



ACADEMIA CHILENA  
DE CIENCIAS SOCIALES  
POLÍTICAS Y MORALES

## **CHILE Y SUS REFUNDACIONES BALANCE JURÍDICO Y PERSONAL**

*Por José Rodríguez Elizondo*

*“El Derecho es un sector de la Política  
y, por consiguiente, el jurista es ante  
todo un hombre político”*

Francesco Carnelutti



ACADEMIA CHILENA  
DE CIENCIAS SOCIALES  
POLÍTICAS Y MORALES

## **ADVERTENCIA NECESARIA**

*Este texto es un capítulo de un libro en preparación, sobre el marco jurídico de los grandes conflictos políticos en Chile -revoluciones, contrarrevoluciones y estallidos-en los últimos 50 años, con sus precuelas y secuelas.*

*El desafío comenzó a gestarse en una conferencia que dicté en el Aula Magna de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, en noviembre de 2022. Con ella inauguré el Cuarto Encuentro de Estudiantes de Doctorado de la Asociación Iberoamericana de Escuelas y Facultades de Derecho. Cuando las autoridades de dicha Facultad me invitaron, les dije que lo pensarán dos veces, pues yo adhiero a lo que cuenta Karl Popper en su autobiografía intelectual. El aceptaba ser conferencista como “un desafío para instalar conclusiones inaceptables”. Yo no llego a tanto, pero a veces casi, pues creo que las teorías se prueban más por los hechos sobrevinientes que por las citas de autores pretéritos.*

*Desde esa perspectiva, estoy contrastando mis percepciones jurídicas de juventud con mi percepción actual, en un recorrido que abarca la segunda mitad del siglo XX y lo que va del siglo XXI. En ese largo plazo debí considerar el proyecto de transición al socialismo de Salvador Allende, los 50 años transcurridos desde el golpe de Estado de 1973,*



ACADEMIA CHILENA  
DE CIENCIAS SOCIALES  
POLÍTICAS Y MORALES

*la transición a la democracia liderada por Patricio Aylwin y los “momentos constituyentes” que seguimos viviendo en Chile.*

*Dado que en parte esta es una historia personal, debí superar ciertos pudores con ayuda de Jorge Luis Borges. Dudoso una vez entre escribir algo en prosa o en verso, el gran escritor hizo una opción intuitiva: “hay que dejar a los temas que elijan”. Con ese consejo de autoridad, aquella conferencia y el texto derivado eligieron ser comunicados en primera persona del singular.*



ACADEMIA CHILENA  
DE CIENCIAS SOCIALES  
POLÍTICAS Y MORALES

## **Refundación conservadora**

En el tráfago de los años de Salvador Allende no se podía captar, a cabalidad, que en la exaltación estudiantil de los años 60 estuvo el soplo de la revolución cubana, el germen de nuevos extremismos de izquierdas y una prefiguración de la actual fractura generacional.

En diferido, acúsome de no haber profundizado en el pensamiento de Jorge Millas, quien fuera mi fascinante profesor de Filosofía del Derecho. Desde inicios de esa década él tenía muy claro que la masificación de la enseñanza superior, en un contexto revolucionado, traía el “virus de la politización”. Esto significaba que en las universidades tendía a interrumpirse el debate político racional y que entre la democratización social avanzada, las justas reivindicaciones de los sectores vulnerables y el compromiso ideológico de estudiantes y docentes, se pervertía su misión humanista, científica y nacional. “Cada vez es mayor la tentación de



## ACADEMIA CHILENA DE CIENCIAS SOCIALES POLÍTICAS Y MORALES

entregarnos al automatismo de las ideologías”, dijo en una conferencia de 1962, en la Universidad de Panamá.

Tal percepción, sin duda profética, anticipaba el doloroso tránsito desde la Reforma Universitaria iniciada en 1967, hasta al estallido militar de 1973. Una estación terminal que no sería breve y superaría largamente la ilusión de una dictadura de corto plazo, tras la cual Chile volvería a ser, junto con Costa Rica y Uruguay, una de las tres democracias tradicionales de la región.

Es que, ensimismados en las coyunturas, los actores políticos de entonces no atinaron a enfrentar la quebrazón del Estado de Derecho, para privilegiar la trayectoria democrática del país. “La democracia habría podido salvarse, pero para ello era indispensable una importante dosis de racionalidad que no existía, la mayoría de los chilenos había perdido su fe en la democracia”, reconocería Patricio Aylwin, futuro presidente de Chile, a quien yo había conocido como profesor paralelo de Derecho Administrativo en la Escuela de Derecho.



