

Sobre la soberanía y lo político F Atria*

¿Qué ocurrió en Chile el 11 de Septiembre de 1973? La respuesta a esta pregunta es en algún sentido evidente para todos los chilenos, aunque notoriamente opaca en otros. En este capítulo quiero enfrentarla desde el punto de vista de la teoría jurídica y política. Parte de lo que deseo mostrar aquí es que las teorías disponibles para explicar esos hechos son seriamente deficitarias. Por diversas razones ellas se muestran incapaces de entender lo que en términos constitucionales es importante en el tiempo que comenzó ese día. La clave para develar este misterio estará en desentrañar la dinámica existente entre lo universal y lo particular, entre normalidad y excepción. En otras palabras, entre política y derecho.

ENTRE TIRANÍA Y DICTADURA

Quiero comenzar por la consideración de un problema tradicional sobre el concepto de poder constituyente. Él es habitualmente comprendido como un poder sin límites, liberado de toda traba institucional, en la medida que es la fuente de cualquier límite posible. Pero esto no es correcto. En efecto, el poder constituyente no es ni puede ser puro y arbitrario poder, porque es *constituyente* y constituir significa dar forma a lo informe: “un poder absoluto, y que quiera seguir siendo absoluto” no puede

* Este artículo contiene secciones del primer capítulo de un libro cuyo título preliminar es terror y reconciliación: constitución y reconstitución de la comunidad política. Para mantenerme dentro de los límites solicitados por los organizadores, algunas secciones han sido eliminadas. Parte importante de ellas son elaboraciones sobre textos originalmente presentados en SELA anteriores. A pesar de eso el argumento es, creo, autosustentable.

constituir nada¹. Un poder absoluto es un poder para el cual todas las posibilidades están abiertas. Es pura potencia, es decir, permanente posibilidad de ser o no ser. Por eso es que el momento de interrupción del derecho deja todo en el aire, abre todas las posibilidades. La interrupción de todo aquello que produce mediación en el ejercicio del poder hace que todo se haga contingente. Es, como veremos a su debido tiempo, el momento absoluto en términos de Kierkegaard. Pero la contingencia de la interrupción del derecho puede llevar al restablecimiento o recuperación de la normalidad. En una iluminadora analogía elaborada por Zenon Bankowski,

En una versión de la teoría del universo del ‘Big Bang’, uno podría decir que el universo se inicia con la explosión de una singularidad. Esa explosión es arbitraria – no hay razón para ella. Sin embargo la explosión lleva dentro de sí, en su propio desarrollo, la racionalidad en la forma de leyes científicas y tiempo. La causalidad y toda la racionalidad científica están inscritas en esa explosión y se despliegan desde ella. La racionalidad científica puede originarse en un acto arbitrario, pero eso no la hace irracional porque lo racional está inscrito en lo arbitrario y viceversa².

Entender que la explosión original es arbitraria implica entender que la racionalidad que lleva dentro de sí la lleva contingentemente dentro de sí, que las cosas podrían haber sido de otro modo. Entender retrospectivamente el orden posterior a la interrupción del derecho como fundado en ella es entender que la interrupción fue *suspensión* y no *destrucción* del derecho. Es en este caso que hablamos de poder constituyente, es decir: poder que constituye. La arbitrariedad de la explosión inicial significa que ella es pura potencia, que deja todas las posibilidades abiertas. Constituir significa actualizar algunas, negando otras:

Para que la potencialidad retenga su propia consistencia y no desaparezca inmediatamente en actualización, es necesario que la potencialidad pueda no actualizarse, que la potencialidad constitutivamente sea potencialidad de no (ser o hacer) o, como dice Aristóteles, que la potencialidad sea también im-potencialidad³.

¹ Böckenförde, "El poder constituyente del pueblo", 176.

² Bankowski, *Living Lawfully*, 100.

³ Agamben, *Homo Sacer*, 45. Véase en general Agamben, *Homo Sacer*, 46ss, donde Agamben discute la noción aristotélica de *potentia*, que "legó el paradigma de la soberanía a la filosofía occidental".

Pero la mantención constante de la potencialidad de no-ser impide constituir. Esto nos permite trazar

la distinción entre tiranía y dictadura a la que ya hemos aludido: la tiranía es una fuerza en potencia que se niega a negar sus posibilidades no actualizadas, la dictadura es una fuerza en potencia que por la vía de constituir va progresivamente negando su potencialidad de no-ser. La tiranía, entonces, no es capaz de constituir. La diferencia entre fuerza incapaz de constituir y poder constituyente es evidente en el caso de la posguerra iraquí. El problema es si el control de los medios de destrucción que el ejército invasor adquirió tras una breve guerra podrá transformarse en poder constituyente. La sola fuerza militar del ejército norteamericano no garantiza en absoluto que la respuesta ha de ser positiva.

Por eso la tiranía, a diferencia de la dictadura, lleva en sí el germen de su propia destrucción: “el principio del gobierno despótico se corrompe sin cesar, lleva la corrupción en su naturaleza”⁴. La razón por la cual la tiranía es intrínsecamente inestable surgirá más adelante, cuando hablemos de la relación entre violencia y poder: la tiranía se basa en la violencia, y la violencia es la negación del poder⁵.

No hay, entonces, oposición entre constitucionalismo y dictadura, aunque hay oposición entre constitucionalismo y tiranía. En realidad, lo que se sigue es más categórico: que hay oposición entre derecho y tiranía como no hay entre derecho y dictadura. Que no haya oposición entre constitucionalismo (derecho) y dictadura no quiere decir que debemos celebrar las dictaduras (esta lectura del argumento de este capítulo debe ser sistemáticamente rechazada). Lo que quiere decir es que el derecho (la constitución) supone la dictadura, al menos como posibilidad eventual. Negar la implicación recíproca de constitución y dictadura es perder de vista la contingencia de la comunidad política. Esta ceguera a ese momento es característico del liberalismo, como lo notó Carl Schmitt en las notables páginas finales de *La Dictadura*:

⁴Montesquieu, *Espíritu de las Leyes*, 8.10

⁵ Véase Arendt, *Human Condition*, §28.

En la transición del absolutismo regio al estado de derecho burgués se presupuso, como evidente por sí mismo, que en lo sucesivo estaba asegurada de una manera definitiva la unidad solidaria del estado. La seguridad podía ser alterada por tumultos y motines, pero la homogeneidad no estaba amenazada seriamente por los agrupamientos sociales dentro del Estado. Si un individuo o un tropel de individuos alteran el orden jurídico, esta es una acción cuya reacción puede ser calculada y regulada previamente, del mismo modo que la ejecución procesal civil y penal delimita con exactitud la esfera de sus medios de poder en lo cual radica la regulación jurídica de su procedimiento. Mediante una limitación semejante tal vez se pone en peligro el fin a alcanzar. Si se agotan los medios de ejecución permitidos, falla la coacción contra el culpable, como expresara Binding, cuyo vigoroso sentido jurídico no puede menos que asombrar aquí: ‘el culpable escarnece el derecho’. Pero este escarnio no amenaza la unidad del estado ni la existencia del ordenamiento jurídico. La ejecución puede ser regulada en un procedimiento jurídico, siempre que el adversario no sea una potencia que ponga en peligro esa misma unidad⁶.

Esta presuposición continua impidiéndonos comprender cuestiones como el proceso constitucional chileno después de 1973. Robert Barros, en su libro sobre la junta militar y la constitución de 1980, encuentra “sorprendente e impactante” la conclusión a la que llega de que un régimen autocrático puede ser limitado por una constitución de su propia creación⁷. Por supuesto, la denominación “autocrático” evita la distinción entre dictadura y tiranía, la que es notoriamente ignorada por Barros a pesar de que ella aparece, sin ser reconocida, una y otra vez en su libro. Por ejemplo, Barros enumera una serie de “paradojas” que son sugeridas por la estructura y el contenido de la constitución de 1980:

¿por qué promulgar una constitución, en particular si los militares aparentemente no tenían ninguna intención de embarcarse en una transición? [...] ¿Por qué el dualismo entre los artículos permanentes y los transitorios? Si la constitución era un mero ejercicio de legitimidad, ¿por qué preocuparse en forma tan meticulosa del contenido de los artículos permanentes? Dada la reticencia de los participantes a revelar las diferentes creencias, estrategias y jugadas cuya interacción culminó en la decisión de promulgar la Constitución, podría resultar imposible responder a cabalidad todas estas preguntas⁸.

Todas estas “paradojas” dejan de serlo cuando entendemos que lo que las origina no es nuestro desconocimiento de la discusión al interior de la junta militar, o la inexistencia de actas de esta última, como parece creerlo Barros, que parece entender que la solución a estas preguntas está en lo que los

⁶ Schmitt, *La Dictadura*, 261.

