, restringido o coartado por actos u omisiones arbitrarias de una autoridad o de particulares”*²¹¹. La redacción es manifiestamente similar a la redacción final del Artículo 20, que consagra el recurso de protección hasta nuestros días, lo cual da cuenta de que, en relación a esta materia, existía un consenso sobre las eventuales funciones y significados que esta disposición contendría. La utilidad de un recurso de amparo ampliado se vuelve a hacer presente en la Sesión 83°, donde comienza a discutirse el capítulo de los derechos fundamentales. Ortúzar expresa que *“se fortalecerán especialmente aquellas garantías constitucionales que, como la libertad de expresión, de reunión, de enseñanza, el derecho de propiedad y otros, habían sido violadas o conculcadas por el régimen anterior”*²¹², y Silva Bascuñán agrega que el *“fracaso de nuestra democracia (...) se debió a la falta de condiciones generales de la vida política y, en el orden institucional, a la falta de garantías, recursos y protecciones que hicieran efectivas esas formulaciones doctrinarias”*²¹³. De modo que, desde un comienzo, el origen de un recurso como el futuro recurso de protección fue “proteger” al individuo frente a la acción del Estado, entregándole así un tinte conservador.

²¹¹ GOBIERNO DE CHILE, 1973, *Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*, Sesión 18°, 22 de Noviembre de 1973, p. 4.

²¹² GOBIERNO DE CHILE, 1976, *Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*, Sesión 83°, 31 de Octubre de 1974, p. 3.

²¹³ *Ibíd.*

En sesión 214°, donde se comienza a analizar la función del recurso de amparo, se introduce una primera mención a una norma que, si bien no prospera en el texto definitivo de la Constitución de 1980, sí da cuenta de forma evidente del concepto de derechos fundamentales para los miembros de la Comisión. Incluida entre las “reglas generales” de la protección de derechos fundamentales, se pretende incluir una norma que señale que *“La Constitución asegura el respeto a todo derecho inherente a la persona humana aunque no esté expresamente consignado en este Capítulo”*²¹⁴. ¿Cómo podría conocerse qué derecho pertenece “inherentemente” a la persona humana sin que la Constitución lo identifique? Los partidarios de lo que se suele denominar “derecho natural”, dirán que la “naturaleza humana” es un hecho que salta a la razón, o que es evidente con el uso del pensamiento humano. Pero en su relación con la Constitución, los iusnaturalistas le atribuyen al reconocimiento constitucional una importancia de segundo orden: en tanto es irrelevante que un derecho esté nombrado en la Constitución para su protección, y si en algún sentido la Constitución es la manifestación de la voluntad del pueblo, entonces dicha “voluntad del pueblo” es irrelevante para el reconocimiento de derechos. El derecho que un individuo, en el uso de su razón, entienda como perteneciente a la “naturaleza humana” puede ejercerse jurídicamente aunque la comunidad –expresada en el Estado- no lo considere un derecho fundamental. O dicho de otro modo: ciertos derechos pueden ser ejercidos incluso contra el pueblo en su conjunto.

Otra nota interesante permite fortalecer dicha afirmación. En el artículo siguiente de estas “normas generales de derechos fundamentales” se incluye una disposición según la cual *“[l]as leyes que interpreten, regulen o complementen o, en los casos que la Constitución autoriza, limiten las garantías que ella asegura, no podrán afectar los derechos en su esencia”*²¹⁵. Ortúzar aquí aclara que *“la frase “en los casos que la Constitución autoriza” solamente rige respecto de las*

²¹⁴ GOBIERNO DE CHILE, 1976, *Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*, Sesión 214°, 25 de Mayo de 1976, p. 2.

²¹⁵ *Ibíd.*

*disposiciones que “limiten las garantías que ella asegura”*²¹⁶. ¿Qué otras garantías puede haber? Por supuesto: aquellas que “inherentemente” pertenecen a la naturaleza humana. Dichas garantías, en términos de la Comisión, no pueden ser limitadas ni siquiera por autorización constitucional. Es en ese sentido que las garantías “inherentes a la persona humana” adquieren una jerarquía incluso mayor a la Constitución, sobrepasando la protección que a otras garantías le otorga la Carta Fundamental.

Partiendo de la base de que ciertos derechos, incluso no recogidos expresamente en la Constitución, deben ser protegidos, es que se inicia la discusión sobre la ampliación del recurso de amparo. Silva Bascuñán se pregunta, ya que incluso la Constitución no será obstáculo para dichos derechos, de dónde podrían provenir las amenazas que hagan procedente el recurso, y advierte que, si provienen de instituciones como el Congreso, el legislador o los tribunales, en todos esos casos existen mecanismos adicionales para controlar la legalidad y constitucionalidad de los actos de autoridad. Sergio DíEZ relata esta prevención como un caso de oposición o duda frente a la necesidad de un recurso como éste, y replica que, en sus términos, el recurso tiene varias ventajas: por un lado, que le permite una protección eficaz y rápida, en lugar de discutir el fondo del asunto en los tribunales ordinarios; por otro lado, que les brinda a los tribunales competentes en materia de recurso de protección la facultad de imperio, para evitar *“la experiencia del gobierno de la Unidad Popular con respecto al cumplimiento de las sentencias judiciales”*²¹⁷; y que brinda *“más allá de la ley escrita, un recurso para dar a los tribunales la facultad de apreciar en cada caso concreto lo que es una privación, una amenaza o una perturbación”*²¹⁸. Ortúzar agrega en la discusión que le parece que incluso podría proceder este recurso contra la acción del Congreso, de una rama del Parlamento que actúe fuera de la ley.

²¹⁶ *Ibíd.*

²¹⁷ DíEZ, *Op. Cit.*, p. 235.

²¹⁸ *Ibíd.*

Al conjugar todas estas expresiones e intervenciones se comprende una función adicional que el recurso de protección le brinda a los tribunales: la facultad de co-legislar. Si, en palabras de Díez, los tribunales pueden apreciar en cada caso concreto si existe una vulneración de las garantías, y en términos de Ortúzar ello procede incluso contra actos del Congreso, entonces los tribunales pueden evaluar en todos los casos si los actos del Congreso se ajustan a la Constitución y censurar algunos de ellos. Incluso más: si el recurso de protección procede incluso para proteger garantías “no expresadas en la Constitución”, entonces los tribunales tienen la potestad de restar valor o validez a los actos legislativos que, a juicio de ellos mismos, vulneren “la naturaleza humana”, usando criterios poco definidos y rigurosos, que dependen en definitiva de la posición política que cada juez comparte. Pero la Comisión tenía por finalidad despolitizar a los cuerpos institucionales. ¿Cómo podría entenderse esta finalidad? ¿Será simple negligencia o inadvertencia de los miembros de la Comisión? Esta contradicción se resuelve al recordar que, para el pensamiento conservador, la “naturaleza humana” es un concepto a-político, a-priori, no es dable a la voluntad humana reconstruirlo, sino que existe incluso previo a su reconocimiento por la comunidad. Así, para los conservadores, el ejercicio que realizaría el tribunal no sería “político”, sino “valórico”.

Respecto a los derechos que van a estudiarse, Evans propone una clasificación que, en principio, opera cómo una simple guía de trabajo para que la Comisión discuta estas materias. Distingue entre “garantías de igualdad”, que pueden ser renovadas relativamente y se basan esencialmente en la garantía de igualdad ante la ley, “garantías de libertad”, basadas en la libertad personal propiamente tal y las libertades “anexas” como la de reunión y asociación, los “derechos sociales” donde se abordan los derechos de ciertos grupos, como los niños, la juventud, la mujer, la vejez y los derechos de las sociedades intermedias, enseguida los “derechos materiales o patrimoniales” en los que incorpora el

derecho de propiedad, el orden público-económico, la protección literaria y artística, la inviolabilidad de la correspondencia y del hogar, etc; y por último lo que denomina “derechos sociales o derechos de los integrantes de la comunidad”, que pertenecen no a un sector determinado o por edad, sino a todos los miembros, como el derecho al trabajo, la seguridad social, la salud, la protección de los recursos naturales, a una vida en medio ambiente equilibrado ecológicamente, etc²¹⁹. Evans es enfático en señalar que esta clasificación no irroga una especie de jerarquía, sin embargo Ortúzar, teniendo a la vista la Constitución alemana de la época –que introduce una prelación o jerarquía entre derechos- reclama que este “orden programático” podría inducir a la Comisión a discutir las garantías en un orden distinto a su jerarquía valorativa:

“Por ejemplo, pregunta, ¿es lógico empezar la nueva Constitución (...) señalando que ella asegura la igual repartición de las cargas públicas, después de ocuparse del derecho a la vida? ¿O debe seguirse cierto orden respecto de la jerarquía, de los valores de estos derechos básicos?”²²⁰.

A esto, Evans contesta que *“el ordenamiento con relación a la indudable jerarquía que hay entre las disposiciones sobre las distintas materias vendrá después”²²¹*. Es decir, parece indudable entre los miembros de la Comisión que las garantías y libertades pueden ser ordenadas entre sí en un modo jerárquico, siendo aquí contrarios a la teoría que cree que entre las garantías se debe establecer un juicio ponderativo. El mecanismo de hacer valer dicha jerarquía no queda hasta el momento clara, pero parte de dicha importancia programática puede vislumbrarse al analizar las garantías que quedarán incluidas en el recurso de protección.

²¹⁹ GOBIERNO DE CHILE, 1976, *Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*, Sesión 83°, 31 de Octubre de 1974, pp. 5-6.

²²⁰ GOBIERNO DE CHILE, 1976, *Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*. Sesión 84°, 4 de Noviembre de 1974, p. 4.

²²¹ *Ibíd.*

Silva Bascuñán sostiene que *“el sujeto activo del recurso tendrá que ser una persona natural o jurídica que tenga un derecho o un interés propio vulnerado y configurado con precisión dentro del ordenamiento jurídico. No cree que se pueda concederlo [sic] a un particular que considere que no se han satisfecho los anhelos de la Constitución en distintos aspectos”*²²², y si se trata de persona jurídica, debe tratarse de un acto *“que ataque su propia personalidad jurídica y no lo haga genéricamente respecto de todo el sector de la colectividad vinculada a su actividad”*²²³. Se excluye así radicalmente un concepto de “acción colectiva” o “acción de clase” para el recurso de protección, que tiene que ser reconducido a intereses individuales. Para Silva Bascuñán el fundamento de esta restricción es que el recurso de amparo debe interpretarse en relación con la libertad personal, porque ella *“es la que permite más claramente individualizar al titular de un derecho y manifestar su atropello, y porque, dada su naturaleza, la libertad personal es un bien esencialmente individual, tangible y concreto [...] Mientras tanto que, generalmente, todos los otros derechos se relacionan o con otras personas o con conceptos”*²²⁴, es decir, un aspecto meramente pragmático. Lorca se opone a Silva Bascuñán en este aspecto y sostiene que, dado que en el período de la Unidad Popular, donde se originó la idea de un recurso ampliado, se estaban volviendo ilusorios los derechos fundamentales, se requiere un mecanismo eficaz de protección, y ya que la Comisión amplió y especificó los derechos, el problema pragmático no sería tal²²⁵. Evans apoya acá a Lorca y sostiene que debe construirse un recurso adicional, independiente del “recurso de amparo” (que permanecería restringido a la libertad personal), denominado “recurso de protección”, que diera resguardo eficaz al resto de las garantías; pero para que los derechos merezcan protección debe exigirse que sean *“de carácter personal; que sean una garantía que se ejerce continuamente en la vida diaria de*

²²² GOBIERNO DE CHILE, 1976, *Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*. Sesión 214°, 25 de Mayo de 1976, p. 5.

²²³ *Ibíd.*

²²⁴ *Ibíd.*, p. 7.

²²⁵ *Ibíd.*, pp. 7-8.

*la gente, en forma general [...]. Y al decir “que se está ejercitando” se implica [...] una garantía a la cual se tenga acceso por el solo hecho de vivir en este territorio y que no dependa de las prestaciones que debe suministrar el Estado*²²⁶, eliminando así de su protección las garantías “sociales”.

Pese a que Guzmán, en sesión 84°, se opuso a la división entre derechos individuales y sociales, por ser en sí el hombre un ser social²²⁷, en esta discusión aclara que el sentido de brindarles a los tribunales imperio para proteger el derecho no puede autorizarles a ordenar prestaciones que dependen de la capacidad económica del Estado, poniendo como ejemplo el derecho a la vivienda: *“aunque aparezca conculcado el derecho a la vivienda de una persona que no tiene acceso a ella, no puede pretenderse que el juez ordene que se le construya una vivienda a través de un dictamen judicial, por la naturaleza propia del derecho*²²⁸.

Guzmán aquí entiende como justificada por la lógica o el razonamiento algo que no es sino una consideración pragmática: los derechos sociales no serían exigibles judicialmente porque dependen de la capacidad económica del Estado. Si bien puede creerse que esta justificación es neo-liberal (económica) y no conservadora, una nota adicional puede aunar ambos pensamientos políticos. Lorca entiende que la norma permite a los tribunales “reponer las cosas al estado anterior”²²⁹, ya que en el gobierno de la Unidad Popular no existía un mecanismo que pudiera lograr ese efecto. La redacción es interesante. “Reponer las cosas” supone que el derecho o garantía protege un estado de cosas o una situación de hecho, una “fotografía” de lo que la garantía representaba en un momento determinado. Piénsese en el caso no controvertido al que Lorca obviamente

²²⁶ *Ibid.*, p. 9.

²²⁷ GOBIERNO DE CHILE, 1976, *Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*. Sesión 84°, 4 de Noviembre de 1974, p. 5.

²²⁸ GOBIERNO DE CHILE, 1976, *Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*. Sesión 214°, 25 de Mayo de 1976, p. 20.

²²⁹ *Ibid.*, p. 7.

apunta: la reforma agraria. Un recurso de protección permitiría bloquear una acción de autoridad como la reforma agraria de forma que no sólo se detendría, sino que permitiría a quien acciona de protección restablecer los deslindes anteriores de su propiedad, pues ellos están incluidos en la “fotografía” del estado de cosas protegido por el recurso. Esto implica que las garantías fundamentales no pueden generar un cambio al *statu quo* (hacerlo sería “totalitario”, diría Díez). En la medida en que los derechos sociales, para hacerse valer, requieren prestaciones positivas del Estado, un recurso de protección no podría ser usado en ese sentido, pues supone crear una nueva “fotografía”.

En la sesión siguiente se confirma la idea de excluir derechos sociales o vinculados a “la capacidad económica del Estado” (Guzmán cita a Carl Schmitt, quien las denomina “pretensiones sociales”²³⁰), y se procede a enumerar el listado de garantías que serían cubiertas. En esta enumeración ciertas garantías se entienden excluidas sin ninguna justificación. Se desconoce si ello aparece de este modo por un defecto de la transcripción de las actas o porque efectivamente así lo discutieron los miembros de la Comisión, pero es posible mirar exhaustivamente a la lista de inclusiones y exclusiones para vislumbrar que el criterio elegido fue, precisamente, una lista de protección de libertades individuales y no de derechos colectivos. Ortúzar entiende excluidos de suyo la igualdad ante la ley, la igualdad de derechos del hombre y de la mujer, la igual protección de la ley, el derecho a asesoría letrada gratuita, la igualdad en el acceso a cargos públicos, la igual repartición de los impuestos, el derecho de reunión, la libertad de opinión, el derecho de presentar peticiones a la autoridad, el derecho de asociarse sin permiso previo (Evans sostiene que puede incluirse dentro de la protección la libertad negativa de asociación, es decir, el caso en que se obligue a alguien a entrar a una asociación), el derecho a la educación, el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación (acá hay una discusión relativamente extensa

²³⁰ GOBIERNO DE CHILE, 1976, *Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*. Sesión 215°, 26 de Mayo de 1976, p. 24.

sobre los casos en que se requiera una acción eficaz contra una amenaza concreta, pero se opta por excluirlo de todos modos), el derecho a la salud (Guzmán propone que se mantenga incluida la libertad de optar por el sistema de salud, que en tanto es una libertad similar a la elección del trabajo, puede protegerse), y el derecho al trabajo (nuevamente se aclara por Guzmán que debe entenderse incluida la libertad de elección del trabajo, y la norma que impide la sindicalización obligatoria)²³¹.

La lista arroja claramente una inclinación a suspender de la protección aquellos derechos donde no se pueda individualizar un titular, o bien que para ser protegidos se requiera una acción positiva del Estado. Llama la atención adicionalmente que se hayan excluido algunas igualdades, como la igualdad de derechos del hombre y la mujer, que en ciertos casos afecta a titulares individualizados y no requiere prestaciones adicionales. Esa exclusión permanece injustificada.

El otro mecanismo importante con que se protegerán los derechos fundamentales, en la visión que los miembros de la Comisión le entregaron a la Carta Fundamental, es con el "límite a las limitaciones", es decir, con una norma según la cual la autoridad, en el ejercicio de sus funciones, no podrá afectar "la esencia" de los derechos. Esta discusión se inicia con el análisis del derecho a la vida y si acaso esta protección de la vida significa excluir de raíz la posibilidad de instaurar la pena de muerte. Acá la influencia católica de Guzmán no se hace esperar. Guzmán cree que la consagración del derecho a la vida mantiene la posibilidad de incluir la pena de muerte, pero excluye de suyo el aborto. Para ello recuerda que:

²³¹ *Ibíd.*, pp. 5-21.

“Ningún derecho humano es absoluto, porque el ser humano no es absoluto. El titular de los derechos humanos, que es el hombre, es un ser contingente y no es un ser absoluto. De manera que los únicos derechos absolutos son los derechos de Dios, de un ser absoluto. Los derechos del hombre, todos, son susceptibles de limitación, sin excepción; partiendo por el derecho a la vida que puede ser limitado o restringido por la pena de muerte”, sin embargo, expresa que “cuando se consagra un derecho se está afirmando que jamás se podría llegar tan lejos en la limitación o restricción del mismo que lo hiciera ilusorio. Esto es lo que se está señalando cuando se afirma que hay un derecho que emana de la naturaleza del hombre o de su dimensión social; es el hecho de que no se puede llegar tan lejos como para hacer inexistente, ilusorio o inválido el derecho”²³².

Este pasaje es crucial para la aparición de lo que será “la esencia del derecho”: aquellas condiciones sin las cuales el disfrute de un derecho se vuelve ilusorio. Para Guzmán, estas condiciones emanan “de la naturaleza humana” (recurriendo, una vez más, al concepto tomista, con todas las implicaciones a nivel de fundamentación que ya se han revisado). Ovalle pone reparos a esta formulación, no en términos de su justificación (no cuestiona, en sentido alguno, la referencia teológica de Guzmán), sino que cree que el término “derecho absoluto” no hace referencia a su eternidad o intangibilidad, sino que obligan a todas las personas, incluyendo al Estado; que en tanto son “naturales”, la Constitución no los crea, sino que los garantiza, y que es el ejercicio de ellos, y no su existencia, lo que debe ser compatibilizado con las exigencias de la vida social. En relación a la vida, que sea absoluta su protección significa que al hombre se le concede, incluso, la posibilidad de defenderla poniéndole fin a otros hombres. Acá Ovalle introduce, por analogía, una posición que lo acerca a posturas comunitaristas. Sostiene que:

²³² GOBIERNO DE CHILE, 1974, *Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*, Sesión 84°, 4 de Noviembre de 1974, pp. 13-14.

“[E]l derecho a la vida no puede llevar a la conclusión de que la vida del hombre es absolutamente intocable cuando ese hombre, por actos antisociales o por su disposición permanente de resistir a la existencia misma de la comunidad, deba ser eliminado de la comunidad. En ese caso no está comprometido el derecho a la vida, sino que hay una especie de defensa de la comunidad misma y de la vida de los demás integrantes de ella. [...]. Se impide sí que cualquiera, en forma ilegítima, injusta, pueda atentar en contra de la vida de un hombre. Pero no se elimina la posibilidad de que la comunidad se defienda eliminando a un miembro de ella que, por vivir y seguir actuando en la forma que lo ha hecho, está comprometiendo la vida de la comunidad y la vida de los que la integran”²³³.

Este pasaje supone algunas dudas respecto a lo que represente la esencia de un derecho en determinadas condiciones. Si a la vida se le puede poner término por decisión de una comunidad, en base a que se han desobedecido ciertos términos comunes de convivencia, entonces “el derecho a la vida” se entiende jerarquizado o subordinado al cumplimiento de ciertas reglas, las reglas básicas de la comunidad. Ovalle, quizá entendiéndolo drásticamente de esta decisión, entiende que una ley tan fundamental como la restitución de la pena de muerte requiere una mayor exigencia que una ley ordinaria: es decir, tiene que ser una decisión especialmente grave de la comunidad.

La discusión sobre el concepto de “esencia” de un derecho continúa en el derecho de propiedad. Evans trae a colación, en sesión 150°, la redacción que hasta el momento mantiene el precepto sobre el derecho de propiedad y cuestiona cuáles serían los elementos “de la esencia” y qué finalidad tendría su inclusión en el texto constitucional. Evans rescata que “sólo la ley” pueda definir el contenido

²³³ *Ibíd.*, p. 16.

de la propiedad, pero advierte que ello es sin afectar la esencia del derecho, realizándose las siguientes preguntas:

“¿Se quiere decir que hay una institución, o un bien jurídico, o un valor jurídico anterior y superior al texto constitucional: el derecho en su esencia? ¿Ese bien jurídico, esa institución, no puede ser tocada en forma alguna por el legislador? Porque la única manera de tocar el derecho en su esencia es afectar alguno de los elementos que lo constituyen, ya que, a su juicio, no hay otra forma de afectar la esencia del derecho. Los elementos constitutivos del derecho, reitera, son los modos de adquirir, de usar, de gozar y de disponer. Y el legislador, que es el único que puede tocar los elementos constitutivos del derecho, no puede alterar la esencia del derecho. Existe, en consecuencia, una limitación para el legislador, pero es una limitación que no está en el texto constitucional [...]. Concluye, en consecuencia, que la esencia del derecho es para la Subcomisión un concepto, un valor, un bien jurídico, una entidad, una creación, una entelequia superior al texto constitucional; una entidad congelada”²³⁴.

Después de estas preguntas, Evans realiza un vuelco argumentativo interesante: sostiene que “tiene dudas”, y que por tanto prefiere que se disponga “respecto de todos los derechos humanos”, sosteniendo que el legislador, al reglamentar el ejercicio de ellos, no podrá afectar su núcleo esencial. Entonces la preocupación esencial de Evans no es el límite al legislador, sino creer que el riesgo de la afectación a la propiedad no está en los modos de adquirir, donde el legislador podría legítimamente querer cambiar la estructura o definición de ella, sino en las formas en que el legislador regula su ejercicio²³⁵. Silva Bascuñán está de acuerdo con estas precisiones y cree que *“la esencia del derecho” es un valor social conceptual que tiene un núcleo o una médula que precisamente escapa de*

²³⁴ GOBIERNO DE CHILE, 1975, *Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*. Sesión 150°, 4 de Septiembre de 1975, pp. 10-11.

²³⁵ *Ibíd.*, p. 13.

*la órbita del legislador por voluntad del constituyente. Y es por eso que en todos estos aspectos conceptuales esenciales esta tarea de racionalización en un momento dado de la proyección de la norma tiene que ser entregada, no precisamente al capricho del legislador, sino a un conjunto reducido de personas, respecto de las cuales la colectividad cree que operan al margen de otras intenciones, nada más que buscando la esencia*²³⁶. Con esto Silva Bascuñán proponía que fuera la Corte Suprema la que lo definiera, pero pronto esa discusión derivó en la existencia de un Tribunal Constitucional que pudiera asumir dichas materias.

El concepto de esencia del derecho revela una concepción profundamente anti-democrática de la idea de derecho fundamental. Primeramente, porque la esencia del derecho es un límite al legislador. Silva Bascuñán usa la expresión “capricho del legislador”, revelando una vez más sus desconfianzas genéricas a la idea de política en general: consistente con las discusiones sobre la generación y ejercicio del poder, se entiende acá que lo político es el resultado de rencillas personales o partidistas, y que en ningún caso el legislador es equivalente a la voluntad popular. En segundo lugar, los miembros de la Comisión entienden que es tarea de “un grupo reducido de personas” definir lo que sea la esencia del derecho, y que *“incluso el derecho de propiedad como tal, es un derecho natural anterior inclusive a cualquier ordenamiento jurídico, puesto que los bienes indispensables fueron creados por Dios para satisfacer las necesidades de los hombres*²³⁷. De manera que la tarea de ese “grupo reducido de personas” ni siquiera consiste en constituir o acordar lo que sea la esencia del derecho, sino que debe descubrir lo que “naturalmente” esa esencia es.

²³⁶ *Ibíd.*, pp. 13-14.

²³⁷ *Ibíd.*, p. 15.

Si lo que “la esencia es”, no es susceptible de construcción colectiva, de modo tal que al legislador inclusive le está vedado cambiarlo o alterarlo, entonces se entiende que los derechos fundamentales no están presentes para otorgarles posibilidades a los ciudadanos de definir sus propios planes de vida, sino que se entienden como una “cosa”, o estado de cosas, que es objetivamente susceptible de protección. Por ejemplo, el “medio ambiente” en una concepción de este tipo es una “cosa” susceptible de protección objetiva, incluso contra los titulares del mismo. Es por esto que la maquinaria conceptual presente en la Constitución, en materia de derechos fundamentales, es conservadora y no liberal. Una concepción liberal entiende los derechos como expresiones de la voluntad de los ciudadanos, que se dan a sí mismos espacios para auto-definir sus planes de vida. El conservador, en cambio, mira a los derechos como fotografías de un estado de cosas y pretende que esas circunstancias de hecho se entiendan “congelados” (la expresión de Evans, que no es rebatida o cuestionada, es particularmente elocuente). Pero el individuo, titular de derechos fundamentales, no tiene absoluta libertad para definir su plan de vida bajo un prisma conservador; e incluso más: si utiliza ese espacio de autonomía para atentar contra el estado de hecho protegido por el derecho fundamental, entonces puede ser privado de ese derecho. Hacia la Sesión 212° la idea de esencia vuelve a ser reiterada, ahora como parte de las “reglas generales de derechos fundamentales”. Esta idea se complementa por la noción, planteada por Evans, de que en una sociedad democrática no pueden usarse los principios constitucionalmente determinados de modo tal que *“la acción se traduzca en la violación o en el desconocimiento de garantías constitucionales que a otros corresponda”*²³⁸. Evans cree que *“un precepto de esta naturaleza podría impedir que el día de mañana sectores políticamente totalitarios, sectores que busquen anarquizar el régimen político o el orden social, puedan asilarse en el precepto constitucional y rasgar vestiduras seudodemocráticas [sic] para sostener que cualquiera posición que ellos estén adoptando, la están tomando, por ejemplo, en ejercicio del legítimo derecho a discrepar, del hecho de que la Constitución*

²³⁸ GOBIERNO DE CHILE, 1976, *Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*. Sesión 212°, 19 de Mayo de 1976, p. 3.

*asegura un Estado de derecho, un régimen republicano y democrático, de que se garantiza la libertad de opinión, de comunicaciones, etcétera*²³⁹.

Esta reconstrucción permite entender, adicionalmente, por qué una concepción conservadora permite establecer la pena de muerte. Si “la vida” es una cosa objetiva susceptible de protección, independiente de sus titulares, entonces no es el individuo quien tiene derecho a definir qué considera “su vida” o “su dignidad”. Lo que la Constitución conservadora realmente protege es el estado de cosas en que un ente se considera “vivo”. Pero si el plan de vida de la persona supone la violación del orden natural de las cosas, entonces la comunidad puede tomar la decisión de quitarle la vida, en un modo que signifique la auto-defensa.

Expresado de estas formas, los derechos fundamentales no tienen en la Comisión el sentido de “no-interferencia” que tiene en la literatura liberal, pero tampoco tiene el sentido de ejercicio de libertad política que lo adscribiría a un sentido republicano. El derecho fundamental no supone la negación del poder que interfiera con el plan de vida del individuo; ni tampoco supone la afirmación del poder del pueblo contra el soberano. Supone la afirmación de un estado de cosas frente a cualquiera que quiera transformarlo, incluyendo la voluntad soberana del pueblo. Dicho de otro modo: supone la afirmación del poder de Dios.

2.2 “La familia, la propiedad privada y el amor”

Partiendo de la premisa esencial de que la nueva Constitución adoptaría principios morales fundamentales que no serían entendidos “neutralmente”, sino siguiendo los valores cristianos, resulta poco sorprendente que la agenda de la

²³⁹ *Ibíd.*

Iglesia Católica se instalara en la discusión constitucional. La Iglesia Católica en su vertiente más conservadora mantiene un discurso que dispara por igual contra el liberalismo, al cual critica por su excesivo individualismo y por no contener guías morales apropiadas para la población (en el sentido de que el valor de todas las cosas es reemplazado por su cálculo económico); y contra el comunismo, al que ve como una exageración o sobrevaloración del poder político. Con esa agenda instalada, los miembros de la Comisión más radicalmente comprometidos con el pensamiento eclesiástico pretendieron controlar a través de la Constitución la forma en que se constituían las relaciones sociales más fundamentales, a través de la regulación de la familia, el rol de la mujer y la decisión sobre el aborto. Esto es lo que se suele denominar “la agenda valórica”²⁴⁰ de la Iglesia.

Sin embargo, en dichas discusiones se vislumbra una oposición importante de sectores más moderados y cercanos al área liberal, como -al menos- Ovalle, quienes frenaron los intentos por convertir la Constitución en una suerte de carta moral para la nación. En al menos dos casos importantes, los intentos de Guzmán y Díez por implantar la agenda valórica de la Iglesia fueron cuestionados por otros miembros de la Comisión en tanto su justificación –proveniente de fundamentos metafísicos o derechamente teológicos- no podía ser impuesta a toda la población.

En la discusión sobre el contenido del derecho a la vida se ejemplifica claramente, por un lado, la predisposición de Guzmán a justificar instituciones importantes desde las categorías cristianas, y por otro lado la oposición que encuentra dicha intención en sectores moderados de la Comisión. La discusión se inicia en la Sesión 87° intentando fijar el contenido de lo que sería la protección al derecho a la vida: Evans pregunta si el derecho a la integridad física y moral

²⁴⁰ En rigor la palabra “valórico” no existe. Puede hacerse el símil con la palabra “valorativo”, que hace referencia a un concepto que predique un juicio positivo o negativo de un sujeto (como diciendo “el aborto es bueno”, “el aborto es malo”). Que se haya llamado “agenda valórica” a los puntos en que la Iglesia suele aparecer puede querer decir dos cosas: (i) que son aquellas cosas en que la Iglesia no transará, y/o (ii) que son aquellas cosas en que la Iglesia cree por mera creencia, sin argumentos racionales que los respalden.

comprende la honra y su protección y la privacidad²⁴¹, la salud y el estado del medio ambiente²⁴², y la familia, el derecho a fundar una familia y la igualdad jurídica entre hombre y mujer, entre otras²⁴³, y especialmente el derecho a la “integridad moral”, y junto con Ortúzar y Silva Bascuñán concluyen que no deben integrarse dichos conceptos al derecho a la vida, sino regularse en disposiciones separadas. Dice Silva Bascuñán que:

“[H]ay que distinguir, dentro de la unidad y de la universalidad que es la persona humana, distintos bienes, y esa distinción no significa jerarquía de valores, porque si se agrega a la integridad física la integridad moral se entra a toda una problemática diferente porque se trata de bienes diferentes, aun cuando [...] le parece que son de superior jerarquía que la vida misma, pero de distinto orden de valor, de bienes no inferiores o superiores, sino diversos”²⁴⁴.

A continuación señala una opinión, respaldada por Guzmán, de que el derecho a la vida dice estricta relación con el que está por nacer, aduciendo que es un bien *“del mismo valor, de la misma naturaleza, pero en una distinta etapa del mismo bien”²⁴⁵*. El argumento de Guzmán que respalda esta afirmación sostiene que el derecho a la vida no incluye todo el resto de protecciones al ser que está por nacer, sólo incluye el preservar que esté viva; y que todas las otras protecciones que encajan en la “protección social” protegen más a la madre que al hijo.

²⁴¹ GOBIERNO DE CHILE, 1974, *Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*, Sesión 87°, 14 de Noviembre de 1974, p. 5.

²⁴² *Ibíd.*, p. 6.

²⁴³ *Ibíd.*

²⁴⁴ *Ibíd.*, p. 11.

²⁴⁵ *Ibíd.*

Los miembros de la Comisión revisan también la referencia al derecho a la vida en la Convención Europea de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales, que consagraba en esa época ciertas situaciones en que la muerte no se considera atentatoria contra el derecho a la vida: defenderse de la violencia ilegal, efectuar una detención o impedir la evasión de una persona detenida legalmente, y reprimir conforme a la ley una revuelta o insurrección. Ovalle señala que, aunque tanto detalle no debe incluirse en la Constitución, sí busca dejar constancia de que dichas situaciones no transgreden el derecho a la vida protegido por la nueva Constitución de 1980: por tanto, en esta concepción el derecho a la vida no impide la legítima defensa ni condena o proscribire los excesos policiales al reprimir manifestaciones o detener personas²⁴⁶.

Luego Evans introduce el caso en que agrupaciones extremistas se asilaran en el derecho a la vida para iniciar una campaña en contra del país o su régimen institucional, poniendo como justificación la idea política detrás del MIR. Sostiene que, como este argumento es falaz, nada impediría que, en ciertos casos, a estos grupos extremistas se les pueda perseguir y dar muerte. De modo tal que el derecho constitucional a la vida, como lo conciben los miembros de la Comisión, tampoco funciona para controlar los excesos de la persecución política vivida en esa época en la historia de Chile, ni permite poner el derecho a la vida al servicio del pluralismo político.

Así, por tanto, los miembros de la Comisión acuerdan que el precepto sobre el derecho a la vida sólo debería incluir tres referencias, y dejar lo demás a resorte de la comunidad. De este modo, el derecho a la vida contemplaría sólo la protección de la ley al que está por nacer, y se hace una referencia a la pena de muerte en la medida en que la gente podría entender una prohibición en ese

²⁴⁶ GOBIERNO DE CHILE, 1974. *Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*, Sesión 89°, 21 de Noviembre de 1974, p. 4.

sentido²⁴⁷. Guzmán profundiza señalando que la garantía de la vida, para las personas actualmente vivas, está presente en todas las otras disposiciones constitucionales, que tienen como requisito para hacerse valer el que las personas estén vivas. Por tanto, el único sentido que tiene explicitar una garantía del derecho a la vida en la Constitución sería la prohibición del aborto, como protección al que está por nacer²⁴⁸.

La discusión sobre una posible prohibición constitucional del aborto se inicia con la oposición de Ovalle, quien señala que pese a ser en lo personal contrario al aborto, no está de acuerdo con consagrarlo en materia constitucional, puesto que considera que determinadas circunstancias –violación, por ejemplo- pueden autorizar al aborto y que, por tanto, no corresponde a la Constitución regular una materia que va a tener detalles y casuística²⁴⁹. Silva Bascuñán genera a esto la primera oposición: al contrario de la pena de muerte, donde existe un acto reflexivo del individuo –el delito, ha de inferirse- que origina que se sacrifique la vida en pos de la comunidad, en el aborto no puede sacrificarse la vida, pues el titular del derecho no ha cometido acto reflexivo alguno. Agrega aquí que *“si Dios ha querido algo y de ese algo, puede realizar un bien para mucha gente [...], ¿cómo la colectividad se atreve autorizar la imposibilidad de existir de una persona que puede ser ocasión de tanto bien a la familia y la humanidad, aun cuando ella sea el producto de un hecho delictual?”*²⁵⁰. Guzmán apoya la base de Silva Bascuñán cuando señala que sólo en dos casos se puede tomar la vida de otro legítimamente: por autoridad competente en la pena de muerte y por defensa propia (*“directamente o por prolongación, como en la guerra”*²⁵¹); en todos los otros casos hay homicidio, y tratándose de la vida del que está por nacer, formula rápidamente los supuestos clásicos del pensamiento religioso para esta materia:

²⁴⁷ *Ibid.*, p. 5.

²⁴⁸ *Ibid.*, pp. 7-8.

²⁴⁹ GOBIERNO DE CHILE, 1974, *Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*, Sesión 87°, 14 de Noviembre de 1974, p. 12.

²⁵⁰ *Ibid.*, p. 13.

²⁵¹ *Ibid.*

“desde el momento en que el hijo, el niño, es concebido pasa a tener alma y pasa a ser un humano. La vida no empieza con el nacimiento, empieza con la concepción” (concepto de “alma” como fuente de los derechos), *“La madre debe tener el hijo aunque éste salga anormal, aunque no lo haya deseado, aunque sea producto de una violación o, aunque de tenerlo, derive su muerte”* (mujer como instrumento al servicio del “derecho” del que está por nacer), y *“la Providencia permite, exige o impone muchas veces a un ser humano que ese cerco [entre el heroísmo o martirio y la falla moral] se estreche y la persona se encuentre obligada a enfrentar una disyuntiva [entre la falla moral y el martirio], en ese caso tiene que optar por el heroísmo, el martirio o lo que sea”* (el derecho está legitimado para imponerle a alguien, en este caso a una mujer, que soporte males intolerables en beneficio de otro)²⁵².

Que la fundamentación de prohibir el aborto tiene, hasta el momento, una conexión intrínseca con el pensamiento religioso es indudable. Los demás comisionados reparan precisamente en ese punto: Evans manifiesta dudas sobre *“si se tiene el derecho de proyectar esa concepción personal e individualista a la vida colectiva en una sociedad pluralista”*²⁵³, Ortúzar sostiene que entre el derecho a la vida de la madre y del hijo debe preferirse el de la madre, ya que, entre otras razones, el comienzo de la vida del hijo es relativo mientras que el derecho de la madre es algo concreto, tangible²⁵⁴, y Ovalle, que se reconoce a sí mismo como el único miembro que no es católico observante, sostiene que la prohibición del aborto se funda en convicciones morales, pero *“de una raigambre esencialmente religiosa”*, y que exigirle a la mujer un heroísmo derivado de la fe no es concordante con la pluralidad de creencias²⁵⁵.

²⁵² *Ibíd.*, pp. 13-14.

²⁵³ *Ibíd.*, p. 14.

²⁵⁴ *Ibíd.*, p. 15.

²⁵⁵ *Ibíd.*, p. 16.

