

EL LENGUAJE DEL CONSTITUCIONALISMO CHILENO (1973-2013): TRAS EL ESTADO DE EXCEPCIÓN Y LA VIOLENCIA*

NICOLÁS LÓPEZ PÉREZ**
UNIVERSIDAD DE CHILE, CHILE
nicolopez@ug.uchile.cl

RESUMEN: El presente trabajo intentará explicar la red semántico-conceptual presente en la creación concomitante de un sistema jurídico alternativo y la derrota del derecho vigente, que se presupone válido y eficaz, bajo la premisa del estado de excepción, la violencia constitutiva y la teoría de la soberanía de Carl Schmitt con acento especial en la génesis de la Constitución de 1980, cuna del constitucionalismo chileno que empapó a la academia por más de 30 años. Para ello me valdré de tres ejes argumentativos. El primero, indagará en el origen del derecho, precisamente el sistema jurídico, con el fin de afirmar que lo jurídico es de orden convencional y al mismo tiempo, lógico. El segundo, entrará en la dicotomía entre normalidad y excepción para responder a la inquietud del cambio de las instituciones a partir de relaciones de poder, violencia y moral del derecho que han sido objeto de discusiones en la literatura chilena reciente sobre teoría política. El tercero, abordará el caso del Chile de 1973 a 1980 por medio de sus procesos políticos y jurídicos que culminaron en la elaboración de una Carta Fundamental, blanco de controversias hoy.

* Desarrollé las ideas de los acápite 3 y 4 en un trabajo titulado “Justos, pecadores y la esfinge: notas sobre la soberanía, el poder y el derecho” presentado en el Congreso: la justicia y el poder a través de la historia en La Serena el 03 de Abril de 2014. Las ideas vertidas en esta investigación se nutrieron gracias a las conversaciones sobre estas ideas que sostuve con los profesores Rafael Escudero Alday y Javier Dorado Porras durante mi estadía en la Universidad Carlos III de Madrid durante el cuatrimestre otoño 2013-2014, así también, gracias a los consejos y comentarios que recibí de Felipe López Pérez, Lucy Oporto Valencia, José Luis Castro Fuentes y Michaela Schauerová. Estoy en deuda también con Marcelo Barría Bahamondes, por los fructíferos diálogos sostenidos con él en las reuniones del Grupo de Estudios *Derecho y Humanidades*, donde presenté el germen de la tesis expresada aquí. *Last but not least*, gratitud con Siham El Masou Atuez, que congratuló la posibilidad de esta postura en filosofía de la moral, a propósito de un seminario realizado con su colaboración el semestre otoño 2013 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Impericias que subsistan son de mi autoría.

** Egresado de Derecho, Universidad de Chile.

Palabras claves: *estado de excepción, lenguaje, derecho constitucional, violencia constitutiva, constitucionalismo.*

THE LANGUAGE OF THE CHILEAN CONSTITUTIONALISM (1973-2013): BEHIND THE STATE OF EXCEPTION AND THE VIOLENCE

ABSTRACT: This paper will try to explain the actual semantic-conceptual web in the parallel creation of an alternative legal system and the defeating of the actual law that is presupposed as valid and with efficacy, under the thesis of the state of exception, the constitutive violence and the Carl Schmitt's theory of the sovereignty with a special emphasis in the genesis of the 1980's Constitution, cradle of the Chilean constitutionalism which was above the academy for long 30 years. For this I will use three argumentative axes. The first will investigate the origin of Law, accurately the legal system, with the end-aim of affirm that the Law comes from convention and at the same time, from logics. The second will go inside the dichotomy between normality and exception to give answer to the question of the change of the institutions through power relations, violence and the morality of Law, topic that were object of discussions in the recent Chilean literature about political theory. The third will take the case of the Chile between 1973 and 1980 with its political and legal process who ended in the creation of a Constitution that is target of debates today.

Keywords: *state of exception, language, constitutional law, constitutive violence, constitutionalism.*

“Las calles, cubiertas por un manto de nieve nueva y blanda, estaban tan silenciosas que no oíamos nada excepto nuestros pasos y nuestra respiración, más rápida según nos íbamos cansando. En una calle en la que a ambos lados se alineaban casas y tiendas, este silencio le dejaba a uno la impresión de estar en un sueño”.

PAMUK, *Nieve*, p. 496.

1. INTRODUCCIÓN: UNA TRAMPA SAGRADA

El derecho es un marco teórico a través del cual, se puede explicar la realidad en su conjunto, la que se constituye como una macroforma y depende de microformas como los sistemas y los conceptos. Fuera del ámbito teorizador, se ubica lo práctico y lo cotidiano, espacios donde los seres humanos se mueven. Debido a la imposibilidad del hombre para desarrollarse aislado de sus pares, se fundan sociedades y en su vertiente moderna, Estados.

Las sociedades, dice Jakobs, se constituyen a partir de normas, unas naturales y otras jurídicas. Las primeras son necesarias, se auto-garantizan y quedan fuera del accionar humano. Las segundas, por su parte, son contingentes y requieren que la coacción las garantice, luego la pena impregna a la sociedad de su *identidad normativa*¹. Distinciones entre lo permitido y lo prohibido, clásicas a la hora de establecer un sistema ordenado que se erija como el que regula las conductas de los hombres con miras a la paz social. Un sistema jurídico es un sistema lógico² y como tal, requiere de tres elementos: unidad, coherencia y completitud. Sobre la unidad, requiere que los componentes del mismo (las normas) tengan relación entre sí y exista “sistematicidad”. Sobre la coherencia, refiere a la inexistencia de “antinomias”, o sea, contradicciones entre los contenidos de dos o más normas. Finalmente, la completitud, dice relación con la plenitud del sistema, que no tenga cabos sueltos ni situaciones sin observar. Ello, parte de una lógica kantiana de abarcar todo el universo posible, no se aceptan “lagunas” ni “vacíos”.

Observemos que el derecho es multidimensional, se puede ver como reglas, hechos y/o valores. Ello será importante en el análisis de las partes del sistema jurídico.

Ahora bien, como sistema, posee un fondo y una cúpula. Respecto de esta última, la mayoría de los territorios/sociedades/comunidades hoy en día (y que se rigen por *civil law*) poseen una Constitución en esa posición.

Que el sistema jurídico posee una cúspide y de ella se deriva el contenido de todas las demás reglas, sería una explicación teórico-consistente de lo que implica la normatividad en una sociedad. Por lo demás, queda a medio camino respecto de la formación de la Constitución, por ejemplo. El tópico del poder constituyente y la suspensión del derecho son cuestiones que aparentemente, quedan sin cubrir en la solución que ese simple algoritmo entrega o bien, de esos temas nacen argumentos que piensan al inicio del sistema jurídico como un momento constituyente y se cae en una circularidad sin fin. De ambas temáticas, este trabajo se ocupará, así como también de la justificación y de la explicación teórica³ que respecta a la normatividad y su origen.

¹ JAKOBS, Gunther. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*. Madrid, España: Civitas, 1996, pp. 11-41.

² La idea está notablemente fundamentada en ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires, Argentina: Astrea, 2006.

³ Importante será esta distinción. Ambas pueden iluminar o profundizar nuestro entendimiento; las explicaciones lo hacen contándonos qué es la naturaleza de un objeto o bien, por qué las cosas son como son; en contraste, las justificaciones buscan defender o legitimar ciertos tipos de cosas, por ejemplo, acciones, reglas, cursos de conductas, prácticas, entre otros. Las explicaciones están reguladas por normas de precisión descriptiva y/o predictiva, mientras que las justificaciones lo están por las apropiadas normas morales. Véase mayor referencia en COLEMAN, Jules. *The Practice of Principle. In a Defense of a Pragmatist Approach to Legal Theory*. Oxford, Reino Unido: Oxford University Press, 2001, p. 3.

La reflexión sobre el derecho y su concepto, en principio, estará dada por la revisión de autores que se adscriben al positivismo jurídico, fundamentalmente, Kelsen y Hart. Con ello pretenderé dar cuenta de las bases que sientan un sistema jurídico. En esa misma línea, la justificación moral del derecho será un tema importante a considerar, lo que incluye las discusiones sobre la relación derecho-moral y sobre otras conexiones como derecho-poder, justicia-derecho y poder-justicia, que han tenido diversos contenidos en la literatura erudita en filosofía jurídica, moral y política. Una triada innegable a la hora de analizar la existencia de las instituciones en una sociedad. Ahora bien, ¿qué es lo que ocurre con el control del origen de la normatividad en este punto? Es interesante la red semántico-conceptual que puede estar presente en la creación concomitante de un sistema jurídico alternativo y la derrota del derecho vigente, que se presupone válido y eficaz, como veremos bajo la tesis de que cumpliéndose los requisitos formales y materiales del sistema, lo es. El presente trabajo indagará lo anterior apoyándose la premisa del estado de excepción, la violencia constitutiva y la teoría de la soberanía de Carl Schmitt (la premisa que distingue entre normalidad y excepción).

Para conseguir este propósito, se dividirá en tres ejes argumentativos. El primer eje tendrá como tema principal la explicación de cómo se funda un sistema jurídico y así también, se dota de derecho a una sociedad. Ello, con la participación de los enfoques de Searle en su *The Construction of Social Reality*, la fundamentación de la cúspide de un sistema jurídico de Kelsen y la visión de Hart sobre el fenómeno jurídico en concreto, sumado a otros complementos teóricos de otros autores.

El segundo, pensará la dicotomía entre normalidad y excepción como respuesta a la inquietud del cambio de las instituciones a partir de relaciones de poder, violencia y moral del derecho. Será en este punto, que una vez que se ha creado un nuevo sistema jurídico, con (probablemente) otras instituciones, que radican dos cosas: (i) los ciudadanos que deben pagar un precio por la decisión en el cambio, allí serán responsables tanto justos como pecadores, en la conocida metáfora; (ii) la conclusión de un proceso constituyente, que puede devenir en una figura más que teológico-política, mítica, como es la esfinge. Parte de la tesis de este ensayo, pensaremos a esta quimera como un monstruo fabuloso, generalmente con cabeza, cuello y pecho humano y cuerpo y pies de león. Se mezclan todos los mentados elementos y se proyecta como una aberración de su creador.