⁷ Barros, *La Junta Militar*, 18.

⁸ *ibid*, 215. El destacado es de Barros.

militares del caso pensaban que estaban haciendo. En definitiva Barros adopta la posición de lo que más adelante veremos que Kierkegaard llamaba los “profesores” (*docenter*) y, juzgando por el resultado, entiende que la interpretación correcta del régimen es la que tenía el propio régimen, y entiende que la interpretación que en definitiva primó como autocomprensión del régimen es la que *verdaderamente* éste siempre tuvo.

Barros entiende el problema incorrectamente, quizás en parte porque la manera en que la ciencia política entiende la política le impide entender la política. Ello porque no puede haber “ciencia” de lo constituyente. Esto se hace especialmente evidente cuando, al principio de su libro, Barros vuelve sobre el viejo problema de la ilimitabilidad jurídica de la soberanía. Sus punto de partida son, naturalmente, Bodino y Hobbes:

Tanto para Hobbes como para Bodino el carácter definitivo inherente a la soberanía hace estructuralmente imposible imponerle limitación legal alguna a la cúspide de la jerarquía legal: si ascendemos por la jerarquía legal rastreando poderes y autoridades, encontraremos un punto donde el sistema de toma de decisiones se cierra en una autoridad final más allá de la cual no hay apelación posible⁹.

Esto crea un problema para las “dictaduras” (uso las comillas cuando adopto el sentido indiferenciado de Barros), en particular para la idea de una dictadura que dicta normas que limitan su poder. ¿Cómo podría ella limitarse y, así, constituir? Al principio de su estudio, Barros cuidadosamente distingue los límites normativos (jurídicos) de los límites materiales, cuya confusión puede “llevar a los lectores a pensar equivocadamente que el autoritarismo limitado plantea relativamente pocos problemas”¹⁰. Veremos que el problema es otro: es que la distinción entre ellos puede llevar al analista a creer equivocadamente que, en los términos de Barros, cualquier tipo de régimen que no sea tiránico plantea relativamente pocos problemas.

⁹ *ibid*, 40s.

¹⁰ *ibid*, 46.

Por supuesto no está en la idea de Hobbes ni en la de Barros que el poder absoluto del soberano no admite limitación *material* alguna. Pero la pregunta relevante es, en una situación como la chilena después de 1973, ¿cómo pueden ellos distinguirse? Es difícil ver qué es lo que caracteriza a un límite jurídico por oposición a un límite material. El propio Barros, después de haber sostenido que ambos debían ser distinguidos (aunque sin proveer de un criterio para distinguirlos) se ve en la imposibilidad de mantener la distinción y reduce los límites jurídicos a límites políticos. Así, por ejemplo, al comentar la significación del decreto ley 788 (conforme al cual la junta de gobierno podía reformar la constitución sólo si lo declaraba expresamente):

Este mero requisito formal no era insignificante. Las modificaciones expresas obligaban a los miembros de la junta a hacer consideraciones de prudencia política que no se tomaban cuando se trataba de actos de legislación simple, pues las modificaciones expresas a la constitución tendían a llamar la atención nacional e internacional¹¹.

Barros parece no notar que todas las restricciones institucionales tienen, a cierto nivel, el mismo carácter. Esto no muestra que es una ilusión creer que puede haber una “dictadura” limitada jurídicamente, sino muestra que las limitaciones jurídicas de los regímenes democráticos son igualmente problemáticos. De hecho, la idea misma de poder constituyente surgió como una idea democrática, no dictatorial: “no solamente la nación no está sometida a una constitución sino que no *puede* estarlo, no *debe* estarlo, lo que equivale a decir que no lo está”¹². Adelantando algo argumentos a ser desarrollados después, podemos ver aquí la naturaleza paradójica del poder constituyente: sólo es constituyente en la medida en que da origen a lo constituido, y sólo puede dar origen a lo constituido si es capaz de negarse, pero no puede negarse. El peligro, entonces, no es que la confusión de límites materiales y jurídicos lleve a pensar que la idea de autoritarismo limitado es poco problemática, sino que la separación formalista de ambos lleva a pensar que la idea de constitución (autoritaria o democrática) no es problemática.

¹¹ *ibid*, 134s.

¹² Sieyès, *¿Qué es el Estado Llano?*, 107.

Para los que llegan a este problema desde la teoría del derecho, la necesaria ilimitabilidad jurídica de la soberanía es una tesis que puede tranquilamente ser abandonada desde que H L A Hart la refutó en *El Concepto de Derecho*. Hart hace lo que sugiere Barros, y asciende por la jerarquía del derecho “rastreado” un poder jurídicamente ilimitado. En definitiva lo encuentra en “el electorado”:

Puede considerarse al electorado como una “legislatura extraordinaria y ulterior”, superior a la legislatura ordinaria que está jurídicamente “obligada” a observar las restricciones constitucionales; en caso de conflicto, los tribunales declararán inválidas las leyes de la legislatura ordinaria. Aquí, pues, es en electorado donde se encuentra el soberano libre de toda limitación jurídica que la teoría exige¹³.

Pero por supuesto, “el electorado” no es un hecho bruto, sino un hecho institucional, es decir, algo que existe en virtud de reglas. A esto, me imagino, se refiere Barros cuando citando precisamente a Hart (y Kelsen) sostiene que ellos afirman que la autoridad final es un “puede corresponder a un conjunto de leyes”. La versión de Barros no es exacta, porque la autoridad final no es un conjunto de normas sino un hecho institucional, es decir, un hecho constituido por reglas (“secundarias”). Esas reglas constituyen la autoridad final y fijan las condiciones bajo las cuales una determinada voluntad le es imputable. Esta solución no es suficiente para Barros, que entiende la tesis de Hobbes y Bodino como una que reclama la soberanía para una persona o grupo de personas. Quizás por esto Barros cree que los regímenes “autocráticos”, en que la autoridad final parece ser una persona o grupo de personas, y no un hecho institucional constituido por reglas, presentan un problema especial desde el punto de vista de la limitabilidad jurídica de la soberanía. Pero esto es un error: cualquier problema de ilimitabilidad que exista en un régimen “autocrático” existirá en un régimen “democrático”. Lo que es problemático no es el poder no democrático sino el poder no constituido, es decir, el poder constituyente.

La cuestión es evidente si volvemos a Hart. Si el “soberano” es un hecho institucional él puede ser perfectamente limitado, y esas limitaciones en realidad no son normas que le impongan deberes sino normas que especifican bajo qué condiciones se podrá y bajo qué condiciones no se podrá imputar una

¹³ Hart, *Concepto de Derecho*, 93.

voluntad a ese “soberano”. Usando la terminología de W N Hohfeld¹⁴, esas limitaciones no son deberes sino incompetencias: “Límites’ no significa aquí la presencia de un *deber* sino la ausencia de potestad jurídica”¹⁵. Pero eso supone que el “soberano” es un hecho institucional, constituido por el derecho. Cuando el conflicto político impugna esa identificación institucional del soberano (como el 11 de septiembre, o en lo que Ackerman llama “momentos constitucionales” sobre los que volveremos hacia el final de este capítulo), lo que aparece es un soberano pre-institucional que no tiene las competencias que las reglas constitutivas le reconocen, sino que se las arroga, en principio, todas.

Esta y otras cuestiones planteadas por la distinción entre tiranía y dictadura han de quedar pendientes por el momento. Por ahora lo que me interesa mostrar es que la elección entre ambas no es una cuestión que pueda ser decidida por los hechos brutos ocurridos después de 1973, sino son parte de una interpretación política de esos hechos. En parte, esa interpretación es guiada por el modo en que hoy nosotros entendemos lo que en el subtítulo de este libro llamo la constitución y reconstitución de la comunidad política chilena. En una buena medida, entonces, es una pregunta sobre cómo nos hemos de comprender a nosotros.

La pregunta que se nos plantea a nosotros se planteó también al interior del régimen militar (lo que no quiere decir que su respuesta nos vincule en el sentido de que por ser la de él sea la correcta). En efecto, en la propia auto-comprensión del régimen la tensión entre dictadura y tiranía se mantendría abierta prácticamente hasta la hora final del mismo.

El régimen se auto-comprende como tiranía cuando entiende que la suya es una voluntad no sometida a reglas, es decir, una voluntad que se niega a constituir por la vía de negar las potencialidades no actualizadas. Esta idea ya aparece en el decreto ley N° 1 (18 de septiembre de 1973), como hemos visto,

¹⁴ Hohfeld, *Conceptos Jurídicos*.