A esta objeción Guzmán y Silva Bascuñán responden haciendo una peculiar distinción. Sostiene Silva Bascuñán que *“la fuerza de sus convicciones no deriva sólo de la palabra de Dios, sino de dos mil años de filosofar de lo humano natural con una luz iluminadora que da mucha certeza de que en lo humano-natural se está en la razón”*²⁵⁶; y por tanto no está dispuesto a que los silencios en la Constitución se entiendan como la posibilidad de que el legislador apruebe el aborto: su propuesta es que los principios fundamentales, en el capítulo primero, permitan excluir el aborto. Guzmán, por su parte, sostiene que el supuesto de sus afirmaciones morales no son religiosos, sino convicciones morales que se derivan de la “ley moral natural”, a la cual se llega por la razón, independiente de que la fe *“ayude a llegar a esa conclusión, así como saber el resultado de un problema de matemáticas ayuda a llegar a la solución del problema”*, y que *“muchos hombres no tienen [...] la instrucción necesaria para desarrollar desde el punto de vista de la inteligencia natural todas las consideraciones que hay que hacer para llegar a esa conclusión”*²⁵⁷. A partir de esto distingue que la indisolubilidad del matrimonio y la prohibición del aborto son normas “morales” vigentes con independencia de toda convicción religiosa, distintas al caso de rendir culto a Dios, que es una obligación exclusiva para católicos. A continuación Guzmán formula un ejemplo: el caso de doctrinas que señalan que la familia no es el núcleo fundamental de la sociedad, como “SILO” (el acta no explica que se refiere al pseudónimo de Mario Rodríguez, fundador del Movimiento Humanista) o los hippies. Aun cuando se extendiese dicha creencia, el lugar central de la familia no dejaría de ser moralmente correcto, porque ello se deriva de la razón humana y no de un acto de creencia –de modo, habría que inferir, que las verdades morales no dependen del número de personas que las crean correctas, al contrario de las religiones-.

Concluye Guzmán su intervención señalando un antecedente que será importante para la conclusión de esta discusión: que si bien la ley nunca puede

²⁵⁶ *Ibíd.*, p. 17.

²⁵⁷ *Ibíd.*

permitir lo inmoral, sí puede la autoridad, al aplicar la ley, tolerar que se infrinja un mal moral por la vía de no aplicar sanciones. Se entiende entonces que *“lo que no pretende es que el Estado siempre deba, con una tenacidad extrema, perseguir y buscar todo caso de aborto para sancionarlo desde el punto de vista penal. [...] Lo que sostiene es que nunca la ley puede decir o permitir que el aborto es legítimo”*²⁵⁸.

Ovalle replica esta intervención cuestionando la distinción entre lo “moral” y lo “religioso” como se ha formulado. Sostiene que *“es forzoso reconocer que la inspiración moral del católico es una inspiración vinculada directamente con su idea religiosa”,* y que *“[e]l católico no va a poder creer en otra forma moral, porque está inspirado en las creencias religiosas y, evidentemente, tiene una vinculación tan estrecha que las identifica de plano”*. Su conclusión es que, *“en la medida en que esa moral sea proyección directa de su idea religiosa, no se pretenda imponerla en la Constitución que regirá para todos los chilenos”*²⁵⁹. Evans aquí admite que su posición moral deriva de su fe católica, pues se sustenta en que el que está por nacer tiene alma desde la concepción; dicho así, comprende que el que no tenga una formación católica y esté enfrentado a tener que elegir entre el hijo y la mujer, prefiera elegir a la mujer, por lo que no podría juzgársele en ese sentido²⁶⁰. Pero Guzmán vuelve a insistir en que la fundamentación, incluso del alma humana, no es religiosa, sino moral. Se pregunta *“¿qué diferencia hay entre un ser humano y una cosa? Que aquel tiene espíritu”*²⁶¹, y eso —a lo que llama alma espiritual— es lo que justifica que en ningún caso se le pueda matar. Incluso más, cree poder justificar médicamente la existencia del alma, pues en sus palabras *“Cualquier médico sostiene que el ser humano concebido ya tiene una existencia. No ha nacido, pero tiene una existencia que se debe respetar. ¿En qué*

²⁵⁸ *Ibíd.*, p. 19.

²⁵⁹ *Ibíd.*

²⁶⁰ *Ibíd.*, pp. 20-21.

²⁶¹ *Ibíd.*, p. 22.

*instante empezó? Medicamente se puede discutir, pero ese es otro problema*²⁶². Y cuando Ortúzar le pide hacer la analogía con un caso de legítima defensa, en que se mate a quien se disponía a matar a otro, Guzmán sentencia que los casos no son comparables, pues la acción ilegítima proviene, en la legítima defensa, de una persona, en cambio en el aborto la madre va a morir producto del “curso natural”²⁶³.

El intento de Guzmán por justificar el alma humana es inconsistente por tautológico. Dice que medicamente se puede hablar de existencia humana desde la concepción, pero que es discutible desde cuándo empieza. Es decir, al equiparar existencia humana con concepción sin aclarar el momento temporal, está diciendo simplemente que el humano existe desde que existe. Desde allí, incurre en un salto lógico injustificado mediante el cual atribuye que la existencia humana –esa que existe desde que existe- ocurre en la concepción. Esta inconsistencia de la frase de Guzmán podría, en principio, ser atribuida simplemente al calor de la discusión durante la Sesión, o a su informalidad, o incluso a un defecto de rigurosidad en la transcripción del acta. Pero Guzmán no realiza ningún esfuerzo en reparar este defecto en instancias posteriores, por lo que continúa manteniendo su postura: para él, así como para Silva Bascuñán, que la vida humana debe respetarse desde la concepción nace “de la razón humana”, no de la religión, sin ofrecer ninguna regla de inferencia que permita comprender por qué motivo la razón humana permite deducir, inequívocamente, que la vida se protege desde la concepción.

Existen varias formas de tratar de interpretar esta discusión, y especialmente la distinción de Guzmán y Silva Bascuñán entre religiosidad y ley moral. Una, la más fácil y apresurada, sería atribuirla a un simple juego

²⁶² *Ibíd.*

²⁶³ *Ibíd.*, p. 23.

estratégico: Guzmán y Silva Bascuñán saben que su posición religiosa no sería ampliamente aceptada, entonces intentan disfrazarla de verdad moral para que su fundamento pueda ser aceptado por todos, de modo que tenga cabida en una Constitución democrática. Ya se ha mostrado en otros apartados que Guzmán, particularmente y en ciertos casos, está dispuesto a transar posiciones que en principio parecen convicciones profundas, razonando de modo pragmático. Ello serviría, como antecedente, para inclinarse por esta primera interpretación.

Sin embargo, sostener que esta distinción obedece sólo a una función pragmática desconoce aspectos esenciales de la caracterización del pensamiento conservador hecha en el Capítulo I. En efecto, no es exclusivo de Guzmán, ni del contexto constituyente, la pretensión de que los preceptos morales defendidos obedecen a una moral universal y no a una creencia religiosa. Lo que es propio de los conservadores es usar la referencia a la “verdad”, u otros conceptos absolutos –en este caso, la “ley moral”- en el sentido en que ATRIA les llamaría “función apelativa”. Se usa la función apelativa de la verdad cuando *“ella desempeña o pretende desempeñar una función argumentativa, es decir, cuando el hecho de tener una proposición determinada el status de “verdadera” se ofrece como un argumento (cuando ella misma, en términos de Hobbes, es invocada como juez)”*²⁶⁴. Aquí el concepto apelativo es el acceso al conocimiento de la moral universal; el atractivo de conceptos como verdad o moral universal es que ellos, por el significado intrínseco de sus expresiones, permiten excluir de la discusión otras concepciones en tanto ellas están en una posición desmejorada frente a la realidad. En este entendido es que Atria le atribuye a la función apelativa un profundo significado anti-democrático:

“Quienes la asumen usan la apelación a la verdad para reclamar su acceso privilegiado a ella que los debería dejar, a su juicio, en una posición de autoridad.

²⁶⁴ ATRIA, F. 2009. “La verdad y lo político”, en *Derecho y Humanidades* N° 15, p. 89.

*Como es natural, si el error no tiene derechos y si el otro defiende posiciones erradas, se sigue que, en tanto defensor de posiciones erradas, el otro no tiene derechos*²⁶⁵.

Que la referencia a la ley moral natural tiene esa función anti-democrática parece manifiesto al estudiar las referencias de Guzmán y Silva Bascuñán con más detalle. Guzmán sostiene que en su oposición al aborto *“no ha invocado [...] ni un solo argumento de fe”*²⁶⁶. Pero al no fundamentar ninguna regla de inferencia que permita deducir de la razón o la naturaleza humana la prohibición del aborto, su argumento se comporta como argumento de fe aunque Guzmán no lo quiera. El argumento se queda en la simple afirmación de que la razón humana prohíbe el aborto. Al simplemente afirmar, sin justificar, se afirma una creencia: “yo creo que X es verdad”. En este caso, la única razón para aceptar que la razón humana prohíbe el aborto es que Guzmán lo cree así. Adicionalmente, dice Guzmán que la religión existe para facilitar el acceso a la verdad a hombres menos instruidos o menos inteligentes (ver supra, nota 256). Esta frase justifica la posición de autoridad que le otorga la moral en sentido apelativo: quien esté de acuerdo con la creencia defendida por Guzmán es porque ha llegado a lo correcto, quien no está de acuerdo con ella es porque es menos instruido o menos inteligente, y por tanto requiere que la religión lo acerque a la verdad. O en las palabras de Atria, al reconstruir el pensamiento conservador: el error no tiene derechos.

Evidenciar que el contenido del derecho a la vida se limita a la prohibición del aborto, y que esa prohibición está en principio fundada en la función apelativa de la “ley moral natural”, permite atribuirle otra utilidad anti-democrática a este precepto constitucional. Por un lado, ya se ha mostrado que Guzmán hace referencia a grupos “contrarios a la familia”, argumentando que pese a que

²⁶⁵ *Ibid.*, p. 86.

²⁶⁶ GOBIERNO DE CHILE, 1974, *Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*, Sesión 87°, 14 de Noviembre de 1974, p. 23.

muchas personas creyesen lo contrario, la moral natural –o verdad moral o cualquier referencia apelativa- no deja de ser tal. Además se ha revisado en el apartado anterior el sentido de la “esencia” de los derechos como uno en el cual se obtiene una “fotografía” de un estado de cosas y se protege dicho estado contra cualquiera que intente alterarlo. La combinación de ambas ideas se vuelve decisora en el derecho a la vida: primero, porque el aborto sería inmoral independiente de la convicción de la ciudadanía, y segundo porque mientras el aborto sea inmoral –siempre, según Guzmán- el poder soberano, la comunidad, el pueblo, no podrían declararlo legítimo aunque quisieran. Nuevamente se manifiesta aquí el sentido de los derechos fundamentales como limitaciones a la soberanía, esta vez, por vías de atribuirle al derecho la finalidad de proteger un fin trascendente, metafísico: se entiende por derecho a la vida el “derecho” del “alma” a ser protegida, la necesidad de que “el alma” conserve su existencia aún contra la voluntad de todos quienes quieran ponerle fin, y sin necesidad de que eso que está por nacer tenga reconocimiento social. La vida es vida por un mandato divino, no porque se integre a nuestra sociedad.

Tomando como ejemplo la discusión estadounidense en clave amigo-enemigo²⁶⁷ se puede fundamentar aún más la conclusión anterior. Los “enemigos” de aquellos que se declaran pro-vida, por supuesto, no son “pro-muerte”, ya que ningún grupo humano desea de por sí exterminar a otros sin más (y aunque lo quisieran, como los nazis en la Segunda Guerra Mundial o cualquier grupo que favorezca la tortura, el derecho a la vida según un concepto conservador no proscribiera a dichos grupos). Los “enemigos” políticos de los pro-vida son “pro-choice”, pro-elección. En Estados Unidos, los grupos “pro-choice” abogan por el derecho de la mujer a decidir sobre su maternidad, por un lado, y por el derecho de cualquier persona a decidir el fin de su vida cuando ella se produce en condiciones indignas (eutanasia). Los grupos pro-vida se oponen a ambas instituciones y por razones distintas: de ello se concluye que un núcleo común de

²⁶⁷ Recuérdese que la distinción amigo-enemigo es política, no personal ni física. Ver supra, nota 35.

pensamiento de los grupos pro-vida es limitar las opciones que los ciudadanos tienen para definir el contenido de su propia vida, los propios criterios según lo cual una vida es digna de ser vivida. Así es como el derecho a la vida, en el pensamiento conservador, se aleja de una simple negación liberal del poder estatal, pues no supone negar dicho poder para afirmar el poder del ciudadano, sino incluso el poder de auto-determinación del ciudadano se ve negado a favor de un fin trascendente: en este caso, proteger “el alma”, la mera existencia humana, el sólo hecho de existir.

El sentido del derecho a la vida en la Constitución se vislumbra completo en la Sesión 90°. La discusión sobre si los fundamentos de prohibir el aborto son religiosos o “morales” parece simplemente abandonada, pero continúa la duda sobre si el derecho a la vida impedirá o no que el legislador regule el aborto, añadiéndose además la posibilidad de prohibir la eutanasia. Dice Ortúzar que el sentido de omitir mención en la Constitución es que quede al legislador la forma en que protegerá la vida del que está por nacer, y Silva Bascuñán sostiene que el legislador no es quien completa el sentido de la Constitución, sólo el que la hace funcionar, por tanto si se deja constancia en actas de que el aborto y la eutanasia se prohíben, aunque haya silencio constitucional el legislador no podría permitirlo²⁶⁸. Ortúzar insiste en que, aunque la Constitución reconoce que el ser en el vientre materno es persona, y por eso lo protege especialmente, sí puede existir flexibilidad en los casos de aborto terapéutico o violación, ante los cuales la existencia o no de una sanción queda al resorte del legislador penal²⁶⁹. Es decir, para los miembros de la Comisión, el aborto no está permitido, sólo puede despenalizarse (tolerarse, usando la distinción entre legitimar-tolerar introducida por Guzmán) en ciertos casos. Sobre la eutanasia nada se ha dicho, por lo que debe concluirse que era voluntad de los miembros de la Comisión el proscribirla.

²⁶⁸ GOBIERNO DE CHILE, 1974, *Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*, Sesión 90°, 25 de Noviembre de 1974, p. 15.

²⁶⁹ *Ibid.*, p. 20.

La discusión sobre la integridad de la familia es una réplica casi exacta de la discusión sobre el aborto: los sectores radicalmente comprometidos con la Iglesia intentaron afirmar una posición moral católica, y ante el cuestionamiento de que esa inclusión era ilegítima, intentaron fundar su postura distinguiendo la religión de la moral. Esta discusión se inicia en la Sesión 191° a propósito de la idea, ya consensuada en la Comisión, de que la Constitución no sólo debía fijar los derechos reconocidos o garantizados para los ciudadanos, sino también sus deberes. Guzmán es quien propone un artículo general que sostenga que *“la defensa de la integridad de la familia es un deber básico para todos los miembros de la comunidad nacional”*²⁷⁰. Esta disposición se originaría en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que entiende a la familia como elemento “natural y fundamental” de la sociedad y le da “derecho a la protección de la sociedad y del Estado”. Pero Ortúzar se apresura a notar que entender a la familia como un derecho no es lo mismo que entenderla como un deber, y que lo segundo significaría prohibir el divorcio e incluso la denominada “separación de cuerpos”, lo que le parece incorrecto²⁷¹; acotación que es compartida por Evans.

Guzmán continúa este debate aclarando algunos conceptos –él estima que la familia no es la esencia de la sociedad sino el hombre, pero lo entiende como un error meramente terminológico-, y posteriormente insistiendo en el sentido que tiene la integridad de la familia como un deber. Sostiene que si se están discutiendo los deberes del ciudadano, debe entonces formularse una disposición, relativa a la familia, que irrogue deberes concretos para el ciudadano mismo y no sea una mera declaración²⁷². Para completar su aclaración, sostiene que el deber del ciudadano es respetar la integridad de la familia, la institución de la familia en abstracto, aunque no necesariamente la composición de cada familia que pueda

²⁷⁰ GOBIERNO DE CHILE, 1976, *Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*, Sesión 191°, 18 de Marzo de 1976, p. 6.

²⁷¹ *Ibid.*, p. 7.

²⁷² *Ibid.*, p. 8.

existir. El concepto que usa Guzmán es –como lo reconocería posteriormente Ortúzar²⁷³- en algún sentido “dialéctico”. Lo que Guzmán busca es restringir las formas en que el legislador o el poder político pueden discutir el problema de la familia y el divorcio, de modo tal que quien quiera discutirlo, deba reconocer necesariamente a la familia como un valor fundamental. Sostiene él que:

“[A]dmitiría entrar al debate con alguien sobre el tema [del divorcio con disolución de vínculo], sobre la base de que se quiera defender la integridad de la familia. Porque [...] si hay alguien que considera que la admisión legal del divorcio con disolución de vínculo no vulnera la integridad de la familia, tendrá que exponer cómo y por qué considera que eso es así. Pero se verá, por lo menos, obligado a reconocer la validez de la institución familiar y la necesidad de defender su integridad”²⁷⁴.

Guzmán ve con preocupación que ciertos movimientos (reitera el caso de “SILO”) *“atentaban con su doctrina contra la integridad de la familia”²⁷⁵*, y para frenarlos, sostiene que la defensa de la familia no se puede agotar en una declaración, sino que debe establecerse como un deber, y por tanto, actuar como excluyente de dichos movimientos que no reconozcan la integridad de la familia. Ovalle cuestiona que el deber se formule en términos tan abstractos y Guzmán aclara sus expresiones, señalando que no apunta a que la institución se proteja en formas genéricas y sin determinar, sino lo que se expresaba en su punto anterior, que no corresponde proteger a “cada una de las familias” (pues eso le daría el deber a todas las personas de intervenir en todas las familias, lo cual originaría un *“mundo de locos”²⁷⁶*), sino que se proteja a la institución familiar en sí.

²⁷³ *Ibíd.*, p. 15.

²⁷⁴ *Ibíd.*, pp. 8-9.

²⁷⁵ *Ibíd.*, p. 9.

²⁷⁶ *Ibíd.*, p. 11.

Nuevamente son Evans y Ovalle quienes reparan en el punto apelando a una neutralidad de creencias, aun cuando entienden la formulación que pretende darle Guzmán. Evans sostiene que es un error plantear un deber de proteger “la integridad” de la familia, pues eso acercaría a la nueva Constitución al error de Juan Egaña; esto es, consagrar una Constitución moralista²⁷⁷. Evans entiende que hablar de integridad de familia es inmediatamente sinónimo de indisolubilidad del matrimonio, y que por lo tanto el deber de proteger la integridad de la familia contrariaría otros derechos, como la libertad de conciencia y de culto, de expresión, etc. En esto concuerda con Silva Bascuñán, quien presenta este “deber de respetar la familia” como un deber moral, pero no uno exigible jurídicamente. Sin embargo, en la ponderación entre el deber de proteger a la familia y las otras libertades enumeradas, Evans esboza el fundamento de otorgar importancia a dichas libertades no como la posibilidad de negar el valor de la institución familiar, sino permitir los casos en que, en virtud de la propia protección de la familia, sea necesario disolverla. Como tal, Evans y Silva Bascuñán, junto con Ovalle, proponen que efectivamente la protección de la familia sea reducida a una declaración programática en los primeros apartados de la Constitución, y no un deber. Hasta aquí, pese a que Evans y Silva Bascuñán parecen estar en desacuerdo con Guzmán, no niegan su concepto “dialéctico”, según el cual los puntos de partida morales para entrar a la discusión podían ser limitados, obligando a los partícipes de la discusión a reconocer el valor de la familia. Tampoco parecen oponerse a que la declaración tenga por efecto excluir pensamientos o ideas políticas que nieguen la centralidad de la familia, concordando así con la redacción del (futuro) artículo 8°.

Ante la insistencia de Guzmán sobre el sentido “dialéctico” del concepto de integridad, Ortúzar presiona. Sostiene que *“en el instante mismo en que se consagre el derecho a la integridad de la familia o el deber de mantener la integridad de la familia, la Comisión estaría pronunciándose inequívocamente –y*

²⁷⁷ *Ibíd.*, p. 12.

así lo va a interpretar la comunidad en general- por la prohibición constitucional de ir al divorcio con disolución de vínculo²⁷⁸. Ortúzar no tiene problemas con el sentido de la restricción al legislador, y de ese modo, su argumento parece apuntar a un aspecto pragmático, en el sentido de que no parece conveniente plantear esta prohibición en la Constitución por la forma en que podría ser interpretado por la comunidad; mismo argumento que sostiene Silva Bascuñán. Éste, volviendo a la distinción entre religión y “naturaleza humana”, afirma que los argumentos para ser contrarios al divorcio no son *“puramente religiosos, sino por estimar que daña a lo natural humano, produce graves consecuencias y destruye la colectividad”*²⁷⁹, pero que los sectores menos instruidos podrían creer que se ha establecido así en la Constitución por un motivo religioso, generando polarizaciones innecesarias; sostiene que no es necesario referirse al divorcio en la Constitución porque estaría “en la conciencia nacional” el ser contrarios a la disolución del vínculo. El argumento es pragmático en el sentido de que las razones que motivan a, en definitiva, no incluir esta referencia explícita, tienen que ver con las consecuencias que puede producir en la población a quien esta Constitución pretendía gobernar; pero no se observa hasta acá cuestionamiento moral al hecho de que una Constitución restrinja o limite la posibilidad de acción del legislador.

Es Ovalle quien cuestiona más fuertemente este punto, tras la intervención de Díez quien se muestra partidario de prohibir derechamente el divorcio. Ovalle señala que se ha partido de la base de una Constitución democrática²⁸⁰, y que en tanto tal no puede imponer “su filosofía” a todos los chilenos. Cita a Díez quien ha aseverado que la oposición al divorcio es su punto de vista y tiene que defenderlo, y replica que él mismo ha transigido en puntos de vista personales, puesto que la Constitución debe estructurar *“un Estado cuya comunidad esté compuesta por hombres que vivan en libertad, y la libertad no sólo supone la circunstancia de no*

²⁷⁸ *Ibíd.*, p. 14.

²⁷⁹ *Ibíd.*, p. 22.

²⁸⁰ *Ibíd.*, p. 19.

*estar encerrado, sino el derecho de pensar y de actuar en forma consecuente con ese pensamiento*²⁸¹, aunque sigue sosteniendo que en tanto la familia es una “célula fundamental del Estado”, no podría haber un partido político cuyo objetivo fuera la disolución de la familia.

Dicho así, y pese a que Díez y Guzmán insisten en que la oposición al divorcio no se basa en consideraciones religiosas sino “de derecho natural”²⁸², el resto de los comisionados opta por eliminar la norma que consagra el deber de resguardar la familia, y plantearla en el primer capítulo como una simple declaración de principios. Ante la pregunta de si esta declaración limita la posibilidad del legislador, Silva Bascuñán señala rotundamente que no²⁸³, y Evans sostiene que no es necesaria una cortapisa constitucional, ya que los opositores al divorcio han logrado triunfar en el debate aún sin esa limitación²⁸⁴. Guzmán, para no perder el punto, sostiene que el sentido de una norma como esta sería prohibir o prescribir movimientos políticos que tengan como finalidad “destruir la familia”, y así se acuerda, dejando constancia en las actas de que la posibilidad de permitir el divorcio se deja a decisión del legislador²⁸⁵.

La dicotomía entre una fundamentación religiosa y una fundamentación basada en el derecho natural, en la naturaleza humana u otra referencia tomista de esa índole, sigue sin ser explicada, realzando la función apelativa de dichas referencias. Nuevamente, expresiones poco fundamentadas dan cuenta del escaso cuestionamiento por parte de los comisionados al origen de sus posiciones políticas, las que atribuyen a la “conciencia nacional” o, en este caso, a “la naturaleza humana” sin justificación alguna. Es indudable que, aunque los miembros de la Comisión expliciten el no estar motivados por agenda religiosa

²⁸¹ *Ibíd.*

²⁸² *Ibíd.*, p. 24.

²⁸³ *Ibíd.*, p. 28.

²⁸⁴ *Ibíd.*, p. 29.

²⁸⁵ *Ibíd.*, p. 31.

alguna, sus referencias continúan apelando a conceptos no laicos ni universales, como “el Creador” (que Evans señala como fuente para oponerse al divorcio). En ese sentido, y aunque los comisionados digan lo contrario, las referencias tomistas siguen siendo evidentemente referencias católicas.

Esta última apreciación permite entender el sentido de la discusión sobre el rol del hombre y la mujer en la Constitución. Es indudable que, si la Constitución se proponía reforzar el rol de la familia, algo debía decirse sobre los deberes de hombres y mujeres en ella; idea sustentada en que la Constitución no sería “neutra”, sino “valórica”. La propia Declaración de Principios de la Junta Militar consagraba que la familia y la mujer eran “pilares de la reconstrucción nacional” y que *“[e]n la familia, la mujer se realza en toda la grandeza de su misión, que la convierte en la roca espiritual de la Patria”*²⁸⁶. Con esa tarea en mente, la Constitución pretende regular no sólo los aspectos propiamente institucionales de la conformación del Estado, sino también los planes de vida de las personas; con esta misión, el plan de vida se ve movido hacia la conformación de la familia tradicional, vinculándose así nuevamente con la agenda valórica de la Iglesia.

La fundamentación de la idea de que la Constitución asigna a la mujer un rol específico, oponiéndose a consagrar la plena libertad en la decisión de su plan de vida, se encuentra en la discusión sobre la garantía de igualdad ante la ley. Dicha discusión comienza con la propuesta de incluir, en esta garantía, una norma que establezca que el legislador no podrá establecer discriminaciones arbitrarias. Evans explica el sentido de esta norma en la Sesión 93°. Sostiene que históricamente todos los estudiosos concuerdan en que la igualdad ante la ley prohíbe la discriminación, pero que lo novedoso en esta Constitución sería que *“impide una distinción que haga el legislador y que sea arbitraria, que no esté asentada en una razón de justicia o de protección del bien común, que sea una*

²⁸⁶ GOBIERNO DE CHILE, 1974, *Declaración de Principios de la Junta de Gobierno*, p. 12.

*distinción porque sí, porque una conveniencia política del momento o un arreglo de pasillos la impuso*²⁸⁷. Ortúzar lo respalda y sostiene que es el concepto de “arbitrario” el que va a delimitar el campo de acción del legislador para fijar las distinciones entre personas²⁸⁸.

Del sentido de los derechos fundamentales como limitaciones a la soberanía ya se ha reseñado bastante en los anteriores apartados, incluyendo la desconfianza sistemática de los comisionados hacia la labor del Parlamento. Acá lo problemático resulta atribuirle sentido inmediato a lo “arbitrario”, desconociendo que lo que sea arbitrario no es algo indiscutido. Es propio del pensamiento conservador, como se ha revisado hasta ahora, creer que ciertos conceptos son conocidos o generalizados por todos, y que ellos coinciden inmediatamente con la posición política sostenida por conservadores. Desde este punto de vista, dejarle al legislador la decisión sobre lo que sea “arbitrario” no parece problemático.

Pero es a propósito de lo “arbitrario” que se puede vislumbrar el rol que se atribuye a hombres y mujeres, en el seno de la familia, por parte de los comisionados. Cuando se discute si es necesario un inciso que explicita la igualdad entre hombres y mujeres, Ovalle sostiene que *“[s]i todos los chilenos son iguales ante la ley, cualquier discriminación arbitraria no cabe. En materia de servicio militar, por ejemplo, es lógico que debe haber alguna diferencia, sin perjuicio de que la mujer también cumpla esa obligación. Pero se está refiriendo a cualquier distinción arbitraria. En el ejemplo propuesto, se trataría de una distinción entre grupos por razones de sexo. Si es arbitraria, no cabe”*²⁸⁹. En la expresión de Ovalle, no hay roles pre-asignados a cada género: será resorte del legislador decidirlo. Silva Bascuñán acota que ciertas diferencias pueden

²⁸⁷ GOBIERNO DE CHILE, 1974, *Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*, Sesión 93°, 5 de Diciembre de 1974, p. 22.

²⁸⁸ *Ibíd.*, p. 23.

²⁸⁹ *Ibíd.*, p. 24.

permitirse en razón de *“que derivan directamente de la naturaleza”*, y que lo grave sería hacer distinciones o favorecer a un género por sobre otro en base a *“un concepto equivocado sobre la igualdad de derechos entre ambos, eso sería arbitrario”*²⁹⁰.

Nuevamente es Guzmán quien, procurando aclarar conceptos, introduce las categorías propias del pensamiento tomista en la discusión constitucional. Guzmán quiere que se haga una diferencia entre la igualdad hombre-mujer *“absolutamente independientes entre sí”* y *“la vinculación que tiene el hombre respecto de la mujer y ésta respecto del hombre en la familia, y la posición en que esa vinculación se encuentra respecto del ordenamiento jurídico”*²⁹¹. Respalda su posición con dos ejemplos o casos focales: primero señala que *“[e]s evidente que la cabeza de la familia debe ser el hombre, el padre o el marido”*²⁹², y luego a propósito de los hijos señala que *“es evidente que al menos en Chile la vinculación de la familia respecto de los hijos parece ser mucho más fuerte por parte de la madre que del padre. Toda situación de conflicto entre el padre y la madre coloca a esta última en una posición preferencial respecto de los hijos frente al padre [...] porque la idiosincrasia nuestra demuestra que a los hijos los cuida mejor la madre, especialmente en los sectores de más bajos ingresos y de menor cultura”*²⁹³.

Guzmán no se toma el tiempo de justificar por qué esas aseveraciones están fundadas, señalando que es “evidente” y que se muestra en la “idiosincrasia chilena”, nuevamente recurriendo a categorías poco fundamentadas. Sin reparar en este problema Ortúzar respalda esta posición y señala que, por ejemplo, el problema de la capacidad de la mujer casada puede verse en esta distinción entre la igualdad en abstracto versus la igualdad en la familia. Señala que *“en toda*

²⁹⁰ *Ibíd.*

²⁹¹ *Ibíd.*

²⁹² *Ibíd.*

²⁹³ *Ibíd.*

*organización, en toda célula familiar tiene que haber un jefe que no puede ser otro que el marido o el padre*²⁹⁴, y que es la legislación civil la que fija una preferencia “a la madre en casos de discrepancias, desaveniencias [sic], separaciones o nulidades de matrimonios, en que las leyes civiles contemplan que la tutela de los hijos menores de 14 años y de las hijas de cualquier edad corresponderá a la madre, precepto, por cierto, lógico y justo”²⁹⁵. Según Ortúzar, no arbitrario en ningún sentido.

En asignarle un rol predeterminado a la mujer no hay discrepancia alguna. En términos de los miembros de la Comisión, dichas diferencias provienen “de la naturaleza humana”, y sin advertir el problema de fundamentación de este concepto, dan paso a su consagración. Para especificarlo, Evans agrega que en el campo del derecho de familia será necesario en ciertos casos establecer una diferencia a favor de la mujer para protegerla²⁹⁶; Silva Bascuñán propone en la Sesión siguiente una redacción que prohíba que las distinciones de sexo perjudiquen a la mujer²⁹⁷, y Ortúzar pone reparos en el sentido de que esa disposición pueda significar excluir la autoridad del marido, señalando que “aunque podría sostenerse que ello va en perjuicio de la mujer, a su juicio, se establece en beneficio de ella, puesto que la mujer es un ser naturalmente débil y debe apoyarse en la autoridad del marido”²⁹⁸. En tanto tal, propone limitar la igualdad de derechos al hombre y mujer considerados individualmente ante la sociedad, pero no una igualdad absoluta, porque distinciones en razón de sexo “van a existir”²⁹⁹.

²⁹⁴ *Ibid.*, p. 25.

²⁹⁵ *Ibid.*

²⁹⁶ *Ibid.*, pp. 26, 29.

²⁹⁷ GOBIERNO DE CHILE, 1974, *Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*, Sesión 94°, 12 de Diciembre de 1974, p. 26.

²⁹⁸ *Ibid.*, p. 27.

²⁹⁹ *Ibid.*

Con estas intervenciones se formula un aparente problema, cual es el de compatibilizar la igualdad de género con las “necesarias” o “naturales” distinciones entre hombres y mujeres específicamente en cuanto al rol familiar. Guzmán propone finalmente redactarlo en los siguientes términos: *“El hombre y la mujer gozan de iguales derechos, sin perjuicio de las distinciones que impongan sus diferencias naturales o el carácter de familia”*³⁰⁰, concordando con Silva Bascuñán, quien señaló que declarar la igualdad sin más le parecía “demagógico”, puesto que no es efectivo que los derechos del hombre y la mujer sean iguales, ya *“que la naturaleza no los ha hecho iguales a ambos”*³⁰¹.

En la Sesión siguiente, buscando precisar el significado de esa formulación de Guzmán, Evans y Ortúzar le preguntan a Ovalle si las disposiciones sobre la obediencia al marido, el deber de “seguirlo donde quiera que él traslade su residencia”, la administración de los bienes y la incapacidad relativa le parecen inconstitucionales³⁰²; Ovalle replica que la disposición *“constitucionaliza algunos preceptos perfectamente anacrónicos”*³⁰³, y enfatiza especialmente que el entonces artículo 133 del Código Civil, que dispone el derecho del marido a obligar a la mujer a seguirlo a cualquier residencia, es contrario a la igualdad jurídica entre hombre y mujer. Pero el fundamento de por qué esa disposición es contraria a la igualdad no se basa, como supondría un fundamento radicalmente liberal, en la autorrealización de la mujer o su autonomía moral, sino en la protección de la familia y los hijos. Dice Ovalle que *“[a] veces, el marido pretende obligar a su mujer a seguirlo a lugares donde está comprometido el bienestar de la familia desde el punto de vista material y moral. De acuerdo con este precepto, la mujer no tiene voz en un aspecto tan fundamental como es el de mantenerse o no unida a un marido que, a veces, puede no responder a las expectativas que la familia*

³⁰⁰ *Ibíd.*, p. 33.

³⁰¹ *Ibíd.*, p. 32.

³⁰² GOBIERNO DE CHILE, 1974, *Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*, Sesión 95°, 16 de Diciembre de 1974, p. 10.

³⁰³ *Ibíd.*

*debe tener*³⁰⁴. Pero a su juicio, lo anterior “no quiere decir que el hombre no pueda ser considerado, con respecto a algunos problemas, como el jefe de la familia”³⁰⁵.

De este último punto se toma Ortúzar para atribuirle a Ovalle el estar de acuerdo en lo general, que es que la familia requiere que el hombre sea el jefe del hogar. Dice Ortúzar que “[p]artiendo de la base de que la familia debe tener un jefe, incuestionablemente de que [sic] este debe ser el hombre. Por lo demás, el temperamento y la constitución de la mujer requieren, precisamente, de la autoridad del hombre. Está probado, en el hecho, que la mujer ama al hombre que realmente es capaz de ejercer en forma justa, por cierto, su autoridad”³⁰⁶, y agrega Evans que el caso del art. 133 puede tener una justificación; que la legislación civil regula aquellos casos “de excepción” en que alguien debe tomar la decisión final, y ese alguien debe ser el hombre, pero que la legislación civil basta para proteger a la mujer ante peligros “para su vida o la de los hijos”³⁰⁷. Con esta apreciación final, el desacuerdo aparente se elimina y se adopta la decisión de dejar esa redacción, dejando constancia por tanto que se obliga al legislador a respetar “las diferencias naturales” o “las características de la familia” a la hora de fijar qué es lo arbitrario en un campo determinado³⁰⁸, y que una distinción basada en la desigual naturaleza de hombres y mujeres no sería una discriminación arbitraria³⁰⁹.

Las notas presentadas hasta acá no tienen por única finalidad mostrar que los miembros de la Comisión creían en la familia tradicional y en el rol sumiso de la mujer, lo cual puede parecer obvio y hasta cierto punto irrelevante. Lo importante acá es que las disposiciones acogidas en la redacción de la nueva

³⁰⁴ *Ibíd.*, pp. 10-11.

³⁰⁵ *Ibíd.*, p. 11.

³⁰⁶ *Ibíd.*

³⁰⁷ *Ibíd.*

³⁰⁸ *Ibíd.*, p. 25.

³⁰⁹ *Ibíd.*, p. 26.

Constitución tenían una intencionalidad fundada: atribuirle a la mujer, en el seno de la familia, un rol especificado. Es así como se da respaldo a la afirmación contenida en la Declaración de Principios de la Junta, en que la mujer se “realza” en la familia: vive para ella, sirve a ella, tiene como finalidad natural la realización de una familia tradicional. No tiene la posibilidad de auto-determinar sus fines, no puede priorizar su realización personal por sobre la de los demás; pues incluso las normas que la protegen tienen como norte la protección de la familia o de los hijos, no de la libertad de la mujer.

Como ya se ha mencionado, las garantías operan acá como límites a la voluntad soberana. No sólo del legislador –ya se ha mencionado que, para los miembros de la Comisión, el legislador no podría en caso alguno fijar normas que fueran contrarias a la naturaleza humana o al concepto tradicional de familia-, sino también a todos los cuerpos institucionales. Así, por ejemplo, se hace mención de que a través de un recurso de inaplicabilidad no se podría lograr la derogación o invalidación de normas que consagraran la autoridad marital³¹⁰. La Constitución asigna, de esta forma, un rol a la mujer no sólo por el hecho de declararlo así los miembros de la Comisión, sino por disponer entramados institucionales que por un lado favorecerían abiertamente esta concepción de género, y por otro lado limitarían su posibilidad de actuar en un sentido diverso o acogiendo una concepción de familia o sociedad distintos. En esta discusión, pese a la oposición de Ovalle y Romo en la Sesión 105^o³¹¹, el sentido eclesiástico (desde donde ya se ha reseñado, emanan conceptos como “la naturaleza humana”) se mantuvo imperturbable.

¿Ha entonces prosperado la agenda valórica de la Iglesia en la redacción de la Constitución de 1980? En principio, los casos del aborto y el divorcio podrían

³¹⁰ *Ibid.*, p. 19.

³¹¹ GOBIERNO DE CHILE, 1975, *Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*, Sesión 105°, 11 de Marzo de 1975, p. 12.

llevar a pensar que no, puesto que se ha entregado al legislador la tarea de definir en qué casos se permitirá aprobar ambas instituciones, por lo que en estos dos casos los derechos fundamentales no cumplirían la función conservadora de límite. Pero todos los otros aspectos analizados nos llevan a concluir lo contrario. Primero al descubrir que la separación entre religión y naturaleza humana es infructíferamente justificada, de modo que las apelaciones a la naturaleza humana, la ley moral natural y otras categorías tomistas son, aunque no se reconozcan, apelaciones al pensamiento eclesiástico, no compatible con una sociedad laica y pluralista. Segundo, porque el sentido que tienen las justificaciones de conceptos absolutos en la discusión constitucional son apelativas: deben ser aceptadas por el sólo hecho de ser enunciadas; eso significa que las ideas de la Comisión deben ser el norte interpretativo por el sólo hecho de estar ahí, por el sólo hecho de que ellos –y no el resto de los ciudadanos- tienen acceso a lo que sea la correcta ley moral. Tercero, porque la función apelativa, en el juego que Ortúzar ha llamado “dialéctico”, tiene el propósito de excluir puntos de vista: ciertas cosas no se pueden siquiera afirmar o poner en duda en el foro público, y se excluyen por el sólo hecho de que alguien ha dicho que deben excluirse, sin justificación.