El tercer eje argumentativo de este trabajo, intentará aplicar el marco teórico a una situación práctica, como fue la vivida por Chile luego de la irrupción de las FFAA a La Moneda con el fin de “reestablecer el orden”. Allí, la imputación del concepto de esfinge será a la Constitución de 1980. Que tendrá el efecto de una “trampa sagrada”, vale decir, para que lo extraordinario ocurra es necesario que el enfermo, admitiendo

la existencia del milagro, crea firmemente que se puede curar⁴. Asimismo, ver el juego entre normalidad y excepción, a la luz de dos debates en la literatura erudita en Chile sobre teoría política, el primero de Renato Cristi y Fernando Atria en 2006 y el segundo, entre este último y Carlos Pérez Soto en 2012, todo con el fin de develar el lenguaje del constitucionalismo de los últimos 40 años.

2. EL LENGUAJE DEL SISTEMA: SIGNOS DE UNA PRIMIGENIA NORMATIVIDAD

“Solo el hombre, entre los vivientes posee el lenguaje. La voz es signo del dolor y del placer, y, por eso, la tienen también el resto de los vivientes (su naturaleza ha llegado, en efecto, hasta la sensación del dolor y del placer y a transmitírsela unos a otros); pero el lenguaje existe para manifestar lo conveniente y lo inconveniente, así como lo justo y lo injusto. Y es propio de los hombres, con respecto a los demás vivientes, el tener solo ellos el sentido del bien y del mal, de lo justo y de lo injusto y de las demás cosas del mismo género, y de la comunidad de estas cosas es la que constituye la casa y la ciudad”⁵.

El derecho ante todo, puede ser visto como una maquinaria irreflexiva que requiere de elementos endógenos para su práctica y operación en una sociedad determinada⁶. Esto si pensamos en un sistema lógico de normas (o reglas), en una autoridad que es obedecida, porque es la mejor decisión que se puede tomar o bien, en una madeja de enunciados deónticos que establecen conductas y que están cimentados en una “moral superior” o quizás, si esa misma moral está dentro del ordenamiento, se imputa como positiva (o interna del derecho). El derecho depende de nuestras prácticas sociales, así, de nuestras convenciones como sociedad, para determinar la manera en cómo nos vamos a limitar y regir. Con lo anterior, se establece una forma que puede adoptar la figura de un sistema coherente, aceptado y que permita vivir en armonía, aparentemente.

Sin perjuicio de lo anterior, la construcción del derecho en una sociedad depende de dos cosas. En primer lugar, lo que Searle ha llamado hecho institucional⁷, que nace del refuerzo de la idea de Durkheim de hechos sociales, entendidos como un conjunto de comportamientos, actitudes y creencias de los miembros de una sociedad⁸ y de

⁴ JODOROWSKY, Alejandro. *Psicomagia*. Santiago, Chile: Grijalbo, 2005, p. 10.

⁵ ARISTÓTELES. *La Política*. Barcelona, España: Iberia, 1976, 1253a, 10-18.

⁶ CHRISTODOULIDIS, Emilios. *Law and Reflexive Politics*. Dordrecht, Holanda: Kluwer, 1998.

⁷ SEARLE, John. *La Construcción social de la realidad*. Barcelona, España: Paidós, 1997, p. 2.

⁸ El concepto de “hechos sociales” se configura como modos de hacer, pensar y existir en una sociedad exteriores a las ciencias individuales de los hombres y que pueden ejercer sobre ellas una influencia

una concepción terapéutica de la filosofía aplicada a la idea de “cómo hacer cosas con palabras”. Para Searle, lo anterior implica una cierta intencionalidad colectiva, vale decir, no solo ser partícipes de las creencias, percepciones, actitudes, intenciones y conductas en uno o más agentes, sino que también que tenga aparejado el actuar de manera cooperativa y colaborativa⁹. Esto quiere decir, estados mentales compartidos. Esta intencionalidad colectiva, abarcaría entonces, no solo las intenciones, sino que también las acciones, creencias o deseos colectivos¹⁰; que ve su contenido en cuestiones como “la idea de hacer” (compartir, creer...) algo juntos (“yo hago algo solo como parte de nuestro hacer algo juntos”). En este sentido, la intencionalidad individual de hacer algo con otros deriva de la intencionalidad colectiva (de hacer algo juntos) que todos comparten; de modo que ‘yo intento’ solo como parte de ‘nuestro intento’, y es como lo colectivo determina lo individual¹¹. Por ejemplo, una persona puede tener la intención (individual) de tocar la guitarra, pero solo tiene aquella, como parte de la intención colectiva de tocar una canción de The Beatles con otros. Asimismo, es posible pensar en juegos cooperativos, entablar conversaciones, salir juntos, entre otros, como acciones colectivas. Existe en estos hechos sociales, una subclase, la de los hechos institucionales, aquellos hechos que entrañan intencionalidad colectiva y que solo existen en el marco de las instituciones sociales, las que según Searle, son asuntos de funciones de status.

Las personas, a través de la intencionalidad colectiva, asignan o imponen un nuevo status a un objeto o a un hecho bruto o natural, status éste al que se le asigna una función. Dicha función es denominada función de status ya que no puede ser cumplida meramente en virtud de los propios rasgos físicos o químicos de los objetos, sino que depende de que se acepte o reconozca juntos el nuevo status¹². Ahora bien, “cuando este procedimiento o práctica de asignar funciones de status se regulariza puede formalizarse a través de una regla cuya representación lógica es ‘X cuenta como Y en el contexto C’, donde X es un hecho u objeto previo al que la locución “cuenta como” le asigna el status Y con una determinada función”¹³. El nuevo status Y no ha sido poseído previamente por el hecho u objeto X y la función asignada a Y (la función de

coercitiva. Véase DURKHEIM, Émile. *Las reglas del método sociológico*. Madrid, España: Alianza, 1988, pp. 56-68.

⁹ SEARLE, John, *op. cit.* (n. 7), pp. 41-44.

¹⁰ *Ibid.*, p. 132.

¹¹ *Ibid.*, p. 41-3. También JIMÉNEZ-CANO, Roberto M. El Derecho como institución social: Searle y Hart. En: VVAA. *Entre la ética, la política y el derecho: estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba, tomo II: Teoría y Metodología del Derecho*. Madrid, España: Dykinson, 2008, pp. 683-701.

¹² SEARLE, *op. cit.* (n. 7), pp. 61-63.

¹³ *Ibid.*, pp. 58-62; JIMÉNEZ-CANO, Roberto M., *op. cit.* (n. 11), p. 686.

status) es una función no-bruta o no-causal, es decir, no se deriva directamente de la propia existencia del objeto X.

Las reglas de este tipo, denominadas reglas constitutivas, arman la estructura institucional, pues, además de regular una conducta, crean o definen conductas o instituciones y posibilitan, por tanto, la realización misma de dicha conducta. Las reglas constitutivas se diferencian de las reglas regulativas, es decir, de aquellas que tienen como objetivo regular una conducta ya creada y cuya existencia es independiente de la regla. Las reglas regulativas pueden expresarse a través de la fórmula ‘haz X’ o ‘si Y, haz X’¹⁴. En ese sentido, como ejemplo, en cuanto a los animales, “no se permiten perros en el mall” es una regla regulativa, pues la existencia del animal y de su domesticación es independiente y previa a la mentada regla, no ocurre así con el ajedrez, en el caso del enroque que no es independiente de las propias reglas del juego de ajedrez que lo crearon. Según Jiménez-Cano, la asignación colectiva de funciones de status resulta esencial para la estructura institucional de la sociedad, puesto que representa el puente entre un hecho bruto y un hecho institucional¹⁵.

Redondeando el argumento, un hecho institucional es cualquier hecho que tenga una estructura lógica de una regla constitutiva formulada como “X cuenta como Y en C”, donde Y asigna una función de status. A la vez, una institución es cualquier sistema de reglas constitutivas que establecidas, proporciona una estructura dentro de la cual es posible crear hechos institucionales¹⁶.

En segundo, de la erección de un sistema, que deba en cuestión, ser lógico, con una lógica que conste de una unidad, coherencia y completitud como se hablaba al inicio. Sobre este punto, arguye Hart, que la validez de un sistema jurídico reside en la regla de reconocimiento¹⁷, que es una especie de híbrido entre una regla y una práctica socialmente aceptada desde el punto de vista interno, por al menos los operadores jurídicos usando las reglas del sistema. Esto es, las costumbres en tanto se comprenden como usos sociales que subyacen a la normatividad de una colectividad. La regla de reconocimiento, en definitiva, otorga la validez de un sistema y al mismo tiempo, su unidad. Sin embargo, es necesario revisar lo que concierne a la coherencia y la completitud. Sobre la coherencia, ella significa “ausencia de contradicciones” y en el marco de un sistema jurídico: ausencia de antinomias, o sea, situaciones en que

¹⁴ *Ibid.*, pp. 44-46. JIMÉNEZ-CANO, Roberto M., *op. cit.* (n. 11), p. 686; PECZENIK, Alexander y HAGE, Jaap. Conocimiento jurídico, ¿sobre qué?, *en*: *DOXA*, 22: 25-33, 1999.

¹⁵ JIMÉNEZ-CANO, Roberto M., *op. cit.* (n. 11), p. 686.

¹⁶ SEARLE, John. What is an Institution?, *en*: *Journal of Institutional Economics*, 1(1), 2005, p. 10.