¹⁵ Hart, *Concepto de Derecho*, 86.

en el que la junta de gobierno anuncia que respetará la constitución y las leyes si le parece adecuado respetarlas. Luego se hace más explícita. En efecto, el decreto ley 128 (de 16 de noviembre de 1973), anuncia que “el poder constituyente y el poder legislativo son ejercidos por la junta de gobierno mediante decretos leyes con la firma de todos sus miembros y, cuando lo estimen conveniente, de los ministros respectivos” (art. 3). El rasgo central de la tiranía (que la fuerza de que el tirano dispone no está sujeta a ninguna limitación que no sea la voluntad del tirano, que es una fuerza que se niega a dejar de ser potencia y convertirse en acto constitutivo negando de ese modo las potencialidades no actualizadas) se afirma retrospectivamente de modo explícito en el artículo 1 del decreto ley 788, que declara formalmente que el poder de la junta no ha reconocido límites:

declárase que los decretos leyes dictados hasta la fecha por la junta de gobierno, en cuanto sean contrarios o se opongan, o sean distintos, a algún precepto de la Constitución Política del Estado, han tenido y tienen la calidad de normas modificatorias, ya sea de carácter expreso o tácito, parcial o total, del correspondiente precepto de dicha constitución.

Hasta ahora, en otras palabras, el régimen ha sido, conforme al decreto ley 788, una tiranía: fuerza no sujeta a reglas (la idea de seguir una regla supone conceptualmente que la regla puede ser infringida, lo que es estrictamente imposible si la acción contraria a la regla la redefine: “ningún curso de acción puede ser determinado por una regla, si todos los cursos de acción se conforman a la regla”, como sostuvo Ludwig Wittgenstein¹⁶). Pero el artículo 3 del mismo decreto ley parece anunciar una limitación del poder de la junta de gobierno:

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

El significado del artículo 3 parece ser que el tiempo de la tiranía se ha terminado y que comienza el de la dictadura: ahora es al menos posible que la acción de la junta de gobierno esté sujeta a reglas, aunque

¹⁶ Wittgenstein, *Philosophical Investigations*, §201.

sean reglas que ella misma se ha dado, porque es posible que sus actos infrinjan una regla sin por eso redefinirla. Pero las cosas no resultan tan claras. Consideraremos a continuación sólo tres casos en que esta opacidad se hizo aparente, en tres momentos que cubren todo el período que sigue a la dictación del decreto ley 788.

El 13 de septiembre de 1976 se dictó el decreto ley 1551, que con el nombre de “acta constitucional N° 2” pretendió fijar las “bases esenciales de la institucionalidad”. El artículo 2 transitorio de este decreto ley dispuso que

Dentro del plazo de un año contado desde la vigencia de esta Acta, los decretos leyes que hayan modificado la Constitución Política de la República en lo relativo a los Poderes del Estado y su ejercicio, deberán revestir la forma de Acta Constitucional.

Pero el 23 de agosto de 1977 la junta de gobierno, ante la imposibilidad de dar forma de acta constitucional a esos decretos leyes, y “en el ejercicio del Poder Constituyente”, dictó el decreto ley 1873, que dispuso que

En el artículo segundo transitorio del Acta Constitucional N°2, elimínase la frase “Dentro del plazo de un año contado desde la vigencia de esta Acta”, y sustitúyese la letra “l” minúscula del artículo “los” que sigue a la frase eliminada, por la letra “L” mayúscula.

Hecha esta modificación, lo que en el decreto ley 1551 era una limitación a la voluntad de la junta (lo querido por ella carecía de validez si no adoptaba la forma de un acta constitucional) demostró no serlo: la infracción a lo dispuesto por la regla redefine la regla.

El segundo ejemplo es el de las disposiciones transitorias del decreto ley 3465 (“aprueba nueva constitución política y la somete a ratificación por plebiscito”), dictado el 11 de agosto de 1980. Si el articulado permanente de la constitución era el producto del régimen que se auto-comprendía como dictadura soberana, el articulado transitorio era el producto de la auto-comprensión del régimen como tiranía, a la que la constitución no obligaba: cualquier disposición constitucional contraria a las reglas contenidas en las disposiciones transitorias 13^a y siguientes era inválida durante el período que

comenzaba el 11 de marzo de 1980 (disposición 21^a transitoria). Ahora bien, los poderes especiales que la constitución entregaba (nominativamente: véase la disposición 14^a transitoria) a Pinochet contradecían lo que de acuerdo al capítulo inicial del texto permanente de la constitución eran las “bases de la institucionalidad”. La tensión entre el articulado permanente de la constitución y su articulado transitorio es la tensión todavía no resuelta entre tiranía y dictadura, y que se mantendría latente hasta el 5 de octubre de 1988.

Ese fue el momento en que la definición entre tiranía y dictadura no pudo seguir postergándose. Pero incluso durante ese día es posible discernir el esfuerzo por posponer la decisión. A las 19:30, el denominado “subsecretario del interior” de la época comunicó al país que, computadas 79 mesas, con un total del 0,36% del total, el voto por “Sí” triunfaba por una diferencia de 17 puntos. La entrega de ese cómputo dejaba todavía abierta la posibilidad de desconocer el resultado del plebiscito y ocupar militarmente la ciudad de Santiago. La cuestión sólo se decidiría en la reunión que comenzó en el bunker de La Moneda a las 1:00 de la madrugada del 6 de octubre. En esa reunión, a la que concurren los miembros de la junta militar y Augusto Pinochet, éste, según la crónica más autorizada, pidió a la junta una *Ermächtigungsgesetz* como la que obtuvo Hitler en 1933, es decir, un decreto de poderes extraordinarios. El requerimiento suponía negar que el proceso “constituyente” de la “dictadura” había sido capaz de constituir, que todas las opciones (incluido el recurso a la fuerza) estaban tan abiertas como el 11 de septiembre. Según la misma crónica, los miembros de la junta de gobierno entendieron que efectivamente las posibilidades no actualizadas habían sido negadas, y se negaron a su vez a concurrir a la dictación de ese decreto de poderes especiales. Cuando ellos se retiraron y quedó Pinochet solo en la habitación con el vicecomandante del Ejército, éste dijo a Pinochet:

Mi general, su Ejército está listo. Para lo que usted necesite.

Pinochet “lo miró y guardó silencio por un segundo”. Ese era el momento de la decisión final. La decisión ya no podía seguir posponiéndose, como se había hecho al modificar el artículo 2 transitorio del decreto ley 1873, o al dictar la constitución de 1980 y complementarla con las disposiciones transitorias, o incluso como lo había hecho el “subsecretario del interior” unas horas antes al dar como ganador parcial a la opción “si”. Aceptar la invitación tácita del general Sinclair era decidir que la auto-comprensión final del régimen sería como tiranía. “La constitución se cumple, señor vicecomandante” respondió Pinochet¹⁷.

Nada de lo anterior implica sostener que la transformación de tiranía a dictadura operó ese día “como el rayo que rasga el seno de la nube”, instantáneamente. Ya hemos visto que las ideas de los agentes sobre lo que están haciendo no son el criterio definitivo de asignación de significado político a los hechos realizados (ésta es la idea, ya mencionada, de la *contingencia* de la acción en términos de Arendt). Quizás Pinochet pensaba que la suya era una tiranía, que todas esas reglas que había dictado eran reglas que lo obligaban a hacer lo que su voluntad quería después de todo, y que si en algún momento ellas la limitaban, ellas serían modificadas, como el decreto ley 1551. Quizás pese a lo que Pinochet creía el régimen ya había negado las posibilidades no actualizadas y por eso para él resultó ser fácticamente imposible negar el resultado del plebiscito. Las consideraciones anteriores no optan por ninguna de estas respuestas. Estas proposiciones no deciden la cuestión de si el régimen de Pinochet era una dictadura o una tiranía, porque ésta es una cuestión política que en consecuencia no dependen de los hechos del caso sino de nuestra comprensión del orden posterior a 1990: ¿es un orden constituido por la dictadura soberana, o re-constituido después de 17 años de tiranía?

Estas últimas consideraciones nos han de llevar a dirigir nuestra atención hacia este proceso, paralelo al anterior, de actualización de la potencia constitutiva, es decir, hacia los indicios que manifiestan la auto-comprensión del régimen como dictadura. Los primeros parecen vislumbrarse con la creación de la

¹⁷ Cavallo et al., *La Historia Oculta*, 821.

*Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*¹⁸, para continuar con la dictación de las actas constitucionales¹⁹ y culminar con la promulgación del (articulado permanente del) decreto ley 3465, de 8 de agosto de 1980, que promulgaba la denominada “constitución política de la república de Chile”.