Es cierto que la Iglesia no tiene un camino institucional mediante el cual hacer valer de forma vinculante su postura o limitar el juego democrático. Pero sí puede hacerlo por la vía de dotar de sentido nuestros conceptos morales: apelando a su mera existencia puede señalar que lo que defiende es lo correcto, y evita entrar al debate filosófico o político simplemente diciendo “lo que nosotros creemos es lo correcto, lo demás es equivocado y debe excluirse”. Si ese es el modo en que la Constitución pretende funcionar, entonces es un modo profundamente anti-democrático.

2.3 Pluralismo, educación y medios de comunicación

La Constitución de 1980 fue creada con el propósito declarado de no ser una constitución “neutra”, sino “valórica”. El sentido de dicha oposición tiene que entenderse, entre otras consecuencias, como el hecho de que “neutro” quiere decir acá: que permite la expresión de todas las ideas, y “valórico” que escoge un programa determinado por sobre otros. La justificación que se ha dado de esta oposición es que ciertos grupos pueden, en ciertos casos, poner en peligro la estabilidad democrática. Hasta allí el argumento podría ser, al menos, fundado en un sentido lógico: no puede apelarse a una categoría determinada de modo tal que se destruya esa misma categoría. Si un grupo apela al respeto a todas las posturas filosóficas o ideológicas, no puede en los hechos significar la destrucción de otras posturas filosóficas o ideológicas. En ese sentido el argumento podría significar la exclusión de ciertas conductas consideradas anti-democráticas, como la violencia física ejercida por motivos de odio, la destrucción de propiedad fiscal, la corrupción y el cohecho hacia/por funcionarios públicos y los hechos que, en la práctica, alteren el funcionamiento de los sistemas electorales. En una sociedad democráticamente sana estas prohibiciones deberían regularse en el Código Penal y establecer criterios apropiados y justos de persecución; en algún sentido, el estado de los sistemas persecutorios es medida del pluralismo democrático de una sociedad.

Pero la Comisión Ortúzar quiso ir un paso más allá y prohibió no sólo las conductas actuales y materiales que pudiesen atentar contra el funcionamiento democrático, sino que prohibió incluso la manifestación de ideas contrarias a ciertos valores fundamentales, como la familia, o aquellos que se sustentaran en la lucha de clases. En ese sentido, lo “valórico” de la Constitución significó no sólo afirmación de un conjunto de creencias, sino también proscripción inmediata de quienes no adhiriesen completamente a dicho conjunto. O lo que es lo mismo,

estableció que el monopolio de la violencia legítima, es decir, el Estado, perseguiría y excluiría a quienes pensasen de forma diversa a los valores pre-assignados por la Constitución.

Parte de esa concepción de democracia “protegida” o “restrictiva” se puede apreciar en al menos dos ideas: el rol de la educación en la sociedad y la función de los medios de comunicación. La vinculación entre estas ideas es explícita en la Sesión 17°, donde Ortúzar sostiene que se pretende crear *“no sólo una nueva institucionalidad sino, también, una Patria nueva. Para ello es indispensable formar una conciencia nacional y una nueva mentalidad en las futuras generaciones”*³¹², y destaca *“que la educación debe basarse en los grandes principios y valores del espíritu, inculcando en la juventud un nuevo sentido de la Patria, del honor, de la libertad, de la democracia, del deber, del trabajo, de la honradez, etc., ideas que pretendieron ser desconocidas en el Gobierno anterior mediante la implantación de la Escuela Nacional Unificada”*³¹³, y señala además que desea precisar limitaciones a la libertad de pensamiento para que *“no se repita en el país la prédica constante de odio y violencia que dividió a la familia chilena, sino procurar la creación de un Estado de sana convivencia entre las personas”*³¹⁴. Silva Bascuñán advierte que se debe tratar el tema con prudencia para no significar que se están limitando o fiscalizando las corrientes de pensamiento, y propone equilibrarlo impidiendo las organizaciones contrarias al régimen democrático, a la par de dar máxima libertad a los grupos que postulan ideales democráticos en los medios de comunicación; por otro lado, Díez propone que la solución sea que las restricciones a la libertad de pensamiento no afecten a los individuos, sólo a las colectividades³¹⁵.

³¹² GOBIERNO DE CHILE, 1973, *Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*, Sesión 17°, 15 de Noviembre de 1973, p. 11.

³¹³ *Ibíd.*

³¹⁴ *Ibíd.*

³¹⁵ *Ibíd.*

Es la negación de la Escuela Nacional Unificada lo que sirve de punto de partida para la discusión sobre libertad de enseñanza, de modo que los principios generales sobre los que se estructura el modelo educacional en la Constitución la entenderían como una libertad (una vez más: una negación del poder del Estado) y no como una prestación. Silva Bascuñán define a la ENU como inspirada en una “traición” a la democracia, intentando mostrar que los preceptos constitucionales de la carta de 1925 bastaban para excluir un proyecto de esas características³¹⁶; concuerda Díez en que el gobierno anterior pretendió una “autoridad omnímoda” en materia de educación “interpretando torcidamente” la letra de la Constitución³¹⁷; y por tanto, es de consenso en la Comisión que la libertad de enseñanza debe ampliarse, en sus recursos técnicos, para que sirva como freno eficiente a iniciativas que emulen los propósitos de la ENU.

Para configurar la libertad de enseñanza, Evans parte de un supuesto conceptual compartido con Silva Bascuñán, que es que la materia que debe regir el derecho a la educación y la libertad de enseñanza debe circunscribirse al ámbito de la *“transmisión sistemática y metódica de conocimientos, transmisión en que hay voluntad de despertar las facultades de otro para que llegue a tener una formación completa y ejerza su personalidad”*³¹⁸; es decir, se limita al ámbito de la educación otorgada bajo un contexto organizativo significativo: colegios, liceos y universidades, o lo que se denominaría típicamente “educación formal”. Desde este punto de partida Evans intenta fundar la libertad de enseñanza en que el Estado no puede, por sí solo, ofrecer todas las facilidades materiales y de infraestructura, y que por tanto se llama a los privados a suplirlo. Díez corrige esta intervención señalando que aunque el Estado pudiera hacerlo, los privados deben tener la posibilidad de enseñar³¹⁹, y es aquí cuando Guzmán interviene,

³¹⁶ GOBIERNO DE CHILE, 1975, *Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*, Sesión 137°, 10 de Julio de 1975, p. 13.

³¹⁷ *Ibid.*, p. 20.

³¹⁸ GOBIERNO DE CHILE, 1975, *Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*, Sesión 140°, 22 de Julio de 1975, p. 4.

³¹⁹ *Ibid.*, pp. 5-6.

clarificando que por un lado se encuentra el ámbito del derecho a la educación como “acceso al saber”, y por otro el “derecho a educar”, separándolo del ámbito de la libertad de expresión o culto precisamente porque la libertad de enseñanza tiene la “intención” o “voluntad” de educar a la que hacía referencia Silva Bascuñán³²⁰. Esta distinción la recoge Ovalle al proponer la separación en dos de los conceptos: por un lado, la libertad de enseñanza, que funciona como un derecho plenamente individual, de cualquier individuo, organización o comunidad de instruir, y por otro, el derecho a la educación que sería un derecho social, que obliga al Estado o a la comunidad a otorgar a todos los individuos capacidades para desarrollar su personalidad³²¹.

Siguiendo en la línea de separar conceptualmente el derecho a la educación y la libertad de enseñanza, Guzmán introduce una preocupación, que es que la idea de libertad de enseñanza podría pugnar con un concepto o principio de referencia moderna, que es la “educación permanente”: la necesidad de que el Estado asegure constantemente el acceso a mayores y mejores formas de educación para todos los ciudadanos. Silva Bascuñán es rápido en notar que dicho principio conlleva ideas de Estado docente absoluto y extensivo, y por ende de Estado totalitario³²², y Guzmán se ve obligado a aclarar que este concepto, aunque fue absolutizado por la Unidad Popular, proviene realmente de la Iglesia Católica:

“Al efecto, dice que en el Sínodo mundial de obispos, celebrado en Roma el año 1971, se dijo textualmente lo siguiente: “La educación que propugnamos es llamada justamente permanente; es decir, que afecta a todos los hombres y a todas las edades”. Esta cita guarda concordancia con lo que expresaba el señor Ovalle, en el sentido de que este derecho a educarse es una cosa que no termina

³²⁰ *Ibíd.*, p. 6.

³²¹ *Ibíd.*, p. 10.

³²² *Ibíd.*, p. 12.

*simplemente con la recepción de un grado o título a una edad determinada, sino que excede o se proyecta a todas las edades de la persona*³²³. Aquí Ovalle y Guzmán discuten sobre un aparente defecto en la claridad de conceptos, cuando Ovalle señala que la libertad de enseñanza se ejerce como quiera, pero cuando esa libertad participa del sistema educativo, debe orientarse a cumplir ciertos fines u objetivos³²⁴; Guzmán sostiene que los objetivos de la educación no pueden aplicarse en positivo para todos quienes deseen ejercer la libertad de enseñanza (como diciendo: todos quienes quieran enseñar deben enseñar a lo menos ciertas materias), sino que deben fijarse ciertos límites negativos mínimos que no se van a poder transgredir, como la prohibición de difundir doctrinas políticas³²⁵. En esta distinción conceptual Ovalle y Guzmán aparentan tener concepciones políticas distintas: Ovalle procuraría orientar toda función educativa al cumplimiento de los fines (limitando así la libertad de enseñanza hacia un sentido social o comunitario), mientras que Guzmán se preocuparía sólo de los mínimos, consistente con un pensamiento liberal. Sin embargo, dicha aparente confusión de conceptos es sólo pasajera y finalmente Guzmán y Ovalle acuerdan que la Constitución sólo regulará la educación formal sistemática, es decir, la actividad ejercida de acuerdo a los objetivos de la educación³²⁶.

Lo que continúa siendo disputado, especialmente por Silva Bascuñán, es la necesidad de separar conceptualmente los derechos de educación y libertad de enseñanza. Ovalle añade en su propuesta de libertad de enseñanza que ésta incluye el derecho de abrir, mantener y organizar establecimientos de cualquier clase, con la sola limitación de las buenas costumbres, el orden público y la seguridad del Estado. Sostiene además que no podría entenderse dicha libertad *“sujeta a la restricción de que el Presidente, por veleidades políticas, le otorgue o*

³²³ *Ibíd.*, p. 16.

³²⁴ *Ibíd.*, p. 18.

³²⁵ *Ibíd.*

³²⁶ *Ibíd.*, p. 22.

*no le otorgue el reconocimiento*³²⁷, y que en la medida que cumplan ciertos requisitos prefijados a la hora de enseñar (como los requisitos mínimos de egreso y la duración de los estudios), dichos establecimientos ni siquiera precisarían del reconocimiento estatal. Estos establecimientos, que aspiran al reconocimiento “de pleno derecho”, no pueden tener orientación partidista alguna³²⁸. Evans precisa estos conceptos con una evolución histórica de ambas garantías: comenta que hacia 1833 y con la reforma constitucional de 1874 se aseguró “la libertad de enseñanza”, sin especificar, y que en esa época sólo se educaban los que podían³²⁹. Fue en 1925 cuando se introdujo la obligatoriedad de la educación primaria cuando apareció un esbozo de un derecho distinto: el acceso a la educación como un derecho social³³⁰. Ovalle respalda esta idea mostrando que es importante distinguir conceptualmente ambas garantías, y pone el ejemplo de la Constitución soviética, donde, en sus términos, los ciudadanos tienen acceso a la educación sólo en la forma en que el Estado los quiera educar; de modo tal que para que no se use el derecho a la educación como excusa para conculcar la libertad de enseñanza, ambos deben ser tratados como garantías independientes³³¹. Señala que cuando el Estado abre establecimientos educacionales lo hace porque existen ciertos lugares, o ciertos tipos de enseñanza en las cuales los particulares no pueden o quieren intervenir, y que en virtud del principio de subsidiariedad es que el Estado colabora, pero no en el ejercicio de la libertad de enseñanza, sino en apoyo al derecho a la educación, cuando éste no se logra por el ejercicio de la libertad de los particulares. Entender lo contrario, sostiene, sería dar paso constitucional a la ENU³³².

Silva Bascuñán sostiene, a propósito de las disposiciones que integrarán la libertad de enseñanza, que ésta debe contener no sólo una disposición

³²⁷ GOBIERNO DE CHILE, 1975, *Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*, Sesión 141°, 24 de Julio de 1975, p. 3.

³²⁸ *Ibid.*, p. 4.

³²⁹ *Ibid.*, p. 9.

³³⁰ *Ibid.*, p. 10.

³³¹ *Ibid.*, pp. 10-11.

³³² *Ibid.*, p. 15.

programática o declarativa sino también un mandato jurídico, y propone que éste sea la obligación del Estado de respetar la función educativa de los padres y la facultad de las congregaciones religiosas de educar a sus fieles³³³. Guzmán apunta que esta disposición, en primer lugar, no puede incluir el deber de los padres de educar a sus hijos (pues induciría a confusiones y sería innecesario si se establece la educación primaria obligatoria), y en segundo lugar, que se refiere a quienes son los que cumplen la función educativa: aquí señala que, pese a que por mandato de la Iglesia ésta tiene el deber de difundir su enseñanza, no puede esa consideración jugar un papel relevante constitucionalmente, por lo que el precepto debe limitarse a consagrar la idea de subsidiariedad como la expone Ovalle³³⁴. Ortúzar y Evans concuerdan en que la mención a las iglesias es improcedente, no porque no exista el derecho de las iglesias de participar en la función educativa, sino sólo porque lo considera reiterativo respecto al precepto general de libertad religiosa, por un lado; y por otro, porque no es correcto que la Constitución exija el cumplimiento de un deber eclesiástico basado en la fe, sólo debe proteger el derecho de hacerlo³³⁵.

La noción de que el Estado no puede asegurar el cumplimiento de un deber, sino sólo proteger el ejercicio del derecho, se hace extensiva a la función de los padres. Evans y Silva Bascuñán concuerdan en que, en primer lugar, la expresión “protección de deberes”, que se quería incluir en la frase “el Estado debe proteger el derecho y deber preferente de los padres”, suena extraño –lo que se protege es el ejercicio de un derecho, y un deber se garantiza o asegura en su cumplimiento-, y en segundo lugar que eso abre la puerta al “totalitarismo” mediante el cual *“a través de disposiciones que conforman un derecho de los*

³³³ *Ibíd.*, p. 16.

³³⁴ *Ibíd.*, pp. 18-20.

³³⁵ *Ibíd.*, p. 30.

*padres se llegue a conculcar ese derecho mediante el uso o abuso del concepto del deber de los padres*³³⁶.

Todas estas distinciones conceptuales procuran lograr que el texto constitucional exprese una idea fundamental, concordante con el propósito general de la Constitución: las materias relativas a educación en la Constitución, ya sea como derecho a la educación o como libertad de enseñanza, pretenden fijar límites al Estado. Por un lado, la libertad de enseñanza, en tanto comprende la posibilidad de transmitir conocimiento sistemáticamente, no puede ser negada y le corresponde fundamentalmente a “la comunidad”, no al Estado. Que le corresponda a “la comunidad” se relaciona con otra distinción clásicamente conservadora entre el Estado y la sociedad civil, o para emplear términos utilizados en las actas constitucionales, entre “poder político” y “poder social”. Cuando se dice que la comunidad tiene la función preferencial de educar, se está pensando en las iniciativas privadas y de grupos particulares, como la Iglesia, y no se está asimilando al Estado, que contempla sólo el poder político. Por otro lado, las posibilidades que tiene el Estado para asegurar el cumplimiento del derecho a la educación se encuentran ampliamente limitadas: primero porque dicha función del Estado no puede significar fijar deberes demasiado estrictos para los padres o para las Iglesias, y segundo porque el Estado se propone actuar sólo rellorando los vacíos que los privados dejan, y en tanto los privados se propongan cumplir una función educativa, la función del Estado queda proporcionalmente restringida³³⁷.

El principio de subsidiariedad, con las connotaciones que ya se han analizado en los apartados anteriores sobre participación y bien común, aparece de manifiesto con toda su fuerza en el andamiaje conceptual de la libertad de

³³⁶ GOBIERNO DE CHILE, 1975, *Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*, Sesión 142°, 29 de Julio de 1975, p. 6.

³³⁷ *Ibid.*, p. 12.

enseñanza. En Sesión 146°, al discutirse una mención que ordena que las instituciones educacionales de las fuerzas armadas sean exclusivas del Estado, Silva Bascuñán propone una formulación más amplia para que el Estado mantenga la exclusividad de todos los establecimientos necesarios para la preparación en el ejercicio de sus funciones³³⁸; Díez y Ortúzar señalan que ello sería cuestionable en el caso de la función judicial y de ciertos fenómenos económicos que el Estado desempeñará, como Correos, y que por tanto no se podría impedir que organismos privados establezcan carreras de instrucción para dichos cargos, toda vez que dichas funciones no las ejercerá de forma monopólica: sólo aquél mínimo de cuestiones que quedarán reservadas exclusivamente al Estado, como la defensa nacional, pueden ser a la vez exclusivamente entrenadas por él. Silva Bascuñán concuerda en que su propuesta no puede entenderse como limitadora de la libertad, y por tanto acepta que se mantenga la función exclusiva sólo en lo relativo a las instituciones castrenses: en todo lo demás, no existe monopolio de la educación por parte del Estado³³⁹.

Otro límite importante se hace extensivo a la libertad de enseñanza desde la discusión sobre libertad de conciencia y de asociación: que la enseñanza debe respetar la moral, las buenas costumbres, el orden público y la seguridad del Estado³⁴⁰. No existe reflexión alguna en la dificultad de precisar esos conceptos y la posibilidad de que ellos sean utilizados en exceso para limitar las opciones políticas; ello es concordante con que, en el pensamiento de la Comisión, la moral y lo correcto son nociones inmediatamente accesibles a la razón humana. Esta concepción es espejo de otra: la proscripción de la enseñanza político-partidista. Dice Silva Bascuñán que sólo la educación “sistemática” (entiéndase como se definió en supra, es decir, lo que modernamente se conoce como “educación formal”) debe estar alejada de concepciones partidistas, pues es ella la que está

³³⁸ GOBIERNO DE CHILE, 1975, *Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*, Sesión 146°, 19 de Agosto de 1975, p. 4.

³³⁹ *Ibíd.*, p. 6.

³⁴⁰ *Ibíd.*, p. 7.

sometida a la acción del Gobierno: la prohibición de la enseñanza partidista, por tanto, sería una prohibición al poder público de que sus colegios impongan una enseñanza partidaria oficial³⁴¹.

Ovalle pregunta acá por los alcances de dicha limitación, puesto que en principio le parece correcto que el Estado se vea imposibilitado de implantar una enseñanza ideológica particular, pero duda de si los privados podrían hacerlo³⁴². El miedo de Ovalle se manifiesta en que la enseñanza ideológica haría ilusoria la idea de una elección de conciencias; sostiene que *“[s]e suprime en la conciencia del individuo la posibilidad de optar y los niños se transforman en estos regímenes dictatoriales en meros rebaños de ovejas que se sienten muchas veces felices de seguir el camino que se les ha señalado. Mirados individual o aisladamente, son libres porque eligen un camino, pero resulta que es el único que, en virtud de la formación que han recibido pueden seguir”*³⁴³. Díez agrega que en su experiencia particular uno de los peligros para la convivencia social es la actividad partidista; que si bien personas adultas pueden adscribir a intereses determinados, existe una edad *“en que la inexperiencia y las imprecisiones predominan demasiado, la generalidad de lo que es el país, de lo que es el mundo, y se mira todo bajo el prisma de una concepción política determinada”*³⁴⁴; pero en esta acotación, previene que él entiende la formación religiosa como distinta a la partidista, puesto que la primera es una relación “del hombre frente al Creador”. Díez no reflexiona sobre la posibilidad de que una visión religiosa informe las posturas morales de la misma forma en que lo hace una ideología. Dicho así, Díez propone proscribir la orientación político partidista de un modo que también impide la anti-política (*“gente, por ejemplo, que cree que los partidos deben ser extirpados y*

³⁴¹ *Ibíd.*, p. 9.

³⁴² *Ibíd.*, p. 10.

³⁴³ *Ibíd.*, p. 11.

³⁴⁴ *Ibíd.*

reemplazados por los gremios³⁴⁵) y la supresión de las tendencias ideológicas reemplazadas por intereses económicos.

Guzmán cuestiona el sentido de la expresión “orientación partidista”, que no parece llevar a ningún lado, porque la verdadera preocupación es que ciertas ideologías no se extiendan. Pero dice que en toda concepción del hombre se encierra una ideología: por ejemplo, en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica está, “felizmente”, enseñándose una visión determinada del hombre y la sociedad, y en ese sentido su Facultad no tendría por qué ser neutral; pero, sostiene él, no podría un profesor de economía abanderarse respecto a una determinada política de gobierno y defenderla en clases, pues ello contraría el deber mismo de la enseñanza³⁴⁶. Por otro lado, sostiene que no podría en ningún caso enseñarse marxismo no porque éste sea ideológico, sino porque es una ideología “mala”, que ha sido declarada contraria al ordenamiento institucional. Estos ejemplos de Guzmán permiten, en último término, zanjar la discusión y reentender el significado de “político partidista” como vinculado a la lucha política contingente, de un modo que impida que los alumnos se distraigan en actividades políticas o en huelgas permanentes, como señala Ortúzar³⁴⁷.

Hasta acá, la concepción de libertad de enseñanza de los miembros de la Comisión muestra en general los caracteres atribuibles a un pensamiento liberal: realzar las funciones constitucionales como derechos de no-interferencia, colaborar a la formación correcta del juicio moral. Sólo las notas de politización y limitación de dichas autonomías pueden generar un desplazamiento hacia un pensamiento conservador, si se tienen presente dos notas fundamentales: la creencia de que “la moral” y “las buenas costumbres” son conceptos suficientemente unívocos como para servir de límite efectivo, y los ejemplos que

³⁴⁵ *Ibíd.*

³⁴⁶ *Ibíd.*, p. 14.

³⁴⁷ *Ibíd.*, p. 12.

muestran el sentido despolitizador de la educación en la convivencia social. Pero una discusión adicional termina por inclinar la balanza hacia un sentido conservador: la composición de la Superintendencia de Educación y el rol de los estudiantes en ella.

En Sesión 151° se invita al profesor Gonzalo Figueroa, en ese entonces Secretario del Consejo de Rectores. Él considera favorable la inclusión del sector universitario en la futura Superintendencia, no porque la representación sea un bien deseable, sino que con ello se puede ayudar a nivelar el nivel de preparación académica de los estudiantes, que encuentra desmejorado como consecuencia de la baja calidad de la enseñanza media³⁴⁸. Guzmán es aquí el mayor opositor, argumentando que los alumnos no deben integrar el Consejo de la futura Superintendencia, cualquiera sea el nivel educacional en el que estén. Sostiene que la propia condición de alumno habla de una insuficiencia de la persona en su propio nivel, pues “por algo es alumno”³⁴⁹. Mientras es partidario de la participación con derecho a voz de los estudiantes en ciertos estamentos, no es partidario del cogobierno, es decir, del poder decisorio de los estudiantes. Sostiene además que la frase “generación democrática”, que se pretendía incluir en la regulación de los distintos representantes en el Consejo, es incorrecta: si la democracia apunta a que los representantes deben tener vinculación con los estamentos a quienes representan (y no, por ejemplo, ser designados por el Estado), basta con la expresión “representación”; no puede entonces entenderse “democracia” como la idea de elección universal, pues eso sería incorrecto por inviable³⁵⁰. Ambas sugerencias de Guzmán son unánimemente aceptadas.

³⁴⁸ GOBIERNO DE CHILE, 1975, *Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*, Sesión 151°, 9 de Septiembre de 1975, p. 13.

³⁴⁹ *Ibíd.*, p. 16.

³⁵⁰ *Ibíd.*, p. 17.

Otra nota sobre la misma discusión dice relación con la interferencia posible del Estado en el funcionamiento de esta Superintendencia. Dice Silva Bascuñán que “[l]o que la Comisión quiere es defenderse del Gobierno, pero no del Estado en cuanto tiene una cantidad de establecimientos que son propios de él. La Comisión quiere que la designación no venga de la autoridad ejecutiva en forma directa, que es lo único de que se trata, pero naturalmente los establecimientos que pertenecen al Estado tienen que tener designación”³⁵¹; a esto añade Guzmán que dicha norma, que asegura participación del Estado, no puede entenderse como un desequilibrio a favor de él, que debe mantenerse una paridad y proporcionalidad en la participación entre Estado y privados, de modo que no pueda en caso alguno atentar contra la libertad de enseñanza³⁵².

Es importante en esta etapa de la investigación, distinguir la forma en que se construyen los argumentos esbozados, más allá de las decisiones finales que se adopten. En materia de educación, el punto de partida esencial de los miembros de la Comisión es la despolitización, tanto en general en la función educativa como al excluir la participación decisoria de alumnos en las instancias reguladoras. El efecto despolitizador aquí se manifiesta en atribuirle a cada sector institucional un rol o función esencial pre-fijado por “su propia naturaleza”, que no puede excederse o confundirse con otros estamentos. La educación tiene por finalidad ciertos objetivos particulares (la entrega sistemática de información y de transmisión de valores), mientras que la política consiste en el espacio de disputa del poder: así, la enseñanza de ciertos contenidos políticos o ideológicos, como la visión cristiana del hombre, sería legítima y aparada bajo la libertad de enseñanza, pues se entiende que dicha enseñanza no tiene consecuencias para la generación de poder de modo alguno. De la misma manera, el foco de la participación estudiantil está en que los alumnos, por un lado, adquieran mejores competencias académicas, y por otro, que manifiesten las dificultades de su propio aprendizaje,

³⁵¹ *Ibíd.*, p. 19.

³⁵² *Ibíd.*, p. 20.

pero en términos de la Comisión no puede transformarse dicho espacio en una disputa adicional de poder, de modo que a los estudiantes se excluye la función decisoria.

Por su parte, la discusión sobre los límites de la libertad de expresión comienza por dos propuestas que, en términos generales, se mantienen intactas hasta el final. En primer lugar, en Sesión 227° se recoge el informe de la subcomisión relativa a libertad de expresión y medios de comunicación, que incluye dentro de esta garantía tres conceptos: libertad de opinión propiamente tal, cuyo límite sería la responsabilidad por los delitos que se cometan en su ejercicio, libertad de informar, cuyo límite serían las nociones de seguridad nacional y orden público, y el derecho de réplica o rectificación, que ejercería un control de la veracidad de la información divulgada³⁵³. Partiendo de esa base, en la misma sesión Guzmán genera una propuesta de regulación, cuyos principios fundantes se basan en la profundización de los medios de comunicación modernos, que a diferencia de los medios convencionales como la prensa escrita, *“llegan a todos los ciudadanos sin distinción de grados de cultura y sin distinción, incluso de grados de evolución socio económico”*³⁵⁴, y actúan con una “rapidez vertiginosa” que impide un juicio crítico y meditado, basándose en las impresiones inmediatas. Bajo este punto de partida, que presume la capacidad disminuida de razonamiento de los ciudadanos ante los medios de comunicación, Guzmán sostiene que la nueva Constitución no tendrá un pluralismo ilimitado o irrestricto como el Estatuto de 1971, sino que se limitará incluso el derecho de informar, a aquellas ideas congruentes con las bases fundamentales de la institucionalidad³⁵⁵.

³⁵³ GOBIERNO DE CHILE, 1976, *Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*, Sesión 227°, 30 de Junio de 1976, p. 35.

³⁵⁴ *Ibíd.*, p. 20.

³⁵⁵ *Ibíd.*, p. 22.

El deseo de fundar un “pluralismo limitado” o contenido es el que informa distintas instituciones y disposiciones que se discuten en este conjunto de sesiones. Guzmán propone hacer una distinción radical en la forma en que se tratarán los medios de comunicación escritos de los medios masivos como la radiodifusión y la televisión. Sus criterios ahondan en la concepción de la ciudadanía como una masa inerte, pasiva: sostiene (i) que quien accede a la prensa escrita debe celebrar un contrato cada vez que compra una edición, *“realizando un acto de voluntad renovado cada vez para leer este medio de comunicación, cosa que no ocurre ni en la radio ni en la televisión, en que, mediante la compra de un aparato, la persona está en situación, en cualquier momento, de recibir un impacto respecto del cual ha mediado un ejercicio de su voluntad específico, para esa ocasión, bastante menor que en el caso de la prensa escrita”*³⁵⁶; (ii) que la televisión y radiodifusión tienen un impacto mucho mayor por la presencia de elementos audiovisuales, que superan por mucho a lo que una prensa escrita, incluso sensacionalista, puede lograr; (iii) que en el caso de la televisión y radiodifusión la capacidad crítica del receptor se ve disminuida, porque el mensaje llega de una vez y es irrepetible, en cambio en la prensa escrita se cuenta con la posibilidad de re-leer y re-analizar su contenido; y (iv) que la radio y televisión *“alcanzan a todos los estratos socio-económicos, sin excepción de cultura”*, mientras que la prensa escrita *“alcanza a aquellos niveles que guardan una equivalencia de orden cultural con el tipo de medio que van a recibir”*³⁵⁷. Debe entenderse que este último criterio (decisor, según Guzmán), aunque no se diga, apunta a que las personas de bajos estratos socioeconómicos no tienen facultades ni capacidades para establecer juicios críticos o elaborados respecto a la información.

Nótese que acá lo conservador no es el diagnóstico, que puede ser compartido o no, pero que en todo caso se limita a una cuestión de hecho. Lo

³⁵⁶ *Ibíd.*, p. 25.

³⁵⁷ *Ibíd.*, p. 26.

verdaderamente conservador es la forma de lidiar con dicha cuestión de hecho: a través de una protección o limitación de los contenidos a que los receptores pueden acceder, de una manera que podría denominarse “paternalista”. La forma en que Guzmán propone cautelar la información entregada a través de los medios de comunicación es, en el caso de la prensa escrita, brindar una libertad amplia para que cualquier persona natural o jurídica tenga la propiedad de dichos medios, pero buscando que la ley evite *“que estos medios caigan en manos de quienes quieren atentar contra las bases esenciales de la institucionalidad democrática, por una parte, y por otra, de quienes sólo aspiran a un lucro indebido a costa de las bajas pasiones de las personas”*³⁵⁸. Por otro lado, propone que la radio y la televisión se sujeten a un régimen controlado por un consejo autónomo, formado por personas que sean *“realmente una expresión cabal de la institucionalidad chilena, de lo mejor que tenga esa institucionalidad, de aquellos que si algún día se llegan a corromper, habría que entenderse que es el país entero el que está corrompido”*³⁵⁹. En su propuesta, este consejo buscaría la máxima independencia del Gobierno, a la par de consagrar una presencia importante de las Fuerzas Armadas. Con esta composición, Guzmán pretende que las concesiones para la radiodifusión no tengan influencias partidistas –agrega acá que la Junta Militar, que censuró estaciones de radiodifusión, podía hacerlo por el “momento de emergencia” que se estaba viviendo-, y no estén entregadas a un criterio simplemente “técnico”, sino que considere en todo momento *“la idoneidad que, desde el punto de vista de la defensa de los principios básicos de la institucionalidad y de la moral pública o social, ofrezca la persona que solicita esta concesión”*³⁶⁰.

Pese a que Guzmán intenta separar aguas en relación a la regulación para distintas formas de medios de comunicación, son los criterios utilizados los que delatan una misma racionalidad detrás de su propuesta, la idea de moralidad

³⁵⁸ *Ibíd.*

³⁵⁹ *Ibíd.*

³⁶⁰ *Ibíd.*, p. 27.

pública: no se trata de que las instituciones estén configuradas de forma injusta, sino de ciertas personas que, por su mala fe, malas intenciones o concepciones morales, pretenderían inculcar ideas erradas a la población. Dicho así la concepción conservadora se une a un diagnóstico moralizante: no son las instituciones el problema, sino la maldad inherente a ciertas personas, grupos o ideologías. Esta concepción permea toda la intencionalidad detrás de la nueva Constitución, tanto que el mismo Ortúzar advierte la relación íntima entre prohibir la lucha de clases (en el futuro art. 8°) y las limitaciones a la libertad de expresión, entre las que se incluyen los requisitos rigurosos para la titularidad de los medios de comunicación, como no profesar ideología contraria a las bases de la institucionalidad. Sostiene Ortúzar que *“[a]sí como en una fábrica de armas nucleares no podría trabajar, evidentemente, cualquiera persona, porque sería extraordinariamente peligroso, no pueden laborar en un diario ni en un medio de comunicación social, a su juicio, quienes el día de mañana, cambiando muchas veces una palabra, pueden provocar tal conmoción en un país o en el mundo”,* y que *“no sólo la persona que por su intermedio lesiona el régimen democrático, el estado de derecho, la familia y todos esos valores fundamentales debe perder [el derecho a usar los medios de comunicación], sino que el medio de comunicación social mismo, en realidad, no puede ni debe seguir prestándose para ser instrumento de esta destrucción”*³⁶¹.

En Sesión 229°, Silva Bascuñán sostiene que la libertad de opinión y los medios de comunicación fueron las claves que permitieron derrotar *“toda la perversión que quiso incorporarse en las almas de los chilenos a través del proceso de educación marxista”*³⁶², y por ello celebra que se haya eliminado la frase “No podrá ser constitutivo de delito o abuso sustentar y difundir cualquier idea política”, entendiéndose que dicha supresión consagra que ninguna idea podrá

³⁶¹ GOBIERNO DE CHILE, 1976, *Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*, Sesión 230°, 7 de Julio de 1976, p. 12.

³⁶² GOBIERNO DE CHILE, 1976, *Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*, Sesión 229°, 6 de Julio de 1976, p. 15.

ser vista en sí misma como delito; pero a esto, Guzmán aclara que el verdadero sentido de eliminar esa frase es radicalmente contrario: que en un momento dado cualquier idea puede ser considerada delito, sea política o no, porque cualquier idea puede atentar de por sí contra la institucionalidad. Guzmán entiende que al suprimir esa frase se termina el pluralismo ilimitado o irrestricto³⁶³.

Una concepción moralizante de lo público va indefectiblemente unida a una visión paternalista del problema: el conservador no concibe la posibilidad de que la sociedad, a través de la discusión de ideas, resuelva sus problemas, determine patrones culturales o re-defina los términos de la moral. La ciudadanía queda reducida a una masa acrítica, sometida de facto a la influencia subconsciente de los medios de comunicación modernos; con este diagnóstico, la única respuesta posible es que se prohíban o censuren manifestaciones ideológicas contrarias a la visión institucional, pues una vez que esas ideas se emiten, el daño estaría consolidado. Ovalle en Sesión 230° manifiesta su visión de que a través de la comunicación y la enseñanza, los regímenes dictatoriales disminuyen las posibilidades de elección y la capacidad de juicio moral; le atribuye a Fidel Castro saber muy bien que *“educando e informando a su pueblo de la manera como lo hace, lo transforma en rebaño de ovejas que siguen a su pastor sin conciencia y sin posibilidad de discernir”*, y que el problema aparece realmente cuando *“a través de la información o, mejor dicho, de la desinformación, de la enseñanza dirigida, se priva a los pueblos de la posibilidad de apreciar las amplias soluciones que el espectro del talento humano puede ofrecerles”*³⁶⁴. Lo que falla –por mera negligencia, ojalá- en detectar Ovalle es que la visión que ofrece la nueva Constitución es espejo de la que él denuncia: tratar a la ciudadanía como una masa inerte, como un “rebaño de ovejas”, y reducirle, en lugar de ampliarle, las posibilidades de elección, disminuyendo su capacidad de juicio moral. Los miembros de la Comisión creen en el sistema que proscribía la censura previa,

³⁶³ GOBIERNO DE CHILE, 1976, *Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*, Sesión 230°, 7 de Julio de 1976, p. 22.

³⁶⁴ *Ibíd.*, p. 3.

pero sólo en el papel, pues todos estos mecanismos operan como formas soterradas de la misma censura previa que dicen rechazar.

La concepción paternalista de la libertad de expresión se ve complementada por una forma de razonamiento moral que ya ha sido referenciada en otros apartados: el uso apelativo de valores absolutos. En este caso, se introducen numerosos conceptos que funcionan, por un lado, como cualificadores modales de la información que se puede entregar al amparo de la libertad de expresión (dice Ovalle que la información debe ser “veraz”³⁶⁵, Guzmán agrega que debe ser “veraz, oportuna y objetiva”³⁶⁶); y por otro, conceptos de índole moral que actúan como limitaciones directas a ciertos derechos. Discutiendo en Sesión 228° sobre el límite al “derecho a informar”, Díez sostiene que no sólo debe limitarse dicho derecho en base a los delitos que puedan cometerse, sino también en base a la seguridad nacional y el orden público. Sobre lo primero, pone el ejemplo de sentencias de la Corte Suprema estadounidense, que dio acceso a fuentes de la seguridad nacional, algo que le parece “peligroso”³⁶⁷ (sin explicar por qué ni definir qué integra la seguridad nacional), y sobre lo segundo, muestra otro caso estadounidense en que el Gobierno decidió no informar de las protestas por el problema racial, para evitar “la difusión por simpatía” y evitar crear un clima de “terrorismo colectivo”³⁶⁸. La aplicación propia de dichos conceptos es puesta en duda en la Sesión 231°, donde Ortúzar, Ovalle y Silva Bascuñán sostienen que, si la Constitución consagrara las limitaciones de la moral, el orden público y la seguridad nacional, podría ocurrir que el derecho a informar se viera limitado por la autoridad por razones de seguridad, lo que significaría una forma de censura previa. Guzmán a este respecto se defiende mostrando que, cuando el legislador o la autoridad establecen limitaciones –jurídicas y “morales”, dice él-, no se está

³⁶⁵ *Ibid.*

³⁶⁶ GOBIERNO DE CHILE, 1976, *Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*, Sesión 231°, 8 de Julio de 1976, p. 12.

³⁶⁷ GOBIERNO DE CHILE, 1976, *Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*, Sesión 228°, 1 de Julio de 1976, p. 18.

³⁶⁸ *Ibid.*, p. 19.

estableciendo censura previa, pues la información se emite, pero se debe responder por ella con las sanciones apropiadas³⁶⁹. Se deja así constancia de que será resorte del legislador definir qué se entiende por moral, orden público y seguridad nacional, pero que dichas expresiones no pueden ser nunca fundamento de una censura previa³⁷⁰; por la configuración de la redacción final, los miembros de la Comisión entienden que es el “derecho a informarse” el que se encuentra limitado, de modo que, ante la prohibición de la autoridad de emitir una información por razones de seguridad nacional, no puede el ciudadano invocar su derecho constitucional para obtener esa información³⁷¹.