¹⁷ HART, H. L. A. *The Concept of Law*. Oxford, Reino Unido: Clarendon Law, 2012, Capítulo V.

dos normas jurídicas regulen el mismo caso entregando consecuencias jurídicas incompatibles. Respecto de la completitud, la inexistencia de lagunas en el derecho, o sea, casos que no estén regulados por las normas jurídicas del mismo sistema. La teoría del derecho establece mecanismos para la solución de estos problemas, los que en la misma práctica dirimen problemas de coherencia y de completitud que pueda tener el sistema. El derecho en tanto es un hecho institucional que crea más hechos institucionales, es un sistema, una estructura. Con ello, se da sentido al lenguaje que usamos en distintos contextos, sea cotidiano, técnico u otro que pueda pensarse para normar las conductas.

Así como se gestan los sistemas, el establecimiento de sus límites y la coherencia de sus estructuras internas dependen de conceptos. Sobre esto, organizan sus propios límites distinguiendo entre lo que hay en el sistema y lo que implica para ‘un entorno’ (o contexto) este sistema. La red mental tanto individual como colectiva que acarrea un concepto permite la autoorganización de un sistema.

Un sistema en su molde, requiere de un comienzo y de un fin; de igual modo, una cúspide y un sótano. Luego cobra importancia la idea kelseniana de la pirámide normativa, donde al final de cuentas, la validez de una norma, reside en otra norma¹⁸. Esta tesis consiste en que una norma A buscará su fundamento en la norma B, que es superior a la otra y para que esta sea válida, necesitará de otra norma, C, que asimismo sea superior a B para otorgarle su fundamento y así sucesivamente. Al final, podría seguir hasta el infinito, no obstante, eso es algo que niega tajantemente Kelsen. Puesto que debe concluir en una que se denomine suprema. Ahora bien,

“(c)omo norma suprema tiene que ser *presupuesta*, dado que no puede ser impuesta por una autoridad cuya competencia tendría que basarse en una norma aún superior. Su validez no puede derivarse ya de una norma superior, ni puede volver a cuestionarse el fundamento de su validez. Una norma semejante, presupuesta como norma suprema, será designada aquí como norma fundante básica (*Grundnorm*). Todas las normas cuya validez pueda remitirse a una y misma norma fundante básica, constituyen un sistema de normas, un orden normativo. La norma fundante básica es la fuente común de la validez de todas las normas pertenecientes a uno y el mismo orden. Que una norma determinada pertenezca a un orden determinado se basa en que su último fundamento de validez lo constituye la norma fundante básica de ese orden. Esta norma fundante es la que constituye la unidad de una multiplicidad de normas, en tanto representa el fundamento de la validez de todas las normas que pertenecen a ese orden”¹⁹.

¹⁸ KELSEN, Hans. *Teoría pura del Derecho*. México DF: UNAM, 1982, p. 201.

¹⁹ *Ibid.*, p. 202.

Esta idea trascendentalista, expuesta por Kelsen, se apoya en los argumentos que Kant vertió en la “Tercera antinomia” a propósito de la libertad y su causa última, el fundamento para ese concepto, es presupuesto, igualmente²⁰. La cadena de validez que establece Kelsen es de carácter formal, en primer lugar, en lo que él llama “dinámica jurídica”. Luego, en el plano material, cuando las normas establecen supuestos de hecho que al cumplirse se estatuyen sanciones, las normas genuinas como las llamó²¹, son válidas en virtud de su materia y así, en razón con su cumplimiento, en la llamada estática jurídica. No obstante, en este punto, lo central es indagar en el sistema en sí.

Para llegar a la constitución de la comunidad jurídica, Kelsen explica que la norma fundante básica es la medida para llegar a aquello y que

“se basa en la costumbre mediante la cual la constitución se ha originado o cuando ciertos actos constituyentes efectuados conscientemente por determinados hombres, son interpretados como hechos productores de normas; cuando el individuo o la reunión de ellos, que han redactado la constitución sobre la que reposa el orden jurídico, son vistos como una autoridad que impone normas. En este sentido, la norma fundante básica es la instauración del hecho fundante de la producción de derecho, y puede ser designada, en este sentido, como constitución en sentido lógico-jurídico, para diferenciarla de la constitución en sentido jurídico-positivo (...) No es ella misma una norma impuesta por la costumbre, o por el acto de un órgano de derecho; no es una norma impuesta, sino presupuesta, en tanto la instancia constituyente es vista como la autoridad suprema y, en consecuencia, en tanto no puede ser vista como facultada para dictar la constitución por una norma establecida por una autoridad aun superior”²².

Puntos interesantes sobre la cita de Kelsen: “actos constituyentes”, aquellos que redactaron la constitución son vistos como autoridades que imponen normas y finalmente, es presupuesta, junto a la instancia constituyente, que se erige como suprema. Sin embargo, resta seguir indagando en su pensamiento con

“el fundamento de validez de la constitución del Estado, sobre la cual reposa la validez de todas las normas y la validez de las normas individuales producidas con fundamento en esas normas generales, es decir, si se pregunta por el fundamento de validez de las normas que regulan la producción de normas generales, en tanto determinan qué órganos y mediante que procedimientos se deben producir normas generales, se llegaría quizás a una constitución del Estado más antigua (...) Y se continuaría hasta llegar por fin a una primera constitución histórica del

²⁰ Véase KANT, Immanuel. Tercera Antinomia. en: *Critica de la razón pura*. Madrid, España: Taurus, 2006, pp. 407-12.

²¹ KELSEN, Hans. *Teoría General del Estado*. México DF: Editora Nacional, 1965, p. 22.

²² KELSEN, Hans. *Teoría pura...* (n. 18), p. 206.

Estado, que no habría surgido por esa vía y cuya validez, en consecuencia, no puede ser referida a una norma positiva implantada por una autoridad jurídica. Es decir, se llegaría a una constitución del Estado implantada revolucionariamente, esto es, mediante ruptura con la constitución estatal preexistente o cuya validez hubiera sido implantada en un dominio que previamente no habría sido, en general, dominio de validez de ninguna constitución estatal, ni del orden jurídico estatal que en ella se sustenta²³.

El fundamento último de cada norma “suprema” de un sistema reside en la primera constitución, que fue germinada de una manera distinta a la actual. Aquí encontramos expuesta la tesis fundamental de Kelsen sobre el origen de la normatividad. Lo que debe ser conectado con que el fundamento último del derecho, entendido como un orden normativo, es “hipotético”. Es necesario, ahora, tomando los conceptos extractados del pensamiento del filósofo vienés, analizar el contenido de esta *grundnorm*.

Esta norma, que se erige como la cúspide del sistema jurídico goza de caracteres como: es una norma (en tanto reúne la forma de una norma que valida a otra, según Kelsen), tiene aparejada juridicidad (inclusión en el sistema), no es positiva (se establece por un acto de pensamiento, por tanto, es ideal, un acto de voluntad que tiene aparejado un deber²⁴), es válida *per se* en virtud de su presuposición, es originaria²⁵, es retrospectiva (pues establece como órgano fundamental de un orden jurídico, como órgano primario del mismo, al órgano constituyente, ya sea una asamblea democrática ya sea un usurpador, un rey o quien se quiera. La *grundnorm* se refiere al órgano constituyente para darle ese carácter. Por ello, su contenido se reduce a establecer una facultad jurídica (*empowerment, Ermächtigung*) de creación normativa en el órgano constituyente. De ello resulta que el primer acto constituyente es claramente ejecución de la *grundnorm* y, por ello, la constitución positiva de un Estado es la primera norma subordinada a la *grundnorm* que ha sido creada por el órgano instituida por ella²⁶), mutable, disponible, no es necesario

²³ *Ibid.*, pp. 207-208.

²⁴ “La existencia de una voluntad es una existencia de todo distinta a la existencia del sentido de una voluntad. Un acto tiene un sentido determinado. El ser de este acto es un ser natural, que puedo percibir, que puedo ver, oír, tocar, pero el sentido del acto no puedo verlo, oírlo o tocarlo. Él es un ser ideal, distinto del ser real. Husserl ha hecho con todo derecho, como yo creo, esta distinción en sus investigaciones lógicas”. Cfr. KELSEN, Hans. Die Grundlage der Naturrechtslehre, en: *Österreichische Zeitschrift Für Öffentliches Recht*, 13(1), 1963, p. 123. Traducción de Ulises Schmill utilizada en la cita

²⁵ Un alegato de García Amado frente a esto: “(...) todo acto jurídico-positivo de creación de una norma es a la vez un acto de ejecución de otra norma superior. Solamente el acto lógico-primario de suposición de la norma fundamental no representa momento ninguno de ejecución, porque a fuer de primero es pura creación sin previo antecedente”. Ver GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *Hans Kelsen y la Norma Fundamental*. Madrid, España: Marcial Pons, 1996, p. 42)

²⁶ SCHMILL, Ulises. La norma fundante básica y el origen conceptual de la normatividad, en: *Análisis e*

presuponer la *grundnorm* y que los hechos sociales que son la materia de la jurisprudencia pueden ser interpretados de manera sociológica y excluir su interpretación normativa. Esto quiere decir que la interpretación normativa de los actos de poder no es necesaria, sino que puede el teórico contentarse, como hace Weber, con las probabilidades de ciertas consecuencias fácticas²⁷ y condicionada por la eficacia.

La concepción kelseniana en torno a la articulación de un sistema jurídico fue el primer intento profundo de dar cuenta sobre el derecho en la tradición analítica de la filosofía del derecho. Con el arranque del cientificismo desde Frege y Russell con la idea de axiomatizar la manera en que conocemos acerca del mundo. Cuestión que quedaría en entredicho con la defensa ante la pretensión de crear lenguajes ideales para dar cuenta de la realidad por parte de los paladines de la escuela del lenguaje ordinario, que crearían una concepción “cotidianista”, en honor al estudio de cómo hablamos comúnmente. También podría llamarse terapéutica, y de allí, con la influencia de filósofos, entre otros, Strawson, Austin, Grice, Hampshire, surgiría la inquietud de Hart para abordar al derecho en el intento de esclarecer el concepto. Sin perjuicio de unos puntos de la argumentación kelseniana que espero confrontar en líneas posteriores, haré una pausa con el complemento de Hart a la filosofía de la teoría pura, a la manera en cómo ver un sistema jurídico, para conciliar un par de inquietudes y pensar de lleno en la Constitución.