Cuando nuestra atención se dirige a la comprensión del régimen de la junta como una dictadura, se plantean nuevas cuestiones. Una de ellas es: ¿quién detenta el poder soberano que a partir de 1973 comienza a desenvolverse? Cristi afirma, sobre la base de las normas jurídicas dictadas por los militares golpistas, que la respuesta a ambas preguntas es “la junta de gobierno”. Pero ya hemos visto que esta respuesta, en la forma que le da Cristi, es inaceptable. Ya hemos visto que no es suficiente para decir que la junta de gobierno tenía el poder constituyente notar que ésta se declaró superior a, la *medida* de, la constitución de 1925. Cristi está en lo correcto al notar que “lo que mide es superior a lo medido”²⁰, pero no nota que no hay, no puede haber algo constituyente sin algo constituido, y que no puede haber algo constituido en la medida en que todas las posibilidades quedan siempre abiertas (Wittgenstein). Cristi no es capaz de integrar a su análisis el hecho de que la cuestión de si el régimen militar podía constituir (=podía negar su potencia, actualizándola) no es una cuestión conceptual o jurídica sino *política*. Por eso lo que los agentes creían que estaban haciendo no tiene ninguna prioridad epistémica o política sobre el significado de lo que estaban haciendo: esos actos son intentos de imponer la comprensión del régimen como dictadura o tiranía, y eso por ellos mismos entonces no nos dan pistas sobre cuál de esas comprensiones es la correcta. Ello porque es perfectamente posible que los militares golpistas hayan estado *equivocados* respecto de la significación constitucional del golpe: aquí que ellos hayan estado equivocados no quiere decir que describieron incorrectamente una realidad que era independiente de sus acciones, sino que fracasaron políticamente, fracasaron en imponer el significado que ellos reclamaron a

¹⁸ DS (justicia) N° 1064, de 12 de noviembre de 1973.

¹⁹ Decreto ley 1319 (Crea el consejo de estado), de 9 de enero de 1976; decreto ley 1551 (Bases esenciales de la institucionalidad); decreto ley 1552 (de los derechos y deberes constitucionales), y decreto ley 1553 (Regímenes de emergencia), los tres últimos de 13 de septiembre de 1976

²⁰ Cristi, *Jaime Guzmán*, 83.

las acciones que realizaron. El hecho de que ellos mismos hayan declarado, en el decreto ley 1, que respetarían la constitución en la medida de lo posible solamente no constituye prueba irrefutable de que hayan efectivamente asumido el poder constituyente. Cristi parece entender que la pregunta que nos ocupa ahora se responde por referencia a *hechos*, hechos como qué disponía el bando N° 5 o el decreto ley 27²¹, quién dio la orden de bombardear La Moneda, etc. En ningún momento Cristi asume que *el tipo* de respuesta que esas preguntas demandan es completamente distinto. Esas preguntas son interpretativas, en el sentido de Ronald Dworkin²². La identificación de la actuación del poder constituyente es siempre y necesariamente *ex post facto*, y está siempre sujeta, en principio, a revisión, a la posibilidad de ser políticamente derrotada. Al ser interpretativas, las afirmaciones sobre la actuación del poder constituyente o la declaración de excepción son *políticas* en el sentido más estricto del término, porque tienen que ver con las preguntas políticas fundamentales como cuál es la comunidad política y cuál es el valor de mantener la lealtad a ella.

Por supuesto, lo anterior no implica que la interpretación política es cuestión de pura voluntad, que basta querer una interpretación para que ésta se haga correcta. Si en la noche del 6 de octubre la auto-comprensión del régimen como tiranía hubiera sido victoriosa, entonces todo el proceso constitucional, cuyos inicios como hemos visto pueden rastrearse hasta noviembre de 1973, se habría re-construido como un (auto-) engaño, y el régimen habría dado a entender que a su juicio el decreto ley 3465 en realidad no contenía una negación de la potencialidad de no-ser. Pero la opción de constituir pudo en definitiva más que la opción de mantenerse en el estado de potencia constante, y por eso tiene sentido discutir hoy la cuestión del significado constitucional del régimen de Pinochet.

[...]

21 El bando N°5 declaraba la “ilegitimidad flagrante” del gobierno de Allende y asumía el poder “por el solo lapso que las circunstancias lo exijan” (N° 13); el decreto ley 27 (de 24 de septiembre de 1973) disolvió el Congreso Nacional.

22 Dworkin, *Law's Empire*, 65-73.

LA EXCEPCIÓN

“Soberano es aquél que decide sobre el estado de excepción”²³.

Con esta frase Carl Schmitt abre su pequeño tratado de teología política. Para entenderla, es útil volver sobre la noción de soberanía como ésta es discutida por Barros, que hace referencia a Hobbes y Bodino. Efectivamente, como dice Barros, Bodino enumera entre las “verdaderas señales de la suprema autoridad” la autoridad para “establecer normas con fuerza obligatoria general, declarar la guerra y hacer la paz, resolver controversias y velar por el cumplimiento de las reglas, y elegir a los principales funcionarios del estado”²⁴. De ahí Barros colige que “su facultad clave radica en el poder para crear y derogar reglas”²⁵, y esto implica que “el carácter definitivo ingerente a la soberanía hace estructuralmente imposible imponerle limitación legal alguna a la cúspide de la jerarquía legal”²⁶. Ya hemos visto que esta forma de comprender la soberanía sufre de la incapacidad de distinguir límites materiales de límites “legales” (jurídicos). Es precisamente aquí donde la caracterización de Schmitt, que también la presenta como una lectura de Bodino, se demuestra más útil.

Porque, estrictamente, es falso que Bodino haya sostenido que el poder soberano se caracterizaba por ser jurídicamente ilimitado.

Si dezimos que aquél tiene autoridad absoluta que no está sujeto a las leyes, no se hallará en el mundo príncipe alguno que sea supremo, visto que todos los príncipes de la tierra están sujetos a las leyes de Dios y a las naturales y a muchas leyes humanas comunes a todos los pueblos²⁷.

¿Cómo hemos de entender esta calificación? Bodino no pretende, como hemos visto, que el soberano carece de límites materiales. Explicaba esto diciendo que, si bien el poder del soberano no necesita ser materialmente ilimitado, debía ser jurídicamente ilimitado. Pero ahora Bodino sostiene que tampoco necesita ser jurídicamente ilimitado, sino al contrario, está siempre “sujeto a muchas leyes”. Aquí es útil

²³ Schmitt, *Teología Política*, 35.

²⁴ Barros, *La Junta Militar*, 40, con referencia a Bodino, *Los Seis Libros de la República*.

²⁵ Barros, *La Junta Militar*, 40.

²⁶ *ibid.*, 41.

²⁷ Bodino, *Los Seis Libros de la República*, 1.8 (p 274).

recordar que no es una característica del soberano, o de su peculiar posición en la cúspide de la jerarquía jurídica, que en casos excepcionales las normas no lo obliguen, es decir, que las normas no se apliquen en casos suficientemente especiales²⁸. No se necesita ser soberano para no estar obligado por la promesa de visitar a un amigo si camino a su casa uno se encuentra con una persona accidentada y que requiere urgente traslado al hospital. Ese es un caso excepcional, en que el deber impuesto por la regla es derrotado. Pero una parte contratante no puede decidir por sí misma si las situaciones en las que se encuentra son suficientemente excepcionales como para que su obligación bajo el contrato sea derrotada. Esto es lo que el soberano detenta: tiene poder para decidir sobre las circunstancias en las cuales es necesario suspender el derecho. Lo característico del soberano es que tiene la autoridad final para declarar cuándo la pretensión normalizadora de las reglas es derrotada.

Precisamente porque no alega que lo característico del soberano es que carezca de obligaciones, que no sea obligado por el derecho, la tesis de Bodino no descansa, como lo hace la interpretación de Barros, en una insostenible distinción entre límites materiales y límites jurídicos. Es la decisión sobre la excepción lo que define al soberano:

El mérito científico de Bodino, su éxito, se debe a haber insertado en el concepto de la soberanía la “decisión”. Apenas se encuentra hoy un solo trabajo sobre el concepto de la soberanía que no registre las habituales citas de Bodino. Pero ninguno recoge aquel pasaje central de *La República*. Se pregunta Bodino si las promesas hechas por el príncipe al pueblo o los estamentos anulan su soberanía. Contesta, refiriéndose al caso que fuese necesario obrar contra tales promesas, modificar o derogar las leyes, “selon l'exigence des cas, des temps, des personnes”. Si en tal sazón hubiese el príncipe de consultar previamente al senado o al pueblo, tendría que hacerse dispensar por sus súbditos. Solución que Bodino califica de absurda²⁹.

Soberano es, entonces, aquél que decide sobre el estado de excepción, sobre la suspensión del derecho.

En esta sección pretendo defender una determinada interpretación de esta idea. Como en general con la manera en que creo que es útil recurrir a las ideas de Schmitt (y no sólo de Schmitt) no pretendo ofrecer

²⁸ Esto es lo que se denomina la “derrotabilidad” de las reglas, en particular de las jurídicas. Véase Atria, *Law and Legal Reasoning*.