## ACADEMIA CHILENA DE CIENCIAS SOCIALES POLÍTICAS Y MORALES

Con ese *background*, la dictadura sobreviniente, personalizada en el general Augusto Pinochet, no fue un momento de reacomodo para políticos desplazados, sino una contrarrevolución autosustentable. En rigor, una refundación conservadora -un oxímoron-, al costo de muchas vidas, de una violación sistemática de los derechos humanos y de miles de migrantes y exiliados...entre los cuales yo mismo.

Pese a estar en el clímax bifronte y confrontacional de la guerra fría, aquello aisló globalmente al nuevo régimen. La mayoría de los países socialistas lo repudiaron y en los Estados Unidos y Europa occidental no fue posible incorporarlo. Ante esa dura condición, los abogados del régimen abrieron salidas de emergencia y Pinochet, asumiendo el talante juricista nacional, aceptó encuadrar su poder en un marco normativo. Liderados por Jaime Guzmán Errázuriz, profesor de la Universidad Católica, expertos designados sustituyeron la Constitución que Allende mantuvo, por un entramado de actas constitucionales, leyes y reglamentos, hasta que, en 1980,



## ACADEMIA CHILENA DE CIENCIAS SOCIALES POLÍTICAS Y MORALES

instalaron una Constitución con pronóstico de eternidad. Se formalizó, así, una democracia protegida por la fuerza, un Estado subsidiario y una universidad vigilada. Fin de las incertezas propias de la alternancia democrática.

Fue una vía anticlimática para volver al dogmatismo de los grandes popes de la jurisprudencia conservadora, para quienes el rol del Derecho era fijar y conservar el *statu quo*. Lo novedoso fue que, con base en esa petrificación de la sociedad política se generó, *manu militari*, la economía de mercado más pura y polémica del mundo. Milton Friedman -padre de la economía de Chicago- la aplaudió, pero advirtió la rareza de que un *establishment* vertebralmente estatal, como las Fuerzas Armadas, optara por una economía híperprivatizada. Como contrapunto, a Paul Samuelson -ícono de la economía mixta- le inspiró el concepto de “capitalismo fascista”. Para él, ese tipo de economía sólo podía darse en dictaduras. Así consta en sendas entrevistas que les hice a ambos en 1981, para la revista peruana *Caretas*.



## ACADEMIA CHILENA DE CIENCIAS SOCIALES POLÍTICAS Y MORALES

Por lo recordado, Chile volvía a ser un laboratorio de interés mundial, pero en un mundo diferente pues, sin que lo sospecháramos, comenzaba el fin de la guerra fría. A diferencia de los años 60, con su simpatía por las revoluciones, los años 80 mostraban a Ronald Reagan, conservador presidente norteamericano y a Mijail Gorbachov, el jefe comunista de la URSS, en plan de convergencia geoestratégica y hasta de amistad. En paralelo, Deng Xiao Ping terminaba en China con el dogmatismo cultural-colectivista de Mao Zedong.

Tras la crispación de los años fríos, llegaba la calidez de la distensión internacional.

### **Ilegitimidad geopolítica**

La distensión culminaría con la implosión de la superpotencia soviética, el fin de la guerra fría y una esperanza gozosa sintetizada en la consigna onusiana de “los dividendos de la paz”. A la corta o a la larga todos seríamos democráticos y liberales, viviríamos el fin del





## ACADEMIA CHILENA DE CIENCIAS SOCIALES POLÍTICAS Y MORALES

equilibrio del terror termonuclear, el fin de los padrinos políticos para las dictaduras y la liberación de grandes inversiones para el desarrollo equitativo. Parafraseando a Aldous Huxley, llegaríamos a un *Brave New World*. Un nuevo *Mundo Feliz*, pero de verdad.

De momento, aquello dejó a dictaduras y dictadores sin legitimidad geopolítica. La excusa del “enemigo estratégico” ya no servía y esto fue especialmente claro en Chile, con apoyo en su tradición jurídica republicana, su memoria democrática y su domicilio en el hemisferio occidental.