“Las concepciones son formas de concebir y, por tanto, puntos de vista presupuestos a partir de los cuales las explicaciones más concretas adquieren sentido”²⁸. Desde ese punto de vista, la concepción terapéutica en lo relativo al derecho y su concepto, a propósito del diseño kelseniano, tiene una crítica en lo que es la estática jurídica, la conformación de las normas y cuál es la forma de ellas. Hart en los capítulos II, III y IV de *The Concept of Law* crítica esta concepción de cómo describir al derecho en la práctica. El oxoniense, dentro de un orden metodológico sitúa al positivismo jurídico, del que son parte Kelsen y Hart. Ahora bien, el distanciamiento del segundo con el primero, radica en esta idea de la regla de reconocimiento, que se trasunta en la tesis de las fuentes sociales, donde el derecho se identifica con un hecho social²⁹. Todas las sociedades que poseen costumbres, prácticas y acciones, para conformarlas como derecho deben tener un instrumento que las valide como tales, en el momento de ser

diritto, 2007, p. 100.

²⁷ *Ibid.*, pp. 100-101.

²⁸ NÁRVAEZ MORA, Maribel. *Wittgenstein y la teoría del derecho. Una senda para el convencionalismo jurídico*. Madrid, España: Marcial Pons, 2004, p. 56.

²⁹ ESCUDERO ALDAY, Rafael. *Los Calificativos del Positivismo Jurídico. El debate sobre la incorporación de la moral*. Madrid, España: Civitas, 2004, p. 13.

llevadas a la realidad y aceptadas, surge la regla de reconocimiento. Ella se configura, en primer lugar, como una práctica social concordante de identificar el Derecho con referencia a unos criterios determinados³⁰. Sobre lo anterior, la regla de reconocimiento es útil para reconocer, valga la redundancia, las reglas de un cuerpo social, puesto que toda regla que sea satisfactoria respecto de los criterios que ella misma fija, se incorpora al sistema como “regla”³¹. Al mismo tiempo, junto con dar validez a las reglas para que integren una misma estructura, establece obligaciones (y da coherencia a las reglas primarias) a los operadores jurídicos y a los participantes del sistema con la finalidad de que ellos consideren ciertos criterios que permitan ver el marco de acción del derecho para aplicarlo en la disuasión de conflictos al interior del ordenamiento³².

Para el sistema, se dijo, se requiere del hecho institucional a la Searle, entonces, esta regla de reconocimiento, identifica qué es lo que cuenta o puede contar como derecho en una sociedad determinada. Por lo mismo, establece una serie de requisitos, que si volvemos a la ecuación de Searle podríamos tener algo como: “X cuenta como Derecho si cumple una serie de criterios C o, también, X cuenta cómo Y en C si por Y entendemos ‘Derecho’”. Ahora bien, la regla de reconocimiento puede ser traducida como una regla constitutiva³³ que crea “las reglas del juego”³⁴, que sin ella no habría reglas.

Es parte de esta tesis convencionalista, donde el derecho depende y se diluye, en una convención social a partir del uso del lenguaje con la finalidad de definir qué es seguir una regla, por qué seguirlas y cuáles son las razones³⁵.

De esta forma, hay una configuración de algo como una “razón social” entre las razones para seguir una regla, lo que está presente desde una intencionalidad individual que es permeada por una intencionalidad colectiva. Según Jiménez-Cano, en el contexto

³⁰ En este sentido, Hart explica que “la regla de reconocimiento sólo existe como una práctica compleja, pero normalmente concordante, de los tribunales, funcionarios y particulares, al identificar el derecho por referencia a ciertos criterios. Su existencia es una cuestión de hecho”, en: HART, *The Concept... op. cit.* (n. 17), p. 137, citado en JIMÉNEZ-CANO, Roberto M., *op. cit.* (n. 11), p. 693.

³¹ Véase CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo, en: *DOXA*, 21(1), 1998, p. 211. También SCHAUER, Frederick. *Las reglas en juego*. Madrid, España: Marcial Pons, 2004, pp. 183 y ss.

³² HART, H.L.A., El nuevo desafío al positivismo jurídico, en: *Sistema*, 36, 1980, pp. 7 y 8. También, HART, H.L.A. *The Concept...* (n. 17), *op. cit.*, p. 144.

³³ JIMÉNEZ-CANO, Roberto M., *op. cit.* (n. 11), p. 694.

³⁴ Véase MARMOR, Andrei. *Positive Law and Objective Values*. Oxford, Reino Unido: Clarendon Press, 2001, pp. 12-3; y How Law is Like Chess?, en: *Legal Theory*, 12, 2006, pp. 358-63.

³⁵ MARMOR, Andrei. *Social Conventions. From Language to Law*. Princeton, Estados Unidos: Princeton University Press, 2009. También en SCHAUER, Frederick, *op. cit.* (n. 31).

de la acción social colectiva deben creer: (1) que los otros actúan de forma similar y (2) que esto es mutuamente creído por todos. Así las cosas, dicha razón social no es más que una actitud colectiva fruto de la intencionalidad colectiva³⁶.

A la postre, la idea de ver a la regla de reconocimiento como una práctica social convencional en la que está presente tanto un comportamiento similar como una razón social permite ver más claramente la presencia de la intencionalidad colectiva.

Con la pincelada de Searle y del modelo hartiano, la norma de Kelsen se deja no en un presupuesto lógico-trascendental, sino que se va más allá, pues se tiene en cuenta que los individuos no actúan como maquinas ante la normatividad del silogismo que instaura la *grundnorm* y la estática jurídica kelseniana, sino que, se da cabida a esta diversidad de maneras de hablar de lo humano y de hacer cosas con el lenguaje, lo que al instante devela lo incuantificable de las prácticas sociales, con ello pierde varias de sus características antes mencionadas. Parece ser con esta idea de la aceptación social y de las prácticas de los individuos que se crea un sistema jurídico, sin embargo, el proyecto hartiano tropieza en el momento que el concepto otorgado corresponde de una manera indefectible no con el constitucionalismo contemporáneo, menos con otras corrientes como el neoconstitucionalismo y el garantismo³⁷.

Sin perjuicio de lo anterior, el modelo para construir los cimientos de un constitucionalismo más crítico, requerirá pasar por un aprendizaje del modelo kelseniano y del hartiano, pues ambos por si solos, parecen insuficientes al momento de explicar lo que ha imbricado al constitucionalismo en general, y en el caso chileno. Es por ello, que la confrontación del sistema de Hart con la artillería de Dworkin en *Taking Rights Seriously* es bien interesante, con la idea, del surgimiento de un positivismo jurídico inclusivo (o incluyente)³⁸ que ayuda mucho mejor a explicar que el derecho es un sistema de reglas y principios. De esta discusión se toma que la incorporación de principios morales en el derecho, existe siempre que ésta se lleve a cabo dentro de los instrumentos habilitados al efecto por el mismo derecho, y ella, teóricamente, no supone menoscabo alguno para la tesis de la separación conceptual entre el derecho y la moral³⁹.

³⁶ JIMÉNEZ-CANO, Roberto M., *op. cit.* (n. 11), pp. 695-696.

³⁷ Véase PRIETO SANCHÍS, Luis. *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*. Madrid, España: Trotta, 2013.

³⁸ Nomenclatura en HART, H. L. A. Postscriptum, en: *Estudios Públicos* 65, 1997: 225-63; WALUCHOW, W. J. *Inclusive Legal Positivism*. Oxford, Reino Unido: Oxford University Press, 1994; COLEMAN, Jules. Beyond Inclusive Legal Positivism, en: *Ratio Juris* 22(3), 2009: 359-394.

³⁹ ESCUDERO ALDAY, Rafael, *op. cit.* (n. 19), p. 21.

El sistema no es validado por la moral, sino que es configurado por una especie de moral interna, la que requiere de tres conjuntos de cosas para operar: a) elementos normativos del sistema jurídico; b) criterios de validez normativa; c) limitaciones implícitas a la producción normativa. Luego, la discusión se traslada a la metamoral del sistema y a la moralidad del derecho en sí⁴⁰.

a) Elementos normativos del sistema jurídico: En primer lugar, la creación de normas debe estar orientada hacia una generalidad tanto en su forma como en su materia. Luego, ella debe estar complementada con la generalidad en los mecanismos de regulación de conductas, o sea, que se definan claramente los tipos de conductas, que deben ser cumplidas bajo la amenaza de una sanción a aplicar en los casos en que se vean contradichas⁴¹. Asimismo, como expone von Wright, “las reglas del juego determinan esos movimientos o patrones – y de este modo también al juego ‘mismo’ y a la actividad de jugarlo”⁴². Es este principio de generalidad el apunta como directriz primaria la generación de normas. En segundo, la perdurabilidad de las normas, que apunta que “las normas pertenecientes al plano jurídico deben tener una cierta duración en el tiempo, de forma que su imperatividad no se agote con la realización de una simple y única conducta”⁴³. En tercer lugar, una regla que permita saber que es derecho y permita distinguir entre normas y hábitos, a través de la aceptación como normas de ciertas prácticas sociales; lo que es la regla de reconocimiento de Hart, antes analizada. En cuarto lugar, la finitud de las potestades legislativas y creadoras de normas. En quinto, la existencia de una jerarquía entre las normas. A ello, la suma de la existencia de un principio de legalidad que pueda delimitar entre las fronteras de lo legítimo, lo lícito y lo legal.

b) Criterios de validez normativa: La validez de una norma jurídica supone, en el esquema teórico de Kelsen y de Hart, su pertenencia al sistema jurídico. Para que este dato pueda producirse, es necesario que la norma que pretende ser considerada como parte integrante del sistema satisfaga una relación de pertenencia dentro de este; relación que en el caso del primero, se da por el cumplimiento de una fórmula deóntica; en el segundo, depende de la producción conforme a la regla de reconocimiento. A este efecto, la Constitución debe ser

⁴⁰ PECES-BARBA, Gregorio. Prólogo. En: ESCUDERO ALDAY, Rafael, *Positivismo y moral interna del derecho*. Madrid, España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, pp. 15-19.