²⁹ Schmitt, *Teología Política*, 19.

una interpretación que desentrañe lo que él quería decir o tenía en mente con lo que dijo, porque este capítulo no pretende ser una contribución a la literatura sobre Schmitt. Lo que me interesa es en qué sentido lo que Schmitt vio con una claridad inusual puede iluminar el análisis de situaciones como las que estamos tratando de entender.

La decisión sobre el estado de excepción no es una decisión que admita de validez en términos anteriores a ella, por lo que no es una interpretación plausible de la afirmación inicial de la *Teología Política* sostener que ella implica que una decisión sobre el estado de excepción es válida sólo cuando la ha tomado el soberano. La frase, entonces, no es ambigua, como erradamente cree David Dyzenhaus, entre la pretensión de que el que de hecho decide sobre el estado de excepción es el soberano, y la pretensión de que el soberano, en virtud de su posición como soberano, es a quien le toca decidir sobre el estado de excepción³⁰.

Dyzenhaus, sin embargo, apunta a algo que será importante para nosotros, y es que, como hemos visto, la identificación del soberano es siempre una interpretación política retrospectiva, y en ese sentido reconocer una decisión sobre la declaración de la excepción como una decisión de ese tipo (y no como un acto terrorista o un delito común) es *idéntico en significado* a reconocer el poder soberano de quien la realiza. También hemos visto, sin embargo, que identificar al que toma una decisión es también una cuestión que resulta de una interpretación política formulada desde la normalidad sobreviniente: ¿fue Pinochet, el ejército, las fuerzas armadas, la derecha o el pueblo chileno el que decidió suspender o destruir el derecho en 1973?

Sea quien sea quien tenga poder para decidir sobre el estado de excepción, entonces, es el soberano. Lo crucial respecto del estado de excepción es que no es un puro estado de disolución del poder, de pura violencia. Si fuera una situación gobernada por la fuerza sería eso: caos, y no excepción. El estado de

³⁰ Dyzenhaus, *Legality and Legitimacy*, 43.

excepción es estado de excepción porque hace excepción a la normalidad, de la cual surge y a la cual retorna.

La importancia de este punto no puede ser exagerada. Toda la reflexión sobre la excepción y el poder constituyente debe centrarse en la relación entre excepción y normalidad, entre poder constituyente y poder constituido, entre particular y universal. Al perder de vista que excepción y normalidad se definen mutuamente, es común malinterpretar la concepción schmittiana de lo político, y entenderla como “una descripción apocalíptica de la política”³¹.

Para aclarar el sentido en que excepción y normalidad (particular y universal) se definen recíprocamente puede ser útil recordar el significado técnico-jurídico, ya obsoleto, de la palabra *exceptio*. En el derecho romano clásico, la excepción del demandado no negaba la validez del argumento del demandante. Una *stipulatio* obtenida con dolo, por ejemplo, era perfectamente válida, por cuanto los únicos requisitos para la validez de la *stipulatio* eran requisitos puramente formales. Pero si bien la *stipulatio* era válida, el demandado alegaba la existencia de un hecho ulterior, y no vinculado con la validez del contrato que justificaba la obligación objeto de la demanda, en virtud del cual el juez no debía acoger la acción del demandante (por ejemplo, que el acreedor demandante no había entregado la cosa por la cual él había estipulado pagar el dinero ahora demandado y por eso podía decirse que actuaba dolosamente). El hecho alegado por el demandado es un “hecho no jurídico (en el sentido de ser irrelevante para el *ius civile*) que el pretor, empero, considera digno de tutela”³². El demandado solicitaba al juez, entonces, que tomara (*capere*) su caso desde el interior (*ex*) de la regla (es decir, de entre los casos a los cuales la regla se aplicaba) y rechazara la acción³³. Como ha sostenido Alan Watson,

³¹ *ibid*, 51.

³² Guzmán, *Derecho Privado Romano*, vol i, p. 151.

³³ Para la etimología de *exceptio*, véase *ibid*, 150.

El sentido de una *exceptio* es precisamente que el demandado no está negando la validez del fundamento invocado por el demandante. Él sólo está reclamando que hay otro hecho que debe ser tomado en cuenta³⁴.

La *exceptio*, entonces, se distingue de otras alegaciones del demandado porque acepta la existencia de la obligación que invoca el demandante. “Si el hecho es civilmente relevante y la *intentio* es *in ius*, no se requiere una excepción, porque tal hecho de todos modos produce sus efectos”³⁵. Vemos aquí la naturaleza paradójica de la *exceptio*: la excepción sólo vale (como excepción) en tanto no vale (para el *ius civile*); está incluida porque está excluida³⁶.

La excepción de la que habla Schmitt comparte esta naturaleza paradójica, aunque en un nivel más categórico. Si la *exceptio* romana era la manifestación de un contraste entre dos pretensiones jurídicas (contraste que se explica por referencia a la tensión entre el derecho civil y el derecho honorario), la excepción de la que habla Schmitt es manifestación de la “relación límite entre lo que está dentro y lo que está fuera del derecho”³⁷, y se explica por referencia a la tensión entre derecho y política.

[...]

LO POLÍTICO: *POLEMOS IN POLIS*

Chantal Mouffe nos ha recordado que la palabra *política* tiene dos raíces, que pueden ser interesantes en este contexto³⁸. La primera es, desde luego, *polis*, lo que enfatiza la unidad de agencia. El problema de la constitución de la polis es, como hemos visto, el problema de la constitución del agente político, que es en

³⁴ Watson, *The Evolution of Law*, 26.

³⁵ Guzmán, *Derecho Privado Romano*, n. 71. La *intentio* “es aquella parte de la fórmula en la que el actor precisa o delimita su demanda” (Gai 4.41), es decir, describe la hipótesis que el actor debe probar para obtener en el juicio (véase Schulz, *Derecho Romano Clásico*, §30; Guzmán, *Derecho Privado Romano*, §13). Por consiguiente, la alegación (por ejemplo) de que la *stipulatio* no fue formalmente concluida no requiere ser expresada como una *exceptio*, porque el demandante deberá probar que existe un contrato entre él y el demandado y éste podrá alegar la inexistencia del mismo. Sólo cuando el hecho invocado por el demandado no era relevante desde el punto de vista del *ius civile* tenía sentido hablar de una *exceptio* (*vid.* Guzmán, *Derecho Privado Romano*, 151s).

³⁶ Sobre la importancia de este punto, tanto para una explicación de algunas cuestiones sobre la evolución del derecho romano, como para explicar algunas cuestiones generales sobre el derecho y el razonamiento jurídico, véase Atria, *Law and Legal Reasoning*, 150-160.

³⁷ Agamben, *Homo Sacer*, 23.

³⁸ Véase Mouffe, *El Retorno de lo Político*, 14.

sí mismo un acto político. Es a través de la acción política que afirmamos nuestra identidad como una comunidad política que se autogobierna³⁹.

La segunda raíz, *polemos*, destaca la conflictividad de la acción política. Lo que es político en el sentido de polémico es que debemos actuar colectivamente, pese a que no estemos de acuerdo en qué curso de acción seguir. La necesidad de actuar colectivamente y el desacuerdo en torno a la acción a ser colectivamente emprendida configuran lo que Jeremy Waldron ha llamado ‘las circunstancias de la política’⁴⁰. El problema central de lo político en el primer sentido es la constitución del agente político, del “nosotros”; en el segundo sentido, lo político es la deliberación o el conflicto sobre la forma y modo de existir, de actuar, de ese nosotros. Correlativamente, el conflicto político tiene dos dimensiones: uno es el conflicto sobre lo que Schmitt llamaba “la forma y el modo” de existencia la comunidad política. Pero el conflicto político tiene también una dimensión reflexiva, porque alcanza también a la identidad misma de la comunidad política⁴¹. El argumento desarrollado más arriba pretende mostrar, a propósito del caso chileno post-1973, que cuando este aspecto es ignorado hay una completa dimensión de sentido de los hechos que queda excluida. Ahora quiero terminar este capítulo mostrando que el derecho necesariamente excluye esta dimensión, y eso muestra que la política es irreducible al derecho.

Al referirme al principio de este capítulo al hecho de que las teorías disponibles para explicar un proceso como el seguido por Chile a partir del 11 de septiembre de 1973 son seriamente deficitarias me refería a su incapacidad para asumir esta reflexividad del conflicto político. Por “teorías disponibles” me refería principalmente al liberalismo y lo que se ha denominado “republicanismo cívico”.

El liberalismo reconoce la posibilidad del conflicto reflexivo, lo que Rawls llama “la profundidad absoluta de ese conflicto latente irreconciliable”⁴². El modo en que el liberalismo reacciona ante la

³⁹ El argumento de esta sección está fuertemente influido por Christodoulidis, *Law and Reflexive Politics*.