Por esa brecha de libertad, los líderes pragmáticos de la disidencia negociaron una transición a la democracia con los militares, en el marco de la Constitución de la dictadura. En su mayoría eran abogados -entre ellos Patricio Aylwin, Enrique Silva Cimma y Gabriel Valdés- y actuaban a sabiendas de que habría fracturas en las izquierdas extremas y en las derechas duras. En las primeras, por la frustración de quienes soñaban desfilarse victoriosos por las grandes



## ACADEMIA CHILENA DE CIENCIAS SOCIALES POLÍTICAS Y MORALES

alamedas de Allende, tras derrotar a Pinochet. En las segundas, porque los militares ideologizados y los militaristas civiles no aceptaban renunciar a las seguridades que les daba “su” Constitución.

Otra vez Aylwin, a la sazón líder fáctico de la disidencia democrática, supo explicar el tema con meridiana claridad: "Ni yo puedo pretender que el general Pinochet reconozca que su Constitución es ilegítima, ni él puede exigirme que yo la reconozca como legítima ¿Qué hacemos? Me guste o no, está rigiendo, es un hecho que forma parte de la realidad y que yo acato”.

Ese pragmatismo estaba muy cercano a la “Teoría del Estado” de Hans Kelsen, según la cual la norma originaria del Derecho no es creada por un acto jurídico precedente -no podría serlo- sino por una suerte de consenso social que la validaría para el futuro. Lo decisivo fue que se impuso como línea política, configurando una doble victoria del realismo político: sobre la defensa de la intangibilidad de la



## ACADEMIA CHILENA DE CIENCIAS SOCIALES POLÍTICAS Y MORALES

Constitución de 1980 y sobre el voluntarismo de quienes querían ignorarla, para derrotar la dictadura con la “movilización combativa de las masas”.

### **Constitucion con otra ideología**

La negociación con los militares fue el *Big Bang* de un nuevo Estado democrático de Derecho. Durante tres períodos presidenciales consecutivos, la Constitución de 1980 se fue reformando para eliminar sus discriminaciones ideológicas, extirpar sus enclaves autoritarios y sacar a las Fuerzas Armadas de la política contingente. Con base en los indicadores positivos de la *Concertación de Partidos por la Democracia* (la alianza gobernante), el presidente Ricardo Lagos promulgó como nuevo su texto refundido. Simbólicamente, extirpó la firma del general Pinochet para estampar la suya propia, en la que pretendió sería la Constitución de 2005.



## ACADEMIA CHILENA DE CIENCIAS SOCIALES POLÍTICAS Y MORALES

Lamentablemente, Lagos no previó la necesidad de un referéndum ratificatorio, lo que facilitó la prédica de lo que hoy llamaríamos “tesis negacionistas”. Las izquierdas antisistémicas, con sus teorías fallidas, huérfanas de sus modelos de guerra fría, pero emocionalmente irreductibles, dictaminaron que en Chile seguía rigiendo “la Constitución de Pinochet” o -como variable- “la Constitución de los cuatro generales”.

De aquello derivaba que los gobiernos de la transición democrática sólo habían administrado el legado de la dictadura y que, para zafar del pasado, una nueva Constitución debía reflejar “la voluntad del pueblo”. En otras palabras, había que volver atrás la rueda jurídica de la historia, para liquidar las constituciones normativas o de consenso, en aras de una Constitución ideológica de izquierdas o refundacional.

Como secuela del fracaso del proyecto allendista, querían una carta fundamental que bloqueara *ab initio* la alternancia en el poder.



## **Estallido y plurinacionalidad**

La pretensión mencionada se expresaría glosando dos experiencias ajenas. Una fue la Constitución plurinacional promulgada en Bolivia por Evo Morales, con asesoría del sociólogo y exguerrillero Álvaro García Linera. Ésta constitucionaliza el poder de un bloque revolucionario, con base indígena y es solapadamente antichilena, pues desconoce implícitamente el tratado chileno-boliviano de 1904 y el tratado chileno-peruano de 1929. La otra experiencia fue la del carismático coronel venezolano Hugo Chávez. Éste, tras fracasar como golpista y optar exitosamente por la vía electoral, enseñó que el primer deber de un revolucionario victorioso es cambiar de inmediato las reglas del juego político, para asegurar la irreversibilidad de su poder. Con ese objetivo hizo aprobar la Constitución bolivariana de 1999 en su primer año de gobierno.



## ACADEMIA CHILENA DE CIENCIAS SOCIALES POLÍTICAS Y MORALES

El desarrollo de ese talante radical, que supone una vía constitucional a una revolución presuntamente socialista, se sostuvo durante los cuatro gobiernos siguientes al de Lagos y llegó a su clímax con el intento de derribar el gobierno de Sebastián Piñera el 18 de octubre de 2019, en lo que eufemísticamente se llamó “estallido social”.