⁴¹ ESCUDERO ALDAY, Rafael. *Positivismo y moral interna del derecho*. Madrid, España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, p. 50.

⁴² VON WRIGHT, G. H. *Norma y Acción. Una investigación lógica*. Madrid, España: Tecnos, 1970, p. 26.

⁴³ ESCUDERO ALDAY, Rafael, *Positivismo y moral...* (n. 41), p. 52.

producida por medio de un poder constituyente legítimo y debe estar formulada en el sentido de que garantice derechos y la separación de poderes⁴⁴. Asimismo, las normas deben satisfacer ciertos criterios de contenido, que son, en cierta medida, autocorregidos por el sistema⁴⁵.

c) Limitaciones implícitas a la producción normativa: la idea de una moral interna del derecho funciona como una barrera en este punto. Un debate entre Fuller y Hart sobre este tema, entregó finalmente, un par de claridades con lo que ocurriría con el establecimiento de algo como un Estado de Derecho. Esta moral interna “no afecta a la materia propia de la legislación *per se*, sino a la manera en la que los resultados de aquella voluntad (legislativa) deben ser presentados a aquellos de los que se espera que actúen conforme a los mismos”⁴⁶. Al mismo tiempo, esta moral es tal, pues adquieren ese carácter en la medida en que son necesarios para la realización de una actividad que, en sí misma, es moral. Lo que, dicho en otros términos, vendría a significar, más o menos, que la moral interna del Derecho merece el calificativo de moral no porque su naturaleza sea tal, sino por adquirir el rango de necesaria para el Derecho, que, éste sí, tiene valor moral⁴⁷.

El sistema al tener internalizada una moral, permite tener una estrecha conexión con la justicia. Ahora bien, es la Constitución la que fijará los resultados de algo que se considere una ética y una política.

La Constitución no es un mero texto de derecho público, es además la plasmación en negro sobre blanco de la correlación de fuerzas políticas en una sociedad⁴⁸. Los regímenes actuales, si bien, se proyectan como democracias, también son Estados de Derecho, que se caracterizan por ser “constitucionales”. Aunque, es tal, todo régimen que disciplinara los aspectos principales de la organización del Estado, así como la separación y control mutuo entre sus distintos poderes, con el objeto de proteger

⁴⁴ De acuerdo al Art. 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Véase también, GUASTINI, Ricardo. *Estudios de teoría constitucional*. México DF: Fontamara, 2001.

⁴⁵ Idea de corrección en ALEXY, Robert. *El concepto y la naturaleza del derecho*. Madrid, España: Marcial Pons, 2008 y CARBONELL, Flavia. *La idea de corrección en el derecho*. Tesis doctoral. Departamento de Derecho Internacional, Eclesiástico y Filosofía del Derecho, Universidad Carlos III de Madrid, 2013.

⁴⁶ LEE, K. *The Positivist Science of Law*. Aldershot, Reino Unido: Avenbury, 1989, p. 142.

⁴⁷ ESCUDERO ALDAY, Rafael. *Sistema jurídico y justicia. Sobre la relevancia moral de la estructura jurídica*. Tesis doctoral. Instituto Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, 1998, p. 361; También FULLER, Lon. *La Moralidad del Derecho*. México DF: Editorial Trillas, 1967.

⁴⁸ La idea en AZAÑA, Manuel. *Discursos Políticos*. Barcelona, España: Crítica, 2004.

los derechos de libertad de los ciudadanos en sus relaciones con las instituciones y autoridades públicas⁴⁹.

El derecho, como expresé anteriormente es una madeja de corte irreflexivo, que para dejar de serla, necesita de la política. Sobre esto, pensaré en la conceptualización que hace Chantal Mouffe⁵⁰, en la cual identifica dos raíces del término. La primera refiere a polis, que se enfoca en la unidad de agencia. Esto, según Atria, es el problema de la constitución del agente político, que es en sí mismo un acto político⁵¹. Es a través de la acción política que afirmamos nuestra identidad de una comunidad política que se autogobierna⁵². La segunda se aboca a *pólemos*, que tiene en su núcleo la conflictividad de la acción política. Lo que se supone político en el sentido de polémico es que se debe actuar colectivamente, pese a estar en desacuerdo sobre el curso de acción, vale decir, “las circunstancias de la política”⁵³. Entonces, si nos situamos en lo que respecta a pólemos, el llamamiento es a pensar en la deliberación sobre la forma y modo de existir, de actuar, de un ‘nosotros’⁵⁴, mi grupo y el que comparte cualidades y se guarda afinidad, razón por la que estaría conformado. En este último punto, la reflexividad de la política cala y con ello, le entrega la identidad a la comunidad y, por ende, al derecho.

Otorgada la reflexividad al derecho, “el ámbito de lo político se superpone con el de lo constitucional, dando como resultado que ninguna decisión que pueda plantearse en aquel, escapa al control de este. Lo constitucionalizado ya no forma parte del libre juego de lo político. De manera que la Constitución tiende a ocupar todo el espacio de la vida social. Lo que incluye no solo a los poderes políticos, sino también a los particulares; sus conductas quedan bajo la mirada de la Constitución, que deja de ser el texto que únicamente regula las relaciones entre el poder y los ciudadanos para pasar a conformar los criterios de ordenación de las conductas tradicionalmente consideradas privadas o entre particulares”⁵⁵. Por tanto, la Constitución se convierte en un instrumento de considerable potencialidad; así, en un programa político de obligado cumplimiento y desarrollo por parte de los poderes públicos y de los ciudadanos. Al contener el orden

⁴⁹ ESCUDERO ALDAY, Rafael. *Modelos de Democracia en España. 1931-1978*. Barcelona, España: Península, 2013, p. 21. Un argumento más desarrollado en DE OTTO, I. *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*. Barcelona, España: Ariel, 1987, p. 13.

⁵⁰ MOUFFE, Chantal. *El retorno de lo político*. Barcelona, España: Paidós, 1999, p. 14.

⁵¹ ATRIA, Fernando. Sobre la soberanía y lo político, en: *Derecho y Humanidades*, 12, 2006, pp. 83-4.

⁵² Véase CHRISTODOULIDIS, Emiliós, *op. cit.* (n. 6); GARIN, Renato. *Después de la República*. Santiago, Chile: Instituto Democracia y Mercado, 2010, pp. 35-9.

⁵³ WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford, Reino Unido: Clarendon Press, 1999.

⁵⁴ TODOROV, Tzvetan. *Nosotros y los otros*. Madrid, España: Siglo XXI, 2010.

⁵⁵ ESCUDERO ALDAY, Rafael, *Modelos de democracia...* (n. 49), *op. cit.*, p. 24.

jurídico básico de los distintos sectores de la vida política y social, determina cuál será la sociedad que se deseará instaurar, vale decir, bajo qué valores y principios se quiere que se rijan las relaciones jurídicas, políticas y ciudadanas que se desenvuelven en su interior. Según Escudero Alday, esta “norma de normas” es el texto donde se plasma el modelo de país al que se aspira, el modelo de sociedad que se pretende desarrollar. Luego agrega: “se asiste, pues a la constitucionalización de lo social, la ordenación no solo de las instituciones políticas, sino también de la propia sociedad en la que han de desarrollar una función”⁵⁶. Bajo esta idea, controlando la Constitución, yo escojo qué sociedad será la que forjaré, inclusive, se puede llegar a una idea de fascismo social⁵⁷ o de la mezquindad organizada⁵⁸, o sea, donde persista la violencia para regular, donde no haya una satisfacción completa de los derechos sociales y de existir, democracia, sea incompleta⁵⁹.

La constitucionalización de lo social permite la introducción de dosis de poder público en las relaciones sociales, con el objetivo de reducir el impacto de las estructuras de dominación generadas en y por el mercado.

3. CONSTITUCIÓN(ES) Y PODER SOBERANO: LA NUEVA NORMATIVIDAD

*“Aquí los límites se encuentran y
todas las contradicciones coexisten”.*

DOSTOIEVSKI.

La Constitución se autovalida, bajo la idea kelseniana de la “primera de las constituciones” por medio del poder constituyente que la concibió. Negar a este, significaría destruir la Constitución⁶⁰, esto es lo mismo que la supresión de la misma. Sin embargo, esto último se produce, según Schmitt, cuando hay quebrantamiento parcial o completo de la Constitución sin variación del poder constituyente, ello es

⁵⁶ *Ibid.*, pp. 25-26.

⁵⁷ SOUSA SANTOS, B. de. *El milenio huérfano. Ensayos para una nueva cultura política*. Madrid, España: Trotta, 2005, pp. 353-358.

⁵⁸ OPORTO, Lucy. La mezquindad organizada, 2012. <En línea>. Disponible en la World Wide Web: <letras.s5.com/lop140412.html> [Consultado el 31 de Marzo de 2014], p. 16.

⁵⁹ Cuestiones que suelen pasar en las transiciones entre regímenes. Mayores referencias, véase ESCUDERO ALDAY, Rafael, *Modelos de democracia...* (n. 49), p. 27 y LÓPEZ PÉREZ, Nicolás. Resentimiento, libertad y *pólemos*. Líneas para el estudio de la transición chilena, en: *Factótum – Revista de Filosofía*, 10, 2013: 80-90.

⁶⁰ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid, España: Alianza, 1992, p. 110.

indiferente⁶¹. Cuando ocurre esto, es posible que queden normas que tengan una aplicación ultraactiva o bien, que sigan operando como si nada hubiera pasado, como si el mecanismo de la “supresión” aún no haya entrado en vigor para la totalidad del cuerpo jurídico, para ellas, dice Schmitt, hay que distinguir entre Constitución y leyes constitucionales. La primera, se constituye como un acto de decisión que crea la forma y modo de la unidad política. Las segundas, se desglosan en reglas que figuran en el texto constitucional, pero que no contienen esa decisión constitutiva, o sea, presuponen una Constitución⁶².