A esta forma de entender el dilema de la libertad de expresión se le añade la forma de hacer valer dichos derechos. Retoma Díez en Sesión 236° el problema de incluir, como garantía individual, el derecho a exigir al Estado la información, puesto que, en una democracia representativa, el ciudadano no tiene derechos de información contra el Estado, sino que él se entiende representado por las instituciones, y son ellas las que, conforme a su regulación propia, pueden o no exigir a otras instituciones determinadas informaciones. De modo que no se está creando una democracia directa, sino representativa³⁷². Guzmán añade que, en la configuración que hasta ese minuto se discutía, el ejercicio del derecho requeriría un pronunciamiento de algún tribunal para entender una materia como prohibida: dice él que ello no sería necesario, puesto que los bienes jurídicos consagrados constitucionalmente son suficientes³⁷³. Ortúzar y Ovalle concuerdan en que no existe realmente una obligación de informar –es decir, no se puede exigir que se emita o entregue determinada información-, sino sólo derecho a que la información

³⁶⁹ GOBIERNO DE CHILE, 1976, *Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*, Sesión 231°, 8 de Julio de 1976, p. 18.

³⁷⁰ GOBIERNO DE CHILE, 1976, *Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*, Sesión 233°, 15 de Julio de 1976, p. 21.

³⁷¹ *Ibid.*, p. 6.

³⁷² GOBIERNO DE CHILE, 1976, *Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*, Sesión 236°, 22 de Julio de 1976, p. 5.

³⁷³ *Ibid.*, p. 8.

que se recibe sea veraz, oportuna y objetiva³⁷⁴; y como conclusión de esa discusión se deja a resorte de la ley el determinar si se responde a la petición de información, haciendo una analogía con el derecho de petición a la autoridad³⁷⁵.

Todas estas discusiones permiten identificar el punto central de los miembros de la Comisión: la regulación de los medios de comunicación y la libertad de expresión está cruzada por la noción de moralidad pública. Pero definir al pensamiento conservador como basado en la idea de una crítica moralizante, siendo que se está analizando precisamente un cambio a la institucionalidad, puede parecer un contra-sentido y una errada forma de reconstruir el pensamiento conservador, si de lo que se trata en los términos de la Comisión Ortúzar es precisamente cambiar el funcionamiento institucional, crear una “nueva institucionalidad”. ¿No se trata ello precisamente de una mirada institucionalista, y no moralizante?

La respuesta a ello es que para el conservador, la relación entre institucionalidad y moralidad es directa e inmediata: la institución es justa (o moral, o correcta) si permite resultados (“finales”, si se quiere) justos (o morales, o correctos). Si permite, de cualquier manera, un resultado calificado como “injusto” o “inmoral”, entonces la institución completa tiene esa característica. Ello se complementa con la facilidad con que los miembros de la Comisión emplean los conceptos de “moral”, “orden público”, “seguridad nacional”, como límites al ejercicio de los derechos, y no existe riesgo en que sea un tribunal o una Corte quien los califique, e incluso en términos de Guzmán basta con su consagración para que las personas entiendan a qué valores hacen referencia dichos términos (Díez y Guzmán sostienen que no hay problema en el uso de conceptos como “injustificado” o “infundado”, a propósito del derecho de réplica o rectificación,

³⁷⁴ *Ibíd.*, pp. 8-9.

³⁷⁵ *Ibíd.*, p. 10.

siendo que Ovalle precisamente objetó la ambigüedad de dichos términos³⁷⁶). La forma de este argumento, que se basa en el carácter aparentemente unívoco de los conceptos morales apelativos, es consistente con la forma en que los conservadores lidian con la tríada política-moral-derecho. Lo contrario de una relación inmediata entre institucionalidad y moralidad sería una relación mediada por la política: de lo que se trata en una relación mediata es que la política sea el espacio institucional que, con mayor o menor certeza, haga probable que el resultado de la decisión sea algo que vaya en el interés de todos³⁷⁷. Cuando la institucionalidad dé cuenta efectiva de lo político (es decir, se configure para recepcionar la opinión de todos), entonces se hará más probable que los resultados institucionales sean justos, correctos, morales, etc. Por tanto, la medida de la institucionalidad no es su corrección moral, sino qué tan política es (en este contexto, político quiere decir: que representa la voluntad de todos, que acoge la opinión de la mayor cantidad de voces posibles). En cambio, la forma en que el pensamiento conservador entiende este dilema desconoce el rol de lo político y lo minimiza, limitando tanto el ejercicio de la política como las formas en que el derecho puede intervenir, a través de la aplicación directa de conceptos morales, en cuya determinación no interviene lo político. Es decidor aquí que Díez formule su opinión, en el sentido de que en una democracia representativa no son los ciudadanos los que tienen acceso a la información, sino las instituciones.

En este mismo sentido, Díez propone evitar que los partidos políticos puedan detentar la titularidad de medios de comunicación, para evitar *“la politización excesiva, la exacerbación de las pasiones o la división exagerada de un país que ha conocido las consecuencias de ello”*, prohibiendo así que *“la política partidista pueda llegar todos los días a la mente de las personas”*³⁷⁸. Agrega que basta para la vida política que los partidos tengan acceso a la prensa

³⁷⁶ *Ibid.*, p. 22.

³⁷⁷ ATRIA, 2009, *Op. Cit.*, p. 102.

³⁷⁸ GOBIERNO DE CHILE, 1976, *Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*, Sesión 228°, 1 de Julio de 1976, p. 21.

escrita, puesto que de otro modo se pueden perturbar nociones como la unidad, el criterio de las personas, retomando la aprehensión de Guzmán respecto a la intromisión y alcance de los medios de comunicación modernos³⁷⁹. Dice que *“no le agrada la idea de una vida política en la cual una colectividad esté durante los trescientos sesenta y cinco días del año, difundiendo su posición”*, y que *“las naciones empiezan a aniquilarse y a perder cohesión cuando se piensa más en los partidos políticos que en las obligaciones hacia la comunidad; cuando la bandera del partido, sus consignas o su nombre comienzan a tener mayor fuerza que otros valores que, según se supone, todos aceptan, pero de los cuales nunca se habla, pues los motivos de preocupación lo constituyen las colectividades, las consignas y la lucha política. De esta manera, los países terminan en la anarquía y en la pérdida de los valores que permiten a la comunidad cumplir su finalidad y conservar su eficacia”*³⁸⁰.

Díez desconoce acá aspectos esenciales del sentido de lo político. Denuncia que entender a los partidos como motivados por alcanzar el poder es un contrasentido, que es *“la comprobación de un mal hábito”*, que ello desconoce que la misión fundamental de los partidos es *“luchar por el bien común”*, que *“se encuentra, en parte, en el adversario”* y que *“el exceso de politización les hace perder de vista a la persona que piensa distinto de uno”*³⁸¹. En su autobiografía, Díez concluye que lo que le faltó al país en el período de la Unidad Popular fue *“amistad”*³⁸² (atribuye dicha reflexión a Maritain, ya citado). Pero lo político existe, precisamente, porque concepciones distintas y profundamente divisivas de distintos conceptos morales no pueden convivir juntas: porque la noción de que el capitalismo es un sistema justo no puede convivir con la noción de que el capitalismo es un sistema profundamente alienante. En una sociedad que no teme a lo político, las concepciones enemigas se manifiestan como enemigos públicos:

³⁷⁹ GOBIERNO DE CHILE, 1976, *Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*, Sesión 230°, 7 de Julio de 1976, p. 16.

³⁸⁰ *Ibíd.*, p. 18.

³⁸¹ *Ibíd.*

³⁸² DÍEZ, *Op. Cit.*, p. 431.

manifiestan sus ideas opuestas en los canales institucionalmente establecidos, y lo que la sociedad adopte, en definitiva, será producto del proceso político. En este sentido, no se limita a los partidos como colectividades que se disputan el poder, sino que se entiende porque cada partido auto-comprende su búsqueda del poder como un resultado de entender que su ideología es aquello que va en el bien de todos.

Pero lo que hace Díez, y que determina la fórmula con la que los miembros de la Comisión regulan el problema de la libertad de pensamiento y expresión, es tenerle miedo a lo político. En una sociedad que teme a lo político, la dimensión política se niega, y por tanto, de lo que se trata es de minimizar la participación política y atribuirle a ella las desgracias del mundo. La noción de bien común, o como sostiene Díez “amistad política” es la negación de lo político: es creer que todo aquel que piense contrario no puede sino ser un enemigo privado, un enemigo que debe ser exterminado, un enemigo al que no se puede dejar siquiera emitir sus opiniones. Ello es lo que explica que la regulación de la libertad de expresión sea consistente con la prohibición de las ideas marxistas (habría que dudar, además, de cómo Díez cree que una prohibición radical de tener ciertas ideas es “amistoso”). Ello explica por qué la visión de la Comisión procuró, por un lado, protegerse de la acción arbitraria del gobierno (prohibiendo la censura previa), pero a la vez estableció mecanismos rígidos de control, supervisión y calificación de la información y de las ideas que se divulgan en la sociedad. Esa conjugación sólo es explicable porque quien teme a lo político no puede concebir que una colectividad crea tener una verdad, expresada en una ideología: quien lo hace siempre buscará la destrucción del otro, la negación de todos sus derechos.

No debe creerse que las conclusiones de este apartado implican que sea propio (mucho menos exclusivo) de los conservadores el sostener que los conceptos como “moral”, “injusto”, “correcto” son políticamente determinantes

(político, acá, quiere decir: relevantes para las decisiones de la sociedad). Lo que es propio de los conservadores es creer que dichos conceptos son transparentes para los actores institucionales, sin estar mediados ellos por la política (por eso el afán de “despolitizar”). Los conceptos morales, en una visión conservadora, son estáticos y no pueden ser alterados por las decisiones de la ciudadanía. En la conjugación de la función educativa con la libertad de expresión no se concibe la posibilidad de que la educación entregue habilidades de escucha crítica, lo cual es especialmente evidente en el temor de la Comisión frente a los nuevos medios de comunicación. Cuando se conjugan las nociones de educación y comunicación presentes en la Comisión, se manifiesta que los valores de “moral”, “justicia”, y otros conceptos evaluativos, son estáticos: no existe posibilidad de que la vida política propia de una sociedad haga evolucionar dichos conceptos.

Esta visión es concordante con una noción de autoridad unipersonal como reflejo de una voluntad divina e inmutable. Ya se analizó que para Guzmán, la autoridad unipersonal es preferible a una autoridad representativa de una colectividad, puesto que es la autoridad unipersonal la que más cercanamente puede identificarse con la ley natural. Aunque en la Comisión no se haga referencia a la justificación religiosa de la autoridad, sí es posible, al menos, identificar una continuidad histórica con dicha fundamentación. La legitimidad de una autoridad institucionalmente determinada se puede justificar, dicotómicamente, desde un principio de representación (donde las decisiones de autoridad se reconducen a una decisión que es, en algún sentido, producto de la voluntad de todos), o bien un principio de verticalidad (donde la autoridad se justifica pues ella conoce, mejor que la ciudadanía, lo que es justo, bueno, correcto para todos). Los miembros de la Comisión dejan permear su concepción verticalista de la autoridad al atribuirle a ciertas instituciones, como el Tribunal Constitucional, la Corte Suprema, el Consejo de Televisión o la Comisión de Calificación Cinematográfica, la decisión de cualificar el contenido de la información y opinión que se puede expresar legítimamente en el país. Esas

instituciones derivan su legitimidad no de su representatividad, sino de su calidad moral, indiscernible a los ciudadanos –por eso no son elegidos directamente-. Ello permite, también, explicar la exclusión que se hace de los cuerpos estudiantiles en las instancias decisorias de la institucionalidad educativa. Toda función de censura realiza un principio verticalista en desmedro de uno por representación. En una justificación social basada en la representación, es la sociedad la que debe estar en condiciones de discernir qué es correcto; que lo hagan exclusivamente funciones institucionales refleja la concepción verticalista de la autoridad presente en los miembros de la Comisión.

3. Excepción y normalidad. Decretos Leyes.

Es difícil encontrar en las actas de la Comisión Ortúzar una reflexión profunda sobre la validez y legitimidad de los decretos leyes, y otras formas de producción jurídica del régimen de facto. Primero, porque el contexto político y social hacía extremadamente poco probable que se manifestara un desacuerdo sobre un tema tan fundamental como era la legitimidad del régimen de la Junta militar. Segundo, porque la mayor parte de las discusiones sobre lo que sería el período de transición, que podrían haber incluido una reflexión sobre la vigencia de los decretos leyes, se dieron en el Consejo de Estado³⁸³. En este apartado deberá más notoriamente emplearse una forma de reconstrucción de los argumentos conservadores que dependa no sólo del material disponible en las actas de la Comisión, sino en general de otras discusiones y, en lo posible, de fuentes adicionales.

En la Sesión 2° se da aprobación unánime, y sin que el acta consigne discusión alguna, a los decretos leyes N° 77, que declara ilícitos a los partidos

³⁸³ DÍEZ, *Op. Cit.*, p. 209.

políticos marxistas, y N° 78, que declara en receso a los demás partidos políticos³⁸⁴. En Sesión 4°, ocurre lo mismo con el decreto ley N° 119, que declara disuelto el Tribunal Constitucional³⁸⁵. En la Sesión 13°, Rodolfo Vio Valdivieso, Contralmirante, es invitado a la sesión y expone su preocupación de que, en el futuro, la Corte Suprema pudiese declarar inválidos o inaplicables los decretos leyes. La justificación de la legitimidad de este actuar ocurre en que, por un lado, *“la Contraloría General estuvo de acuerdo en que el Gobierno dictara decretos leyes y decretos supremos sin que mediara el trámite de toma de razón, lo que significó aumentar la potestad reglamentaria del Gobierno”*³⁸⁶, amparado ello en la situación de “emergencia” del país, pero que una vez retomada la normalidad se deben armonizar dichas reglas con la nueva situación. La propuesta de Ortúzar es dictar una norma que declare que la Junta de Gobierno ha asumido el Poder Constituyente, y Ovalle complementa señalando, por primera vez, que considera que las disposiciones de la Carta de 1925 no están vigentes³⁸⁷, algo que sería retomado posteriormente por Guzmán en declaraciones públicas (vid. Supra, “El proceso constituyente”).

La discusión sobre la asunción del Poder Constituyente continúa en la Sesión 14°. Silva Bascuñán manifiesta sus dudas respecto a declarar que se asume el poder constituyente, ya que en un régimen democrático éste le corresponde al pueblo, y no se quiere dar la impresión equivocada de que la Junta Militar está reemplazando al pueblo³⁸⁸. Guzmán señala que la mención a asumir el poder constituyente es necesaria porque la opción contraria sería sostener que desde el Golpe Militar, no existe en Chile Constitución alguna, y la norma superior

³⁸⁴ GOBIERNO DE CHILE, 1973, *Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*, Sesión 2°, 25 de Septiembre de 1973, p. 2.

³⁸⁵ GOBIERNO DE CHILE, 1973, *Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*, Sesión 4°, 1 de Octubre de 1973, p. 2.

³⁸⁶ GOBIERNO DE CHILE, 1973, *Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*, Sesión 13°, 7 de Noviembre de 1973, p. 3.

³⁸⁷ *Ibíd.*

³⁸⁸ GOBIERNO DE CHILE, 1973, *Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*, Sesión 14°, 8 de Noviembre de 1973, pp. 4-5.

jerárquica serían los decretos-leyes; eso, le parece a él, es incorrecto³⁸⁹: que la Junta ha entendido que la Constitución sigue vigente en todo lo que no haya sido derogado, y que para ello requiere declararse que se ha asumido el poder constituyente derivativo, como consecuencia de haber reemplazado la Junta al Congreso.

Ovalle, a su vez, entiende que ello origina un problema en tanto cualquier persona, que confronte el contenido de un decreto-ley con el texto original de la Constitución de 1925, podría creer que el decreto-ley es inaplicable, e iniciar la acción correspondiente, sin que la Corte tenga la posibilidad de discernir si dicho decreto-ley ha sido dictado conforme al poder constituyente o al poder legislativo; Ortúzar resuelve dicha problemática volviendo a la idea de que la Constitución está vigente en todo lo que no sea contrario a las intenciones de la junta, y que no es necesario modificar la Constitución cuando sea indispensable dictar una disposición que se aparte de sus normas; Guzmán complementa ello diciendo que dependerá del contenido del decreto-ley para saber cuál de los dos poderes está ejerciendo la Junta³⁹⁰. Debe entenderse, entonces, que los decretos-leyes dictados contemplan, implícitamente, una modificación constitucional en el sentido de facultar a la Junta a dictar decretos-leyes. Este argumento es insuficiente por tautológico.

El 11 de Septiembre de 1975, Pinochet anuncia al país la dictación de las actas constitucionales, lo que supone el fin de la dictación de decretos-leyes³⁹¹, aunque en términos puramente descriptivos, ha de explicitarse que el mecanismo es el mismo: un gobierno de facto dicta, por la sola anuencia de su voluntad, y sin que existan procedimientos regulados previamente, una norma que obtiene

³⁸⁹ *Ibid.*, p. 5.

³⁹⁰ *Ibid.*, p. 7.

³⁹¹ CRISTI, *Op. Cit.*, p. 103. Hablando en propiedad, debería decirse que en lo sucesivo todos los decretos-leyes, aunque sean dictados como tal, cumplen la función de actas o reformas constitucionales.

validez jurídica. Frente al anuncio de Pinochet, Silva Bascuñán manifiesta algunas apreciaciones. Él sostiene, en Sesión 153°, que las tareas de dictar actas constitucionales y de planificar la nueva Constitución tienen que entenderse como separadas. El fundamento de la primera sería que:

“[E]l propósito que anima a la Junta es el de, por un lado, realizar durante la emergencia, en beneficio de Chile, la misión que ha recibido de poder restablecer la convivencia democrática nacional, adoptando, mientras tanto, todas las decisiones correspondientes a ese objetivo, pero al mismo tiempo, preparando, hasta donde ella cree del caso, la posibilidad de que la democrática sociedad chilena, suelta ya como consecuencia del éxito de la Junta, suelta en su posibilidad de expresión, pueda más adelante organizar una convivencia dentro de una democracia mejor estructurada y más purificada”³⁹².

Silva Bascuñán entiende que las actas constitucionales no pueden dar como resultado una Constitución democrática, en un contexto *“en que la libertad personal tiene las restricciones extraordinarias que corresponden a la emergencia que se está viviendo [y] que explica estos problemas”³⁹³*. Las actas contarían meramente con el “tácito asentimiento” del país, pero se necesitaría un momento en que el pueblo ejerza un consentimiento expreso de la propuesta que va a entregar la Comisión. Por tanto, la conclusión de Silva Bascuñán es que no sea la Comisión la encargada de discutir y dictar las actas constitucionales. Díez objeta a esto que la futura Constitución no puede estar ajena a una normalidad a la cual *“se retorna en la práctica día a día, en escalones muy pequeños, a veces cayéndose, a veces retrocediendo”³⁹⁴*: no ve entonces una diferencia cualitativa, sólo de grado, entre la situación de emergencia y la situación de normalidad –al

³⁹² GOBIERNO DE CHILE, 1975, *Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*, Sesión 153°, 23 de Septiembre de 1975, p. 4.

³⁹³ *Ibíd.*, p. 5.

³⁹⁴ *Ibíd.*, p. 8.

menos no tan claramente como las distingue Silva Bascuñán-, puesto que hay una continuidad entre ambas, fundada en estar basadas ya no en una democracia liberal: ahora *“el pueblo puede opinar siempre que respete las bases sobre las cuales está construida la sociedad chilena, bases históricas, tradicionales, costumbres; bases que esta Comisión tratará de introducir en la Constitución Política”*³⁹⁵. Usando un lenguaje muy similar al de Guzmán, sostiene por último que la Constitución de 1925 contenía el error fundamental de permitir la plena expresión del pueblo, y que ello fue superado por la práctica de la política chilena, abrazada por un deseo de alcanzar el poder; de modo que hacia 1973 la Constitución anterior había sido *“superada por los hechos”*³⁹⁶.

Hacia el final de la sesión hay pleno acuerdo en la legitimidad de la dictación de las actas constitucionales, sólo se disiente respecto a las personas capacitadas para elaborarlas. A ese respecto Evans acota que el desafío de la Comisión es crear una constitución que no sea *“liberal, inerte e ingenua”*, sino *“comprometida”*, que supere *“el ideal de derecho de la mayoría”*, *“activa”* en la incorporación de grupos sociales y *“protegida”* de las minorías o los caudillismos³⁹⁷. Pero ese camino complejo se hará a través de la auto-limitación que hará la Junta Militar a través de las actas constitucionales, que con su aprobación momentánea y paulatina por el pueblo adquirirán legitimidad³⁹⁸. Otras discrepancias continúan a propósito del contenido de determinadas actas constitucionales. Díez pone reparos a las materias de ciertas actas, sosteniendo que *“resultaría, en cierto modo, una burla para la opinión pública interna y externa el hecho de que, promulgadas al mismo tiempo, el Acta Constitucional sobre los Estados de Emergencia no guardara concordancia alguna con la filosofía y el sistema del Acta Constitucional sobre Derechos Humanos”*³⁹⁹. Evans sostiene que,

³⁹⁵ *Ibíd.*, p. 9.

³⁹⁶ *Ibíd.*, p. 10.

³⁹⁷ *Ibíd.*, p. 20.

³⁹⁸ *Ibíd.*, p. 22.

³⁹⁹ GOBIERNO DE CHILE, 1976, *Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*, Sesión 227°, 30 de Junio de 1976, p. 17.

aunque está de acuerdo (“en un 95%”) con la existencia de las actas constitucionales, algunas de ellas le merecen reparos: específicamente, la que faculta a la autoridad a suspender la libertad de expresión en estado de sitio⁴⁰⁰; y finalmente en las sesiones 275° y 276° se acuerda emitir una declaración en la cual se manifiesta que la Comisión no ha participado del decreto-ley N° 1684, que modificó el acta constitucional N°4 relativa a la procedencia de recursos de amparo y protección en situaciones de excepción constitucional, y que nunca existió un vacío en la dictación del acta constitucional respectiva, ya que desde un principio se advirtió la necesidad de compatibilizar los recursos judiciales con las facultades del Ejecutivo en situaciones de excepción⁴⁰¹.

Puede apreciarse hasta acá que la justificación de la legitimidad de decretos-leyes y actas constitucionales se basa en la facticidad del período de emergencia: las normas dictadas por el poder de facto serían legítimas sólo porque obtienen el resultado “favorable” de poder acostumbrar al pueblo chileno a la nueva institucionalidad. Ello deriva de reconocer que, en la situación de emergencia, las normas de la Constitución de 1925 no tenían vigencia plena, lo que equivale a asumir el poder constituyente (“en la medida que sea necesario”; aunque como se revisó en el inicio de este Capítulo, ello supone en la práctica decir lo mismo). El profesor FUENTEALBA analiza esta visión aduciendo que la justificación de la producción normativa en el régimen de facto estaría informado por la noción de soberanía, que contrapone al concepto de Estado de Derecho, en tanto la primera revestiría los caracteres de absoluta e ilimitada, mientras que lo segundo supone la limitación de lo primero⁴⁰². En tanto la fuerza bruta no basta para justificar la validez de una norma, se apela a la representación directa del

⁴⁰⁰ GOBIERNO DE CHILE, 1976, *Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*, Sesión 247°, 23 de Septiembre de 1976, p. 45.

⁴⁰¹ GOBIERNO DE CHILE, 1977, *Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*, Sesión 275°, 10 de Marzo de 1977, pp. 722-723.

⁴⁰² FUENTEALBA, A. 2014. “Soberanía y Legitimidad: la pretensión de justificación normativa del régimen de facto y su propiedad de reforma del sistema jurídico”, en TAYAH, J, ROMANO, L, ARAGÃO, P, *Reflexiones sobre Derecho Latinoamericano: estudios en homenaje al Profesor Daniel Eduardo Rafecas*. Buenos Aires: Gráfica LCR, p. 422.

pueblo, en tanto ejercicio del poder constituyente originario; y no sólo eso: para superar las nociones de “pueblo-proletariado” marxista y de “pueblo-electoral” liberal, el régimen de facto buscaría la personalización del poder encarnado en una “soberanía nacional”, una constante histórica, no limitada al elector contingente⁴⁰³. Por otro lado, la segunda operación que permite fundar la validez de las normas del régimen de facto sería la separación de las ideas de legalidad y legitimidad, separación que FUENTEALBA entiende que emana de Schmitt⁴⁰⁴.

En efecto, es Schmitt enemigo de las corrientes liberales que pretenden reducir la política a lo jurídico, o limitar lo primero mediante lo segundo. En efecto, Schmitt parte de la base de lo que se ha denominado “realismo político”, analizando el concepto de soberanía no según los límites que lo institucional le predefine, sino preocupándose de quién es, en efecto, el que ejerce el control político. En ese mismo sentido es que estudia, en su “teología política”, la noción de excepción como caso límite de la teoría del derecho, y concibe su frase más frecuentemente citada: *“Es soberano quien decide el estado de excepción”*⁴⁰⁵. Pero su argumento no debe ser reducido o caricaturizado, al menos si se pretende citar como justificación directa de los conceptos que permiten la legitimidad de las normas del régimen de facto. Ya ha ocurrido algo similar cuando se revisó la influencia de Carl Schmitt en Jaime Guzmán, como se ha referenciado en el Capítulo III. Efectivamente, Schmitt estudia la política y el fenómeno del poder a partir de una comprensión eminentemente descriptiva, al menos en sus textos fundamentales: esto implica que a Schmitt no se le puede atribuir, al menos no textualmente, la creencia de que el ejercicio de la soberanía es, en todos casos, legítimo por el hecho de ejercerse. Esta es la impresión que parece desprenderse del análisis del profesor FUENTEALBA: que en tanto se reivindica la noción de soberanía, ella implica de suyo que es legítimo sobrepasar el Estado de Derecho apelando a una representación inmediata del pueblo o del “soberano nacional”,

⁴⁰³ *Ibid.*, p. 427.

⁴⁰⁴ *Ibid.*, p. 430.

⁴⁰⁵ SCHMITT, C. “Teología política”, en ORESTES, H, 2001, *Carl Schmitt, teólogo de la política*. México: FCE, p. 23.

como ha ocurrido con el golpe militar. Esta atribución es un error en al menos un sentido importante: ese argumento presume que la noción de soberanía es directamente aplicable en un estado de normalidad, con vigencia plena del Estado de Derecho, algo que para Carl Schmitt resultaría un contrasentido.

Por supuesto, es posible que la justificación no provenga de Carl Schmitt directamente, sino de la lectura que los miembros de la Comisión hacen de las ideas de excepción y de poder constituyente. De hecho, cuando FUENTEALBA reconstruye el pretendido argumento de legitimidad del régimen de facto, lo hace citando los decretos leyes fundacionales. Corresponde, entonces, reconstruir las nociones que los miembros de la Comisión atribuyen al concepto de excepción y las facultades que éste entregaría a quien ejerce el poder, para determinar si por esa vía se puede reconstruir fidedignamente el argumento que pretende dotar de legitimidad a las normas dictadas en regímenes de facto.

La discusión se inicia notando la ambigüedad sobre la función que desempeña la Comisión respecto al tratamiento de estas materias: Silva Bascuñán duda si se va a trabajar como antecedente para la dictación de un acta constitucional, o si se va a abordar la discusión desde la perspectiva de una Constitución establecida, que funcione en tiempos de normalidad⁴⁰⁶. Ello porque el trabajo se inicia con dos antecedentes: uno, el trabajo de la Subcomisión que redactó el Código de Seguridad Nacional, y una orden expresa de Pinochet que solicitaba la dictación de un acta constitucional referido a esta materia⁴⁰⁷. La subcomisión informa que es inconveniente o imposible regular en detalle los casos en que el país puede verse amenazado por guerras o sediciones internas, señalando que la guerra declarada es cada vez más infrecuente; por este motivo, los casos en particular no deberían ser regulados en la Constitución, sino en una

⁴⁰⁶ GOBIERNO DE CHILE, 1976, *Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*, Sesión 218°, 2 de Junio de 1976, p. 6.

⁴⁰⁷ *Ibíd.*, p. 7.

ley complementaria⁴⁰⁸. Asimismo, señala a propósito de quién puede declarar el estado de excepción, que debe distinguirse entre la noción en el acta constitucional (donde debe poder declararla el Presidente con acuerdo de la Junta de Gobierno), y en la constitución definitiva, donde se discute si le corresponde a algún órgano en particular o bien que el Presidente deba proponer al Congreso su declaración⁴⁰⁹. Por último, proponen delimitar adecuadamente los derechos y libertades que pueden conculcarse con ocasión de los distintos estados de excepción⁴¹⁰.

En la siguiente sesión Silva Bascuñán vuelve a inquirir sobre la diferencia de tratar este tema como un acta constitucional a tratarlo como parte de la Constitución definitiva. Sostiene que si se trata de lo primero, *“cuando se trata de decisiones que corresponden a la lógica propia de la emergencia, la manera de considerar esta materia es, a su juicio, muy distinta”*⁴¹¹, y que el documento de la subcomisión está redactado *“sobre la base de la mecánica propia, de la emergencia en que se vive”*⁴¹². Pero por otro lado, cuando se habla de redactar un proyecto de Constitución para someterlo a la aprobación del pueblo, debe procurarse *“combinar, por un lado, las exigencias propias de la sociedad gobernada, que quiere hacer presente una voluntad frente a los gobernantes, y por otro lado, la responsabilidad de éstos, quienes, por encargo de la ciudadanía, enfrentan una situación compleja”*⁴¹³. El principio que debería regir esta materia, según Silva Bascuñán, es el de cualquier mandato: dotarlo de *“cierta elasticidad para que sirva y se cumpla, porque si no se da elasticidad, entonces, el mandato se excede, se sobrepasa y se quebranta el ordenamiento jurídico”*⁴¹⁴.

⁴⁰⁸ *Ibid.*, p. 8.

⁴⁰⁹ *Ibid.*, p. 10.

⁴¹⁰ *Ibid.*, p. 11.

⁴¹¹ GOBIERNO DE CHILE, 1976, *Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*, Sesión 219°, 8 de Junio de 1976, p. 2.

⁴¹² *Ibid.*, p. 3.

⁴¹³ *Ibid.*

⁴¹⁴ *Ibid.*, p. 4.

Puede notarse en esta última acotación de Silva Bascuñán un concepto interesante: el estado de excepción no supone la anulación del ordenamiento jurídico en su totalidad, sino que este funciona como contención de aquel. Pareciera ser que, al menos para Silva Bascuñán, la noción de soberanía absoluta no es el fundamento de la negación del Estado de Derecho: al contrario, el Estado de Derecho cubre incluso los casos de excepción pretendiendo limitar las formas de ejercicio del poder. Evans sostiene que, en la nueva Constitución, no debe quedar posibilitado el Presidente de ampliar el estado de emergencia, y que ello requeriría hacerse de la misma forma en que se declara: con anuencia del Congreso⁴¹⁵. De este modo, la noción de excepción no significa la asunción completa de la soberanía absoluta.

Es importante leer esta discusión empleando correctamente los conceptos de Schmitt⁴¹⁶. Sostiene éste que el concepto de “estado de excepción” no implica *“un decreto de emergencia ni un estado de sitio cualquiera”*⁴¹⁷. Lo peculiar del caso límite es que la calificación de cuándo se está en una emergencia, una guerra o cualquier circunstancia que amerita suspender el derecho, es extremadamente difícil: si el derecho se propone regularlo, entonces no estamos verdaderamente en presencia de un estado de excepción. Parte de esta noción de estado de excepción como caso límite aparece en la discusión de la Comisión, cuando se discute quién es el que puede llamar a estado de guerra. Sostiene Ovalle que la situación de guerra hace necesaria una respuesta lo más rápida posible ante las distintas posibilidades de amenaza; y que *“en los cuerpos legislativos de los países democráticos suelen ocurrir a veces demoras imprevistas y en la consideración no del todo acertada de la situación frente a un*

⁴¹⁵ *Ibid.*, p. 10.

⁴¹⁶ Este es otro caso en que los conceptos de Schmitt deben leerse “en sus propios términos”, como diría ATRIA. No debe entenderse acá que se están atribuyendo estos conceptos de Schmitt a los miembros de la Comisión, sino que deben usarse como herramientas teóricas para leer con cautela las nociones que aquí se emplean.

⁴¹⁷ SCHMITT, *Op. Cit.*, p. 23.

*peligro inminente, máxime que las fuerzas políticas suelen perder la noción del peligro como consecuencia o a raíz de las diferencias que se producen entre ellas*⁴¹⁸, razones por las cuales es aconsejable dejarle la decisión exclusiva al Presidente de la República. El hecho de que, finalmente, se tenga por aprobada la disposición que requiere acuerdo del Senado, o “autorización por ley”⁴¹⁹ (que para el caso, sería lo mismo), demuestra que las declaraciones de estados de emergencia en la Constitución no serían verdaderos estados de excepción como casos límite, sino casos en que la vida política cotidiana todavía podría generar acuerdos en que se entiende por “emergencia”, “guerra”, y ajustarse a las limitaciones que la ley le entrega, por lo que, en teoría, no se encontraría suspendido el ordenamiento jurídico.

Es el caso del ejercicio del poder por parte de la Junta Militar el que muestra los verdaderos ribetes de la noción de estado de excepción. Dice Ovalle que, tratándose de la regulación que se imprimirá en el acta constitucional, no hay problema en hacer una simple referencia al concepto de “situación de guerra” como justificación de la excepción, pues *“ya se conocen los conceptos con que va a trabajar el legislador que dicte la ley complementaria”*⁴²⁰ (es decir: Pinochet y la Junta). Esto supone, por tanto, que no es necesario restringir o delimitar las nociones de situación de guerra o emergencia para el régimen militar, pues a éste se le atribuye la facultad de identificar, siempre de forma acertada, las ocasiones en que la emergencia amerita la suspensión del derecho. Es este reconocimiento el que delata que la verdadera excepción como caso límite es el gobierno de la Junta: aquí, sus poderes son ilimitados, y en principio la Comisión no busca establecerle reglamentación alguna.

⁴¹⁸ GOBIERNO DE CHILE, 1976, *Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*, Sesión 219°, 8 de Junio de 1976, p. 18.

⁴¹⁹ *Ibíd.*, p. 22.

⁴²⁰ *Ibíd.*, p. 20.

El reconocimiento de legitimidad al régimen militar, por parte de la Comisión, debe ser complementado con las concepciones –que ya se han revisado en otros apartados- sobre cómo funcionan los conceptos apelativos. La justificación del poder ilimitado del régimen no se basa exclusivamente en la existencia de una necesidad imperiosa (una guerra, emergencia o calamidad interna). Si ello fuera suficiente, no se haría diferencia entre la situación de excepción en las actas constitucionales respecto a la de la nueva Constitución en un régimen de normalidad. Pero los comisionados ven la necesidad de limitar, incluso, las facultades que el soberano de la nueva Constitución tendrá en sus regímenes de excepción, pues incluso en esos casos no deben conculcarse garantías más allá de los límites permitidos por el derecho. Es decir, los comisionados no atribuyen al nuevo soberano la facultad de suspender la vigencia del derecho; cuestión que sí reconocen al soberano actual (la Junta Militar), dado que éste gozaría de un acceso privilegiado a lo que imponen conceptos como el derecho natural, la tradición chilena, o la seguridad o unidad nacionales; conceptos todos que se han ido conjugando en las distintas discusiones y que suponen entender como caso no discutido la intervención militar.

De este modo, la justificación del actuar de la Junta militar, que incluye por tanto la legitimidad de decretos-leyes y actas constitucionales, no se fundamenta – sólo- en la noción de soberanía ilimitada de Carl Schmitt. Para entender la justificación correctamente se requiere complementar, caracterizar la soberanía que entienden los miembros de la Comisión como una soberanía que apela directamente a conceptos que se tienen por superiores e intangibles; trascendentes, si se quiere. Hay una diferencia sustancial, por tanto, en la justificación del poder absoluto basada en una concepción democrática (donde, efectivamente, el pueblo no se entiende sometido a poder anterior alguno) y una soberanía absoluta divina, cuya reminiscencia permanece en las nociones de los miembros de la Comisión, y cuyo argumento tiene exactamente la misma forma

que la fundamentación monárquica del poder, aunque así no se reconozca explícitamente.

Capítulo IV – La Constitución en vida

La Constitución propuesta por la Comisión Ortúzar tras 417 sesiones, y revisada por el Consejo de Estado, fue finalmente aprobada en un plebiscito que ha sido abiertamente catalogado de “fraudulento”. Fue convocado y anunciado con apenas un mes de anticipación, demasiado poco tiempo para la manifestación de una correcta deliberación ciudadana; máxime si se tiene en cuenta que la futura Constitución regularía no sólo los aspectos institucionales, sino también un entramado valórico importante que regiría múltiples aspectos de la vida cotidiana de la sociedad, así como el funcionamiento de su economía, además de controlar estrictamente las ideas que podían difundirse.

El anuncio del plebiscito fue realizado el 10 de Agosto de 1980 por cadena nacional, y contenía tres proposiciones: la aprobación de la Constitución, la aprobación del cronograma de transición preparado por Guzmán y la aprobación de Pinochet como presidente. Una sola marca (Sí/No) dirimía las tres respuestas⁴²¹. El fundamento que respaldaba el anuncio de Pinochet era que, de no obtenerse la victoria en el plebiscito, se volvería a la situación de 1973⁴²², cuestión por cierto de mayor virtud comunicativa que solidez jurídica: no se dejaba claro si esa afirmación se realizaba en términos meramente históricos o si efectivamente un triunfo del No significaría la restitución de la institucionalidad vigente hasta 1973. Frei Montalva notaría lo absurdo de dicha dicotomía:

“Parece increíble que quien propone el plebiscito y la Constitución se sienta con derecho a proponer la alternativa de los contrarios. Es unir, como decía Sancho, el castigo al castigo y la injuria. Porque al menos se nos debería dar el

⁴²¹ FUENTES, C, 2013, *El fraude. Crónica sobre el plebiscito de la Constitución de 1980*. Santiago: Editorial Hueders, pp. 18-20.

⁴²² *Ibid.*, p. 18.

derecho de quienes no compartimos la opinión del gobierno presentemos nosotros la alternativa y que no se nos atribuya la alternativa. Y una alternativa tan absurda. Porque, ¿qué es esto de volver al 10 de setiembre [sic]? ¿Vamos a resucitar a los muertos y a los desaparecidos para reconstruir el 10 de setiembre? ¿Han pasado en vano estos siete años y no hemos aprendido nada?”⁴²³.