⁴⁰ Waldron, *Law and Disagreement*, 101ss.

⁴¹ *vid.* Christodoulidis, *Law and Reflexive Politics*.

⁴² Rawls, *Political Liberalism*, xxvi [20].

potencial radicalidad del conflicto político es negando la conflictividad de lo político, es decir, excluyendo de “lo político” lo que ve como bases de conflicto y llevándolas a la esfera privada. Hay dos estrategias para lograr esta finalidad, y ellas definen dos formas de la teoría política liberal: una niega la autonomía de lo político y entiende el conflicto político como el paradigma del conflicto no reflexivo, es decir, el conflicto en el cual la identidad de los agentes nunca está en cuestión: el conflicto de mercado, entre partes que negocian para acordar los términos de su intercambio. La escuela denominada del *public choice* sigue esta estrategia. La otra versión, que es la preferida por Rawls, es la de buscar un *consenso por superposición* que excluya de la estructura básica de la sociedad todo lo que sea conflictivo (especialmente: las concepciones del bien de cada ciudadano). De este modo el momento excepcional para el liberalismo es extraño a lo político.

Lo que es común a ambas visiones, en lo que nos interesa aquí, es una determinada manera de concebir la relación entre el derecho y la política. El liberalismo comprende al derecho como externo a la política, ya como un conjunto de límites al proceso político que garantizan libertades lexicográficamente ordenadas respecto de otros bienes, ya como un conjunto de reglas que restringen las posibilidades negociadoras de las partes del proceso político, del mismo modo en que las reglas de orden público limitan las posibilidades negociadoras de las partes de un contrato. Esto hace que la teoría política liberal (en particular la norteamericana) tenga dificultades para integrar dentro de ella la idea democrática y la idea constitucionalista⁴³. Como la teoría liberal ignora la dimensión constitutiva de la constitución y la política, no puede sino ver la constitución como “la restricción del rango de opciones políticas abiertas a la mayoría actual”⁴⁴, es decir, un conjunto de normas que limita la libertad de lo constituido. Así las cosas, se enfrenta al “*notorio problema de la naturaleza evidentemente anti-democrática del derecho*

43 En su introducción a la edición en castellano de Ackerman, *La Política del Diálogo Liberal*, Gabriela Alonso afirma correctamente que “durante las últimas décadas, la ‘dificultad contramayoritaria’ ha fascinado a los teóricos constitucionales” (9). Alonso continúa explicando la manera en que esta “dificultad” es solucionada o disuelta por diversas teorías norteamericanas.

44 Klarman, “Constitutional fact/constitutional fiction”, 796.

constitucional”⁴⁵ (el constitucionalismo europeo, por su parte, es más conciente de la dimensión constituyente de la constitución, y está en consecuencia mejor preparado para entender que la constitución no es sólo un conjunto de límites a lo constituido). En esta comprensión de la relación entre el derecho y la política no hay cabida para el momento excepcional, que desde luego es el momento en que las “restricciones” contenidas en la constitución, entendidas como tales, son superadas. El constitucionalismo liberal (norteamericano) entonces sólo puede entender a la excepción como extraña a la normalidad. En los términos indicados más arriba, no es cínico como el *docente* de Kierkegaard sino ingenuo, y por eso es constitutivamente incapaz de entender que, como he tratado de mostrar en este capítulo, excepción y normalidad se implican recíprocamente.

La tradición cívico-republicana, a la que Cristi adhiere en el capítulo final de su libro, parece estar en mejor posición que el liberalismo para dar cuenta de la excepción, porque para el republicanismo la relación entre la constitución y lo político es interna, es decir, la constitución hace posible lo político: “el republicanismo es una teoría sobre cómo la soberanía política encuentra expresión en el derecho. El derecho, reclaman los republicanos, hace posible la soberanía popular facilitándole reglas constitucionales como el vehículo o el “hogar” de la deliberación política”⁴⁶. De este modo el republicanismo pretende disolver la anomalía contramayoritaria, afirmando que la constitución vincula al pueblo como un todo, pero lo vincula

como el lomo de un libro vincula a sus páginas. La constitución es lo que mantiene unida generación tras generación de americanos en un sujeto político único⁴⁷.

Lejos de restringir la libertad del pueblo para auto-gobernarse, la constitución hace posible que exista algo así como un agente político que actúa en el tiempo.

⁴⁵ Rubinfeld, *Freedom and Time*, 10 (cursivas agregadas).

⁴⁶ Christodoulidis, *Law and Reflexive Politics*, 10.

⁴⁷ Rubinfeld, *Freedom and Time*, 177.

En precisamente esta línea, uno de los más destacados y sugerentes autores republicanos, Bruce Ackerman, ha intentado construir una teoría de la constitución norteamericana distinguiendo entre lo que parecería ser normalidad y excepción, entre “política normal” y “política constitucional”⁴⁸. El gobierno normal, día a día, incluidas las decisiones de los órganos representativos, son momentos de “política normal”. Durante esos momentos la política discurre de acuerdo a las decisiones tomadas por el pueblo en los momentos constitucionales del pasado. Pero la política normal puede ser interrumpida por “momentos constitucionales”, en los que el pueblo deja oír su voz con la finalidad de modificar o cambiar esas decisiones constitutivas. En esos momentos constitucionales el pueblo puede usar no sólo el procedimiento de reforma constitucional del artículo V de la constitución norteamericana, sino también “formas institucionales extraordinarias”⁴⁹.

Esta posibilidad de utilizar “formas institucionales extraordinarias” parece acercarnos a la cuestión de la excepción. En términos estrictamente formales, la modificación de la constitución de acuerdo al procedimiento informal que los momentos constitucionales pueden asumir es inconstitucional. Pero eso, para Ackerman, no quiere decir que esas modificaciones *violen* la constitución. Aunque juzgados desde el punto de vista de la normalidad esas decisiones deberían ser ilegales, ellas tienen la suficiente entidad como para redefinir los estándares de legalidad y entonces afirmarse a sí mismas.

Pero en realidad la solución no es tan sencilla. Nótese, en primer lugar, que la idea de “formas institucionales extraordinarias” (“extraordinary institutional forms”) es una contradicción en los términos: las instituciones son conjuntos de formas ordinarias, normales. Lo que la constitución normaliza es precisamente la imputabilidad al pueblo de una decisión: una decisión es reconocida como una decisión del pueblo (*i.e.* del sujeto del poder constituyente) cuando se ha manifestado de acuerdo al procedimiento de reforma constitucional.

⁴⁸ Ackerman, “Discovering the Constitution”, Ackerman, *We the People: Foundations* y Ackerman, *We the People: Transformations*.

⁴⁹ Ackerman, “Discovering the Constitution”, 1022.

Pero por supuesto, esto nos devuelve al problema original: si las instituciones (*i.e.* lo que Hart llamaba “reglas secundarias”) son las que nos permiten imputar al pueblo una voluntad, ¿cómo es posible imputar al pueblo la voluntad constituyente, es decir la de constituir instituciones que permitan imputar voluntad al pueblo? Esto nos muestra algo importante: la voz del pueblo, en cuanto sujeto del poder constituyente, es siempre reclamada por quien de acuerdo a las reglas institucionales para identificar al pueblo no es sino una facción (lo militares chilenos o la derecha en 1973, etc). La importancia de este punto es evidente cuando volvemos a lo que Cristi dice sobre el decreto ley 1 que declaró que la constitución sería respetada “en la medida” de lo posible:

[La constitución de 1925] era, en cuanto tal, la medida del modo y forma de existencia política chilena, y no existía una instancia superior a ella en el terreno propiamente constitucional. Sólo el sujeto del poder constituyente, es decir, el pueblo en su totalidad podía proclamarse superior a ella. Así, de una manera no totalmente declarada, el decreto ley 1 ha sobrepasado la constitución del 25, ha reemplazado al pueblo soberano y ha abierto de par en par en par la puerta para que la junta militar se constituya en dictadura soberana⁵⁰.