Cuando un ente interviene en la vida del derecho e intenta destruir la Constitución, se le sindicada como el hito que da origen a una dictadura. No obstante, Schmitt piensa a este, como una tiranía, pues la dictadura se refiere a “todo ejercicio del poder estatal que se realice de una manera inmediata, es decir, no mediatizada a través de instancias intermedias independientes”⁶³. La dictadura suspende el derecho, la tiranía lo destruye, he ahí una primera distinción para comenzar. El hito de la irrupción que tiene como consecuencia la suspensión del derecho puede ser considerado como una acción política, en el sentido de Arendt, vale decir, un acontecimiento contingente e impredecible. Por un lado, expresa la capacidad humana de un nuevo comienzo, algo inédito en las condiciones previas a la acción. Por otro, el significado de la acción es asignado por el público, donde el actor político es uno en una pluralidad⁶⁴.

El poder constituyente es el punto central en el argumento, él, dice Atria, está ubicado en un punto de fricción entre normalidad y excepción, entre universal y particular⁶⁵. Sobre este poder, no hay un superior, él una vez que es constituido (sea la circunstancia que sea, tiene la delantera por sobre cualquier cosa, es similar a la pregunta por la programación –primigenia– de la Matrix⁶⁶). El derecho aquí, se entiende como una cuestión intersubjetiva. Ahora bien, siguiendo a Schmitt, la Constitución surge mediante un acto del poder constituyente, aquel que constituye la forma y modo de la

⁶¹ *Ibid.*, p. 109.

⁶² *Ibid.*, p. 46.

⁶³ SCHMITT, Carl. *La Dictadura*. Madrid, España: Alianza, 1999, p. 179.

⁶⁴ ARENDT, Hannah. *The Human Condition*. Chicago (IL), Estados Unidos: The University of Chicago Press, 1958, párrafos 33 y 34.

⁶⁵ ATRIA, Fernando, *op. cit.* (n. 51), p. 51.

⁶⁶ Debo a Renato Garin el parangón con el filme de los hermanos Wachowski.

unidad política, cuya existencia es anterior⁶⁷. El contenido de este acto es “la decisión política del titular de este poder, es decir, del pueblo en la democracia...”⁶⁸.

El pueblo si no es por su mano, que se pide un proceso constituyente, vale decir, si no se erige como poder constituyente, ¿habría otro sujeto que pudiera serlo según el constitucionalismo moderno? La operación de este poder no tiene claridad de un momento en que ocurre, si no que cuando ocurre, la comunidad, quienes estuvieron por el o quienes no, pagan justos por pecadores. Al momento de decidir sobre las riendas de la sociedad, recordemos que la Constitución define el modelo de comunidad o país al que se aspira y está impregnada por un programa político que refleja las relaciones de poder de la comunidad en cuestión⁶⁹. Esta madeja de relaciones pretende conformar a la sociedad según un modelo ideal de convivencia.

La decisión de “constituir”, dice Schmitt, “se libera de todas las trabas jurídicas y se torna absoluta en sentido propio”⁷⁰. Sobre ello,

“(l)a razón por la cual la interrupción de la constitución opera de ese modo es que el acto mediante el cual ella se afirma, será siempre ilegal. En la medida en que un acto tiene la entidad suficiente para desafiar la normalidad del orden jurídico, solo hay dos posibilidades: reafirmación de la normalidad (y clasificación del acto como delito) o interrupción de lo universal (jurídico). Un intento de interrupción de lo jurídico solo puede ser público, y por eso exige una respuesta inmediata (...) La interrupción de lo jurídico (...) puede operar con la rapidez del rayo”⁷¹.

La interrupción del derecho opera de esa manera, pues para destruir al derecho, se requiere a la violencia, la que puede, también, desintegrar al poder. La distinción entre poder y violencia es otra que es necesario trazar. El Estado puede ser garante de la institucionalidad y a la vez, tener el monopolio de la violencia, que requiere de fuerza, vale decir, “la capacidad no solo de actuar, sino que de actuar en conjunto”⁷². El poder necesariamente supone la existencia de relaciones de obediencia que subsistan como tales. Asimismo, si cada uno cede parte de ese poder, se puede dar la existencia de un Leviatán que sea la materialización de asumir el sentimiento de que se ha creado

⁶⁷ SCHMITT, Carl, *Teoría de la...* (n. 60), *op. cit.*, p. 25.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 46.

⁶⁹ LASSALLE, F. *¿Qué es una Constitución?* Barcelona, España: Ariel, 1997, pp. 101-2.

⁷⁰ SCHMITT, Carl. *Teología Política*. Buenos Aires, Argentina: Struhart y Cía, 1998, p. 24.

⁷¹ ATRIA, Fernando, *op. cit.* (n. 51), p. 59.

⁷² ARENDT, Hannah. *On Violence*. San Diego (CA), Estados Unidos: Harcourt Brace and Company, 1969, p. 44.

una comunidad política y de que hay un soberano. Hay voluntad por parte de los participantes, y una negación de las potencialidades de “no-ser”.

El ejercicio del poder constituyente debe ser mucho más que la suspensión del derecho, debe ser capaz de constituir *stricto sensu*. Atria dibuja el siguiente mapa en torno a la dicotomía schmitteana de la normalidad y la excepción:

“La excepción (lo constituyente) supone la normalidad (lo constituido). La declaración es un acto violento, porque es jurídicamente contrario a derecho, y por eso –y en ese sentido– no está sometida al derecho. Como la excepción suspende al derecho, carece de sentido decir que su validez depende del contenido del derecho que se suspende –otra cosa, por supuesto, es modificar el derecho para que la situación en que la excepción se declara no se presente: eso es lo que suele llamarse ‘estados de excepción constitucionales’. Pero la excepción supone la normalidad en un sentido más radical, porque la excepción debe su carácter de tal a la manera en que ella es interpretada en la normalidad que sigue (si sigue). (...) Lo constituyente constituye a lo constituido, pero es lo constituido al entenderse como constituido, lo que hace constituyente a lo constituyente”⁷³.

¿Qué hacer en la excepción? ¿Quién decide? Decidir. El soberano⁷⁴. Todo sobre la suspensión del derecho. Esto es raro, pues existe una paradoja sobre la soberanía, esto es, “el soberano está, al mismo tiempo, fuera y dentro del ordenamiento jurídico”, entonces él decide sobre el momento de la suspensión desde el “afuera”. Por lo que decidirá sobre la vigencia de las normas, en una especie de “hecho institucional” donde la regla que se reconocía por la colectividad, pasa a ser otra norma que es preciso reconocer⁷⁵. La excepción no se sustrae a la regla, sino que es al revés. Luego, en la circunstancia de suspensión, la excepción es la “regla”. Según Agamben, esta situación no es una de hecho ni una de derecho, sino que introduce entre ambas un paradójico umbral de indiferencia. No es un hecho, pues se crea por la suspensión de la norma; tampoco una figura jurídica, pues está fuera de la lógica del sistema⁷⁶. Respecto del marco teórico expuesto para las condiciones de un sistema jurídico, “X cuenta como Y en el contexto C”, puede ser vulnerado en virtud de una especie de “revolución” o cambio institucional con el soberano del estado de excepción, así como la destrucción de la lógica del sistema jurídico con un “afuera” que decide sobre el adentro. Sin embargo, parte de la estructura de la normatividad depende del inicio bajo circunstancias normales, cuando los hombres se congregan para constituir el pacto

⁷³ ATRIA, Fernando, *op. cit.* (n. 51), p. 72.

⁷⁴ SCHMITT, Carl. *Teología...* (n. 70), p. 17.

⁷⁵ HART, H. L. A. *Essays on Bentham*. Oxford, Reino Unido: Clarendon Press, 1983, p. 212.

⁷⁶ AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer. El poder soberano y la nuda vida*. Valencia, España: Pre-Textos, 2005, p. 31.

social (hobbesiano) delegan su cuota de poder en un soberano que hace contar a “X como Y en un contexto C”, luego se dota de lógica y contenido conceptual al sistema.

La esfera del derecho, luego muestra su esencial proximidad con la del lenguaje. No obstante, la suspensión del derecho pasa a ser como un reseteo, una especie de re-programación de la comunidad política, porque se vuelve a un estado inicial. Si bien, la explicación del marco teórico de la primera parte de este acápite puede dar cuenta del origen de la normatividad, el mecanismo de la excepción “con el fin de indicar la naturaleza automática del proceso y de sus resultados, así como la incompreensión e incluso inconsciencia de quienes participan en él”⁷⁷.

La decisión soberana sobre la excepción, entonces, es la estructura político-jurídica originaria, solo a partir de la cual adquieren su sentido lo que está incluido en el orden jurídico y lo que está excluido de él⁷⁸. El estado de excepción es, por tanto, el principio de una localización jurídica y no de toda, como expone Agamben, puesto que el punto original, sería un presupuesto casi trascendental que no podría tener un fin. Y que según, Atria, es visto en la clave de la significación imperfecta del lenguaje teológico⁷⁹. La excepción –y su estado– es una potencialidad de ser, pues no existe la de “no-ser”⁸⁰, esta, de en cualquier momento resetear el momento jurídico-político de una determinada comunidad. Es prácticamente una llave de salida al caos, a los conflictos sociopolíticos o aun, la confirmación de la regla.