En efecto, el plebiscito contó con mínimas condiciones para que la oposición se manifestara. Pese a que las voces oficialistas constantemente recordaban que la oposición se estaba manifestando a través de los medios de comunicación (Guzmán señalaba como un “pretexto” este argumento toda vez que “desde los mismos medios de comunicación” la oposición alegaba no tener acceso a ellos⁴²⁴), no se mencionaba que ellos estaban bajo el control e intervención de la dictadura, de modo que toda comunicación pasaba por el filtro censor del régimen. Para el oficialismo, en palabras de Guzmán, la simple condición de secreto del voto bastaba para dotar de legitimidad al proceso, lo cual es concordante con el desdén que Guzmán muestra consistentemente sobre la democracia: para él, democracia es un simple mecanismo de elección, donde la dialéctica propia de fuerzas en oposición no juega ningún valor.

Entre las condiciones más manifiestamente fraudulentas del proceso plebiscitario se contaba la inexistencia de registros electorales, cuestión que fue justificada por Raúl Lecaros, integrante del “Comando de Profesionales 11 de Septiembre”. Como cuenta FUENTES, “[e]n su opinión, la posición no daba argumentos de fondo contra la Constitución, sino puramente formales, como aquella que hacía notar la falta de registros electorales. Lecaros manifestó “que tales registros ya están en desuso en los países más avanzados del mundo y que siendo el carnet de identidad un documento legal, válido para toda clase de

⁴²³ *Ibíd.*, p. 31.

⁴²⁴ *Ibíd.*, p. 25.

*trámites que realizan los ciudadanos, también es ampliamente válido para el cumplimiento del deber cívico de votar*⁴²⁵. De esa manera, el decreto-ley 3465, que señalaba la obligatoriedad del voto, también fijaba las condiciones del mismo: como los registros electorales habían sido quemados por la Junta en 1976, la concurrencia al voto sólo se haría efectiva presentando la cédula de identidad, pudiendo realizarse en cualquier mesa de votaciones⁴²⁶. La organización correría por cuenta de los alcaldes, autoridades que en ese momento eran designadas por la Junta, y los vocales serían voluntarios, siendo asignados por un mecanismo de sorteo que sólo conocía la propia Junta; de este sorteo se originó que la mayoría de los vocales de mesa provinieran de sectores acomodados (en las mesas de mujeres de Pudahuel, ninguna vocal de mesa vivía en la comuna⁴²⁷) o del sector empresarial⁴²⁸. Dentro de las instrucciones se aclaraba que los votos en blanco no se sumarían a la mayoría, sino, por defecto, a la opción “Sí”⁴²⁹.

Esta y otras condiciones (como las intervenciones reportadas a Universidades, a centros de estudiantes, las detenciones y arrestos producidos por difundir panfletos en contra del plebiscito, la posibilidad de borrar de la cédula de identidad la marca puesta tras votar, entre otras) dan cuenta de un plebiscito que no contó siquiera con las mínimas garantías para atribuir la decisión al pueblo. Si existe un “pecado de origen” en la Constitución radica precisamente aquí: en la intervención abierta a un proceso con miras a asegurar un resultado.

Pero el problema del plebiscito se agudiza cuando se entiende cuál era el sentido que el régimen y sus partidarios le atribuían. El 24 de Agosto de 1980 se publica una carta firmada por profesores universitarios adherentes al régimen militar, entre los que se cuenta Jaime Guzmán, en que sostienen ciertas tesis

⁴²⁵ *Ibíd.*, p. 24.

⁴²⁶ *Ibíd.*, p. 35.

⁴²⁷ *Ibíd.*, p. 107.

⁴²⁸ *Ibíd.*, p. 110.

⁴²⁹ *Ibíd.*, p. 36.

relativas al ejercicio del poder constituyente de la Junta Militar⁴³⁰. Partiendo de la base de entender al poder constituyente como un poder ilimitado que no reconoce normatividad en el texto vigente (precisamente, porque lo funda), sostiene que la Junta Militar *“había adquirido legítima y originariamente “la potestad constituyente por haber advenido al poder en virtud de una revolución legítima, [y] conservan y mantienen tal potestad mientras detenten tal poder en aras del bien común (...). En consecuencia, reside en los nuevos gobernantes revolucionarios el poder constituyente originario, tanto para el establecimiento de una nueva institucionalidad que automáticamente se crea como consecuencia de la revolución, como para regular transitoria y definitivamente la nueva institucionalidad”*⁴³¹. La justificación del régimen así entendida no apela a la voluntad del pueblo, apela a la condición de revolucionarios. Es decir, pese a que se pretendía no reemplazar al pueblo en su legitimidad, se estaba haciendo en los hechos y, sorprendentemente, declarando así públicamente. Es esta clase de justificación la que permite sostener a CRISTI *“la naturaleza no democrática del plebiscito, pues la convocación plebiscitaria hecha por la junta en ningún modo busca reactivar el Poder Constituyente del pueblo. La declaración establece que se trata de una mera consulta popular adventicia sin efecto Constituyente”*⁴³². El sentido que se pueda atribuir al plebiscito depende enteramente de la voluntad unánime de la Junta, como consecuencia de que el poder constituyente, cuando se ejerce, no reconoce limitación normativa alguna. Consecuentemente, la lógica es que de obtenerse un resultado negativo ello no implica nada, porque el plebiscito no representa el ejercicio de una voluntad constituyente. Dice la declaración de los profesores:

“En consecuencia, bien pudo la Honorable Junta de Gobierno, en cuanto titular del Poder Constituyente originario, haberse limitado en su ejercicio a los estudios efectuados por la Comisión Constituyente, el Consejo de Estado y ella

⁴³⁰ CRISTI, *Op. Cit.*, p. 120.

⁴³¹ FUENTES, *Op. Cit.*, p. 40.

⁴³² CRISTI, *Op. Cit.*, p. 120.

*misma y haber dictado y puesto en vigencia la nueva Constitución sin más trámite. Luego, mal puede restarse validez a la convocatoria a plebiscito, que por razón de prudencia y no de necesidad jurídica, se ha estimado del caso llevar a cabo, cuando pudo haberse prescindido de este trámite*⁴³³.

Pero no debe pensarse que sólo el argumento de la ilimitación del poder constituyente basta para atribuirle el sentido “meramente consultivo” al plebiscito; después de todo, podría perfectamente haberse interpretado que el plebiscito, en efecto, representa una entrega del poder al pueblo mediante el cual, actuando éste como poder constituyente ilimitado, diera legitimidad a la Constitución. Lo verdaderamente ilegítimo del plebiscito (y que lo transforma, por tanto, en una mera consulta y no en una verdadera limitación jurídicamente hablando) es su carácter anti-democrático reflejado en las intenciones manifiestas de sus partidarios. El mismo 24 de Agosto Guzmán dio una entrevista en la que afirmaba que, previo a la vigencia de una sociedad plenamente democrática, se requería afianzar una serie de condiciones de modernización económica, que justificaban la necesidad de un período de transición extendido. Sostenía Guzmán:

“De ahí que es requisito previo para la plena vigencia de una democracia estable en nuestra época, un suficiente grado de desarrollo económico, social y educacional, que con el esquema económico y las modernizaciones sociales en marcha, previsiblemente se alcanzará a fines de esta década”. Y continuó: “Es perfectamente justo que quienes se vieron en ese duro deber, y que incluso derivó a veces en excesos explicables aunque no justificables, sólo se sientan seguros para dar el paso de transferir el poder a la civilidad si ello se realiza con una gradualidad o dentro de un lapso que les ponga a cubierto de tales riesgos revanchistas. De lo contrario quedaremos siempre expuestos a rebrotes golpistas

⁴³³ *Ibíd.*, p. 122.

*muy diferentes del pronunciamiento militar institucional del 11 de septiembre de 1973*⁴³⁴.

Cuenta FUENTES que en dicha entrevista, Guzmán mostraba la compatibilidad entre llamarse demócrata y apoyar un gobierno derechamente autoritario. Decía Guzmán que *“Mientras para esos democristianos o socialdemócratas es incompatible ser demócrata y apoyar a un gobierno autoritario, para mí resulta plenamente lógico, si se trata de un gobierno cuyo autoritarismo justo y eficiente es necesario e idóneo para crear las condiciones para esa democracia contemporánea estable. Por eso y para eso no sólo apoyo la nueva Constitución, sino la subsistencia del actual gobierno pre-democrático, por el lapso que plantean sus artículos transitorios”*⁴³⁵.

Es difícil no advertir la similitud de los dichos de Guzmán en esta ocasión y la justificación portaliana de la política, coincidencia por lo demás ya advertida en la Declaración de Principios de la Junta de Gobierno. El régimen militar admite abiertamente ser no-democrático. En su ejercicio del poder constituyente no reclama ser depositario de la voluntad del pueblo, sino que pretende ejercerla incondicionadamente, justificado en que las condiciones sociales no permiten, en la actualidad, el ejercicio pleno de una vida democrática de la ciudadanía. Es así como esta justificación pretende que la Junta y sus partidarios conocen mejor que el pueblo cuándo será el momento apropiado para el ejercicio de los derechos democráticos. Lo que este argumento comparte con la noción de poder constituyente es que, en todo momento, es propio del poder constituyente calificar la situación social; por tanto, si se priva al pueblo de determinar si se está o no en un momento de excepción o de normalidad democrática, lo que se ha hecho es atribuirse el ejercicio del poder constituyente, o lo que es lo mismo, de calificar la

⁴³⁴ FUENTES, *Op. Cit.*, p. 25.

⁴³⁵ *Ibíd.*

excepción. Con este argumento correctamente esbozado se puede entender mejor la conclusión final del argumento de CRISTI: *“la génesis de la Constitución del 80, sellada por el plebiscito de ese año, corresponde al nacimiento de una constitución otorgada (otroyada), como lo fue, por ejemplo, la charté de Luis XVIII del 4 de Junio de 1814. Esto determina que la legitimidad de la Constitución chilena del 80, por lo menos hasta 1988, no esté fundada en el Poder Constituyente del pueblo, sino en el poder monocrático de la junta militar”*⁴³⁶.

Pese a los esfuerzos de la oposición por constituirse como una fuerza política alternativa en el escaso margen temporal que le permitió la dictadura, la Constitución fue finalmente aprobada en el plebiscito de 1980 -con las condiciones de dudosa legitimidad que expone FUENTES-, y entró en vigencia el año siguiente, en 1981. En 1988 se convocó a un nuevo plebiscito donde la opción “No” triunfó por un 54,71%, obligando a realizar elecciones al año siguiente. Sin embargo, la Constitución no fue reemplazada en su totalidad ni su legitimidad cuestionada: la Concertación negoció con Pinochet un paquete de reformas poniendo fin a las instituciones más directamente anti-democráticas, pero la Junta continuó ejerciendo una influencia poderosa, lo que se explica, en parte, por la continuidad de Pinochet como comandante en jefe del ejército⁴³⁷.

En el presente Capítulo se revisará la forma en que la Constitución de 1980, en el período desde que entró en vigencia, dio forma y configuró las principales instituciones políticas, así como la interpretación doctrinaria que de ella han efectuado los órganos encargados de aplicarla, especialmente el Tribunal Constitucional. Cabe tener presente que en 2005 se realizó una reforma importante de la Constitución, pero ella no pasó por el cuestionamiento al poder constituyente ejercido por la Junta, y de hecho, se negoció con la derecha a través

⁴³⁶ CRISTI, *Op. Cit.*, p. 122.

⁴³⁷ ATRIA, 2006, *Op. Cit.*, p. 54.

de las instituciones formalmente reconocidas por la propia Constitución. Ha de entenderse, entonces, que el factor de cambio que la reforma de 2005 contiene mira exclusivamente al contenido. En tanto tal, se revisará la manera en que dicha reforma afectó la influencia e interpretación constitucional en los apartados donde el cambio de contenido haya sido relevante.

1. Influencia procedimental: entre trampas y cerrojos

En la Introducción se distinguió entre dos caminos o formas en que la influencia del pensamiento conservador podía manifestarse en la Constitución. La primera de ellas, a la que se llamó “influencia procedimental” dice relación con que el diseño de los espacios institucionales de decisión está motivado por la idea fundacional conservadora de limitar o restringir los resultados a que dichos espacios institucionales podían llegar. Para entender el sentido en que una convicción conservadora como esta llegó a implantarse en el país es necesario primero hacer una distinción temporal: hasta antes del plebiscito de 1988, las disposiciones transitorias de la Carta de 1980 le entregaron a Pinochet un poder omnímodo, que encargaba *“un mandato presidencial de ocho años con grandes poderes personales y encargaba a la junta de gobierno la tarea legislativa, mantenía y agudizaba las restricciones a los derechos individuales y sociales y eliminaba cualquier forma de participación y representación socio-política”*⁴³⁸. En este denominado período de transición, el poder y los espacios de decisión institucionales, ambos hibridados en la figura de Pinochet, se ejercieron sin limitación alguna.

Pero, posiblemente previendo el término del período autoritario, y teniendo en frente a una Concertación que accedió a negociar la transición a la democracia

⁴³⁸ GARRETÓN, M, 1983, “Modelo y proyecto político del régimen militar chileno”, en *Chile 1973-198?*, Revista Mexicana de Sociología. México: FLACSO, p. 7.

con la derecha y jugar en los términos institucionales de la Constitución de 1980⁴³⁹, a las instituciones políticas se les otorgó un sentido distinto. En efecto, toda la calificación del profesor ATRIA de la Constitución como una constitución “tramposa” radica en este punto, basando su etiqueta en una metáfora realizada por Guzmán y frecuentemente citada:

“Es decir, que si llegan a gobernar los adversarios, se vean constreñidos a seguir una acción no tan distinta a la que uno mismo anhela, porque –valga la metáfora- el margen de alternativas que la cancha imponga de hecho a quienes juegan en ella, sea lo suficientemente reducido para hacer extremadamente difícil lo contrario”⁴⁴⁰.

La explicación dada en esta metáfora es de por sí decidora, pero la situación se vuelve aún más transparente cuando analizamos los fundamentos que Guzmán expone para llegar a esta solución. Él entiende que dentro de las condiciones necesarias para una democracia “seria y estable” (esto es, una democracia que pueda asegurar libertad, seguridad, progreso y justicia, ya que para Guzmán la democracia es sólo un medio, jamás un fin), se encuentra en el hecho de que:

“[L]a estabilidad de una democracia puede medirse por la tranquilidad con que el ciudadano medio espera los desenlaces electorales, seguro de que su destino personal y familiar no se verá sustancialmente afectado. Cuando en cambio los cómputos se aguardan con la angustia de saber que en ellos se está jugando dramáticamente la esencia de tal destino, el quiebre de esa democracia se encuentra ya sentenciado”, y para ello “es menester que las alternativas que

⁴³⁹ DELAMAZA, G, 2010, “La disputa por la participación en la democracia elitista chilena”, en *Latin American Research Review*, Vol. 45, Special Issue: Living in Actually Existing Democracies., p. 1.

⁴⁴⁰ GUZMÁN, J, 1979, “El camino político”, en *Revista Realidad*, Año 1, N° 7, p. 19.

*compiten por el poder no sean sustancialmente diferentes, o en el peor de los casos [...] que el enraizamiento social de los beneficios de la propiedad privada y la iniciativa económica particular, en cuanto piezas claves que son de una sociedad libre, sea de tal modo extendido y vigoroso que todo intento efectivo por atentar en su contra esté destinado a estrellarse contra un muro muy difícil de franquear*⁴⁴¹.

Lo que pretende la Constitución de 1980, dicho en palabras de Guzmán, es que los resultados a que sus mecanismos de decisión permitan arribar no signifiquen nunca una transformación radical de la propiedad privada y la iniciativa económica particular, es decir, de los aspectos claves del modelo socioeconómico neoliberal implantado en dictadura; y especialmente, que en las elecciones de candidatos no se juegue nada realmente importante, porque la capacidad de transformación de la realidad de dichos candidatos, si llegan a ser electos, sea nula. Leer las instituciones con este prisma es imprescindible: las instituciones políticas se crean mirando a un contexto determinado, y en este caso, el contexto fue que el triunfo de la Concertación en el plebiscito de 1988 era inevitable. De lo que se trataba, entonces, era de minimizar el potencial transformador que las instituciones políticas otorgadas por la Carta de 1980 ofrecieran; dado además que la principal fuerza de izquierda había renunciado a cuestionar la funcionalidad de dicha Constitución. Es en ese sentido en que se habla de cada mecanismo de decisión como una “trampa” o “cerrojo”: en ellos radica la clave que restringe o reduce las posibilidades de transformación.

Hoy en día han sido eliminados gran parte de los que se suelen denominar “enclaves autoritarios”; formas de supervigilancia del poder político principalmente manifestadas en la constante amenaza de una regresión a la violencia política del período 1973-1979, dada la autonomía e irresponsabilidad institucional de las

⁴⁴¹ *Ibíd.*, p. 18.

Fuerzas Armadas, quienes en la práctica gozaban de un carácter deliberante y censor de las decisiones políticas. Sin embargo, subsiste otro conjunto de instituciones a las que podemos denominar “instituciones contra-mayoritarias”, cuya utilidad es hacer poco probable que una decisión altere los aspectos esenciales del modelo económico chileno por la vía de exigir requisitos demasiado elevados, tales que en la práctica un intento por cumplirlos parecería fútil. Distinguir entre ambas funciones o denominaciones de las instituciones de la Carta de 1980 no es ocioso, dado que es posible que una misma institución deje de funcionar como un enclave autoritario, pero continúe sirviendo su rol de institución contra-mayoritaria⁴⁴². A nivel simbólico, el enclave autoritario se comprende hoy como una institución profundamente anti-democrática, y su posibilidad de aceptación social es menor que el de una institución contra-mayoritaria, que incluso hoy en día recibe justificación como una forma de “protección” de los valores democráticos.

Dada esta distinción, en lo que sigue se hará una revisión sucinta de las instituciones que dan vida al fenómeno de democracia limitada o restringida, distinguiendo entre instituciones derogadas e instituciones vigentes. Cabe tener presente que esta revisión no incluirá un detalle pormenorizado de las instituciones donde es posible encontrar una manifestación del espíritu conservador que inspira a la Constitución: de partida, porque ya se ha escrito bastante en otros lugares sobre los problemas institucionales de la carta de 1980⁴⁴³; y más importantemente, porque el espíritu conservador se manifiesta en este punto sólo de una forma indirecta, cuando el funcionamiento de las instituciones tiene la consecuencia de prevenir la formación de un partido político de izquierda, de limitar las posibilidades de elección de candidatos de izquierda o bien impedir que se cambie un aspecto esencial del modelo neoliberal. En sí, la

⁴⁴² Ver, por ejemplo a propósito del Tribunal Constitucional, ZÚÑIGA, F, 2006, “Control de constitucionalidad y sentencia”, en *Cuadernos del Tribunal Constitucional*, Número 34, p. 12.

⁴⁴³ GARRETÓN y ATRIA son, por así decirlo, la “punta de lanza” de toda una corriente que ha puesto el acento en las limitaciones institucionales de la Carta de 1980 para explicar las peculiaridades del período de transición chileno.

limitación democrática no es privativa del pensamiento conservador (podría pensarse en una coalición liberal que, presa del pánico histórico, quiera limitar las posibilidades refundacionales de un pueblo, como la Alemania post- Segunda Guerra Mundial). Sólo teniendo en cuenta las declaraciones de Guzmán y su concepto de democracia, es posible atribuirle dicha configuración institucional a un pensamiento conservador chileno.

Entre otras configuraciones institucionales que no serán revisadas aquí, pueden mencionarse la existencia y composición del Consejo de Seguridad Nacional, y la imposibilidad del Presidente de la República de llamar a retiro a los Comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas, lo que en la práctica –junto con su completa autonomía financiera producto de la así llamada “Ley reservada del Cobre”- les significó a estas una completa irresponsabilidad frente (en el sentido de no responder ante, no estar subyugado) al poder civil.

1.1 Instituciones derogadas

Como ya se ha hecho referencia en otros apartados, la Constitución de 1980 tuvo desde sus orígenes la finalidad de declarar inconstitucionales, y por tanto completamente excluidos, los partidos políticos basados en una ideología marxista. La exclusión fue tal que no se limitó a perseguir los posibles delitos que pudieran cometer los miembros de tales coaliciones, sino que adelantó la persecución estatal declarando como contrarias a la institucionalidad a las ideas mismas: de esa manera es que Teodoro RIBERA sostiene que la Constitución contenía *“no sólo una ilicitud de medios sino que también una ilicitud de fines”*⁴⁴⁴. La norma del artículo 8° le daba al Tribunal Constitucional la facultad de interpretar y delimitar qué grupos y personas atentan contra el orden institucional, lo que

⁴⁴⁴ RIBERA, T, 1984, “Alcances y finalidad del Art. 8° de la Constitución Política del 80”, en Estudios Públicos N° 31, Agosto 1984, Santiago: C.E.P., p. 1.

mostraba la función del TC como un enclave autoritario más, como *“un órgano más de la estructura constitucional que pretende darle una apariencia democrática a un sistema político autocrático”*⁴⁴⁵. Al discutir sobre los bienes jurídicos protegidos por esta norma, RIBERA nota que la Constitución no optó por especificarlos, sino que mostró qué doctrinas en concreto significan un atentado contra las bases de la institucionalidad; todo ello a excepción de la familia, la cual se protege no como una concreta relación entre parientes, sino como una *“célula fundamental”*⁴⁴⁶. Producto de esta configuración normativa, RIBERA recuerda una acotación del Tribunal Constitucional, que señala en 1983 que *“no cualquier atentado en contra del ordenamiento institucional, por grave que sea, configura el ilícito constitucional a que se refieren los artículos 8° y 82, n° 8° de la Carta Fundamental”*⁴⁴⁷.

Para ahondar más en el criterio de interpretación de esta norma, nos remitimos a 1985, fecha en que el Tribunal Constitucional dictó una sentencia mediante la cual se declaraba inconstitucional a las organizaciones *“Movimiento Democrático Popular”, “Partido Comunista de Chile”, “Movimiento de Izquierda Revolucionaria”,* y a la fracción del Partido Socialista dirigida por Clodomiro Almeyda⁴⁴⁸.

Cuando se resuelve la cuestión de la inexistencia jurídica de dichas instituciones (por estar la política en receso producto del art. 10 transitorio de la Carta de 1980, y por el Decreto-Ley N° 77 que disuelve a dichos partidos), los magistrados, inclusive los disidentes, reconocen implícitamente la legitimidad de

⁴⁴⁵ ZÚÑIGA, F, 2003, *“Derechos Humanos y Jurisprudencia del Tribunal Constitucional (1981-1989): El Pluralismo Político e Ideológico en Chile”*, en *Revista Ius et Praxis*, N° 1, Año 9. Disponible en línea en < http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122003000100014 >. Consultado el 28 de junio de 2015.

⁴⁴⁶ RIBERA, *Op. Cit.*, p. 17.

⁴⁴⁷ STC, 2 de Junio de 1983, en RIBERA, *Op. Cit.*

⁴⁴⁸ Todas las cuestiones aquí expuestas sobre los problemas ideológicos de la sentencia de 1985 han sido extraídas de ZÚÑIGA, *Op. Cit.*

las normas dictadas con anterioridad a 1980 por el poder constituyente de la Junta. El profesor ZÚÑIGA comenta además que la interpretación del precepto dada por el Tribunal Constitucional es extremadamente literal (algo que, como se estudió en el Capítulo sobre las actas constituyentes, es propio del conservadurismo chileno): la sentencia sostuvo que el precepto incluía cuatro causales de exclusión, “contrario a la familia”, “propugna la violencia”, “concepción totalitaria” o “basada en la lucha de clases”, y que cualquiera de esas cuatro causales puede concurrir en forma independiente para ameritar la exclusión (significando, por tanto, la exclusión al mismo tiempo de movimientos anarquistas, feministas, comunitaristas, religiosos no-cristianos e incluso de teóricos que estudien el fenómeno de la lucha de clases desde una perspectiva académica y no política, no marxista).

En la práctica, el Tribunal Constitucional funcionó entre 1980 y 1989 como punta de lanza de un sistema que proscribía el pluralismo político y declaraba, en cierta forma, a toda la izquierda como inconstitucional. El artículo 8° fue derogado tras las reformas de 1989 y fue, en 2005, reemplazado por un artículo que consagra la probidad de las funciones públicas.

Pero el pluralismo ideológico, puede sostenerse, se ve todavía limitado por la escasa importancia que la Carta de 1980 le otorga al sufragio universal como expresión máxima del valor democrático, buscando “mitigar sus efectos”. Esta forma de restricción democrática tenía aún más importancia para Guzmán: *“toda norma excluyente de una doctrina sería a la postre ineficaz, si una cuota sustancial de la ciudadanía mantuviera o sumara su adhesión a dicha doctrina. Las disposiciones prohibitivas en materia ideológico-política sólo sirven para que la sociedad defienda el aludido consenso mínimo frente a los embates de una pequeña minoría. Pero el respaldo de la abrumadora mayoría a las bases de su convivencia institucional debe apoyarse en la convicción espontánea de aquella en*

*torno a su validez. No en vano se trata de un consenso*⁴⁴⁹. Esa “convicción espontánea” se produciría precisamente mitigando los efectos del sufragio universal, que en este contexto quiere decir que el criterio de transformación de votos en escaños haga que la expresión de la mayoría de los votantes no encuentre recogida plena en la composición del parlamento.

La primera forma en que dicha función es evidente es a través de la institución de senadores vitalicios y designados: aquellos nombramientos que saltan derechamente la regla del sufragio universal y son investidos “de arriba hacia abajo” (terminología propia de Guzmán): en el caso de los senadores designados, por Pinochet mismo y por la Corte Suprema (cuyos miembros, a su vez, habían sido renovados por Pinochet previo al fin del régimen militar), así como la auto-designación de los comandantes en jefe de las fuerzas armadas como senadores, más la institución de los senadores vitalicios, que eran los presidentes mismos, partiendo por Pinochet, pero saltando a Aylwin⁴⁵⁰. La existencia de los senadores vitalicios y designados es consecuencia de la distinción entre “representación de intereses” y “representación de saber” expuesta por Bulnes en la Comisión Ortúzar; pero adicionalmente, estos nombramientos tuvieron por finalidad y consecuencia hacer aún más probable la existencia de una mayoría de derecha en el Senado durante el período de transición a la democracia, haciendo aún más improbable la transformación radical del modelo implantado; de la misma manera y de forma circular, los mismos senadores vitalicios y designados cumplieron la función de proteger los enclaves autoritarios para que estos no fueran reformados, ya sea por la posición simbólica de sus miembros (Pinochet mismo ocupó el sillón de Senador hasta su desafuero en 2004) o por la imposibilidad de llegar a mayorías efectivas. Durante el período

⁴⁴⁹ GUZMÁN, *Op. Cit.*, p. 15.

⁴⁵⁰ La propia Constitución establecía un requisito de 6 años de ejercicio para obtener el derecho de convertirse en senador vitalicio, y un período de 4 años de gobierno para el Presidente electo tras el plebiscito de 1989. Cfr. SILVA, P, 2002, “Searching for Civilian Supremacy: The Concertación Governments and the Military in Chile”, en *Bulletin of Latin American Research*, Vol. 21, N° 3, p. 379, Nota al Pie N° 6. Traducción Libre.

de gobierno de Aylwin, se rechazaron, entre otras iniciativas, y con ayuda de los senadores vitalicios y designados: el proyecto de trasladar la dependencia institucional de Carabineros hacia el Ministerio del Interior (en Enero de 1992), modificaciones en la composición del Consejo de Seguridad del Estado y la autoridad del Presidente de llamar a retiro a los comandantes en jefe (Junio de 1992) y proyectos de ley para aprobar reformas al Sistema de Justicia Militar⁴⁵¹.

ATRIA sostiene la existencia de cerrojos “gastados”, refiriéndose así a aquellas trampas institucionales que, por el paso de la historia y el avance mismo de la política, que propugnaba con cada vez más fuerza formas democráticas de participación, dejaban de cumplir en la práctica su función de asegurar la mayoría electoral a la derecha⁴⁵². Esta es una de las razones que explica la derogación, con la reforma de 2005, de los senadores vitalicios y designados, y que manifiesta que esta institución no debe ser leída en solitario, como buscando una posible justificación teórica en virtud de la “protección” de la democracia, sino como parte de un entramado que tiene por finalidad asegurar representatividad de los partidarios del régimen militar: es decir, cumplir el “camino político” de Guzmán.

Esta misma posibilidad de “cerrojo gastado” es la que puede explicar la reforma al sistema binominal. El sistema binominal es el resultado de una discusión constituyente en la que se privilegió la estabilidad de las condiciones políticas por sobre la igualdad de posibilidades entre partidos políticos. El argumento que lleva a la imposición de un sistema como el binominal no ve problemas en que, de hecho, grupos minoritarios se vean excluidos de representación parlamentaria, puesto que pone énfasis en que la participación política (en tanto competencia por la búsqueda del poder) debe ser minimizada, y lo que corresponde incentivar es la “participación social” (en tanto organización en

⁴⁵¹ *Ibíd.*, Nota al Pie N° 8.

⁴⁵² ATRIA, 2013, *Op. Cit.*, p. 45.

grupos o gremios, asociaciones “intermedias” cuya finalidad es definida “naturalmente”). Decidor sobre esto es el dato que, desde la restitución democrática hasta la elección del 2009, todas las elecciones parlamentarias fueron ganadas por miembros de las dos principales coaliciones políticas del país⁴⁵³. Por otro lado, el efecto más evidente del sistema binominal es la sobre-representación de la derecha: si la lista vencedora no logra duplicar los votos de la lista que la sigue, ambas listas elegirán a un candidato (la primera mayoría de casa lista). De ese modo, la derrota en el número total de votos no se traducirá en una derrota en el número de candidatos escogidos, tendiendo al empate de estos.

El siguiente caso ilustra la gravedad de la situación. En la primera elección parlamentaria tras la vuelta a la democracia, se enfrentaron en Santiago Poniente los candidatos Andrés Zaldívar y Ricardo Lagos, por la Concertación, contra Jaime Guzmán y Miguel Otero de la Alianza (entonces “Democracia y Progreso”). Pese a que los candidatos de la derecha obtuvieron aproximadamente 17% y 15%, la lista de Concertación no logró doblar a su opuesta, por lo que Jaime Guzmán fue elegido senador. Con el asesinato de Jaime Guzmán, éste fue reemplazado por Miguel Otero, quien ejerció como Senador pese a haber obtenido apenas 15% de los votos.

Se ha sostenido, en contra, que la sobre-representación es un fenómeno que ha favorecido tanto a la derecha como a la concertación⁴⁵⁴. Sin embargo, una vez más deben apreciarse los dispositivos constitucionales en *tándem*: ellos en equipo son los que permiten dar recogida al “camino político” de Guzmán, y de esa manera resguardar las instituciones fundamentales del modelo implantado en dictadura. Esta conjunción (más la existencia aún de los senadores designados)

⁴⁵³ GARRETÓN, M y GARRETÓN, R, 2010, “La democracia incompleta en Chile: la realidad tras los rankings internacionales”, en *Revista de Ciencia Política*, Vol. 30, N° 1, p. 128.

⁴⁵⁴ Cfr, por ejemplo, CAREY, J, 2006, “Las virtudes del sistema binominal”, en *Revista de Ciencia Política*, Vol. 26, N° 1, Santiago. Disponible en línea en < http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-090X2006000100016&lng=es&nrm=iso&tlng=es >, consultado el 28 de junio de 2015.

permite, por ejemplo, explicar por qué no se reformó el sistema de ISAPRES introduciendo un fondo solidario de Salud⁴⁵⁵. Sin embargo, cierto es que la sobre-representación de la Concertación, en tanto muestra que el propósito con el que fue creado no se estaba cumpliendo, permitiría explicar que haya sido reemplazado. En 2005 se sustrajo la regulación del sistema electoral de la Constitución a una ley orgánica constitucional; en 2008 se intentó una reforma al sistema electoral, pero no se logró contar con el quórum suficiente para su cambio (la ley electoral, en calidad de ley orgánica constitucional, requiere 4/7 de los senadores y diputados en ejercicio, algo sobre lo que se volverá en el apartado siguiente). Sólo en 2015 se logró su reemplazo por un sistema proporcional, que mostrará su primer resultado en las elecciones parlamentarias de 2017.

1.2 Instituciones vigentes

En la mayoría de los países existe una distinción clara entre normas de rango legal y normas constitucionales; para distinguir jurídicamente entre ellas se requiere que las segundas tengan un quórum especial de modificación, que les imprime su importancia simbólica como aquellas más importantes del entramado jurídico institucional. En Chile, sin embargo, existe toda una clasificación que distingue entre leyes simples (que requieren mayoría simple de senadores y diputados presentes en sala), leyes de quórum calificado (que requieren mayoría simple de senadores y diputados en ejercicio) y leyes orgánicas constitucionales (que requieren 4/7 de senadores y diputados en ejercicio), además de distinguir la propia Constitución entre las cuestiones que requieren 3/5 (incluyendo leyes interpretativas de la Constitución) y las que requieren 2/3, los quórum más altos de reforma (capítulos del Tribunal Constitucional y las Fuerzas Armadas, entre otros).

⁴⁵⁵ ATRIA, 2013, *Op. Cit.*, 51.

De nuevo, se ha tratado de defender la existencia de ciertas normas de quórum supra-mayoritario, por un lado mirando a la institución aislada del conjunto institucional, y por otro sosteniendo que ellas cumplen una función democrática de protección de los valores esenciales, mostrando que quien cree que la democracia exige respeto por la regla de mayoría creería en una versión débil o disminuida de la democracia, que sólo mira a la regla de mayoría y no toma en cuenta la necesidad de asegurar los derechos de las minorías, entre otras fundamentaciones⁴⁵⁶. Estos argumentos, en primer lugar, ignoran que en Chile los quórums supra-mayoritarios no han sido usados excepcionalmente, sino como regla general⁴⁵⁷, y que fueron, en su enorme mayoría, dictadas en los días finales del régimen militar para asegurar por la vía del quórum los aspectos esenciales del modelo que no pudieron ser integrados a la Constitución⁴⁵⁸. Por otro lado, ignoran que el argumento es fácilmente reversible. Normalmente se sostiene que “proteger” una norma con un quorum supra-mayoritario obliga a “generar un gran consenso social” para promover su cambio: esto ignora que, aunque se genere un gran consenso social, si la minoría representada en los 3/7 se mantiene, ese consenso social no podrá reformar los aspectos esenciales aunque se quisiera. Esto tiene el problema adicional de pretender que la voluntad soberana se expresa una sola vez y es inmutable; pero es perfectamente sostenible en una sociedad democrática, que esa misma voluntad soberana requiera o exija cambiar aspectos institucionales importantes como manifestación de un avance social⁴⁵⁹.

⁴⁵⁶ Cfr, por todos, VERDUGO, S, 2014, “Las debilidades de la crítica a las súper-mayorías”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XLII, Valparaíso, Chile, pp. 355-395.

⁴⁵⁷ Las leyes que ostentan rango de Ley Orgánica Constitucional regulan, entre otros aspectos, el sistema electoral, la educación pública, los partidos políticos, el régimen minero, la administración pública, los estados de excepción, el funcionamiento del Congreso, de los Tribunales, del Ministerio Público, del Tribunal Constitucional, del TRICEL, de Contraloría, de las Fuerzas Armadas, del Banco Central, la división del territorio, y los consejos regionales y provinciales así como las Municipalidades.

⁴⁵⁸ ATRIA, 2013, *Op. Cit.*, p. 62.

⁴⁵⁹ ATRIA muestra, como ejemplo de la debilidad democrática de un quórum supra-mayoritario, el caso de la aprobación de la ley de divorcio, que hizo transparente algo (que el matrimonio no es para toda la vida) que anteriormente se expresaba por vías fraudulentas (el uso de las reglas sobre nulidad). Si esa materia hubiese estado regulada por quórums supra-mayoritarios, la UDI habría logrado vetar esa reforma. Cfr. ATRIA, *Op. Cit.*, pp. 50-51.

Por último, se ha denunciado como otro de los grandes cerrojos institucionales al Tribunal Constitucional: en el caso, altamente improbable, de que una reforma al modelo lograra ser aprobada con los quórums necesarios, el Tribunal Constitucional cuenta con una función preventiva de revisión de los proyectos de ley, para comprobar que ellos sean acordes a la Constitución⁴⁶⁰.

Una vez más es posible ahondar en una discusión sobre la existencia y necesidad de un Tribunal Constitucional que actúe como guardián de la Constitución y de los valores democráticos que ésta encierra⁴⁶¹. Sin embargo, en nuestro país el poder del Tribunal Constitucional se encuentra acrecentado por la existencia de la potestad preventiva, que le permite al TC intervenir en el proceso legislativo por la vía de la revisión de proyectos de ley previa a su promulgación. Normalmente, el control constitucional se ejerce de modo represivo, impidiendo que la aplicación de la ley a casos concretos genere una consecuencia contraria a los valores ordenados constitucionalmente; pero en Chile se ha justificado la existencia de la potestad preventiva usando el lenguaje de la “substitución”, propia de la función jurisdiccional común. Ha dicho el TC:

“En efecto, al resolver [...] el Tribunal sustituye la voluntad de los sujetos involucrados en el conflicto, haciendo prevalecer su voluntad por sobre la del órgano controlado”, y agrega, “En otros términos, el Tribunal Constitucional sustituye la voluntad de los parlamentarios o la del Presidente de la República”⁴⁶².

⁴⁶⁰ ATRIA, 2013, *Op. Cit.*, p. 54.

⁴⁶¹ La discusión más célebre sobre la necesidad de un Tribunal Constitucional se produce entre Kelsen, defensor del TC, y Schmitt, que lo denuncia precisamente como un ente anti-democrático. Al respecto, cfr. VINX, L, 2015, *The Guardian of the Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the limits of constitutional law*. London: Cambridge University Press. Traducción libre.

⁴⁶² STC 591/2007, en ATRIA, 2013, *Op. Cit.*, p. 67, nota 31.

En la jurisprudencia del TC, y probablemente advirtiendo el déficit democrático de una función preventiva, se han estrechado los márgenes en que dicha competencia puede actuar. Se ha establecido categóricamente que la facultad de revisión de proyectos de ley no procede de oficio⁴⁶³, de modo que sólo procede cuando es solicitado por el Presidente de la República, cualquiera de las Cámaras o una cuarta parte de sus miembros en ejercicio. Por su parte, el control de proyectos de reforma constitucional sólo se ha ejercido una vez y fue rechazado por una incoherencia entre apoyar el proyecto durante la tramitación y luego presentar el requerimiento⁴⁶⁴.