Hay varias afirmaciones en esta cita sobre las que no volveré porque ya han sido suficientemente discutidas, como la idea de que al sobrepasar la constitución la puerta a la dictadura soberana ha quedado abierta de par en par: hemos visto no sólo que no quedó de par en par abierta, sino que la decisión sobre si el régimen la había abierto quedó pendiente hasta la madrugada del 6 de octubre de 1988. Pero lo que ahora nos interesa es la relación entre constitución y pueblo como sujeto del poder constituyente. La afirmación de Cristi parece suponer que hay un sujeto natural del poder constituyente, algo cuya identificación no depende de la constitución (porque es el fundamento de la validez de la constitución): este sujeto constituye “una instancia superior” a la propia constitución. El modo de actuación de este sujeto, sin embargo, es tal que su identificación no es problemática. Cristi cree que la actuación del pueblo puede ser contrastada con la actuación de la junta, de modo que podemos concluir que fue la junta y no el pueblo el que actuó en 1973. Pero lo que Cristi pierde de vista es que precisamente el momento en que

⁵⁰ Cristi, *Jaime Guzmán*, 83s.

empezamos a hablar de la expresión extrainstitucional del pueblo perdemos lo que las instituciones facilitan y tornan no-problemático que es, como hemos visto, la identificación del pueblo y las condiciones de imputación a él de una voluntad. Por consiguiente, la acción extrainstitucional (constituyente) del pueblo será siempre por interpósita persona, es decir, será siempre mediada por alguien que se *arroga* la representación del pueblo, tal como de hecho lo hizo la junta en 1973. El pueblo en momentos de normalidad tiene la forma que le da el derecho, mientras que en momentos excepcionales (o constitucionales, al decir de Ackerman) carece de forma⁵¹. Como carece de forma, la identificación del pueblo en esos momentos es una cuestión política, *partisana*: apoyar a la junta de gobierno en 1973 significaba creer que ella actuaba a nombre del pueblo mientras que estar contra ella significaba creer, con Cristi, que ella había usurpado el poder del pueblo. Pero cuando Cristi dice lo que dice (recuérdese que él mismo, como lo hemos visto, excluye de los límites de su libro lo que requiere ser “determinado políticamente, en el sentido de Schmitt”), él cree estar ocupando una posición de analista, no de partisano: él cree que está haciendo algo más que comunicarnos que él estaba entre los que se opusieron al golpe de estado. Y es ésta pretensión la que es estrictamente ininteligible.

La ceguera de Cristi a este problema es la ceguera del derecho: el derecho no puede sino trivializar el momento constituyente, porque para entenderlo debería ser capaz de entender que es posible algo así como un “momento institucional extraordinario”. Para expresarlo con una terminología distinta a la que hemos utilizado hasta aquí, el derecho es un programa que controla la asignación del código binario legal/ilegal. Cualquier cosa, en principio, puede recibir cualquiera de estas etiquetas, salvo una: la aplicación del código legal/ilegal. El derecho carece aquí de la reflexividad de la política, en tanto el derecho no puede objetar jurídicamente al derecho, no puede declarar ilegal la aplicación del código legal/ilegal. Pero esto es exactamente lo que el derecho necesitaría hacer para comprender la declaración

⁵¹ Y es por tanto, extraña al derecho, que “no tolera la carencia de forma” (Ihering, *Espíritu del Derecho Romano*, 645).

de la excepción como algo diverso a un hecho trivialmente ilícito: debería entender que es contrario a derecho declarar contrario a derecho bombardear La Moneda. El derecho, entonces, es necesariamente excluyente: la cuestión de la legalidad de la aplicación del derecho está siempre-ya respondida, está excluida.

A diferencia del derecho, como he dicho más arriba, la política tiene esta dimensión de auto-referencia: qué es un problema político es también un problema político. La comprensión de la política que subyace al argumento de Ackerman y de Cristi es problemática porque necesariamente excluye esta dimensión, asumiendo que la pregunta por la identidad de la comunidad política (o la identificación del poder constituyente, o del pueblo) no es un pregunta política sino teórica o jurídica. En Ackerman, la noción de un procedimiento “informal” de reforma constitucional es simplemente otra manera de expresar la idea de la suspensión del derecho, y por eso no tiene sentido, como veremos ahora, pretender que es posible formalizar sus condiciones de aplicación. En Cristi, las excepciones son sistemáticamente silenciadas: la constitución de 1925 fue *destruida* el 11 de septiembre de 1973 y reemplazada por la de 1973, que a su vez fue reformada (o suprimida y reemplazada) en 1980, la que también fue destruida en 1989 (o 1988) y reemplazada por la constitución de 1989 (o 1988). Cristi no puede apreciar la radicalidad de lo que ocurrió desde 1973 porque él no considera la posibilidad de que lo que estuvo en juego en 1973 (y en el terror que le siguió), y que no estuvo en juego en 1989 fue no sólo la pregunta política normal (¿cómo hemos de actuar?) sino también la pregunta política radical (¿quienes son parte de *nosotros?*).

Aceptar la reflexividad del conflicto político – el hecho de que el conflicto puede extenderse a qué cuenta como un conflicto político – impide ofrecer una caracterización no partisana que atienda a su contenido, es decir, que lo identifique por aquello sobre lo cual el conflicto versa. Aceptada la posibilidad del conflicto radical, es desde luego ingenuo pensar que el conflicto político se limita al conflicto sobre el

bien común, o conflicto sobre la limitación del poder, o sobre la acción colectiva. Todas estas son maneras normales de entender lo político, porque suponen que la entidad cuyo bien cuenta como bien “común”, o cuyo poder debe ser limitado, o de cuya acción se trata, no son objeto del conflicto político. Por eso *lo político* no puede ser caracterizado substantivamente, en términos de su contenido o los estándares a los que está sujeto. La caracterización debe mirar no al contenido del conflicto político, sino a su *modo*. Y eso explica la famosa caracterización de lo político ofrecida por Schmitt en su *El Concepto de lo Político*:

La distinción política específica, aquella a la que pueden reconducirse todas las acciones y motivos políticos, es la distinción de amigo y enemigo. Lo que ésta proporciona no es desde luego una definición exhaustiva de lo político, ni una descripción de su contenido, pero sí una determinación de su concepto en el sentido de un criterio⁵².

Esta es otra instancia del modo de caracterización utilizado por Schmitt para caracterizar la soberanía desde la excepción, que “piensa al universal al pensarse a sí misma”. Aquí lo político es caracterizado desde el punto de vista de la situación extrema: el conflicto al que lo político hace alusión es conflicto *comunitario* (normal) y conflicto *sobre* la comunidad (excepcional). Lo que esto enfatiza es la naturaleza *contingente* de la comunidad política: la comunidad se define a sí misma. El conflicto político tiene en sí la potencialidad de tornarse *reflexivo*.

Como fue mencionado más arriba, Ackerman considera que la fuente del nazismo de Schmitt, la premisa de la que éste se deriva, es su preferencia por la aclamación como forma privilegiada de la expresión del pueblo. Intentando impedir que “nazis como Schmitt desacrediten enteramente la idea” de que los ciudadanos pueden expresarse por formas no institucionales, Ackerman propone “un número de

⁵² Schmitt, *Concepto de lo Político*, 55.

criterios para identificar un acto apropiado de voluntad constitucional”⁵³. Esos criterios incluyen, primero,

el tiempo: no debería ser suficiente obtener apoyo [...] para un principio constitucional en un único momento [...]. Debería fijarse un período de tiempo considerable – medido en años, no en meses- en el cual una iniciativa constitucional pueda ser debatida en múltiples foros decisorios antes de determinar su destino⁵⁴.

Pero aquí debe recordarse que el equivalente funcional de estos criterios (el primero mencionado y los demás que no necesitamos mencionar, pero que incluyen una exigencia especial de profundidad, amplitud y contundencia apoyo popular para la iniciativa del constitucional en cuestión) está establecido institucionalmente en el artículo V de la constitución. ¿Por qué eso no es suficiente? Porque Ackerman está hablando precisamente de los momentos constitucionales, es decir, como vimos, de los momentos en que el pueblo se manifiesta a través de “formas institucionales extraordinarias”. Y estos requisitos, estas exigencias, esta “fijación de plazos” de años y no meses, etc, ¿cuál es su estatus? Si lo que Ackerman pretende es sólo sugerencias para sobre cómo

debería diseñarse un sistema superior de creación de derecho (higher lawmaking system) que pueda correctamente distinguir entre las raras ocasiones en las que una mayoría movilizada de ciudadanos americanos se forma un juicio considerado en un asunto de principios fundamental es y las incontables decisiones de política normal⁵⁵

entonces el problema ya está resuelto: es el procedimiento institucional de reforma constitucional, y lo que Ackerman dice puede ser entendido como sugerencias de modificación de ese sistema. Pero eso no responde la pregunta por las formas institucionales extraordinarias. Tratándose de éstas, no se ve por qué el pueblo no puede también decidir cómo quiere expresarse. Las condiciones que Ackerman exige para la existencia de un momento de política constitucional invitan naturalmente a la pregunta: ¿qué hemos de concluir si esos requisitos no se dan, pero un movimiento político se muestra capaz de imponer su

⁵³ Ackerman, *La Política del Diálogo Liberal*, 151.

⁵⁴ *ibid*, *La Política del Diálogo Liberal*.

⁵⁵ Ackerman, *We the People: Foundations*, 55.

concepción de la comunidad? ¿O si estos requisitos concurren, pero la decisión adoptada es una que niega mi comprensión de los fundamentos de nuestra asociación política?