En un clima de violencia, vandalismo y destrucción, que hoy se asume como “revuelta”, los políticos incumbentes, incluyendo al entonces diputado Gabriel Boric, produjeron un acuerdo *in extremis*: una Convención Constitucional elegida mediante un procedimiento especial, que subvencionaba electoralmente según identidades y no según diversidad de intereses nacionales expresados en partidos.

El 4 de julio de 2022, ahora con Boric como presidente de la República, una mayoría de convencionales identitarios produjo una Propuesta Constitucional que liquidaba el Estado nación unitario de Chile, desestructuraba los poderes tradicionales e instalaba un Estado



## ACADEMIA CHILENA DE CIENCIAS SOCIALES POLÍTICAS Y MORALES

plurinacional, intercultural, regional y ecológico. Por una parte, esto reflejaba el utopismo de quienes creen que son las normas jurídicas las que generan realidades y no al revés. Por otra parte, incluso en la mayoría que la presentó -con varias decenas de abogados-, se ignoraba que su fuente más próxima era la Constitución boliviana y no las tesis de remotos sociólogos europeos o norteamericanos.

Fue un test dramático, apoyado con fuerza desde el propio gobierno, que puso al país al borde de la cornisa existencial pues lo debilitaba en lo geopolítico y lo estratégico. En la medida en que esto quedó claro, gracias a la información de comunicadores ilustrados y al despertar de los políticos apáticos, se activaron los reflejos jurídico-patrióticos de la gran mayoría ciudadana. Así, para sorpresa del gobierno, encuestadores y analistas extranjeros, la Propuesta fue rotundamente repudiada en plebiscito del 4 de septiembre de 2022.



## ACADEMIA CHILENA DE CIENCIAS SOCIALES POLÍTICAS Y MORALES

Con una altísima participación electoral, la opción *Rechazo* se impuso a la opción *Apruebo* por casi 25 puntos porcentuales y solo perdió en ocho de las 346 comunas del país.

### **Tiro por la culata**

Como en política nadie muere para siempre, pronto emergieron tres posiciones diferenciadas. Según miembros de la derrotada Convención Constitucional, el rechazo fue fruto de una campaña del terror de la oposición, expresada en desinformación, *fakes* y *memes*. Según analistas conservadores, con base en el Partido Republicano, el rechazo confirmó el aprecio nacional por la continuidad institucional y lo innecesario de una nueva Constitución. Según voceros oficialistas, lo sucedido no era una derrota del gobierno y el país debía iniciar un nuevo “momento constituyente”.

Dado que el Presidente enfrentó el momento con un perfil bajo, la síntesis también vino rápido. Políticos, académicos e intelectuales





## ACADEMIA CHILENA DE CIENCIAS SOCIALES POLÍTICAS Y MORALES

variopintos reconocieron que tras la asonada de 2019 y sus secuelas, la Constitución vigente había quedado varada en el limbo del desacato y debía aprobarse un nuevo momento constituyente... pero esta vez con resguardos. Como factores que garantizaran la continuidad institucional y sistémica, los partidos establecidos consensuaron “mínimos comunes”, una comisión de expertos que presentara un documento base, la elección de consejeros constituyentes sin discriminaciones identitarias y un nuevo plebiscito de salida.

El 7 de mayo de 2023 la elección de consejeros produjo una mayoría decisiva para los candidatos del Partido Republicano. El mismo que antes había negado la necesidad de una nueva Constitución y cuyo líder era (es) José Antonio Kast, el rival de Boric en la elección presidencial. Fue un segundo varapalo para los exuberantes convencionales antisistémicos del bienio anterior. Un literal tiro por la culata.



## ACADEMIA CHILENA DE CIENCIAS SOCIALES POLÍTICAS Y MORALES

Aunque esta vez el presidente Boric reconoció su derrota, el análisis del impacto también fue diferenciado. Voceros oficialistas lo decodificaron como un alarmante éxito de “la ultraderecha” -equivalente subliminal del fascismo-, a expensas de la que ahora reconocieron como “derecha democrática”. Como contrapunto, analistas pragmáticos y variopintos abrieron paso a la esperanza. Plantearon que este nuevo momento podía o debía culminar con una propuesta enmarcada en los principios del constitucionalismo ortodoxo, que liquidara la pretensión de refundar nuestro país. El vencedor Partido Republicano se plegó a este talante.

Y en eso estamos, mientras yo escribo estas líneas.