Para comprender los reparos al Tribunal Constitucional y en especial su función preventiva, se hará una división entre fondo (argumentos de las sentencias) y forma (configuración institucional). Esta división puede parecer, y en algún sentido efectivamente lo es, antojadiza: las decisiones a las que arriba el TC y el modo en que fundamenta sus decisiones son, en cierta forma, consecuencia de su forma institucional de composición y su rol en el entramado constitucional de la Carta de 1980. Teniendo en cuenta que esta división sólo se hará para efectos de orden, se procederá a distinguir entre: (i) las formas argumentativas con las que las resoluciones del TC resuelven cuestiones importantes sobre derechos fundamentales; y (ii) la composición del Tribunal, así como su rol de tribunal técnico o político. Los aspectos relacionados con (i) se verán en el apartado siguiente (sobre “influencia interpretativa”), en conjunto con otros órganos que se hayan referido a cuestiones constitucionales.

⁴⁶³ STC 79-89, citado en MARTÍNEZ, V, “et al”, 2014, “Diccionario Constitucional Chileno”, en *Cuadernos del Tribunal Constitucional*, Nro. 55, p. 204.

⁴⁶⁴ *Ibid.*, p. 205. La circunstancia de “coherencia” parlamentaria ha sido contradictoria en la jurisprudencia del TC: se ha sostenido (STC 1361) que no se requiere ninguna forma de “preparación” de la inconstitucionalidad, y que por tanto no obsta a la presentación del requerimiento la circunstancia de haber concurrido los requirentes con su voto; y en otras ocasiones que se debió haber mantenido una “conducta coherente” con el reproche formulado (STC 269). Cfr. CARMONA, C, y NAVARRO, E, 2011, “Recopilación de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional (1981-2011)”, en *Cuadernos del Tribunal Constitucional*, Nro. 45, p. 508.

Los aspectos relacionados con (ii) conforman la última parte de este apartado. En primer lugar, se ha puesto el acento en la conformación del Tribunal y la manera en que son designados sus miembros. La crítica esencial parte de la idea de que los ministros del TC no son elegidos directamente mediante votación, sino que son nombrados por otros órganos. Como no es posible que los ministros sean efectivamente elegidos directamente (puesto que ello transformaría al TC en una simple cámara de representantes de pocos miembros, quitándole su carácter de “tribunal”), entonces de lo que se trata es que los órganos encargados de sus designaciones sean, ahora sí, elegidos democráticamente, con lo que habría una suerte de “legitimidad democrática indirecta” de los ministros del TC.

ZÚÑIGA muestra que hasta 2005, el TC se desempeñó como enclave autoritario. Saltando la primera etapa (desde 1970 hasta 1973, en que el TC omitió pronunciamiento sobre cuestiones claves y tuvo una doctrina y jurisprudencia escasa, hasta ser finalmente interrumpida en 1973 con el golpe militar⁴⁶⁵), la segunda etapa obedece a la reformulación del rol del TC dada por la Carta de 1980. Se encontraba compuesto por siete ministros: tres nombrados por la Corte Suprema y cuatro designados: (i) por la Junta de Gobierno (hasta 1990, por el Senado hasta 2005), (ii) por el Presidente de la República y (iii) y (iv) por el Consejo de Seguridad Nacional. Esta composición *“le imprime su sello a esta Judicatura como “enclave autoritario”*⁴⁶⁶; en su primera fracción (hasta 1990), el TC cumplió al mismo tiempo la labor de “dispositivo institucional del régimen” ayudando al control político por la vía de la aplicación del artículo 8°, y posteriormente, con la ayuda de una “interpretación sistémico-finalista”, permitió que el plebiscito de 1988 fuera *“a lo menos semi-competitivo”*⁴⁶⁷. En esta segunda etapa, ZÚÑIGA destaca una preeminencia del concepto rígido de legalidad, que restringió la potestad reglamentaria del Gobierno en materia de derechos

⁴⁶⁵ ZÚÑIGA, *Op. Cit.*, p. 9.

⁴⁶⁶ *Ibíd.*, p. 11.

⁴⁶⁷ *Ibíd.*

fundamentales, y la flexibilización de requisitos para activar el control de constitucionalidad por parte de la oposición parlamentaria⁴⁶⁸.

En la “tercera etapa” ZÚÑIGA identifica una “refundación” del TC, con la reforma constitucional de 2005. Los cambios incluyen una nueva forma de nombramiento de los ministros: cuatro ministros elegidos por las Cámaras del Congreso, tres designados por el Presidente y tres designados por la Corte Suprema⁴⁶⁹. El profesor ZÚÑIGA no se pronuncia sobre los problemas que esta forma de composición puede tener en el esquema de funcionamiento del Tribunal; parece por tanto agotarse su justificación en esta forma de “legitimidad democrática indirecta”; de hecho, en una carta a La Tercera ha señalado que para realizar la función de “tribunal” del TC, bastaría con remover la facultad de nombramiento de la Corte Suprema⁴⁷⁰. A esto se han puesto reparos: en la primera de una serie de columnas sobre el rol del TC como “tercera cámara”, ATRIA apunta precisamente al denominado “cuoteo” político que es consecuencia del modo de nombramiento. Como la designación de los miembros que son elegidos por el Senado requiere 2/3 de los votos, esto *“sólo puede lograrse mediante una negociación en la que cada uno de los partidos mayoritarios obtiene uno de los cuatro cargos a cambio de dar sus votos a los demás nombramientos”*⁴⁷¹. Lo mismo ocurriría con el caso de los ministros nombrados por el Presidente, en los cuales se busca una correlación entre las ideas de gobierno y la tendencia del ministro designado, poniendo el caso del ministro Correa, que en

⁴⁶⁸ *Ibid.*, p. 12.

⁴⁶⁹ *Ibid.*

⁴⁷⁰ ZÚÑIGA, F, 2015, “¿Se debe modificar el sistema de designaciones en el Tribunal Constitucional? II”. Publicada en Diario La Tercera, en línea, < <http://diario.latercera.com/2015/01/17/01/contenido/opinion/11-181772-9-se-debe-modificar-el-sistema-de-designaciones-en-el-tribunal-constitucional-ii.shtml> >, consultada el 29 de junio de 2015.

⁴⁷¹ ATRIA, F, y SALGADO, C, 2015, “El TC como tercera Cámara: la continuación de la política por otros medios”. Publicada en El Mostrador, en línea < <http://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/2015/03/09/el-tc-como-tercera-camara-la-continuacion-de-la-politica-por-otros-medios/> >, consultada el 29 de junio de 2015.

2009 no fue renovado tras votar en contra del Gobierno en el caso Transantiago⁴⁷².

La clave para entender correctamente el problema institucional del Tribunal Constitucional está no sólo en la forma de nombramiento, sino en que ella hace probable que el TC siga operando como “institución contra-mayoritaria” pese a no tener hoy los caracteres de “enclave autoritario”. Esta operación se logra por la vía de ocultar, apelando a su carácter “técnico”, algo que en realidad opera argumentativamente como una decisión política. El derecho, en su dimensión técnica, decide las cuestiones sometidas a su revisión por la vía de apelar a un conjunto de normas, anteriores al caso concreto, que contienen los parámetros más o menos específicos sobre los cuales la cuestión ha de decidirse, de modo tal que, cuando el juez toma una decisión aplicando la ley, su decisión no significa abanderarse por ninguna de las dos partes en conflicto. Por otro lado, una decisión en sentido político, como no contiene normas anteriores que puedan dirimir la cuestión, significa siempre abanderarse por ella: adjudicarla es tomar partido⁴⁷³.

Esta distinción ha sido minimizada como un aspecto “superado” de la discusión constitucional chilena. Por ejemplo, Sergio VERDUGO parte su análisis teniendo como punto de partida o reserva que la comprensión puramente política del ejercicio del Tribunal Constitucional ha sido superada, y que hoy no se discute que esta tiene un sentido técnico o jurídico⁴⁷⁴; y que la existencia de un tercero imparcial que dirima la disputa sería propio de lo “jurisdiccional”, pero no necesariamente el indicio de una discusión en sentido político o jurídico, lo cual estaría dado por la finalidad del acto: *“Si el fin de dicho acto es aplicar el Derecho,*

⁴⁷² *Ibíd.*

⁴⁷³ Para profundizar sobre la distinción entre una decisión que opera en un sentido “jurídico” (o “técnico”) y una política, cfr. ATRIA 2009, 2013a y 2013b.

⁴⁷⁴ VERDUGO, S, 2010, “Control Preventivo Obligatorio: Auge y caída de la toma de razón al legislador”, en *Estudios Constitucionales*, Año 8, n° 1, pp. 201-248.

*entonces el mismo es jurídico, y si su fin es aplicar un criterio político, entonces el mismo será –valga la redundancia–, de naturaleza política*⁴⁷⁵. Pero los criterios para distinguir cuándo se está simplemente aplicando el derecho y cuándo se está asumiendo o introduciendo valores políticos no son claros, de modo tal que, habría que sostener según este argumento, cuando el TC diga que está aplicando criterios jurídicos, por el sólo hecho de declararlo bastará para creer que la sentencia es simplemente una aplicación de las normas constitucionales y no un ejercicio o función de valores políticos.

La confusión entre las naturalezas jurídica y política de la adjudicación constitucional del TC (y de cualquier otro órgano que aplique directamente principios constitucionales) se agudiza al entender la problemática diferencia entre una norma que opera como principio y que opera como regla. Vislumbrar la forma en que ese problema ha permitido la continuidad de argumentos conservadores en nuestra jurisprudencia constitucional será la tarea del próximo apartado.

2. Influencia interpretativa

La confusión doctrinaria sobre la forma en que funcionan los argumentos en la adjudicación de cuestiones constitucionales (es decir, en cualquier instancia jurisdiccional en que se decida que algo es o no contrario a la Constitución), obliga a realizar ciertos alcances, a fin de disipar la confusión y evitar que los argumentos que a continuación van a expresarse se caricaturicen o malentiendan, evitando así que se desnaturalice la discusión.

⁴⁷⁵ *Ibíd.*

¿Qué significa que una norma sea “inconstitucional”? La distinción presentada en el marco teórico, entre principios y reglas, es la clave para realizar esta acotación correctamente.

No hay nada particularmente grave en alegar la inconstitucionalidad de una norma jurídica, cuando ella no se adecua a una regla en sentido estricto presente en la Constitución. Por ejemplo, la norma que prohíbe la existencia de leyes penales en blanco se encuentra presente en la Constitución de modo taxativo (Art. 19 n° 3, inciso 8°). De este modo, si se dicta una ley penal que contenga una tipología demasiado abierta, el juez Constitucional podrá sancionarla como inconstitucional sin demasiados reparos, puesto que la regla, en sí misma, contiene los criterios suficientes para determinar las obligaciones de conducta derivadas de ella: en este caso, los deberes de conducta obligan al legislador a entregar una especificación de la conducta sancionada en la ley penal. En esta modalidad interpretativa, que se puede denominar “reglada”, la posibilidad de que el pensamiento político del intérprete influya es mínima⁴⁷⁶.

Distinto es el caso en que la discusión sobre la constitucionalidad de un precepto requiere, para su adjudicación, fijar el sentido y alcance de un principio constitucional. Los principios, las normas básicas de la parte dogmática de la Constitución, están contruidos con una técnica legislativa que incurre en lo que se denomina “textura abierta del derecho” en los términos de H. L. A. Hart⁴⁷⁷: la idea de que la legislación se dicta con una forma de lenguaje que no hace

⁴⁷⁶ En 2014, Sergio FERNÁNDEZ publicó en El Mostrador una columna en que mostraba la inconstitucionalidad del entonces proyecto de ley de reforma al sistema binominal, teniendo como principal fundamento el que la ley no señalaba apropiadamente la fuente de donde se obtendrían los recursos presupuestarios, lo que contradecía la norma del artículo 67 de la Constitución. Este es otro caso en que la regla de decisión es binaria: basta con que en el proyecto se incluyera la fuente de los recursos para entender superado el problema constitucional. Al respecto ver FERNÁNDEZ, S, 2014, “¿Es inconstitucional el proyecto de modificación del sistema binominal?”, publicada en El Mostrador, en línea < <http://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/2014/06/24/es-inconstitucional-el-proyecto-de-modificacion-del-sistema-binominal/> >, consultado el 29 de junio de 2015.

⁴⁷⁷ HART, H. L. A., 1963, *El Concepto de Derecho*. Trad: Genaro Carrió. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

referencia a personas concretas sino a casos hipotéticos redactados de forma abstracta. Si bien esta noción es general de toda la legislación, el problema se agudiza en el ámbito constitucional. El texto constitucional utiliza conceptos y vocablos generales (“libertad”, “seguridad”, “honra”), en fórmulas que a cualquier ciudadano medio le parecerían aceptables (por ejemplo: “todo individuo tiene derecho a la honra” es algo con lo que muy pocos ciudadanos discreparían). Pero el contenido preciso de ese precepto; es decir, los derechos, prohibiciones y mandatos que contiene, deben ser interpretados por el juez en un sistema “no reglado”, ya que no existe límite constitucional para los preceptos que el juez puede derivar del principio; pretender que el límite o instrucción para el juez está fijado por la propia Constitución (en su sentido amplio o lo que algunos han llamado “el bloque de constitucionalidad”⁴⁷⁸) es razonar circularmente, pues precisamente lo que está en disputa es si acaso la Constitución alberga ese pensamiento o no. Cuando el juez constitucional, por tanto, señala una consecuencia como derivación de un principio constitucional, está incorporando su propia definición de justicia (o del vocablo general de que se trate) en el razonamiento.

En la mayor parte de la jurisprudencia constitucional chilena, este problema ha sido sistemáticamente obviado, reconduciéndolo a otra problemática, menos relevante, sobre si las normas de la Constitución son aplicables directamente o no. Se cita la “distinción de Dworkin entre “normas y principios” y se declara derechamente que la “dignidad de la persona” es una “norma”: *“pues, aun teniendo un contenido típico de principio, la dignidad de la persona es una norma jurídica, por lo menos en el ordenamiento jurídico”*⁴⁷⁹. De este argumento parece desprenderse que la manera en que el Tribunal Constitucional entiende la distinción entre reglas y principios es que sólo las primeras son normas jurídicas exigibles y aplicables, mientras que las segundas son sólo declaraciones

⁴⁷⁸ Sobre el problema y las críticas al concepto de “bloque de constitucionalidad”, cfr. ZÚÑIGA, 2006, *Op. Cit.*, pp. 46-69.

⁴⁷⁹ STC 1273, en CARMONA y NAVARRO, 2011, *Op. Cit.*, p. 22.

programáticas sin valor jurídico. En el “Diccionario Constitucional Chileno” se sostiene que *“Una de las evoluciones más importantes del constitucionalismo es consolidar la idea de que la Constitución es una norma y que el grado de indeterminación de sus enunciados no le resta eficacia jurídica. Efectivamente, los principios se aplican como un mandato de optimización y, por ende, tienen un grado variable de aplicabilidad, dependiendo de condiciones fácticas y jurídicas”*⁴⁸⁰. Pero el problema fundamental de la distinción entre reglas y principios no dice relación con cuál es el grado de cumplimiento exigible, sino con que, en la mayoría de las ocasiones, los principios están redactados con una forma proposicional que contiene un enunciado o aserción de hecho, no un enunciado deóntico (un mandato o prohibición). Por ejemplo, el principio de que “la ley protege la vida del que está por nacer” tiene una redacción del primer tipo: se limita a constatar algo que la ley hace, algo a que la ley le da importancia, pero no contiene literalmente ninguna proposición que haga referencia a que de ella se deriva una prohibición del aborto o algún otro método anticonceptivo como la píldora del día después. Atribuir dicho mandato o prohibición a la letra del principio citado supone una serie de premisas implícitas que, en el fondo, contienen presupuestos políticos y filosóficos, que no siempre se explicitan. De este modo, el problema no puede reducirse al grado (mayor-menor) de protección, sino que se intenta incluir toda una categoría de conductas que van a ser prohibidas o permitidas en razón de lo que es, desde el punto de vista de su redacción, una simple constatación de hecho.

Esta reducción de la problemática entre principios y reglas, a simplemente la posibilidad (o no) de aplicar las normas directamente, permite al Tribunal Constitucional justificar que sus interpretaciones son simples aplicaciones de normas que estarían directamente contenidas en la Constitución misma, por la vía de lo que se conoce como la “subsunción”, sin reparar en que el esfuerzo interpretativo supone dotar de contenido político a conceptos y vocablos

⁴⁸⁰ MARTÍNEZ, V, 2014, *Op. Cit.*, p. 86.

caracterizados por su vaguedad. El problema se agudiza cuando se analiza la forma en que el propio Tribunal entiende su función y los criterios que emplea. Dice el “Diccionario Constitucional Chileno” que *“la interpretación constitucional, en cuanto actividad hermenéutica, no se diferencia sustancialmente de la interpretación jurídica que se realiza en el ámbito de otras disciplinas del Derecho, como el Derecho civil o penal”*⁴⁸¹, pero el mismo TC ha señalado que *“la interpretación constitucional debe regirse por las reglas propias de la hermenéutica constitucional, que son especiales, diferentes a las del derecho privado”*⁴⁸². Cuando se critica la apelación a la interpretación originalista, como el sentido en que el legislador (o constituyente) ha querido imprimirle a la norma a través de las palabras utilizadas, se advierte que *“un argumento puede no expresar más que la opinión de uno o más parlamentarios, pero no la del Congreso”*⁴⁸³, que los criterios *“no pueden ser determinados caprichosamente. Eso cambiaría la arbitrariedad del legislador por la del juez”*⁴⁸⁴, pero se propone, como reemplazo de estos criterios, un método “axiológico”, “armónico” y “finalista”, en el cual se reemplaza la letra de la Constitución por “la finalidad” del concepto, el que tiene que ser armónico con los valores de la Constitución. En términos muy generales, se sostiene también que una reforma a la Constitución por la vía interpretativa sería una “Mutación constitucional”⁴⁸⁵.

Un caso particular puede ilustrar las consecuencias de ignorar la letra de la ley por mirar a su “finalidad”: la interpretación sobre el concepto de bien común, contenido en el art. 1° inciso 4° (“El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común”). En el “Diccionario Constitucional Chileno” se admite que la inspiración del precepto nace de la doctrina social de la Iglesia, específicamente de las encíclicas *Mater et Magistra* y *Pacem in Terris*. Se dice que *“la discusión sobre el concepto de bien común excede el ámbito jurídico e*

⁴⁸¹ *Ibíd.*, p. 561.

⁴⁸² CARMONA y NAVARRO, 2011, *Op. Cit.*, p. 463.

⁴⁸³ MARTÍNEZ, V, 2014, *Op. Cit.*, p. 564.

⁴⁸⁴ *Ibíd.*

⁴⁸⁵ *Ibíd.*, p. 664.

*incluye al filosófico y teológico*⁴⁸⁶. Como el concepto “excede” lo jurídico, el Diccionario “reduce” la regulación constitucional al “principio de servicialidad del Estado”, y agrega sin más que como el bien común “alcanza a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional”, excluye “posiciones ideológicas colectivistas, utilitaristas y/o atomistas”, así como la noción de límite al Estado *“refuerza el rechazo a concepciones utilitaristas y colectivistas que, en pos de un interés general, pueden llegar a sacrificar los derechos de una minoría”*⁴⁸⁷. El ejemplo que manifestaría el concepto de servicialidad del Estado es el “denominado caso “Catalíticos””, donde el TC estima que el bien común autoriza a limitar la libertad de circulación.

Todo el argumento es profundamente contradictorio. En primer lugar, se hace eco de la concepción de Guzmán sobre el bien común, citando incluso sus influencias teológicas, pero se pretende descartar esa influencia (queriendo decir, a la manera de Díez, que el concepto de bien común no tiene un vínculo necesario con la doctrina social de la Iglesia, que puede ser fundamentado desde una posición laica y no excluyente), para posteriormente pasar a sostener que el bien común “rechaza posiciones colectivistas, utilitaristas”, lo cual no es sino consecuencia de las nociones eclesiósticas presentes en la fundamentación cristiana del bien común. Adicionalmente, cabe preguntarse cómo es posible derivar la exclusión de dichos grupos mediante una noción cristiana del bien común, puesto que la misma doctrina social de la Iglesia, como se vio en el análisis del pensamiento de Guzmán, rechaza el individualismo propio de la sociedad capitalista; en algún sentido, el mismo cristianismo sería “colectivista”. Y aún más: el caso “Catalíticos” revela lo ambiguo de todo el argumento, puesto que en el caso de la restricción vehicular lo que se limita es precisamente una libertad individual por un bien común entendido colectivamente (el derecho al medio ambiente limpio de todos quienes viven en una ciudad contaminada). ¿Qué

⁴⁸⁶ *Ibíd.*, p. 112.

⁴⁸⁷ *Ibíd.*, p. 113.

sentido tiene, por tanto, interpretar este artículo como excluyente con posturas colectivistas? ¿Será acaso éste un intento de traer de vuelta los efectos del antiguo artículo 8°? Todas estas referencias no son sino formas de reiterar el imaginario colectivo de que “colectivismo”, “materialismo”, o cualquier otra referencia vaga, no es sino un sinónimo de “marxismo”. Dichas referencias parecen un intento de declararse partidario de una concepción Guzmaniana de la Constitución, pero de un modo que no muestra sus efectos de forma clara. Ello expone, además, cómo la concepción “finalista” de la Constitución no alcanza a escapar de un pensamiento conservador que se filtra a través de la asignación de contenido a valores políticos indeterminados, en este caso “el bien común”.

En lo que sigue, se hará una revisión de determinados casos que manifiestan, de forma más evidente, la presencia de una concepción conservadora en la manera de entender los principios generales y las bases dogmáticas que sustentan la Carta de 1980. Como toda revisión jurisprudencial, esta revisión no pretende que los casos reseñados agoten la dogmática generada por los órganos de aplicación; máxime si se tiene en cuenta que en el presente trabajo, el pensamiento conservador no se ha estudiado desde el punto de vista de algún conflicto político o social en particular (como sería, por ejemplo, si la tesis se acotara al pensamiento conservador en la concepción de género, en el derecho a huelga o en la libertad de enseñanza), sino desde un punto de vista general, de una manera que realiza una visión macro desde varios puntos o disputas. Por esta misma razón, no es suficiente para invalidar la investigación el hecho de encontrar una o varias sentencias que no adopten una mirada conservadora sino una progresista, liberal, etc.

Habrá que decir, entonces, como se ha señalado por lo demás en la Introducción, que esta tesis no responde a la pregunta “¿Es nuestra Constitución una carta conservadora?” de una manera absoluta o “binaria”. Se excluyen, por

tanto, conclusiones que signifiquen decir: “la dogmática constitucional chilena es completamente conservadora”, o su extremo opuesto “la dogmática constitucional chilena no es en ningún sentido conservadora”. Lo que debe buscarse es una presencia gradual de dichos elementos; la utilidad de esta revisión radica en identificar la forma en que los argumentos conservadores emplean, en su construcción, el sentido abierto del lenguaje constitucional para asignarle contenido político conservador a conceptos. Esta operación descansa en el hecho de que, en tanto fórmulas generales, al ser usados y nombrados como premisas del argumento, los principios constitucionales tenderán a generar una aceptación social ampliada, y por tanto se generará el efecto simbólico de trasladar dicha aceptación social hacia la conclusión que se pretende obtener, mostrando dicha conclusión como una consecuencia inevitable de la premisa desde la que parte.

Conviene mostrar un ejemplo para ilustrar todo lo anterior. Si, para sustentar la conclusión “la mujer no tiene derecho a interrumpir el embarazo”, se invocan por un lado la disposición “la Constitución asegura a todas las personas el derecho a la vida” y por otro lado la disposición “el ejercicio de la soberanía reconoce como límite el respeto a los derechos que emanan de la naturaleza humana”, se está produciendo un salto lógico argumentativo, que a su vez, encierra una maniobra estratégica. Todo ejercicio de argumentación supone una transferencia de aceptabilidad desde las premisas (que se suponen aceptadas, son puntos de partida) hacia una conclusión (que es en principio disputada o puesta en duda). Esta función de la argumentación como transferencia de aceptabilidad es aún más importante en un medio como la sentencia judicial, donde de lo que se trata no es de convencer a las partes de adoptar una determinada conducta (la sentencia no requiere convencerlas precisamente porque tiene el poder jurídico de obligarlas), sino de dar razones de su decisión de un modo que apunta a la ciudadanía en su conjunto, buscando la legitimidad racional de la decisión que adopta.

En el ejemplo dado, la justificación de la conclusión (“la mujer no tiene derecho a interrumpir el embarazo”) se sustenta en las dos premisas que invocan disposiciones constitucionales que están redactadas, como se estudió anteriormente, como aserciones de hecho (“todas las personas tienen derecho a la vida” y “la soberanía reconoce como límite los derechos naturales”). Dichas aserciones tienen la peculiaridad, como todos los principios constitucionales, de estar redactados de forma suficientemente amplia como para concitar una aceptabilidad generalizada. Lo que omite esta forma de argumentación es la regla de inferencia (o lo que bajo otros modelos argumentativos se suele denominar “garantía”): aquella premisa que responde a la pregunta de “¿Por qué el dato o argumento sirve para demostrar la conclusión?”. En este caso, si se hace la pregunta de por qué el derecho a la vida o los derechos naturales permiten proscribir el aborto, la pregunta queda sin responder en el argumento, dejándose como premisa implícita tanto la idea de que el feto puede ejercer derechos desde la concepción (es decir, que es idéntico jurídicamente a la noción de “persona”), y además que dicha cualidad le permite inmediatamente ejercer un derecho (que en este caso opera como la negación de una libertad) contra la madre. Omitir la regla de inferencia es un error común en la dogmática constitucional chilena.

2.1 Conceptos generales y bases institucionales

La comprensión de las ideas generales de la Constitución en nuestra doctrina constitucional adolece de todos los problemas identificados en los párrafos anteriores. Al definir “dignidad” se sostiene que ella *“es la cualidad del ser humano que lo hace acreedor siempre a un trato de respeto, porque ella es la fuente de derechos esenciales y de las garantías destinadas a obtener que sean resguardados”*⁴⁸⁸. Si la “dignidad” es el antecedente o premisa que permite concluir que todas las personas tienen iguales derechos, no puede definirse

⁴⁸⁸ STC 389, en CARMONA y NAVARRO, 2011, *Op. Cit.*, p. 23.

“dignidad” como la característica según la cual las personas tienen iguales derechos: hacerlo es tautológico (“las personas tienen iguales derechos porque tienen iguales derechos”). La fundamentación del carácter de dignidad, se sostiene, “*estaría sujeto a una intelección multidisciplinaria*”, que en la dogmática nacional estaría basada en raíces ideológicas cristianas y con influencia iusnaturalista⁴⁸⁹. Sin admitir explícitamente que el concepto de derechos fundamentales se vincula a una interpretación cristiana, se ha sostenido por el Tribunal Constitucional que los derechos fundamentales “*son anteriores y superiores al Estado y a la Constitución, razón por la cual ésta no los crea sino que los “reconoce y asegura”*”⁴⁹⁰. Con este argumento, que en teoría encontraría recogida en el artículo 5° de la Constitución, el Tribunal Constitucional ha otorgado protección a derechos que van más allá de lo explícitamente recogido en la Carta Fundamental, sosteniendo que ellos son “implícitos”, como el derecho al acceso a la información (algo que los mismos constituyentes no querían proteger), el derecho a la identidad (STC 1340) y el derecho a la presunción de inocencia (STC 825)⁴⁹¹. Es decir, usando argumentos conservadores se ha dado una protección progresista en materia de derechos fundamentales.

La limitación a la soberanía es otra consecuencia que se inserta inmediatamente a la luz de la concepción cristiana de los derechos fundamentales. El “Diccionario Constitucional Chileno” sostiene que la fundamentación “*no necesariamente tiene una solución iusnaturalista*”⁴⁹², y que por tanto puede entenderse el sentido de la norma del art. 5° en tres formas: como limitación a la soberanía (por qué esto no se deriva de una concepción iusnaturalista no es explicado), como catálogo abierto de derechos, y la posibilidad “interpretativa” de reconocer “derechos implícitos” (cuyo problema está reseñado en el párrafo anterior).

⁴⁸⁹ STC 280, en MARTÍNEZ, V, 2014, *Op. Cit.*, p. 396.

⁴⁹⁰ CARMONA y NAVARRO, 2011, *Op. Cit.*, p. 21.

⁴⁹¹ *Ibid.*, p. 25.

⁴⁹² MARTÍNEZ, 2014, *Op. Cit.*, p. 378.

El concepto de derechos fundamentales es el resultado *“de la separación entre sociedad y Estado”*⁴⁹³. Una vez más, se afirma una proposición sin explicar sus consecuencias; en principio, el Estado es consecuencia directa de la sociabilidad del individuo y su máxima expresión (dado que el Estado es la asociación que realizan las personas para proteger los bienes más profundos que no pueden proteger por sí solos, según la teoría del contrato social). Pero la afirmación sostenida parece apuntar a la distinción, clásicamente conservadora, entre “poder político” (Estado) y “poder social” (sociedad), lo cual es evidente dado que la doctrina constitucional hace eco del principio de subsidiariedad conservador⁴⁹⁴. Esto es sin perjuicio de que al definir la subsidiariedad se ha puesto el foco en que *“al Estado no le corresponde absorber aquellas actividades que son desarrolladas adecuadamente por los particulares”*⁴⁹⁵ (lo que le da un tinte neoliberal al concepto, al poner el foco en “desarrollar adecuadamente”, es decir, buscando una eficiencia productiva), y por otro lado reducir la aplicabilidad del precepto a consagrar la autonomía organizacional (innecesaria, puesto que para ello existen las normas del derecho de asociación) y a otorgarles las acciones respectivas para hacer valer sus derechos (sin aclarar cuales, olvidando la diferencia propia entre la persona natural y la persona jurídica).

Otra ocasión en que se aprecia claramente el efecto de la dogmática en la determinación propia del legislador es en el concepto del “contenido esencial” de los derechos, como consecuencia de la disposición del art. 19 n° 26. Como el “contenido esencial” no está fijado por la Constitución, se sostiene que *“es una tarea de la dogmática pero, especialmente, del juez constitucional que va estableciendo ese mínimo indisponible al legislador”*⁴⁹⁶; es decir, se entrega un margen amplio para que el juez determine los puntos en que la soberanía del

⁴⁹³ *Ibid.*, p. 380.

⁴⁹⁴ STC 1295, en CARMONA Y NAVARRO, 2011, *Op. Cit.*, p. 28.

⁴⁹⁵ STC 352, en *Ibid.*, p. 27.

⁴⁹⁶ MARTÍNEZ, 2014, *Op. Cit.*, p. 192.

legislador (propriadamente reflejo de la voluntad democrática) se vea limitada, ya que el legislador *“no tiene total autonomía para regular el ejercicio de un derecho”*, y que la forma de limitar un derecho debe ser *“prudente”* y con *“latitudes razonables”*⁴⁹⁷. Los criterios que el TC ha utilizado se limitan a señalar que la *“esencia”* la constituye aquello *“que le es consustancial, de manera tal que deja de ser reconocible, y que se impide el ‘libre ejercicio’ en aquellos casos en que el legislador lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entran más allá de lo razonable o lo privan de tutela jurídica”*⁴⁹⁸. Los autores del Diccionario Constitucional Chileno reconocen que la jurisprudencia del TC ha sido *“parca”* en definir criterios operativos y que ha acudido con demasiada libertad a la idea de proporcionalidad y ponderación entre derechos, poniendo como ejemplo el caso en que se declaró la inconstitucionalidad de la regla *“solve et repete”*⁴⁹⁹.

Por último, se analizará en este apartado el problema de la justificación de los decretos-leyes desde la perspectiva de la dogmática constitucional. El TC no ha señalado demasiados reparos a la existencia de los decretos-leyes desde el punto de vista formal, puesto que ha señalado que ellos son susceptibles de control de constitucionalidad por la vía de la inaplicabilidad, y eventual inconstitucionalidad, de sus contenidos normativos (por ejemplo, en STC 2545-13 y 2196-12)⁵⁰⁰. Aunque puede parecer una consecuencia democrática (por la vía de admitirlas a cuestión de constitucionalidad se podría, eventualmente, cuestionar su legitimidad), este argumento tiene el problema de homologar en todo lo relevante el decreto-ley a una ley dictada por el órgano democrático correspondiente. De hecho, el TC es explícito en señalar que lo que se revisa en la inconstitucionalidad es el *“contenido normativo”*, por lo que pone el énfasis en la substancia por sobre la forma (cuestión que desafía, o al menos ignora, que jurídicamente hablando es

⁴⁹⁷ CARMONA Y NAVARRO, 2011, *Op. Cit.*, p. 264.

⁴⁹⁸ MARTÍNEZ, 2014, *Op. Cit.*, p. 193.

⁴⁹⁹ *Ibíd.*, p. 194.

⁵⁰⁰ *Ibíd.*, p. 263.

la forma la que muestra la validez de la norma, expresado en la así llamada “pirámide normativa de Kelsen”).

Cuando el Diccionario Constitucional Chileno discute la vigencia de los decretos-leyes, sostiene que se han formulado tres teorías: (i) la teoría de la caducidad *ipso facto* (considerar, asumida la normalidad institucional, que todas las leyes dictadas en el período de facto son inválidas), (ii) la teoría de la revisión que importa una obligación del Congreso de pronunciarse sobre su continuidad y (iii) la teoría de la continuidad que les otorga validez basándose únicamente en “consideraciones pragmáticas de seguridad jurídica”, lo cual no es sino una forma eufemística de decir que los decretos-leyes se mantienen porque se está de acuerdo con su contenido. El TC ha adoptado esta última postura al señalar que *“no basta con acreditar que no es una ley adoptada por el Congreso Nacional de conformidad con los arts. 4 y 5 de la Constitución, “porque no toma en cuenta que la Constitución de 1980, respecto del ordenamiento jurídico preexistente a su vigencia, no configuró una discontinuidad de nuestro derecho. En tal sentido, la legislación adoptada bajo la forma de un decreto ley, hoy se rige por las reglas generales del artículo 66 de la misma Carta, que establece los quórums por los cuales una norma legal se aprueba, modifica o deroga”*⁵⁰¹. Pero este argumento no toma en cuenta que la Constitución de 1980 no tuvo ningún sentido de continuidad con la Carta anterior; que expresamente se dijo en la Comisión Ortúzar que se recogerían disposiciones anteriores sólo si ellas eran concordantes con el nuevo propósito de la Constitución, y que por tanto, el régimen militar tuvo un profundo sentido revolucionario, invocando para sí el poder constituyente. Sólo la admisión de que la Junta ejerció el poder constituyente permite entender la segunda parte del argumento, que sujeta a los decretos-leyes a la forma de derogación excluyente señalada en la Constitución de 1980.

⁵⁰¹ STC 1872-10, en *Ibíd.*, p. 264.

Como se logra apreciar en las citas mencionadas, gran parte de la dogmática constitucional chilena mantiene una conexión histórica y de fundamentación con el pensamiento conservador chileno, sin cuestionar realmente los conceptos o concepciones que dotan de sentido a los aspectos de las bases de la institucionalidad. Exponer lo ambiguo o tautológico de la mayoría de las nociones presentes en las exposiciones del Tribunal Constitucional permite entender que, en gran parte, los argumentos en la interpretación constitucional funcionan como afirmaciones apelativas (es decir, la mera enunciación de un concepto basta para usarse como argumento), o bien como argumento de autoridad (en que se atribuye una consecuencia a un concepto usando como único fundamento el hecho de que el Tribunal lo declara así). En ambos casos, la justificación consiste en la simple aserción fáctica de un precepto.

2.2 La píldora del día después

Uno de los momentos más socialmente criticados del Tribunal Constitucional ocurrió en 2008, cuando la magistratura constitucional emitió un pronunciamiento declarando inconstitucional el Decreto Supremo que autorizaba la entrega gratuita del anticonceptivo de emergencia, comúnmente denominado “píldora del día después”. Mirando hacia atrás, el contexto en que dicha sentencia fue pronunciada incluía una sentencia de la Corte Suprema, del año 2001, en que se había declarado ya la inconstitucionalidad del anticonceptivo de emergencia, y un pronunciamiento en el 20° Juzgado Civil de Santiago, que declaró nula (nulidad de derecho público) la resolución del Instituto de Salud Pública que autorizaba la distribución del fármaco en cuestión, que fue revocado por la Corte de Apelaciones de Santiago el año 2005. Mirando hacia delante, posterior a la dictación de la sentencia de 2008, el Gobierno envió un proyecto de ley que se convertiría en la Ley 20.418, que entre otras materias, permitía la distribución del medicamento. Este proyecto de ley fue autorizado por el Tribunal Constitucional,

que sólo tuvo competencia para conocer del proyecto en las materias propias de ley orgánica constitucional, de modo que no tuvo oportunidad de pronunciarse sobre la constitucionalidad de la píldora del día después, salvo la mención en el voto en contra del Ministro Fernández⁵⁰².

¿Qué motiva la decisión de prohibir el anticonceptivo de emergencia, y particularmente, qué permite explicar el cambio de decisión en la adjudicación del TC en la discusión del proyecto de ley? Para entender esta problemática es primero necesario mirar a las fórmulas argumentativas que liberales y conservadores postulan en torno a esta materia. Para ello se estudiarán en oposición las tesis defendidas por el profesor Hernán CORRAL en “El concepto jurídico de persona”⁵⁰³ y por Antonio BASCUÑÁN en “La píldora del día después ante la jurisprudencia”⁵⁰⁴.

La fórmula clásica del pensamiento conservador para oponerse a cualquier clase de aborto, y en particular a los métodos anticonceptivos femeninos, parte de entender al nasciturus como un titular unívoco de derechos fundamentales: es decir, en todo idéntico al concepto de persona desde la concepción. CORRAL muestra que el concepto de persona ha “evolucionado” desde una perspectiva centrada únicamente en su concepción patrimonial, hacia un concepto “valórico” o “institucional” de persona; esta evolución permitiría atribuirle al nasciturus todos los derechos subjetivos públicos aunque no sea capaz de ejercerlos por sí mismos. El hecho histórico en que se apoya para fundar esta evolución sería *“la necesidad de superar los modelos positivistas que naufragaron frente a las horrendas violaciones a la dignidad humana cometidas por los regímenes*

⁵⁰² ATRIA, 2013, *Op. Cit.*, p. 152.

⁵⁰³ CORRAL, H, 2005, “El concepto jurídico de persona y su relevancia para la protección del derecho a la vida”, en *Revista Ius et Praxis*, 11 (1), pp. 37-53.