Ackerman dice algo respecto de la segunda cuestión. Él imagina que, después de la debida deliberación, se dicta la siguiente enmienda XXVII de la constitución norteamericana:

El cristianismo es la religión del pueblo americano, y el culto público de otros dioses está prohibido.

Ackerman, comentando este escenario, sostiene que

no tendría dudas sobre mi responsabilidad judicial, si fuera tan infortunado como para ser miembro de la Corte Suprema. A pesar de que yo mantendría mi convicción de que esta enmienda cristiana está terriblemente equivocada, yo la defendería como una parte fundamental de la constitución americana⁵⁶.

Aquí Ackerman está imaginando la situación en la que se encontraría un juez de la Corte Suprema después de la modificación regular de la constitución norteamericana, es decir, mediante el artículo V. Todo el proyecto de Ackerman, sin embargo, supone que esta enmienda XXVII puede ser adoptada no sólo mediante este procedimiento, sino también mediante “formas institucionales extraordinarias”. En el primer caso, Ackerman puede hablar de su responsabilidad judicial de defender la enmienda XXVII como una parte fundamental de la constitución americana porque ella a sido producido mediante los procedimientos que, desde el punto de vista del juez, permiten imputar al pueblo norteamericano una voluntad. Pero si aceptamos la idea de formas institucionales extraordinarias, es decir, de reformas constitucionales que se realizan a través de formas distintas a las del artículo V, ¿por qué habría un juez de aceptar la imputación al pueblo americano de una voluntad que, de acuerdo a la visión de ese juez, niega aquello que es más característicamente constitutivo de la idea política de pueblo norteamericano? ¿Por qué deberíamos aceptar la tesis de Ackerman de que es responsabilidad del juez aceptar que es el pueblo norteamericano el que ha hablado? Radicalizando este punto, podemos concluir: si se trata de formas extraordinarias, no formales, de manifestación del pueblo, no hay otro criterio de imputabilidad

⁵⁶ *ibid*, *We the People: Foundations*, 14.

que la coherencia sustantiva de la voluntad expresada y la comprensión de la comunidad política del agente de que se trata. No hay aquí espacio para la perspectiva del juez, porque no hay espacio para sostener lo que es característico de la posición judicial: que una decisión es institucionalmente válida a pesar de que es contraria a las creencias del juez. La cuestión de la identificación del pueblo como agente político y de la imputabilidad a él de una voluntad son excluidas radicalmente por el derecho: están *always-already* respondidas. Es en este sentido que el derecho es necesariamente excluyente y no reflexivo.

Esto explica que el derecho no pueda sino trivializar el momento constituyente: para entenderlo, debería ser capaz de entender que es posible la existencia de una “momento institucional extraordinario”. Pero entender institucionalmente lo extraordinario no es posible para el derecho, porque implica no poder entender institucionalmente lo ordinario. El derecho clasifica las acciones asignándoles el código binario legal/ilegal. Cualquier cosa puede ser legal o ilegal, menos una: la aplicación del código legal/ilegal. A diferencia de la política, el derecho no puede ser reflexivo. El derecho no puede declarar ilegal al derecho. Sólo declarando ilegal al derecho que declara ilegal lo “extraordinario” de ese momento institucional podría el derecho reconocerlo.

¿Y quien dice que el derecho no puede aplicar el código legal/ilegal al derecho mismo? No puede hacerlo y seguir siendo derecho. Y esto no es una cuestión sobre el significado de la palabra “derecho”, sino sobre el *sentido* del derecho. Sólo porque el derecho no puede aplicar el código legal/ilegal al derecho mismo es que la aplicación del código legal/ilegal no es políticamente problemática, al menos no lo es al interior del derecho. Precisamente porque el conflicto político es reflexivo y no admite exclusiones formales, como las admite el derecho, es que existe el derecho para configurar un ámbito de interacción libre de política. Esperar que el derecho aplique el código legal/ilegal al derecho mismo es esperar que se haga reflexivo, es decir, que deje de ser derecho y se transforme en política. Esto es lo que algunos

denominamos “vulgarización” del derecho. La vulgarización del derecho lo disuelve, y lo transforma en mero conflicto político.

Lo que sostendré en lo que queda de este libro es que en Chile el conflicto político alcanzó este nivel radical en 1973, y que entonces el tema central de reflexión desde el punto de vista de la comprensión de la constitución y reconstitución de la comunidad política chilena es el hecho del terror, que habitualmente se denomina las “violaciones a los derechos humanos” (más adelante aclararé por qué no uso esta etiqueta habitual). En el capítulo 2 quiero explicar la manera en que este problema ha sido enfrentado a través del derecho, lo que en definitiva, por las razones recién explicadas, niega su carácter excepcional. En el capítulo 3 defenderé una concepción de la reconciliación política que entiende que reconciliación es el nombre que le damos a la reconstitución de la comunidad después de una fractura grave de lo que nos identifica a todos los chilenos como chilenos. El capítulo 4 discute las consecuencias de esta comprensión del terror como un fenómeno “excepcional” – constitutivo en este sentido – para una política normal.

REFERENCIAS

- Ackerman, B: *La Política del Diálogo Liberal* (Barcelona: Gedisa, 1999; traducido por G Alonso).
 ——— “The Storr Lectures: Discovering the Constitution”, en *93 Yale Law Journal* (1984).
 ——— *We the People: Foundations* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1991).
 ——— *We the People: Transformations* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1998).
 Agamben, G: *Homo Sacer* (Stanford: Stanford University Press, 1998; edn orig 1995).
 Arendt, H: *The Human Condition* (Chicago, IL: University of Chicago Press, 1958).
 Atria, F: *On Law and Legal Reasoning* (Oxford: Hart Publishers, 2002).
 Bankowski, Z: *Living Lawfully* (Dordrecht: Kluwer, 2001).
 Barros, R: *La Junta Militar. Pinochet y la constitución de 1980* (Santiago: Sudamericana, 2005).
 Böckenförde, W: “El poder constituyente del pueblo. Un concepto límite del derecho constitucional”, en *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia* (Madrid: Trotta, 2000), pp 159-180.
 Bodino, J: *Los Seis Libros de la República* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992; edn orig 1575).
 Cavallo, A, M Salazar y O Sepúlveda: *La Historia Oculta del Régimen Militar* (Santiago: Grijalbo Mondadori, 1997; edn orig 1990).
 Christodoulidis, E: *Law and Reflexive Politics* (Dordrecht: Kluwer, 1998).
 Cristi, R: *El Pensamiento Político de Jaime Guzmán* (Santiago: LOM, 2000).

- Dworkin, R: *Law's Empire* (London: Fontana, 1986; traducido por C Ferrari).
- Dyzenhaus, D: *Legality and Legitimacy* (Oxford: Clarendon Press, 1997).
- Guzmán, A: *Derecho Privado Romano* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1996).
- Hart, H L A: *El Concepto de Derecho* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1963; traducido por G Carrió).
- Hohfeld, W N: *Conceptos Jurídicos Fundamentales* (México: Fontamara, 2001; edn orig 1923).
- Ihering, R: *El Espíritu del Derecho Romano* (Granada: Comares, 1852-1865; edn orig 1998).
- Klarman, M: "Constitutional fact/constitutional fiction: a critique of Bruce Ackerman's theory of constitutional moments", en *Stanford Law Review* (1992), pp 759-799.
- Montesquieu: *Del Espíritu de las Leyes* (Buenos Aires: Heliasta, 1984; edn orig 1748; traducido por N Estevez).
- Mouffe, C: *El Retorno de lo Político* (Madrid: Paidós, 1999).
- Rawls, J: *Political Liberalism* (New York, NY: Columbia University Press, 1993; traducido por S R Madero).
- Rubinfeld, J: *Freedom and Time* (New Haven, CT: Yale University Press, 2001).
- Schmitt, C: *El Concepto de lo Político* (Madrid: Alianza, 1998; edn orig 1932; traducido por R Agapito).
- *La Dictadura* (Madrid: Alianza, 1999; edn orig 1931).
- *Teología Política* (Buenos Aires: Struhart y Cía, 1998; edn orig 1922).
- Schulz, F: *Derecho Romano Clásico* (Barcelona: BOSCH, 1960; traducido por Santa Cruz, J).
- Sieyès, E-J: *¿Qué es el Estado Llano?* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988; edn orig 1789).
- Waldron, J: *Law and Disagreement* (Oxford: Clarendon Press, 1999).
- Watson, A: *The Evolution of Law* (Oxford: Basil Blackwell, 1985).
- Wittgenstein, L: *Philosophical Investigations* (Oxford: Blackwell, 1958; traducido por G E M Anscombe).