La excepción, afirma Agamben, expresa la imposibilidad de un sistema de hacer coincidir la inclusión con la pertenencia, de reducir a unidad todas sus partes⁸¹. Volviendo a la idea schmitteana de que es soberano el que decide en el estado de excepción, dicha decisión no recae sobre lo lícito y lo ilícito, sino que sobre la implicación originaria de la vida en la esfera del derecho o, nuevamente a la Schmitt, la estructura normal de las relaciones de vida, de que la ley tiene necesidad. La decisión no es jurídica ni fáctica, solo de la irrupción de la vida efectiva. Ahora bien, el derecho posee un carácter normativo, pues debe delimitar los márgenes de la vida real, o como expresa

⁷⁷ GIRARD, René. *El chivo expiatorio*. Barcelona, España: Anagrama, 1986, pp. 161-2.

⁷⁸ AGAMBEN, Giorgio, *op. cit.* (n. 76), p. 32.

⁷⁹ ATRIA, Fernando. *Viviendo bajo ideas muertas: la ley y la voluntad del pueblo*, 2009. <En línea>. Disponible en la World Wide Web : <http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA11_Atria_CV_Sp_20110520.pdf> [Consultado el 08 de Septiembre de 2013]

⁸⁰ AGAMBEN, Giorgio. *La potencia del pensamiento*. En: *La potencia del pensamiento*. Buenos Aires, Argentina: Adriana Hidalgo editora, 2007.

⁸¹ AGAMBEN, Giorgio, *Homo sacer...* (n. 76), p. 39.

Agamben, normalizarla⁸². Por lo tanto, la excepción sería algo como la forma originaria del derecho. Sin embargo, el acuerdo inicial, al que se adscribe en la sección anterior, es una convención y el supuesto schmitteano viene dado por un orden posterior, de cuando ya existe una vida real.

Los hechos y el derecho se funden en el estado de excepción y la cuestión debe ser disuadida. En ese momento, es donde aparece la distinción entre poder y violencia, donde la segunda destruye al primero; así también la violencia destruye al derecho. No obstante, para ese punto, necesitamos del *nomos* para comprender la distinción entre derecho y violencia, inclusive la de mundo animal con la de mundo humano. A ello, dice Agamben que hay un paradigma oculto que “orienta todas las decisiones sucesivas de la soberanía: el soberano es el punto de indiferencia entre violencia y derecho, el umbral en el que la violencia se hace derecho y el derecho se hace violencia”⁸³.

En el estado de excepción para lograr la decisión, y por tanto, la creación de un orden jurídico alternativo, mediante los cursos de acción, se ejerce violencia. El derecho es conservado siendo suspendido y es establecido nuevamente, al margen de la excepción, ¿cómo explicar esto? En primer lugar, la suspensión dice relación con la afirmación del acto que dio lugar al estado de excepción es lícito, pues de otra forma sería ilícito. En segundo, la conservación dice relación con que se vuelve al “derecho” y se sale de la situación extraordinaria. Sobre la violencia, ella “no puede ser suprimida. Pero puede ser eficientemente mediada. El conflicto y el mal pertenecen al orden más íntimo de la libertad, pero se puede lograr una sociedad en que la libertad no se destruya a sí misma”⁸⁴.

En una discusión de los profesores Atria y Pérez, se interrogan acerca de si la comunidad tiene un derecho a la violencia (revolucionaria). La tesis de Pérez en este debate radica en que en la normalidad se tiene un derecho a la violencia para conseguir la revolución, pero eso no es más que normalizar a la excepción, si se piensa en que el fin del planteamiento es acabar con la normalidad. La revolución no pasa por el tamiz de lo que sería la tesis schmitteana o agambeniana. La propuesta de “extinción del Estado de Derecho a través de un proceso material que ponga fin a la lucha de clases”⁸⁵, sería *a priori* el incluir en el punto de la normalidad a la excepción, ella no es pensada desde fuera del sistema o la vida real, sino que es incluida en el algoritmo.

⁸² *Ibid.*, p. 40.

⁸³ *Ibid.*, p. 47.

⁸⁴ PÉREZ SOTO, Carlos. Violencia del derecho y derecho a la violencia, en: *Derecho y Humanidades*, 20, 2012, p. 76.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 87.

Además, Pérez en su ensayo, traza el contenido de cómo debe ser la violencia, cómo debe ser ejercida, y por quién; algo positivado como un derecho. La idea de Pérez sobre la violencia y así, la revolución, parece una justificación teórica (debemos revelarnos contra los oprimidos para extinguir el Estado de Derecho y vivir en comunidad), que no está sustentada en una explicación teórica⁸⁶.

La violencia responde a la fuerza social que le da vida, de la misma manera que lo hace la institucionalidad. Según Atria, “las instituciones cumplen la función de mantener ‘atada’ a la violencia, y una vez que ellas se ‘quiebran’, la violencia se desata, es decir, se abate descontroladamente”⁸⁷. Entonces la idea de Pérez quiere decir, una decisión en un estado de excepción que no es propiamente tal, pues la manera de realizar la revolución, dice relación con la destrucción de las instituciones existentes. Ahora bien, el bagaje para justificar ello es un argumento historicista, el materialismo histórico de Marx, del que no discutiré en esta ocasión.

La destrucción del derecho no es posible, podría alienar al hombre en busca de un ideal perdido. “El sistema no puede renunciar a la ley y al estar desesperadamente ligado a la necesidad de simular su validez (...) está obligado al menos a reaccionar de alguna forma”⁸⁸. Ahora bien, dice Benjamin, que la violencia crea derecho⁸⁹, una cosa que es posible extrapolarla a la idea de Agamben sobre la suspensión y conservación del derecho con el estado de excepción. Cuando la violencia es una sola con el estado de excepción, puede ser constitutiva de lo jurídico, veremos un caso de aquello en la sección siguiente.

El poder constituyente puede ser concebido bajo el alero de la violencia constitutiva. No obstante a que se sitúa fuera del Estado y puede siempre presentarse como un elemento pre-jurídico, sin perjuicio de poder caber en una categoría de situaciones imaginarias útiles para el análisis de un fenómeno en teoría política⁹⁰. Más que una cuestión metadiscursiva del lenguaje constitucional, el poder constituyente es una cuestión pre-discursiva a la sociedad, tanto así, que Agamben, presupone al poder soberano como estado de naturaleza, uno mantenido de una relación de bando con

⁸⁶ Supra nota 3.

⁸⁷ ATRIA, Fernando. La idea de teología política, en: *Derecho y Humanidades*, 20, 2012, p. 106.

⁸⁸ HAVEL, Václav. *El poder de los sin poder y otros escritos*. Madrid, España: Encuentro, 2013, p. 98.

⁸⁹ BENJAMIN, Walter. *Para una crítica de la violencia*. México DF: Premia, 1982.

⁹⁰ Sobre el uso de situaciones imaginarias en filosofía política, RIFFO, Ernesto. Sobre los usos de situaciones imaginarias en filosofía política. En: ORELLANA BENADO, M. E. (comp.). *Causas perdidas. Ensayos de filosofía jurídica, política y moral*. Santiago, Chile: Catalonia, 2010, pp. 101-23.

el Estado de Derecho⁹¹. Una relación de bando, explica Nancy, es la pura forma de referirse a algo en general, vale decir, el simple acto de establecer una relación con lo que está fuera de la relación (un límite)⁹². La decisión en el estado de excepción, finalmente, determina la existencia política de cualquier comunidad en sí y no puede ser reducido, menos a una norma. A lo sumo, dice Agamben, “la soberanía es siempre doble, porque el ser se autosuspende manteniéndose, como potencia, en relación de bando (o de abandono) consigo mismo, para realizarse después como acto absoluto”⁹³. Y además, la soberanía es un poder autopresupositivo del *nomos*.

Para cerrar el acápite, el derecho resulta excluyente al final del día, en la tipología del estado de excepción que establece Agamben. Ahora bien, se le suma que es irreflexivo, no así el conflicto político que es lo contrario y no admite exclusiones formales. El derecho posibilita la configuración de un ámbito de interacción libre de la contingencia de la política. Si el derecho se aplicara en virtud de un código legal/ilegal a sí mismo, se transformaría en política y se vulgarizaría, ergo, disolvería⁹⁴. Y el estado de excepción no es más que “una operación específica que suspende el orden jurídico en función de su propia conservación (...) solo porque el Estado se ve amenazado, es decir, un enemigo público, es que le exige al soberano que lo salve”⁹⁵. Por lo mismo, es una válvula de escape a un orden insostenible, claro que la esencia del poder constituyente no reside en el estado de excepción ni menos el origen de la normatividad de un sistema en este último, lo que si reside es la regeneración del sistema.

4. LA TRAMPA SAGRADA DEL CONSTITUCIONALISMO CHILENO (1973-2013)

“Nada puede ser sacrificado para siempre. Todo vuelve más tarde bajo una forma cambiada. Y donde una vez tuvo lugar un gran sacrificio, debe existir, cuando lo sacrificado retorna, un cuerpo todavía sano y resistente, para poder soportar las sacudidas de una gran transformación...”⁹⁶

⁹¹ AGAMBEN, Giorgio, *Homo sacer...* (n. 76), p. 58.

⁹² NANCY, Jean-Luc. *L'Imperatif catégorique*. París, Francia: Flammarion, 1983.

⁹³ AGAMBEN, Giorgio, *Homo sacer...* (n. 76), p. 65.

⁹⁴ Argumento en ATRIA, Fernando, *op. cit.* (n. 51), p. 89.

⁹⁵ KARMY, Rodrigo. Carl Schmitt y la política del Anti-Cristo. Representación, forma política y nihilismo, en: *Revista Pléyade* 3, 2009, p. 29.

⁹⁶ Fragmento de “En memoria de Richard Wilhelm” que corresponde a C. G. Jung, citado en: OPORTO, Lucy. Muéstrame los signos. Para la presentación de “Una arqueología del alma...”, 2012 <En línea> Disponible en la World Wide Web: <letras.s5.com/lop140412.html> [Consultado el 31 de Marzo de 2014].