⁵⁰⁴ BASCUÑÁN, A, 2004, “La píldora del día después ante la jurisprudencia”, en *Estudios Públicos*, 95 (invierno 2004), pp. 43-89.

*totalitarios nazi y comunista*⁵⁰⁵. Se sostiene que el derecho no podría pretender auto-fundarse, sino que debe descansar en “nociones éticas”, una de las cuales sería “la dignidad humana”, que está presente en todos los estadios del desarrollo del ser, partiendo desde la concepción. Al confluir la perspectiva cristiana (“*que ve en todo hombre o mujer un ser digno por haber sido creado a imagen y semejanza de Dios*”⁵⁰⁶) con la kantiana (“*que ve en el ser humano un fin en sí mismo que no puede ser utilizado sólo como un medio para alcanzar objetivos ajenos*”⁵⁰⁷), se superaría la idea de persona como titular de derechos, pasando a ser “digno y merecedor de la máxima tutela jurídica”. Para protegerlo, la cultura jurídica haría de la vida un “*atributo inescindible de la existencia humana concreta, un objeto de un derecho fundamental de la persona*”⁵⁰⁸.

A continuación, CORRAL analiza la exposición de Dworkin, denunciando que el despreocuparse por la titularidad del nasciturus supone una “cosificación” de la persona:

“Se advierte inmediatamente que la estrategia no tiene por objeto, en realidad, aportar una perspectiva diferente de análisis, sino abogar derechamente por la cosificación de la vida de ciertos seres humanos. En efecto, si la vida no es una cualidad de un ser humano concreto y real, y pasa a ser un valor o bien en abstracto, queda reducido al mundo de las cosas que, por su misma naturaleza, presentan un grado de protección menor que el de las personas”⁵⁰⁹.

Por último, CORRAL encontraría apoyo para esta tesis en distintas resoluciones administrativas y judiciales que reconocen tutela jurídica para el

⁵⁰⁵ CORRAL, *Op. Cit.*, p. 4.

⁵⁰⁶ *Ibíd.*

⁵⁰⁷ *Ibíd.*

⁵⁰⁸ *Ibíd.*, p. 5.

⁵⁰⁹ *Ibíd.*, p. 6.

nasciturus desde la concepción; y especialmente, en la sentencia ya referenciada de la Corte Suprema del año 2001.

En efecto, la distinción entre la titularidad de un derecho subjetivo público a la vida, y la “vida” como objeto de protección es parte de la tesis fundante de BASCUÑÁN. El error principal que el autor vislumbra en la sentencia de la Corte Suprema es que ella ha afirmado infundadamente la titularidad del nasciturus sobre el derecho a la vida. Sostiene que *“en el marco del recurso de protección lo relevante no es que la Constitución proteja la vida de los seres humanos. Lo relevante es que la Constitución asegura a las personas el derecho a la vida”*⁵¹⁰. Los argumentos que se encontrarían en la sentencia para derivar la titularidad del nasciturus serían, por un lado, una falacia *non sequitur* (derivar del deber de protección de la vida una titularidad de ejercer el derecho a la misma), y por otro lado, la continuidad de los distintos estadios, dada la potencialidad del embrión fecundado para convertirse en un ser humano⁵¹¹, lo cual sería concordante con la posición de la Iglesia Católica⁵¹².

Para discutir ambas ideas, BASCUÑÁN expone por un lado que el embrión, así como tiene posibilidad de convertirse en ser humano, tiene también potencialidad de convertirse en nada, de convertirse en un quiste o en un cáncer para la mujer; por otro, expone el denominado “paradigma epigenético”, que muestra que no hay completa potencialidad de ser humano mientras no se implante el embrión y reciba los estímulos externos; antes de eso, el embrión no sería potencialmente un ser humano⁵¹³. Para discutir la idea de titularidad, BASCUÑÁN se remite a las actas, mostrando que ante la imposibilidad de precisar la naturaleza del embrión fecundado, y la negativa de imponer una visión cristiana

⁵¹⁰ BASCUÑÁN, *Op. Cit.*, p. 48.

⁵¹¹ *Ibíd.*, p. 49.

⁵¹² *Ibíd.*, p. 50.

⁵¹³ *Ibíd.*, pp. 51-53.

a toda la sociedad, la Comisión Ortúzar habría decidido no darle titularidad de derecho a la vida al embrión, sino protegerlo con un deber objetivo de protección, cuyo alcance sería resorte del legislador⁵¹⁴.

Razón tiene CORRAL en señalar que la principal defensa liberal frente a la prohibición del aborto y cualquier método anticonceptivo femenino, consiste en sostener la vida como un objeto de protección, el cual se puede atemperar precisamente en contraste o ponderación con los derechos de la madre, cuya titularidad es efectiva y concreta y no está puesta en duda. Pero acá liberales y conservadores muestran una concordancia aunque no estén dispuestos a reconocerlo: la principal diferencia entre la concepción “técnica” de la persona y su concepción “valórica” es que esta última supone proteger “la vida” como un objeto independiente de la identificación de la voluntad de un titular. Salvando la objeción de BASCUÑÁN, CORRAL afirma que la concepción “valórica” de la persona prescinde de la idea de “capacidad” o titularidad. La capacidad se entiende como la posibilidad de ejercer derechos y contraer obligaciones sin el ministerio o autorización de otro: es decir, como una autonomía para definir sus propios fines. Esa autonomía no puede ser entendida sin la idea de titularidad. Pero la atomización de los derechos fundamentales en unidades básicamente separables (cada norma del art. 19 se mira como un derecho separado del otro) permite atribuirle “derecho a la vida” a un ente (en este caso el nasciturus) con total independencia de si éste está o no facultado para ejercer otros derechos como la libertad personal, la autonomía o la posibilidad de auto-realización. Este fenómeno permite entender que la perspectiva “valórica” del concepto de persona, y por tanto del derecho a la vida, entiende que dicha vida es una entidad protegida en su propia naturaleza, sin relación con si existe un titular concreto que permita darle significado y atribuya sentido a dicha vida. Esta perspectiva conservadora, por tanto, “cosifica” el derecho a la vida en un sentido ligera, pero importantemente

⁵¹⁴ *Ibid.*, pp. 55-58.

distinto: lo trata como un objeto de protección que trasciende todos los derechos de personas individuales y actualmente existentes.

La sentencia del TC del año 2008 parte sosteniendo que es necesario especificar los efectos de la anticoncepción de emergencia, puesto que si existe el riesgo de afectar al embrión fecundado, esto podría significar una diferencia ante el derecho a la vida⁵¹⁵. Este argumento ya inicia presuponiendo que el embrión concebido es titular del derecho en cuestión, sin fundamentarlo. Al resolver esta disputa el tribunal “concluye” que el efecto del medicamento sobre la implantación muestra “posiciones encontradas” y que por tanto no es posible, científicamente, llegar a conclusión alguna⁵¹⁶.

A continuación, al caracterizar la naturaleza del derecho a la vida, la sentencia cita al profesor Zapata, quien relaciona la noción de sujeto de derecho con la capacidad “-o al menos la potencia-“⁵¹⁷ de querer y obrar. Posteriormente, sostiene que todo el entramado teórico sobre la noción de persona en la Constitución se basa en su “naturaleza” y que por tanto la Constitución no “crea” la noción de persona, sólo la “reconoce”⁵¹⁸. Para asignarle la calidad de persona, cita a distintos autores, todos ligados al ala conservadora de la dogmática constitucional (José Luis Cea, Silva Bascuñán, Ángela Vivanco, entre otros), que sostienen que por haberse reconocido así en la Comisión Ortúzar y en los instrumentos internacionales, el nasciturus es titular indiscutible del derecho a la vida.

⁵¹⁵ STC 740-07, Considerando 29°.

⁵¹⁶ *Ibíd.*, Considerandos 33° al 39°.

⁵¹⁷ ZAPATA, P, 1988, en *Ibíd.*, Considerando 44°.

⁵¹⁸ *Ibíd.*, Considerando 47°.

Para completar el argumento, la sentencia sostiene que el derecho a la vida goza de prioridad sobre los demás, pues es el fundamento del resto⁵¹⁹, y sostiene que pesa sobre el Tribunal Constitucional una carga derivada del principio de inexcusabilidad, que en este caso, obligaría a dicha magistratura a pronunciarse sobre el efecto de la píldora del día después aunque no haya consenso científico⁵²⁰. Su resolución es que, como existe una duda razonable de afectación del embrión preimplantacional, el medicamento es contrario al derecho a la vida. Esta doctrina encontraría su recogida en el denominado “principio pro homine” o “favor libertatis”, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁵²¹.

Esta sentencia muestra la cantidad de premisas que se dejan implícitas en un argumento conservador. Como punto de partida, la resolución parte circunscribiendo el ámbito de discusión a la naturaleza de la protección del derecho a la vida para el nasciturus, ignorando el rol que a la mujer corresponde en esta decisión⁵²². La opinión del ministro Vodanovic, que plantea efectivamente un conflicto u oposición de derechos entre la madre y el nasciturus, fue desechada y plasmada en un voto de minoría⁵²³. Por supuesto que la metodología que se asuma para la discusión no es imparcial y predispone la resolución hacia la consideración favorable hacia el nasciturus, como lo refleja la noción de “duda razonable” impuesta por el voto mayoritario. Una consideración desde la perspectiva de la mujer podría inclinar de entrada la balanza hacia sus derechos.

En segundo lugar, el argumento parte presuponiendo que el embrión concebido tiene titularidad plena sobre el derecho a la vida. La “duda razonable” planteada por el voto de mayoría se basa en el problema secundario de si el

⁵¹⁹ *Ibid.*, Considerando 55°.

⁵²⁰ *Ibid.*, Considerando 63°.

⁵²¹ *Ibid.*, Considerando 66°.

⁵²² BORDALÍ, A, y ZÚÑIGA, Y, 2009, “Análisis del fallo del Tribunal Constitucional sobre la píldora del día después”, en *Anuario de Derechos Humanos 2009*, p. 5.

⁵²³ STC 740-07, voto disidente del Ministro Señor Hernán Vodanovic Schnake.

medicamento en cuestión podía o no tener el efecto de impedir la implantación del embrión: si eso ocurre, inmediatamente la sentencia asume que ello transgrede el derecho a la vida. Para construir esta noción extendida de persona, la sentencia cita autores y tratados internacionales como argumento de autoridad: como ellos lo dicen, y son los tratadistas más cercanos a la ideología constituyente, entonces lo que ellos sostengan debe ser la interpretación correcta. Ningún otro argumento es ofrecido a favor de esta extensión de la idea de persona hasta la concepción.

Las citas desconocen, además, que la noción de derechos humanos es producto de un contexto histórico y que cuando se ha querido defender ciertos valores o hechos se ha utilizado el lenguaje de los derechos, pero ello no autoriza a llevar ese mismo lenguaje más allá de su límite histórico. Al citar a José Luis Cea, el fallo hace extensible la noción original de igual dignidad (*“individuos de ambos sexos, de cualquiera nacionalidad, raza o condición, sin distinción de edad, oficio o profesión, cualquiera sea su estado de salud física o mental, se hallen domiciliados, sean residentes o meros transeúntes”*⁵²⁴) al embrión. Esta noción es una lectura literalista de un argumento que tiene un contexto histórico. Como no se explicita la regla de inferencia, ha de reconstruirse el argumento como sigue: como el estado de embrión es una “edad”, entonces este embrión, “sin distinción de edad”, tendría derecho a la vida. Evidentemente, en términos históricos el reconocimiento de igual dignidad es una reivindicación de grupos tradicionalmente desplazados y de minorías de toda índole para obtener del Estado los mismos derechos que se reconocen a los grupos privilegiados. El argumento de la sentencia desconoce la naturaleza histórica y política de este reclamo y lo reconduce, sólo por la literalidad de sus palabras, a la noción de titularidad del nasciturus al derecho a la vida.

⁵²⁴ CEA, J. L., en *Ibíd.*, Considerando 49°.

Lo anterior se confirma por una referencia presente en el voto concurrente del entonces Ministro Mario Fernández. Presumiblemente buscando evitar el argumento de que “la vida desde la concepción” es una noción parcial, Mario Fernández cita al “Grupo de los 24”, quienes señalan que *“Sin un adecuado sistema de protección de los derechos fundamentales de la persona humana, como lo son, entre otros: el derecho a la vida, a la integridad física y psíquica [...], harían que el sistema democrático adoleciera de falta de una de sus condiciones básicas”*⁵²⁵. Es evidente que, en el contexto político y social en que el Grupo de los 24 formulaba sus acusaciones, ellas iban referidas a la inexistencia de una verdadera garantía que permitiera detener las torturas y detenciones ilegales producidas en el contexto de dictadura. Mario Fernández olvida toda esta noción histórica y sostiene que *“admitiendo la ausencia de debate y diálogo formalizado entre ambos centros de elaboración constituyente [...], el derecho a la vida quedó consagrado en la Constitución en términos coincidentes entre aquellas posiciones”*⁵²⁶. Pero precisamente un acertado diagnóstico histórico de los reclamos de derechos humanos permitiría presumir lo contrario: que, de haber tenido dicho grupo (o cualquier grupo de oposición) acceso al debate constituyente, lo que habría sucedido es que se habría puesto una señal de alerta aún más importante ante la imposición de ideologías conservadoras en la Constitución; se habría cambiado el foco de la discusión sobre el derecho a la vida hacia el problema urgente de las detenciones y torturas, y se habría manifestado una voz que representara los derechos reproductivos de la mujer en contraposición o ponderación a la protección objetiva de la vida del que está por nacer.

Dado que la Ley 20.418 pasó sin que el Tribunal Constitucional tuviera oportunidad de manifestarse sobre la distribución de la píldora, se desconoce si los criterios para adjudicar la cuestión de los métodos anticonceptivos han

⁵²⁵ *Ibíd.*, Considerando 3° del voto concurrente del Ministro Mario Fernández Baeza.

⁵²⁶ *Ibíd.*

cambiado. Sin embargo, los pilares sobre los que se sustentó el argumento de la sentencia de 2008 subsisten y son reconocidos todavía por los principales recopiladores de la jurisprudencia del TC. Se reconoce el carácter “fundante” del derecho a la vida como mostrando una especie de predominancia o jerarquía sobre otros derechos, se cita textualmente la sentencia de 2008 como fundamento de que el derecho a la vida comienza en la concepción, y se reconoce la interpretación del principio “pro-homine” que la sentencia de 2008 utilizó para pronunciarse sobre una cuestión que, en principio, le correspondía a la literatura científica⁵²⁷.

2.3 Protección y despolitización

Señala GARRETÓN que el proceso que culminó con el plebiscito de 1980 fue la institucionalización política de un régimen determinado. Coexiste con él un proceso de “institucionalización social” cuyos objetivos son *“cristalizar normativamente las transformaciones estructurales que introduce el nuevo modelo de acumulación y desarrollo, por un lado, y de redefinir institucionalmente los diversos ámbitos de relaciones sociales, por otro”*⁵²⁸. La sociedad civil se reorganiza, en este proceso, *“bajo los principios de competencia mercantil, eliminación del papel arbitral y redistributivo del Estado, segmentación social y atomización de la demanda colectiva y organizada”*⁵²⁹. Lo que coexiste aquí es un avance en caracteres y estándares técnicos de la producción, junto con una necesaria desarticulación de las demandas sociales que combaten las bases ideológicas del capitalismo. Continúa GARRETÓN señalando que un rasgo del modelo político de 1980 es *“la ausencia de un sistema formalizado de procesamiento de demandas sociales”*⁵³⁰; los sectores sociales invisibilizados y

⁵²⁷ CARMONA y NAVARRO, *Op. Cit.*, pp. 75-76.

⁵²⁸ GARRETÓN, *Op. Cit.*, p. 12.

⁵²⁹ *Ibíd.*

⁵³⁰ *Ibíd.*, p. 16.

desarticulados son combatidos por el aparato represor, y por tanto se ven obligados a acudir a la figura de Pinochet como máxima posibilidad de realización, a la representación de la Iglesia, a un mecanismo de negociación colectiva laboral altamente acotado y precarizado, y a una restricción de los medios de comunicación en base a su propiedad⁵³¹.

Con el retorno a la democracia dichas condiciones, que imposibilitan en la práctica la articulación del conflicto social, no son desafiadas oficialmente. La principal causa de esta dualidad, entre una modernización de los procesos productivos y una desarticulación social, corresponde a la implantación de un modelo neo-liberal, cuyo principio supone la negación de las capacidades tanto empresariales como regulativas del Estado, y se expresa entre otras nociones en la privatización a bajo costo y la idea de “flexibilidad laboral”, que no es otra cosa que la negación de las conquistas históricas del derecho laboral por parte de los trabajadores.

Pero hay un punto de encuentro entre neo-liberales y conservadores, que explica su duradera alianza. Así como el neoliberalismo reclama la desarticulación de la capacidad negociadora de los trabajadores, explicando entre otros aspectos el debilitamiento del derecho a huelga, el conservadurismo pretende desarticular a la sociedad para negarle a la política su dimensión conflictiva: para el conservador, la sociedad sólo puede unificarse en base a valores y dogmas centrales considerados superiores e inmutables. Como se niega a la política su dimensión conflictiva, lo único que queda para quienes nieguen dichos valores, o sus implicancias, es la exclusión radical.

⁵³¹ *Ibid.*, pp. 16-17.

Este punto de encuentro se expresa constitucionalmente en la radicalización del derecho de petición y el desarme de otras vías en que la sociedad o los grupos organizados puedan aumentar su ámbito de derechos y prestaciones sociales y mejorar, en definitiva, su calidad de vida. Para el conservador, la participación social de los cuerpos intermedios opera como una suerte de “concesión graciosa”, en que las facultades y posibilidades de intervenir en el cauce social están predeterminados por la autoridad (el conservador no diría propiamente tal “por la autoridad”, diría que cada sector participa en la actividad que le es propia “por naturaleza”: los trabajadores trabajan, los estudiantes estudian, los gremios velan por los intereses exclusivos de su gremio, etc. Pero la calificación de qué sea la naturaleza propia de cada cuerpo intermedio depende de la definición institucional recogida en el ordenamiento jurídico). Cualquier otra vía de reclamo debe expresarse por un medio que se vuelve análogo al “derecho de petición”: el individuo o grupo social solicita a la autoridad que escuche su demanda, y la solucione en la medida en que dicha autoridad tenga los medios para hacerlo. La lógica del derecho de petición excluye la del derecho social: la respuesta de la autoridad no es obligatoria, es facultativa.

Es en este contexto que se sitúa la problemática de los derechos fundamentales y los mecanismos que la Constitución entrega para protegerlos. Nuestra Constitución ha negado en principio la noción de derechos sociales y por tanto, ha convertido su reclamo en una problemática individual que es análoga al derecho de petición: lo que debe hacerse para exigir o volver practicable un derecho es pedirle a alguna autoridad competente que conceda la petición que el actor está solicitando. Esta figura se expresa con mayor claridad en el recurso de protección: el recurso de protección es un mecanismo individual, nunca colectivo, y por tanto requiere la individualización de un titular concreto que se vea afectado, y una acción concreta del Estado o un particular, cuya invalidación suponga el “restablecimiento del imperio del derecho”.

Para entender y ejemplificar esta problemática es útil mirar la discusión sobre el derecho a la salud, especialmente el conflicto sobre el alza de los planes de ISAPREs. Esta discusión refleja de forma más precisa el problema de los denominados “derechos sociales”, particularmente en lo tocante a su exigibilidad. La problemática comienza a partir del entendimiento de la salud en Chile como un problema privado, que debe ser resuelto por cada particular, celebrando un contrato individual con una empresa encargada de las prestaciones de salud, denominada “ISAPRE”. De ese modo, la salud se sujeta al régimen de mercado, y cada particular recibe el tipo de atención que puede pagar; si alguien no puede pagar, de modo que no es atractivo para el mercado, el sistema público de salud (FONASA) viene a compensar esa deficiencia. Todo ello es concordante con el sistema neo-liberal en que predomina la distribución acorde al mercado. Pero dado que el sistema funciona bajo la lógica de mercado, en principio las ISAPREs están facultadas para aumentar unilateralmente los precios de los planes que ofrecen, de modo que, para el consumidor final, resta una opción: aceptar las nuevas condiciones o buscar otro oferente que le provea de un plan con menor cobertura. Esta situación provocó la interposición sistemática de recursos de protección en contra del alza de los planes de ISAPREs, siendo la mayoría de ellos acogidos por vulneración al derecho a la protección de salud⁵³².

Lo que tiene de particular este conflicto es que, en su gran mayoría, ha sido resuelto por la interposición de acciones judiciales, ya sea ante las Cortes de Apelaciones (vía recurso de protección) o ante el Tribunal Constitucional. El legislador sólo ha reaccionado *ex post*, una vez que el problema ya se había manifestado, aprobando el 2005 una reforma a la Ley de ISAPREs que regulaba los mecanismos y criterios en base a los cuales las ISAPREs podían modificar unilateralmente sus planes ofrecidos. Una vez aprobada dicha reforma, continuaron las acciones judiciales para la mejor defensa del derecho a la salud,

⁵³² ZÚÑIGA, F, 2011, “La declaración de inconstitucionalidad de la Ley de ISAPRES en el Tribunal Constitucional”, en *Anuario de Derecho Público UDP*, 2011, p. 54.

esta vez apuntando sus dardos a la inaplicabilidad de la norma reformada de la Ley de ISAPREs, el art. 38° ter. Ello ante el silencio de otros organismos técnicos y administrativos llamados a regular el mercado: la Superintendencia de ISAPREs manifestó que no se podía revisar judicialmente una tabla de factores que fue democráticamente consensuada en el Congreso⁵³³.

Y he aquí el primer problema que la judicialización de los derechos sociales provoca: la deslegitimación del Congreso Nacional. En algún sentido, la judicialización de los derechos sociales es la respuesta inminente ante un profundo déficit de la democracia representativa: como los órganos democráticamente electos están atados a las trampas de la Constitución, que distorsionan la voluntad popular, y además muchos de los representantes, de todos los sectores, están vinculados a conflictos de interés, la ciudadanía no confía en que sus decisiones se traduzcan en proyectos de ley⁵³⁴. Así, para protegerse del abuso empresarial, los ciudadanos buscan refugio en los Tribunales, suponiendo que ellos no están sujetos a consideraciones políticas y fallan de modo “técnico”, es decir, simplemente aplicando el derecho. Este desplazamiento de legitimidad desde el Congreso hacia los Tribunales no es advertido o combatido por los ciudadanos, aliviando la presión social para una reforma que profundice la democracia y la representatividad.

Crear que la solución a la falta de democracia y de *accountability* de los parlamentarios es desviar la atención y poner la mirada en los Tribunales tiene un enorme perjuicio para las posibilidades de articulación del conflicto social. Ello es así por la naturaleza propia de la acción jurisdiccional. La naturaleza propia de la actividad política requiere que el único interés de los parlamentarios sea la

⁵³³ CODDOU, A, 2010, “El nuevo Tribunal Constitucional y los derechos sociales: El caso de las ISAPRES”, en *Anuario de Derecho Público UDP*, 2010, p. 57.

⁵³⁴ En 2002, un proyecto de ley que implementaba un Fondo de Compensación Solidaria en Salud, como parte del Plan AUGE, fue abandonado como parte del proceso de negociación (con un Senado integrado aún por senadores designados) para aprobar el plan AUGE en su totalidad. Cfr. ATRIA, 2013a, *Op. Cit.*, pp. 49-51.

representación del interés general, es decir, “del pueblo”. En la actividad política, declararse representativo de una sola parte de la población, o bien la evidencia de que se está sujeto a conflictos de interés, basta para poner en duda su propia función. Por otro lado, la actividad jurisdiccional requiere la completa independencia del juzgador, haciendo así probable que la decisión a la que se arribe sea una decisión imparcial, que no se abandere por ninguna de las partes en conflicto. De esta forma, el juez tiene como principal función aplicar el derecho de manera imparcial, no pudiendo considerarse a sí mismo como representante de algún grupo en particular o siquiera del pueblo en su conjunto: él debe obediencia a la ley. Esto significa, por tanto, que en su decisión no puede tener en consideración los efectos que provoque su sentencia a la población; su decisión se agota en la correcta fundamentación jurídica del fallo. De esta manera, no puede confiarse en que el actuar jurisdiccional represente adecuadamente una reivindicación social –como, en este caso, el de los más afectados por las alzas en los planes de ISAPREs-. De hecho, si lo hiciera, estaría faltando en algún modo al recto proceder de su función.

Ella desde el punto de vista de la función jurisdiccional: ella se vería alterada significativamente, y deslegitimada por tanto, si se advirtiera que en su proceder no responde a la aplicación del derecho sino a los efectos sociales o al ánimo de establecer una diferencia positiva a favor de un grupo determinado. Por otro lado, desde el punto de vista de los propios movimientos y reivindicaciones sociales que alegan por un sistema más equitativo, el rol corrector del Tribunal será siempre imperfecto. Esto es lo que generalmente se denuncia respecto a la exigibilidad de los derechos sociales: al volverlos exigibles, se condena a ellos a representar un mínimo posible, no una reivindicación completa⁵³⁵. En una de las sentencias que declaró la inaplicabilidad del art. 38° ter, el Tribunal Constitucional afirmó que *“la Constitución no asegura a las personas poder permanecer en un determinado plan o seguro de salud, ni menos a hacerlo por un precio inalterable.*

⁵³⁵ Cfr., por todos, ATRIA, F, 2004, “¿Existen derechos sociales?”, en *4 Discusiones: Derechos Sociales*.

*La obligación impuesta [...] es diversa a los derechos de las personas a permanecer en un plan o más precisamente a mantener inalterable un precio de un seguro destinado a cubrir los costos en que incurran en materia de salud*⁵³⁶. Debe tenerse en cuenta, además, que en nuestro país las sentencias tienen por lo general un efecto relativo a las partes, no siendo obligatorias respecto a quienes no han estado involucrados en el proceso. Adicionalmente, el Tribunal Constitucional ha sido reacio a emplear la facultad de declarar inconstitucional una norma en abstracto⁵³⁷, precisamente advirtiendo las críticas a dicha facultad en tanto lo configuran como “legislador negativo”. Ambas consideraciones provocan que el reclamo jurisdiccional origine un resultado eminentemente individual, desagregando así los intereses de la comunidad. La exigibilidad judicial invisibiliza la naturaleza universal de los derechos humanos, provocando que la protección otorgada se genere exclusivamente para un ciudadano en particular. Todo ello es concordante con la visión de derechos fundamentales que los miembros de la Comisión impregnaron en la Constitución, por la vía de los mecanismos destinados a protegerlos.

A esto se suma la disparidad de criterios con que los tribunales muchas veces adjudican las cuestiones, y a que, como se ha reseñado anteriormente, las normas constitucionales no otorgan todos los parámetros de resolución de casos, irrogando un serio perjuicio a la seguridad jurídica. El argumento que se ha usado para rechazar recursos de protección sobre ISAPREs se ha basado en calificar como “razonable” el alza, si ella está justificada en “alteraciones sustanciales de sus costos”⁵³⁸. Es decir, los tribunales no sólo realizan una aplicación del derecho vigente, sino también una apreciación propia de la ciencia económica: dependiendo de ello, existe un número importante de recursos que han empezado a ser rechazados, generando una desigualdad jurídica en la forma en que se

⁵³⁶ STC 976-08, en CODDOU, A, *Op. Cit.*, p. 55.

⁵³⁷ ZÚÑIGA, 2011, *Op. Cit.*, p. 54.

⁵³⁸ Ver, por ejemplo, C. Santiago, 19 de Junio 2014, Rol N° 80237-2013. En línea < www.legalpublishing3.cl >. Consultado el 9 de julio de 2015.

entiende el derecho a la salud: para quienes el recurso se acoge, la Constitución prohíbe el alza de planes; para quienes se rechaza, la Constitución lo permite.

Todo lo dicho sobre el mercado de la salud y la despolitización propia del sistema de exigibilidad judicial, encuentra un correlato importante en el derecho del trabajo. El principio protector del derecho del trabajo obliga a buscar fórmulas que permitan equiparar el poder negociador de empresarios y trabajadores: esa es la base desde la que parte. Paradigmáticamente los mecanismos por los cuales el potencial negociador se equipara son la negociación colectiva y la huelga: ambos le devuelven a los trabajadores el poder de decisión sobre uno de los principales factores productivos, el recurso humano. En ese sentido, el nivel de sindicalización es reflejo de la politización de la ciudadanía. Por cierto, el constituyente de 1980, contrario a la conflictividad propia de la política, decidió poner amplias trabas y requisitos para poder acceder a la huelga, poniéndola como el punto final del proceso de negociación colectiva reglada y permitiendo al empleador el reemplazo de los trabajadores en huelga, cumpliendo ciertos requisitos. Estos requisitos significan que la huelga se mira como una solución final, de *última ratio*, y no le otorga la característica de solución de urgencia que asegura su utilidad como transferencia de poder negociador: la politización y articulación de la demanda social es, en gran medida, dependiente de la cultura y conciencia cívica de los ciudadanos que estén dispuestos a soportar los costos de coordinación que la articulación social exige. Si esa cultura no se fomenta, la desarticulación es casi inminente. En Chile, la solución del conflicto laboral ha sido entregada a organismos administrativos, como alternativa a entregarles a los propios trabajadores el poder de influir en su ambiente laboral. En el caso de la Mina San José, se cursaron múltiples multas por parte de la Inspección del Trabajo, se cerró una vez por el Servicio Nacional de Geología y Minería, fue reabierto, y por último

se interpuso un recurso de protección, que fue rechazado por la Corte de Apelaciones de Copiapó⁵³⁹.

Notar que la posibilidad de articulación es un asunto cultural es tremendamente importante. La misión despolitizadora de la Constitución de 1980 no se hizo explícita en las actas ni se prohibió derechamente en las materias que específicamente regulaban el derecho al trabajo o los derechos sociales. Sin embargo, tras la persecución política del período 1973-1989 y el constante llamado a desarticular los focos de conflicto (sindicatos, organizaciones estudiantiles, organizaciones ciudadanas), se generó una cultura de despolitización que perdura hasta nuestros días. Con ese antecedente a la vista, las instituciones de la Constitución que están encargadas de encausar el conflicto social deben reestudiarse: hoy en día ellas cumplen una función despolitizadora importante, lo que se ha traducido –entre otras causas- en una desconfianza sistemática hacia los partidos políticos y otras formas de expresión de la ciudadanía, que miren a intereses más allá del interés gremial y busquen la expresión del interés general.

2.4 Libertad de expresión

En la década del '90 se presentó un importante conflicto por la necesidad de aislar la influencia de la Iglesia Católica en materia de libertad de expresión y creación artística. En 1992, la Iglesia Católica presionó para que se prohibiera un concierto de la banda británica Iron Maiden, que finalmente se presentó en toda Sudamérica, pero no en Chile⁵⁴⁰. En 1997, la Corte de Apelaciones de Santiago

⁵³⁹ UGARTE, C, 2015, “El trabajo en la Constitución chilena”, en BASSA, J. “et al”, *La Constitución chilena: una revisión crítica a su práctica política*. Santiago: LOM Ediciones, p. 138.

⁵⁴⁰ LOVERA, D, 2010, “El mito de la libertad de expresión en la creación artística”, en *Revista de Derecho*, Vol. XXIII, N° 1, Julio 2010, p. 157.

prohibió la exhibición de la película “La Última Tentación de Cristo”, argumentando que la película presentaba a la figura de Jesucristo de forma deformada y humillada, de modo que se afectaba su honra personal y la de la Iglesia Católica. Dicha sentencia fue confirmada por la Corte Suprema, lo que le valió a Chile una condena por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que en última instancia derivó en la reforma constitucional que prohibió la censura previa en Chile.

Dicho contexto provocó un cambio en la tendencia de la jurisprudencia nacional hacia la permisión cada vez más absoluta de emisión de obras artísticas. Sin embargo, los fundamentos no han variado del todo. En 2003, la Corte de Apelaciones de Santiago rechazó un recurso de protección interpuesto en contra de la obra “Prat”, argumentando que *“el protagonista que en ella figura resulta en definitiva tan desfigurado, ubicado en un contexto tan ajeno al de la epopeya naval, y rodeado de personajes tan diferentes de los reales compañeros de su gesta, que no es posible identificarlo a él con personas determinadas [...] ni menos confundir los acontecimientos allí narrados con los actos heroicos que realizara el Capitán Prat”*⁵⁴¹. Esta decisión no está fundada en un reconocimiento irrestricto a la libertad de expresión y creación artística, sino en una suerte de argumento de crítica de cine, un argumento de hecho en el cual se estima que el honor de Prat no se ve dañado en el caso concreto⁵⁴².

Lo relevante de identificar estos casos es notar que, pese al cambio de tendencia hacia la prohibición de la censura previa (motivado especialmente por la reforma constitucional en el mismo sentido), los fundamentos de los tribunales llamados a interpretar la Constitución continúan siendo conservadores. En el caso

⁵⁴¹ C. Santiago, Rol 5681-02, en LOVERA, *Op. Cit.*, p. 168.

⁵⁴² Que las figuras históricas puedan tener un “honor” que defender no es puesto en duda por la Corte Suprema, al confirmar la resolución, lo que presenta un rasgo de continuidad con la decisión que censuró La Última Tentación de Cristo. Cfr. LOVERA, *Op. Cit.*, y ANGUIA, P, 2005, “El Derecho a la Información”, en *Revista Derecho y Humanidades N° 11*, p. 281.

del programa “Papavilla”, el Consejo Nacional de Televisión admitió que *“la Iglesia ha influido substantivamente en la formación de los valores culturales y morales de la Nación chilena”*⁵⁴³, cuestión que es confirmada implícitamente por la Corte en el caso de “Vírgenes Fashion Show”, un desfile de modas que presentaba prendas inspiradas en la Virgen María, señalando que *“no se advierte que las impropias e inconvenientes imágenes que conforman la obra del recorrido puedan afectar la libertad de conciencia de los recurrentes ni parece que esta representación tenga la importancia y aptitud suficiente para influir en las convicciones religiosas de los ciudadanos”*⁵⁴⁴. La preocupación central de la Corte continúa siendo la posibilidad de afectar el “honor” de la Iglesia Católica, con lo cual se pone en línea, inadvertidamente, con la argumentación de la Comisión Ortúzar, que creía ver en los valores cristianos un principio indiscutido de unidad y tradición nacional.

En la discusión de la Comisión Ortúzar se pudo apreciar, por otro lado, una concordancia en los tópicos tratados a propósito de libertad de expresión y la educación, tanto en su vertiente de derecho a la educación como a la libertad de enseñanza. La relación entre ambas pasaba por el pluralismo político y los efectos sociales que podía tener la transmisión de información y conocimiento de ideologías determinadas. Como por azar de la historia, estas tres nociones (libertad de expresión, educación y pluralismo político) confluyeron, casi 30 años después, en lo que serían las decisiones de los órganos jurisdiccionales en lo tocante a las movilizaciones estudiantiles, especialmente de los años 2006 y 2011, donde el conflicto alcanzó sus puntos más altos, produciéndose tomas prolongadas de los establecimientos secundarios por parte de sus estudiantes.

En 2006, se presentaron dos recursos de protección a favor de estudiantes del Liceo 1 y del Liceo Lastarria, que habían sido expulsados de sus

⁵⁴³ LOVERA, *Op. Cit.*, p. 172.

⁵⁴⁴ *Ibíd.*, p. 175.

establecimientos por participar en la toma de los mismos. En ambos casos, la Corte de Apelaciones de Santiago acogió los recursos de protección y ordenó el reintegro de los alumnos expulsados, cuestión que fue confirmada por la Corte Suprema. La opinión concurrente del Ministro Carlos Cerda fundamentó la decisión desde el punto de vista de la libertad de expresión: señala que el proceso educativo consiste:

“[N]o solamente el aprender modales, decoro social y respeto a las reglas que rigen la convivencia de su establecimiento, sino que mucho más y antes que eso, el asumirse como miembro de una generación de jóvenes que tiene la obligación de coparticipar en la construcción de la patria, sobre todo en lo que hace a las temáticas más compatibles con su edad y situación, en las cuales se va forjando su personalidad y madurez”⁵⁴⁵.

Este argumento pretende fundar que es parte de la “libre manifestación de ideas” el participar de la toma o paralización del establecimiento. Este criterio sería recogido posteriormente en 2011 cuando la Corte de Apelaciones determinó que no era posible ordenar el desalojo del Liceo Carmela Carvajal de Prat, por encontrarse sus alumnas amparadas por la libertad de expresión. En un sentido similar, la Corte determinó el 2006 que la manifestación expresada en una toma se asemeja en un sentido relevante al derecho a huelga; sin embargo, en el caso del Liceo 1 el voto en contra sostuvo que no pueden equipararse el derecho a huelga con la idea de una toma, pues la primera es una institución reglada que sólo se ubica al final de un camino de negociación colectiva, mientras que la toma de un establecimiento es derechamente un hecho ilícito⁵⁴⁶.

⁵⁴⁵ MATTE, A, 2011, “Movilizaciones estudiantiles y el derecho de los estudiantes a la libertad de expresión como límite a la libertad de enseñanza”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol 38 N° 1, pp. 173-185.

⁵⁴⁶ *Ibíd.*

Pero este criterio no ha sido unívoco. El 2014, la misma Corte de Santiago –en redacción del abogado integrante Joel González, el mismo que interpuso el recurso que terminó en la censura de “La Última Tentación de Cristo”- acogió un recurso de protección interpuesto por apoderados del Instituto Nacional, dejando sin efecto un “Protocolo” de acuerdo que habría sido celebrado entre los alumnos de ese establecimiento y la alcaldesa de Santiago, Carolina Tohá, y que habría fijado condiciones para futuras movilizaciones y pisos de negociación para solucionar futuros conflictos. En términos de la Corte, este “Protocolo” presupone y ratifica en los hechos el mecanismo de las “tomas”, que para el órgano jurisdiccional serían ilegales. Rechaza la Corte el argumento de que el conflicto estudiantil sea de naturaleza política, y explica que no se puede utilizar un sistema democrático –una votación- como fundamento de una medida de fuerza –la toma-. Concluye, por último, que la libertad de expresión tiene como límite el respeto a otros derechos, como la propiedad sobre el derecho a educarse y la libertad de enseñanza⁵⁴⁷.

Toda esta problemática sobre la legitimidad de las tomas de establecimientos, y su encuadre dentro de la libertad de expresión puede verse como una conclusión de los problemas reseñados en la mayor parte de este Capítulo. En primer lugar, la falta de seguridad jurídica es evidente. En los años 2006 y 2011, cuando la opinión pública mostraba el más alto apoyo a la movilización estudiantil, la Corte determinó que la toma de un establecimiento era una acción amparada por la libertad de expresión, ignorando completamente el problema de la posible vulneración a los derechos de terceros; expresión esta última que se convertiría en la fundamentación para prohibir las tomas del Instituto Nacional desde el 2014, sin que exista consideración explícita alguna que permita entender el cambio. En lo fáctico, la manifestación conocida como “toma” no ha cambiado en lo absoluto entre los años 2006, 2011 y 2014: los estudiantes de un liceo determinado realizan una votación entre ellos y “deciden” que el colegio se

⁵⁴⁷ C. Santiago, Rol N° 39022-2014.

encuentra en estado de “toma”, situación que los profesores toleran por omisión, por regla general, o incluso manifiestan su adherencia, como en los casos del 2006 y 2011. ¿Qué puede justificar el cambio de decisión? No hay nada en el razonamiento de las Cortes que permita entenderlo. De hecho, en el caso del Liceo 1 el voto que calificaba a la toma como ilegal fue desechado.

Otra contradicción manifiesta la problemática de resolver un asunto político por la vía jurisdiccional. Razón tiene la Corte el 2006 al equiparar la toma de un establecimiento con la huelga: ambas son formas de manifestación que históricamente no han sido reconocidas por el derecho. La huelga en sí no tiene su origen en una autorización jurídica, sino en una situación fáctica en que los propios trabajadores decidieron paralizar las funciones productivas; no fue sino con posterioridad que se le dio recogida jurídica⁵⁴⁸. El “Protocolo” de Carolina Tohá era un intento de analogar esa evolución al ámbito del conflicto estudiantil. Lo que pretendía era fijar instancias de conversación y regular las maneras en que los estudiantes podían llegar a aprobar una toma, de la misma manera que el denominado “derecho a huelga” pretende fijar reglas a la manifestación y negociación entre empleadores y trabajadores. Al rechazar esta posibilidad el 2014, imponiendo la obligación de desalojar las tomas a la brevedad, la Corte pretende rechazar sistemáticamente la posibilidad de calificar el conflicto como un conflicto político, reduciéndolo a la ilegalidad. Enfrentado a la dicotomía de resolver un problema social de manera política, es decir, permitiendo el enfrentamiento público de dos posturas, la Corte elige resolverlo a la manera conservadora: en materia educacional no hay espacio a lo político, no hay espacio a la confrontación de ideas; lo que hay es que si los estudiantes no se manifiestan de formas que no perturben el espacio social, entonces se convierte su posición en inmediatamente ilegal, con la respuesta evidente que lo único que hay para ellos es la represión.

⁵⁴⁸ UGARTE, J, 2015, *Op. Cit.*, p. 135.

Conclusiones

I. No hay, en la historia chilena, alianza política que sea, al mismo tiempo, tan contradictoria en sus términos como efectiva políticamente, que la alianza liberal-conservadora. No debe agotarse su análisis en el cálculo estratégico entre los dos grupos electorales específicos, que significó la cuestión del sacristán: esta alianza cobra verdadera fuerza cuando se entiende que representa la unión de dos tradiciones políticas, de dos formas de entender el mundo, que se alían en tanto comparten un enemigo común: el avance de ideas socialistas y en especial la teoría marxista, que en nuestro país comienza a cobrar fuerza con la cuestión social.

Pero también es necesario atribuir correctamente las etiquetas. La fusión conservadora-liberal chilena tiene mucho más de conservadora que de liberal. Esta dualidad y tensión entre ambas tradiciones se aprecia más profundamente en la discusión que rodea al proceso constituyente de 1980, en especial en lo relativo a la conducción del proceso. Aquí Jaime Guzmán fue enfático en señalar que la dirección la ejercía él y no el equipo económico, y en ese esfuerzo, optó por abandonar las categorías neo-liberales, lo que explica su retorno a la política redistributiva y un alejamiento del pensamiento ortodoxo de Hayek. Con todo, tanto el equipo económico como los comisionados constituyentes utilizan las categorías liberales, pero desprendidas de sus metas políticas: hoy los neo-liberales no tienen como misión luchar contra la desigualdad, y su fundamento por tanto no es emancipatorio, no busca cambiar radicalmente las estructuras proporcionadas por el sistema capitalista. Los liberales chilenos no están comprometidos radicalmente con una igual libertad, y su defensa de la propiedad se convierte así en una defensa del privilegio. El conservador entra a esta contienda preocupándose por la cristalización de valores a los que admira como fines trascendentes: como se vio en los apartados relativos a la agenda valórica,

tanto en la Comisión Ortúzar como en la jurisprudencia, la Constitución chilena no busca encausar o maximizar la posibilidad de elección de la ciudadanía, sino controlarla, restringirla.

Al agregar los instrumentos ideológicos liberales, el conservadurismo no se asemeja a la corriente de la contra-ilustración británica expresada por Edmund Burke. Su principal inspiración es el franquismo y por tanto, su principal enemigo es el marxismo, a quien ve como un “injerto extranjerizante” (esta expresión es común en los trabajos de Eduardo SOTO KLOSS). Dada esta preocupación por mantener la “tradición nacional”, y rechazar cualquier forma de argumentación ética ideal, el conservadurismo chileno termina desarrollando una dogmática constitucional *sui generis*, sin grandes análisis de epistemología o filosofía. El conservadurismo chileno es profundamente pragmático, lo cual se vislumbra con claridad en la forma literal en que asumen la mayoría de las nociones y valores políticos y sociales. En toda la Declaración de Principios de la Junta de Gobierno, en la discusión sobre las bases de la institucionalidad y especialmente en lo tocante al concepto de “politización”, queda clara la simpleza argumentativa de sus postulados. La lucha de clases –y cualquier forma de conflicto social, debe decirse- es rechazada porque, al proponer dos grupos separados, atenta contra la “unidad”. De la misma manera, la libertad es entendida como una noción literal: se basa en la idea Hayekiana de la libertad como no-interferencia, pero al entenderla extremadamente literal, se entiende que cada vez que el Estado desea restringir algo, se está “atentando” contra la “libertad”. En ese sentido, la apelación a la libertad es una versión radicalizada del argumento Hayekiano.

II. La interpretación literal ya señalada se ve favorecida por el contexto institucional en que se creó. El nivel de represión política a la oposición favoreció que se reunieran bajo un mismo techo opiniones marcadamente similares entre sí. Esta situación permitió un nivel de justificación marcadamente bajo, en el cual

apelar al “sentir nacional” o la “tradición nacional” se convirtió en la razón justificatoria predominante. Esta forma de apelar a dichas nociones se convierte en una petición de principios: el sentir nacional o la tradición incluyen determinadas consecuencias (por ejemplo, la opción política es el presidencialismo porque así lo demuestra el sentir nacional), pero cuando se intenta descubrir por qué el sentir o la tradición incluyen dichas consecuencias, se deja el argumento sin respuesta. No se justifica por qué ciertos elementos pertenecen a la tradición nacional ni se da cuenta de ello. Pero exigir algo distinto es especialmente ingenuo si se tiene en cuenta que la discusión se daba “entre amigos”. Al decir “entre amigos”, quiere significarse que las personas que integraban la discusión constituyente compartían una importante cantidad de principios morales y cosmovisiones: son “amigos políticos”, personas que podían reconocer conceptos comunes como parte de sus propias biografías, de modo tal que la discusión entre ellos no manifiesta sus puntos de desencuentro, los cuales son escasos. Esto permite que todas las discusiones se zanden rápidamente, precisamente apelando sin mucha distancia a un conjunto de valores determinado, al cual no era necesario asignarle contenido, puesto que su formulación se entendía como aceptación general. La discusión “entre amigos” impide que se forme el desacuerdo, y por tanto, facilita que se asuma, como se dio en la Comisión Ortúzar, que la forma en que ellos interpretaban los distintos conceptos y nociones políticas era el sentir general de la población.

III. Debe decirse algo sobre la utilidad de un Capítulo entero que estudie las actas de la Comisión Ortúzar, ya que hoy en día la apelación a las actas, como forma de interpretación constitucional, está abandonado (sin perjuicio de que, como se reseñó en la Introducción, parte de nuestra doctrina todavía le asigna un valor, que no vinculante, pero sí al menos consultivo). Al respecto, ha de decirse lo siguiente: esta tesis no pretende demostrar que los planteamientos de la Comisión Ortúzar sean vinculantes en un sentido jurídico, y que los mandatos y prohibiciones que contenga nuestra Constitución deban ser complementados

necesariamente de acuerdo a las ideas de los miembros de la Comisión. En ese sentido, este no es un argumento de técnica jurídica. La investigación lleva por título “el pensamiento conservador en la Constitución”; en ese entendido, la revisión de las actas continúa la línea de caracterizar el pensamiento conservador chileno. Al descubrir una correlación discursiva entre los conceptos y referencias usados por los miembros de la Comisión, y los intérpretes constitucionales (Tribunal Constitucional y Cortes de Apelación), deberá concluirse que quienes hayan dictado dichas interpretaciones están en línea de continuidad, a lo menos históricamente, con el pensamiento conservador chileno (es irrelevante, para estos efectos, si esa continuidad se produjo intencionadamente, o si los autores de las sentencias están o no dispuestos a declararse continuadores de la tradición política conservadora: desde el punto de vista político lo son).

Pero además, la expresión de caracteres conservadores en una interpretación con efectos jurídicos, como una sentencia, genera en algún sentido una vinculación para la comunidad. Esta vinculación no se produce en el sentido estrictamente jurídico del término (en nuestro sistema, las sentencias judiciales no son vinculantes sino para las partes), sino políticamente. Como se explicó anteriormente, la sentencia judicial no argumenta para convencer a las partes (no necesita hacerlo, puesto que tiene el poder jurídico para obligarlas), sino que apunta su labor a legitimar su decisión de cara a la ciudadanía. Sin embargo, las posiciones institucionales desde las cuales es posible interpretar de forma vinculante la Constitución son restringidas por su propia naturaleza institucional (es irrelevante jurídicamente hablando la opinión de un ciudadano en la calle o una carta al director, columna, etc). En tanto la única posición institucional desde la cual es posible interpretar la Constitución admite una clave teórica conservadora, se genera una restricción política importante para el resto de las opciones políticas liberales o comunitaristas, que ven aminorada su realización en la comunidad.

Los argumentos conservadores suelen ser más simples y declarativos que los argumentos contrarios (argumentos “progresistas”, argumentos “socialistas”, argumentos “de izquierda”, la idea es no casarse con alguna denominación). Por ejemplo, en la discusión entre CORRAL y BASCUÑÁN a propósito de la píldora, CORRAL se limita a señalar que la nueva comprensión de la persona comienza en la concepción, mientras que BASCUÑÁN extiende su trabajo para reinterpretar la norma del artículo 19 n° 1 inciso 2°. Lo mismo ocurre en la revisión que hace ATRIA sobre las atribuciones del Tribunal Constitucional para conocer de las convocatorias a plebiscitos: los conservadores se apresuran a declarar que la Constitución no permite otros plebiscitos que los expresamente señalados, mientras que ATRIA reconstruye una interpretación histórica del sentido del art. 93, que fija las competencias del Tribunal Constitucional.

Esta disparidad en el nivel justificatorio de los argumentos puede explicarse porque el conservador, más que quien no lo es, descansa más fácilmente en la facticidad de las cosas. Descansa en la inercia de que cuando no se realiza un ejercicio crítico suficiente, se es menos perceptivo a notar errores y saltos lógicos (ausencias de reglas de inferencia), y en la aceptación general de que las cosas son como lo han sido siempre, como lo han sido por tradición o a aceptar conclusiones basadas en el argumento de autoridad. Quizá por lo mismo Juan de Dios Carmona temía a la “maestría semántica” de los comunistas, y Guzmán buscó fijar como punto de partida irrevocable de cualquier discusión el valor de la familia, para que no se pudiera, por la vía de un argumento más complejo, producir un resultado no querido por los constituyentes.

IV. El análisis de las actas de la Comisión deja un par de reflexiones importantes. En primer lugar, zanja la discusión sobre el reconocimiento del principio de subsidiariedad y su naturaleza: éste encontraría recogida constitucional en la norma del art. 1° inciso 3°: “El Estado reconoce y ampara a los

grupos intermedios...”. Pero el sentido de esa norma no es el que hoy en día se le atribuye desde el punto de vista neo-liberal: no mira a la pretendida ineficiencia económica del Estado. El sentido verdadero del principio de subsidiariedad constitucional es el que los miembros de la Comisión han querido imprimirle, que es la interpretación de la Doctrina Social de la Iglesia: partir de la democracia orgánica como el privilegio de gremios y sindicatos, y favorecimiento de la asociación privada, distinguiéndola en todo momento de la participación o “poder” político. Que hoy se lea el principio de subsidiariedad mirando a la eficiencia económica no es sino una de tantas victorias que el movimiento neo-liberal acuñó para sí durante los años '70.

El concepto de democracia en los miembros de la Comisión parte de separar radicalmente el “poder social” del “poder político”, donde lo político se reduce a la lucha estéril por el poder. Quienes participan de lo político ven en el poder el fin, no el medio. Por tanto, la conducción del país debería quedar en hombres “moralmente calificados”: este concepto permite entender que, para el conservador, las categorías políticas relevantes están por fuera de la elección del pueblo, pues éste, actuando en formas democráticas, no es siempre capaz de advertir quiénes son mejores para la conducción de la ciudad. Esta ideología es la que sustenta la noción de restricción a la posibilidad de elección de la ciudadanía, justificando, entre otras medidas, la supervigilancia de las Fuerzas Armadas y la reducción de la importancia del sufragio universal, a través de los senadores designados y el sistema binominal. En la medida en que estas instituciones sean derogadas, se puede hablar con propiedad de un cambio en el concepto de democracia que impera hoy en día en la sociedad chilena.

Por último, en la dicotomía entre autoridad y libertad, que los conservadores intentan conjugar, está claro que la autoridad es la noción prevalente. La libertad debe ser ordenada al bien común, lo que permite explicar la importancia del

Presidente, y con él la noción de soberanía que contiene el acta 402°: el respeto de las instituciones no es con la decisión del pueblo, sino al “sentir de las grandes mayorías”. Como se vio en la discusión pertinente, ese concepto quería apelar a la idea de que las autoridades pueden tomar decisiones impopulares (entre las que se contarían, entre otras, la limitación a las libertades) si ellas van acorde al bien común, que es uno e inmutable. Entre los dos principios que permiten fundar la autoridad (verticalidad o representatividad), se opta por el primero. Ello sirve como primer antecedente para una idea que será importante a continuación: que el poder ejercido por el constituyente de 1980 es un poder monocrático, no democrático.

V. ATRIA, en diálogo con CRISTI, sostiene que la decisión de atribuirle a la Junta el poder constituyente es una decisión política controversial, que no depende de una teoría determinada, sino de una convicción política. Pero sostiene, además, que la Junta misma estaba, en papel, apelando a la voluntad del pueblo para justificar el ejercicio de su poder, y que esa es la noción que requeriría disputarse: si acaso el poder de la Junta es verdaderamente constituyente o no, si representa verdaderamente al pueblo o no. Pero acá se comete una asociación de términos que no es necesariamente verdadera: la idea de que el poder sólo puede ser constituyente cuando representa la voluntad del pueblo. Esto no es necesariamente correcto en los conceptos; sólo lo es en virtud de una teoría, por supuesto de común aceptación entre todos los teóricos y políticos de izquierda, profundamente democrática (de hecho, el mismo Schmitt admite la posibilidad de un poder constituyente ejercido “por el príncipe”).

Lo que CRISTI muestra es que, en 1973, la irrogación del poder constituyente se produce en una forma en que no representa la voluntad del pueblo, aunque se diga así por razones estratégicas, lo cual es admitido tanto por CRISTI como por ATRIA. Lo que falta por señalar es que lo mencionado

estratégicamente no es sólo el carácter de dictadura comisaria de la Junta, sino toda la legitimidad de su actuar, puesto que en los términos de la Junta se pretendió inicialmente que fue “el pueblo” el que le encargó conformar una nueva institucionalidad. Aquí ATRIA sostiene que no se puede mirar a lo que los agentes (creían que) estaban haciendo para imputar el reconocimiento del poder constituyente, pero para mostrar que el poder constituyente es siempre una referencia al pueblo, apela precisamente a las declaraciones públicas del régimen y sus partidarios.

Precisamente, el punto de CRISTI es este: es enteramente posible que, pese a que se diga públicamente que se está apelando a la voluntad del pueblo, en realidad se apele a un poder constituyente distinto, un poder constituyente que funciona al modo de la monarquía: ignorando el dogma de la representación popular, y conectando su legitimidad directamente con una fuente divina, a través de principios de aplicación directa, y apelando a su efectividad, lo que explica, en definitiva, la afirmación del régimen de que la validez de los decretos-leyes sea que ellos “funcionan” para ir “probando” la nueva Constitución en el tiempo. Esta noción también permite entender por qué al régimen militar se le dio tanta libertad, libertad que no tendría ni siquiera el Presidente en los estados de excepción del articulado definitivo de la Carta de 1980. Todo ello es posible porque la fuente de inspiración fundamental de Guzmán no es simplemente Schmitt, sino la doctrina del derecho natural, propia del pensamiento conservador.

Esto es exactamente lo que ocurre en 1973. El argumento de ATRIA contra CRISTI alcanza para derribar la noción de “constitución de 1973”, pero ello no derriba el argumento completo –pues la idea de “constitución de 1973”, aunque celebrada en el libro, no es realmente parte central del argumento-. Es el poder constituyente afirmado en 1973 el que da inicio a la discusión sobre la Carta de 1980, máxime si se considera que la propuesta de construir una nueva

Constitución nació apenas 2 días después del golpe militar. La Comisión Ortúzar, en calidad de comisionado o mandatario de la Junta, comparte una concepción de la soberanía que no se erige como voluntad o representación del pueblo, lo que se puede apreciar en la idea de autoridad presente en la Comisión, ya expuesta en la conclusión anterior.

ATRIA sostiene que la explicación a por qué el régimen militar fue tiranía y no dictadura fue que el régimen se negó a constituir, es decir, se negó a actualizar sus potencialidades por la vía de fijarse reglas autoimpuestas; en ese sentido, la aparición de la Carta de 1980 sería otra pieza de la “tensión” entre tiranía y dictadura que sólo se resolvió al reconocer el resultado del plebiscito de 1988. Todo esto deja intacta la pregunta por la significación del Plan de Chacarillas que expone GARRETÓN. El Plan pretendía fundar una transición política no reglada, pero posterior a ello, fijar una construcción constitucional (es decir, constituir), con Pinochet a la cabeza.

Por tanto, ¿Qué se quiere decir cuando se afirma que la adjudicación de la cuestión del poder constituyente en 1973 es política? Por supuesto, ese argumento mira en retrospectiva a la posibilidad de legitimar el régimen militar, pero también dice mucho sobre las condiciones de posibilidad de un cambio constitucional en la actualidad. Quien realiza una distinción radical, a la manera del profesor FUENTEALBA, entre soberanía y legitimidad, entiende que sólo puede haber legitimidad por el camino institucionalmente prefijado (y, por lo mismo, denuncia la separación entre legalidad y legitimidad como un acto que legitima la violencia política). ¿Qué concluye un argumento como ese respecto al golpe de Estado? Como es obvio, concluye que lo que ocurrió ahí fue pura violencia política, y en tanto tal, es ilegítimo: la única fuente de legitimidad sería la institucionalidad de 1925. Como apunta ATRIA, dicha fuente de legitimidad también es controversial, y si seguimos cuestionando la fuente última de legitimidad,

llegaremos al absurdo de Kelsen: la norma fundamental es hipotética, por lo que la legitimidad de la Constitución de 1925 es un supuesto, lo que deja intacto el problema.

La deficiencia de ese argumento es que, si se mira en el presente, también estaría dispuesto a mirar como pura “violencia política” un camino como la Asamblea Constituyente, porque reconoce validez institucional sólo en las reglas vigentes; siendo así, queda constreñido a (i) reconocer la validez de un poder constituyente, el de 1980, que funciona a la manera de la monarquía (conclusión inaceptable para un demócrata), (ii) a buscar la fuente de la legitimidad actual en la Constitución de 1925 (argumento inaceptable por anacrónico), o (iii) a ignorar sistemáticamente el punto negándose a la posibilidad teórica de una Asamblea Constituyente.

Otro argumento es el que contiene el libro de CRISTI, pero correctamente construido: en 1973 empieza a funcionar un poder constituyente distinto a 1925; no porque aquel no tenga respaldo expreso en las disposiciones de la carta, como correctamente apunta ATRIA, sino porque su pretensión es fundar un nuevo sistema que no esté limitado por el anterior (a esto apunta MAYOL con la noción de “contra-reforma”, lo que se ve confirmado por la idea de “nueva institucionalidad” de Guzmán, que a su vez permite entender verdaderamente el sentido del Decreto Ley 1, cuando señala que se va a respetar la Constitución anterior en la medida que la Junta lo estime). Esta forma de entender la situación debe incluir también el hecho de que, aunque por razones de imagen internacional se dijo que se estaba respondiendo a un llamado de la ciudadanía, en realidad el poder constituyente de la Junta pretendía funcionar a la manera de un poder constituyente monárquico: sin emanar su legitimidad del pueblo (lo que se explica, en parte, por la declaración de los profesores de la Universidad Católica sobre el plebiscito). Lo contrario, es decir, creer que todo poder constituyente es equivalente al pueblo por

definición, porque lo signifiquen así las palabras, y no por ser partidarios de una teoría radicalmente democrática, deja sólo dos opciones: o imputarle las decisiones del período 1973-1990 al “pueblo” (incluyendo el llamado a golpe y la dictación de una nueva Constitución), o declarar que en realidad la Junta no ejerció poder constituyente, sólo poder constituido, o dictadura comisaria, lo que significaría que todo lo hecho (incluyendo excluir al marxismo, prohibir el aborto, instaurar un nuevo Tribunal Constitucional, etc) no sería más que la reconstrucción de una institucionalidad vigente hasta 1970 pero quebrantada por la UP. Ambas tesis no son compatibles con un pensamiento democrático. Las otras opciones no son enteramente viables: adjudicarlo como tiranía tiene el problema ya reseñado; adjudicarlo como violencia política supone, de nuevo, la distinción radical entre soberanía y legitimidad.

Con todo, es correcta la acotación de que dicho poder, el poder constituyente monocrático de la Junta, no se agota en 1989 porque no es posible hablar de una “toma de poder parcial”; pero precisamente ese es el punto en que se basa toda nuestra problemática constitucional actual. Hoy en día la sociedad chilena se encuentra en la encrucijada de reconocer una Constitución que pretendidamente funciona a la manera de la monarquía: derivando su legitimidad de principios trascendentes e inmutables (como si derivaran del reconocimiento unívoco de la voluntad divina), y no de representar al pueblo. Si se entiende que la fuente de las “trampas” constitucionales deriva de esta problemática, se comprende de mejor manera la demanda de una Asamblea Constituyente que no reconozca normatividad en el entramado constitucional de Guzmán: éste es, al mismo tiempo, un reclamo por el ejercicio de un poder constituyente que verdaderamente emane del pueblo. De lo contrario, si se aceptara alguna de las tesis señaladas en el párrafo anterior, habría que decir que el pueblo mismo eligió auto-limitarse; se puede estar en desacuerdo con la teoría liberal o conservadora, pero no habría razón justificada para sostener su ilegitimidad, pues sería una decisión atribuible al pueblo mismo. Sólo a partir de la comprensión del período

constitucional de 1973-1990 como el ejercicio de un poder constituyente similar al monárquico, se puede entender correctamente el origen concreto del problema constitucional chileno.

VI. Una Constitución no es conservadora según las palabras que usa, ya que según la distinción de Hart entre concepto y concepción, las mismas palabras de aceptación general (“libertad”, “justicia”, “democracia”) pueden hacer referencia o ser interpretadas de forma distinta. Una Constitución se torna conservadora cuando la justificación de sus normas, expresadas en la intención del constituyente, se realiza con categorías conservadoras (antidemocráticas, apolíticas, autoritarias), de modo tal que la interpretación que se haga de ellas lleva a consecuencias también subsumibles bajo una pretensión conservadora. Ambas cosas han ocurrido en Chile.

Por eso es importante que, para que una Constitución sea realmente democrática, intervengan la mayor cantidad de actores posibles, siendo realmente participativa. Mientras menos actores intervengan, mayor es la posibilidad de que el diálogo constituyente se realice “entre amigos” (como ya se aclaró: entre personas que comparten un número importante de concepciones), y por tanto se entregue un bajo nivel de justificación que admita normas y mecanismos que, en otras condiciones, no se admitirían. Por ejemplo, si el proceso constituyente de la Constitución de 1980 hubiese sido realmente democrática, otros sectores políticos habrían tenido la oportunidad de intervenir en la Comisión y habrían cuestionado qué significan realmente conceptos como “esencia del derecho”, “naturaleza humana”, o “chilenidad”, estableciendo dudas legítimas sobre la funcionalidad e inspiración de dichos conceptos. De esta manera, se habría forzado a buscar otros conceptos y justificaciones, o a dotar a ellos de una mayor concordancia con la verdadera voluntad de la mayoría, siendo así más representativa.

Esta posibilidad no es enteramente utópica o ilusoria, pudiendo graficarse en el apartado “valórico” de la Comisión Ortúzar, donde existieron las discrepancias más profundas entre un sector radicalmente católico y un sector moderado: Guzmán y Díez buscaron implantar una idea teológica (prohibir el divorcio y el aborto), y fueron rechazados por Silva Bascuñán y Ovalle, precisamente cuestionando la tradición desde donde se extraían conceptos como la “integridad” de la familia o el derecho a la vida.

Elo permite aportar a la actual discusión constitucional en el siguiente sentido: el criterio de justificación de un proceso constituyente no es (sólo) cuantitativo, como queriendo decir que al añadir una persona más, o al fijar un “mínimo” de representación, la Constitución adquirirá un carácter de legitimidad y democracia por este sólo hecho. Un proceso participativo como una Asamblea Constituyente hace realmente probable que los conceptos que se empleen en la futura Constitución se escojan, fundamenten y redacten como corresponda realmente a la voluntad soberana.

Revitalizar una teoría democrática del poder, que se oponga al sentido monárquico y autoritario de la Constitución de 1980, supone, en primer lugar, el ejercicio de revisar críticamente las concepciones que hoy se asumen como normales (como la noción clásica de que la democracia implica respeto a las minorías, que en el contexto chileno no es otra cosa que darle veto a la derecha, o que la democracia supone fijar un conjunto de valores esenciales e inmutables, lo que en la práctica supone una limitación al pluralismo político). En segundo lugar, supone reestructurar las instituciones vigentes para darle mayor peso político a un ejercicio soberano que derive realmente del pueblo, y no de formas monocráticas o autoritarias del ejercicio del poder.

Bibliografía

- ANGUIA, P. 2005. “El Derecho a la Información”, en *Revista Derecho y Humanidades N° 11*.
- APSI. 1981. *Las Críticas del Grupo de los 24*.
- ARQUEROS, C. “La capacidad intuitiva de Renato Cristi”, en El Mostrador Online. En línea < <http://www.elmostrador.cl/opinion/2013/12/06/la-capacidad-intuitiva-de-renato-cristi/> >. Consultado el 12 de Diciembre de 2013.
- ATRIA, F. 2004. “¿Existen derechos sociales?”, en *4 Discusiones: Derechos Sociales*.
- ATRIA, F, y SALGADO, C. 2015. “El TC como tercera Cámara: la continuación de la política por otros medios”. Publicada en El Mostrador, en línea < <http://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/2015/03/09/el-tc-como-tercera-camara-la-continuacion-de-la-politica-por-otros-medios/> >, consultada el 29 de junio de 2015.
- ATRIA, F. 2009. “La verdad y lo político”, en *Derecho y Humanidades N° 15*.
- ATRIA, F. 2013. *La Constitución tramposa*. Santiago, LOM Ediciones.
- ATRIA, F. 2013. *Veinte años después: neoliberalismo con rostro humano*. Santiago, Catalonia-CIPER.
- ATRIA, F. 2006. “Sobre la soberanía y lo político”, en *Revista de Derecho y Humanidades N° 12*.

- BASCUÑÁN, A. 2004. “La píldora del día después ante la jurisprudencia”, en *Estudios Públicos*, 95 (invierno 2004), pp. 43-89.
- BASSA, J. “et al”. 2015. *La Constitución chilena: una revisión crítica a su práctica política*. Santiago: LOM Ediciones.
- BERLIN, I. 2005. *Dos conceptos de libertad y otros escritos*. Madrid, Editorial Alianza.
- BORDALÍ, A, y ZÚÑIGA, Y. 2009. “Análisis del fallo del Tribunal Constitucional sobre la píldora del día después”, en *Anuario de Derechos Humanos 2009*.
- C. Santiago, 19 de Junio 2014, Rol N° 80237-2013. En línea < www.legalpublishing3.cl >. Consultado el 9 de julio de 2015.
- CARDINAUX, N., y KUNZ, A. 2004. *Investigar en Derecho: guía para estudiantes y tesis*. Buenos Aires, Facultad de Derecho Universidad de Buenos Aires.
- CAREY, J. 2006. “Las virtudes del sistema binominal”, en *Revista de Ciencia Política*, Vol. 26, N° 1, Santiago. Disponible en línea en < http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-090X2006000100016&lng=es&nrm=iso&tlng=es >, consultado el 28 de junio de 2015.
- CARMONA, A. 2013. “El problema constitucional tendrá que resolverse por las buenas o por las malas”. En línea < <http://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2013/04/23/el-problema-constitucional-tendra-que-resolverse-por-las-buenas-o-por-las-malas/> >. Consultado el 6 de mayo de 2013.

- CARMONA, C, y NAVARRO, E. 2011. “Recopilación de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional (1981-2011), en *Cuadernos del Tribunal Constitucional*, Nro. 45.
- CIANCIARDO, J. 2003. “Principios y reglas: una aproximación desde los criterios de distinción”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, núm. 108.
- CODDOU, A. 2010. “El nuevo Tribunal Constitucional y los derechos sociales: El caso de las ISAPRES”, en *Anuario de Derecho Público UDP 2010*.
- CORRAL, H. 2005. “El concepto jurídico de persona y su relevancia para la protección del derecho a la vida”, en *Revista Ius et Praxis*, 11 (1), pp. 37-53.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva N°6/86. En línea < http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_06_esp.pdf >. Consultado el 29 de Septiembre de 2013.
- CRISTI, R. 2011. *El pensamiento político de Jaime Guzmán: una biografía intelectual*. Segunda Edición. Santiago, LOM Ediciones.
- CRISTI, R. y RUIZ, C. 1992. *El pensamiento conservador en Chile: seis ensayos*. Santiago, Editorial Universitaria.
- CRISTI, R. “Respuesta a Gazmuri”, en El Mostrador Online. En línea < <http://www.elmostrador.cl/opinion/cartas/2013/11/27/respuesta-a-gazmuri/> >. Consultado el 12 de Diciembre de 2013.
- CRISTI, R. “Jaime Guzmán: gremialista y neoliberal”, en El Mostrador Online. En línea < <http://www.elmostrador.cl/opinion/2013/12/11/jaime-guzman-gremialista-y-neoliberal/> >. Consultado el 11 de Diciembre de 2013.

- DELAMAZA, G. 2010. “La disputa por la participación en la democracia elitista chilena”, en *Latin American Research Review*, Vol. 45, Special Issue: Living in Actually Existing Democracies.
- DíEZ, S. 2013. *Reflexiones sobre la Constitución de 1980: 50 años de un actor y testigo de la vida política chilena*, Santiago: Ediciones El Mercurio-Aguilar.
- El Mostrador. 2013. “Gómez (PR) defiende su proyecto de cuarta urna: ‘Que la gente decida si quiere o no una nueva constitución’”. En línea <<http://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2012/09/04/gomez-pr-defiende-su-proyecto-de-cuarta-urna-que-la-gente-decida-si-quiere-o-no-quiere-una-nueva-constitucion/>>. Consultado el 6 de mayo de 2013.
- FERNÁNDEZ, S. “¿Es inconstitucional el proyecto de modificación del sistema binominal?”, en El Mostrador, en línea <<http://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/2014/06/24/es-inconstitucional-el-proyecto-de-modificacion-del-sistema-binominal/>>, consultado el 29 de junio de 2015.
- FUENTEALBA, A. 2014. “Soberanía y Legitimidad: la pretensión de justificación normativa del régimen de facto y su propiedad de reforma del sistema jurídico”, en TAYAH, J, ROMANO, L, ARAGÃO, P, *Reflexiones sobre Derecho Latinoamericano: estudios en homenaje al Profesor Daniel Eduardo Rafecas*. Buenos Aires: Gráfica LCR.
- FUENTES, C. 2013, *El fraude. Crónica sobre el plebiscito de la Constitución de 1980*. Santiago: Editorial Hueders.
- GARCÍA-HUIDOBRO, J. 2011. Presentación del libro “El pensamiento político de Jaime Guzmán”. Una versión digitalizada de la exposición puede

encontrarse en < http://www.youtube.com/watch?v=H_vL11Jof4o >. Consultado el 15 de Diciembre de 2013.

- GARRETÓN, M y GARRETÓN, R. 2010. “La democracia incompleta en Chile: la realidad tras los rankings internacionales”, en *Revista de Ciencia Política*, Vol. 30, N° 1.
- GARRETÓN, M. 1983. “Modelo y proyecto político del régimen militar chileno”, en *Chile 1973-198?*, *Revista Mexicana de Sociología*. México: FLACSO.
- Gobierno de Chile. 1973-1978. *Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*. Disponibles clasificadas por materia en < http://www.minsejpres.gob.cl/gobierno/constitucion/actas-de-la-constitucion/actas_1980/ >.
- Gobierno de Chile. 1974. *Declaración de Principios de la Junta de Gobierno*.
- GUZMÁN, J. 1979. “El camino político”, en *Revista Realidad*, Año 1, N° 7.
- HART, H. L. A. 1963. *El Concepto de Derecho*. Trad: Genaro Carrió. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Libertad y Desarrollo. 2008. “Caso ISAPRES: ¿Jueces, reformadores sociales?” en *Fallos Públicos N° 17*. En línea <http://www.lyd.org/centrodocumentacion/wp-content/files_mf/fp-17-caso%20isapres%20jueces%20reformadores%20sociales-01-08-2008.pdf>. Consultado el 30 de abril de 2013.
- LOVERA, D. 2010. “El mito de la libertad de expresión en la creación artística”, en *Revista de Derecho*, Vol. XXIII, N° 1, Julio 2010.

- MARTÍNEZ, V, “et al”. 2014. “Diccionario Constitucional Chileno”, en *Cuadernos del Tribunal Constitucional*, Nro. 55.
- MATTE, A. 2011. “Movilizaciones estudiantiles y el derecho de los estudiantes a la libertad de expresión como límite a la libertad de enseñanza”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol 38 N° 1.
- MAYOL, A. 2012. *El derrumbe del modelo: la crisis de la economía de mercado en el Chile contemporáneo*. Santiago, LOM Ediciones.
- RIBERA, T. 1984. “Alcances y finalidad del Art. 8° de la Constitución Política del 80”, en *Estudios Públicos* N° 31, Agosto 1984, Santiago: C.E.P.
- RUIZ, C. 2011. “República, política y cultura en Chile durante el siglo XIX”, en OSSA, C, “et al”, *Escrituras del Malestar: Chile del Bicentenario*, Santiago, Universidad de Chile.
- RUIZ, R. 2006. “La distinción entre reglas y principios y sus implicaciones en la aplicación del Derecho”, en *URBE et IUS, Newsletter* n° 20.
- SALAZAR, G. 1990. *Violencia Política Popular en las Grandes Alamedas*. Santiago, Ediciones Sur.
- SALAZAR, G. 2011. *En el nombre del poder popular constituyente: Chile, Siglo XXI*. Santiago, LOM Ediciones.
- SCHMITT, C. “Teología política”, en ORESTES, H. 2001. *Carl Schmitt, teólogo de la política*. México: FCE.
- SEPÚLVEDA, N. “Los nombres y las trampas tras la agonizante Constitución del 80”. En línea < <http://www.eldinamo.cl/2013/11/08/los-nombres-y-las-trampas-tras-la-agonizante-constitucion-del-80/> >. Consultado el 25 de Diciembre de 2013.

- SILVA, P. 2002. "Searching for Civilian Supremacy: The Concertación Governments and the Military in Chile", en *Bulletin of Latin American Research*, Vol. 21, N° 3, p. 379, Nota al Pie N° 6. Traducción Libre.
- SNIDER, A. y SCHNURER, M. 2002. *Many sides: debate across the curriculum*. Ed. International Debate Education Association, New York.
- SQUELLA, A. 2000. *Introducción al Derecho*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- TAYLOR, S.J. y BOGDAN, R. 1984. *Introducción a los métodos cualitativos de investigación*. México, Paidós.
- VALENZUELA, E. 2006. *Criterios de hermenéutica constitucional aplicados por el Tribunal Constitucional. Contribución del Tribunal Constitucional a la institucionalización democrática*. Santiago, Tribunal Constitucional.
- VASAK, K. 1979. "Human Rights: A Thirty-Year Struggle: the Sustained Efforts to give Force of law to the Universal Declaration of Human Rights", en *UNESCO Courier* 30:11. Paris: UNESCO.
- VERDUGO, S. 2010. "Control Preventivo Obligatorio: Auge y caída de la toma de razón al legislador", en *Estudios Constitucionales*, Año 8, n° 1, pp. 201-248.
- VERDUGO, S. 2014. "Las debilidades de la crítica a las súper-mayorías", en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XLII, Valparaíso, Chile, pp. 355-395.
- VINX, L. 2015. *The Guardian of the Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the limits of constitutional law*. London: Cambridge University Press. Traducción libre.

- WRÓBLEWSKI, J. 2001. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Madrid, Civitas.
- ZÚÑIGA, F. 2003. “Derechos Humanos y Jurisprudencia del Tribunal Constitucional (1981-1989): El Pluralismo Político e Ideológico en Chile”, en *Revista Ius et Praxis*, N° 1, Año 9. Disponible en línea en < http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122003000100014 >. Consultado el 28 de junio de 2015.
- ZÚÑIGA, F. 2006. “Control de constitucionalidad y sentencia”, en *Cuadernos del Tribunal Constitucional*, Número 34.
- ZÚÑIGA, F. 2011. “La declaración de inconstitucionalidad de la Ley de ISAPRES en el Tribunal Constitucional”, en *Anuario de Derecho Público UDP 2011*.
- ZÚÑIGA, F. “¿Se debe modificar el sistema de designaciones en el Tribunal Constitucional? II”. Publicada en Diario La Tercera, en línea, < <http://diario.latercera.com/2015/01/17/01/contenido/opinion/11-181772-9-se-debe-modificar-el-sistema-de-designaciones-en-el-tribunal-constitucional-ii.shtml> >, consultada el 29 de junio de 2015.