El DL1/1973 en su Art. 3 exponía lo siguiente: “(la junta de gobierno) respetará la Constitución y las leyes en la medida en que la actual situación del país lo permitan para el mejor cumplimiento de los postulados que ella se propone”. Acto seguido, considero la opinión de Renato Cristi, quien expresa que el poder constituyente de la Constitución de 1925, la que había sido destruida el 11 de Septiembre de 1973⁹⁷, reside en el pueblo y por tanto, era solo el mismo, el que podía proclamarse sobre ella. En un conocido debate que tuvo este filósofo con Fernando Atria, sobre la explicación del día del golpe, este último le contesta: “Al declararse superior a la Constitución de 1925 (en tanto la respetaría solo en la medida de lo posible), la junta de gobierno se estaba arrogando el poder constituyente, y con eso negando el del pueblo”⁹⁸. Sobre el respeto “en la medida que...”, teóricamente hubo una suspensión y luego, un cambio institucional radical.

El abuso de poder, de las armas e inclusive, luego en su legitimación a partir del juego con los satélites, los llamados “actas constitucionales”, ayudaría con un modelo del terror que se basaría en la sumisión al soberano de este estado de excepción, que interrumpe el *continuum* de un Estado de Derecho y que funda un camino paralelo al de la organización de la sociedad, luego el derecho como obstáculo al cambio social⁹⁹. La excepción estaba siguiendo un curso que proyectaba una aparente normalidad y las cosas comenzaban a ser “pacificadas”, por lo que la violencia constitutiva pasó a ser un ápice de algo que no iba a ser.

Ahora bien, esto, es más parecido a la trampa sagrada descrita en la primera sección, así como a la idea del “homicidio fundador” de Girard, que en sus palabras no es más que una condición de posibilidad de la cultura y sus instituciones. De acuerdo a esto, la finalidad de estas últimas es la “domesticación y limitación de la violencia salvaje por la violencia ritual”¹⁰⁰. Si esto nos permite extendernos a la tesis de Atria, sobre la teología política¹⁰¹, Girard posee una respuesta para caracterizar a los que usufructuaron del minuto de impunidad bajo la égida del estado de excepción, ello es, como “el diablo”.

“El Diablo es el padre de la mentira o, en ciertos manuscritos, el padre de los ‘mentirosos’, puesto que sus violencias tramposas repercuten de generación en

⁹⁷ CRISTI, Renato. *El pensamiento político de Jaime Guzmán*. Santiago, Chile: LOM Ediciones, 2011, pp. 77-78.

⁹⁸ ATRIA, Fernando, *op. cit.* (n. 51), p. 49.

⁹⁹ NOVOA MONREAL, Eduardo. *El derecho como obstáculo al cambio social*. México DF: Siglo XXI, 1975.

¹⁰⁰ GIRARD, René. *Veo a Satán caer como el relámpago*. Barcelona, España: Anagrama, 2002, p. 118.

¹⁰¹ Véase ATRIA, Fernando, *Viviendo bajo ideas...* (n. 79) y también su *La idea de teología...* (n. 87), pp. 94-5. Aunque para conocer el estado actual de la cuestión y el debate erudito que se ha dado en la materia, sugiero ver ORREGO, Ely. Teología Política: El nuevo paradigma de la soberanía y el poder, *en: Revista Pléyade*, 8, 2011: 1-6.

generación en las culturas humanas, tributarias así todas ellas de algún asesinato fundador o de los ritos que lo reproducen”¹⁰².

El reino de Dios, las promesas escatológicas¹⁰³ o la revolución, me parece son cuestiones que si bien pueden dar cuenta de la explicación del hito del 11 de Septiembre de 1973, no parece que sean los lenguajes apropiados para explicar el lenguaje del constitucionalismo chileno de los últimos cuarenta años, en el plano de la irreflexividad del derecho. Pues la mezcla de un lenguaje teológico con uno político, en un caso y la de un materialismo histórico, con el lenguaje político y un marxismo hegeliano, en el otro, pueden significar la explicación de una tesis política, pero que no satisface a una pregunta ontológica sobre el derecho ni menos sobre el origen de la normatividad.

El régimen militar en su inicio se basó en la idea schmitteana que tiene una apología en torno al concepto de dictadura. Se caracterizó por la multiplicidad legislativa con normas de facto, una cosa aislada del estado de excepción, luego la constitución de una comisión de expertos en derecho para estudiar la posibilidad y la redacción de una nueva Constitución para Chile¹⁰⁴. El régimen también se caracterizó por la represión de las libertades públicas (culto, expresión, reunión, asociación y ambulatoria), la creación de leyes de autoamnistía para legitimar la impunidad y las prácticas brutales como parte de una zona de olvido¹⁰⁵, la pausa e intervención de los poderes legislativos y judicial, respectivamente.

¹⁰² GIRARD, “*Veo a Satán...*”, *op. cit.* (n 100), p. 64. Véase también OPORTO, Lucy. El homicidio fundador y la transición a la democracia en Chile: René Girard y el mecanismo del chivo expiatorio. *En*: ORELLANA BENADO, M. E. (comp.). *Causas perdidas. Ensayos de filosofía jurídica, política y moral*. Santiago, Chile: Catalonia, 2010, pp. 191-207.

¹⁰³ Véase LÓPEZ PÉREZ, Nicolás. Promesas escatológicas. *En*: *Escaleras, animaciones y crítica. Intuiciones sobre filosofía en general*. Madrid, España: Pirámide, 2013, pp. 79-81. Ahora bien, Kierkegaard lo retrata a propósito de la llegada a un estado religioso por parte de la sociedad, véase también KIERKEGAARD, Soren. *El amor y la religión (Puntos de Vista)*. Buenos Aires, Argentina: Santiago Rueda, 1960.

¹⁰⁴ Había llegado el punto en que no se podía seguir justificando con actas constitucionales. Sobre ellas, decía Jaime Guzmán Errázuriz: “Nadie que lea el texto de la Constitución de 1925 (incluso con las reformas expresas que se le han hecho a la fecha), y que lo confronte con la realidad político-institucional imperante, puede adquirir un verdadero convencimiento de que aquella está vigente, por mucho que se diga que ellos sin perjuicio de las otras reformas que la Junta de Gobierno le haya introducido en el ejercicio de su potestad constituyente. 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 le substituye por un conjunto renovado de *Actas Constitucionales*, en vez de dejarla vivir para exhibir únicamente los ‘colgajos’ a que los hechos históricos la han reducido” (GUZMÁN ERRÁZURIZ, Jaime. Necesidad y trascendencia de las Actas Constitucionales, *en*: *El Mercurio*, 5 de Octubre de 1975, p. 27.

¹⁰⁵ MAÑALICH, Juan Pablo. *Terror, pena y amnistía*. Santiago, Chile: Flandes Indiano, 2010.

La junta de Pinochet, luego, sin perjuicio de no-ratificar ni validar tratados internacionales sobre Derechos Humanos, coronaría su hazaña deplorable mediante el establecimiento de una nueva Constitución para el país, donde habiéndose autoatribuido el poder constituyente¹⁰⁶, generarían un simulacro (y no una trampa a la sociedad chilena)¹⁰⁷.

El trabajo para ocultar la verdad y eludir la responsabilidad mediante la creación de una desviación del arquetipo del inconsciente colectivo, les valió a los militares la concreción de un simulacro, que no era más que la imitación de la realidad, que penetra en las sociedades contemporáneas como el único canon de verdad¹⁰⁸. Según Baudrillard, desde hace un par de décadas hemos entrado en la sociedad del simulacro, donde domina una apariencia de verdad que esconde su propia naturaleza, es decir, que es solamente una apariencia. Este autor, toma una frase griega para sostener que “el simulacro no es el que oculta la verdad, sino que es la verdad la que oculta que no hay verdad”¹⁰⁹. El simulacro es verdadero, pero tras él no hay algo¹¹⁰: la gran historia de la génesis de la Constitución de 1980, o sea, la Constitución comenzó con un simulacro, por tanto todo lo que gira en su entorno es un simulacro y una puesta en escena que pretendió mostrarnos un “retorno a la normalidad”.

Según Mouffe, el consenso es la domesticación de lo político, el acorralamiento de las fuerzas de la destrucción y por lo mismo, los sujetos tienen que enfrentarse a los conflictos y antagonismos. Esto nos obliga a entender que todo consenso está, por necesidad, basado en actos de exclusión y que nunca puede ser un consenso ‘racional’ completamente inclusivo¹¹¹.

¹⁰⁶ SALAZAR, Gabriel. *En el nombre del Poder Popular Constituyente*. Santiago, Chile: LOM, 2012; GREZ, Sergio. La ausencia de un poder constituyente democrático en la historia de Chile, 2012 <En línea> Disponible en la World Wide Web: <<http://www.luisemiliorecabarren.cl/?q=node/3541>> [Consultado el 03 de diciembre de 2013].

¹⁰⁷ GARIN, Renato. Chile: el fraude, la trampa y el simulacro, *El Mostrador*, 25 de noviembre de 2013 <En línea>. Disponible en la World Wide Web: <<http://www.elmostrador.cl/opinion/2013/11/25/chile-el-fraude-la-trampa-y-el-simulacro/>> [Consultado el 29 de noviembre de 2013] ; ATRIA, Fernando. *La Constitución tramposa*. Santiago, Chile: LOM, 2013.

¹⁰⁸ LÓPEZ PÉREZ, Nicolás. *La varita mágica, la verdad y lo político: reflexión sobre la transición chilena y el rol de la memoria histórica*. Madrid, España: Universidad Complutense de Madrid/Fundación Internacional de Derechos Humanos, 2014. Manuscrito en poder del autor.

¹⁰⁹ BAUDRILLARD, Jean. *Cultura y simulacro*. Barcelona, España: Kairós, 1978, p. 53.

¹¹⁰ GARIN, *op. cit.* (n. 107).

¹¹¹ MOUFFE, Chantal, *op. cit.* (n. 50), p. 181.

No obstante, para seguir en la línea argumentativa de las secciones precedentes. La decisión en el estado de excepción que remeció a Chile en 1973, se desglosa en qué comunidad político-social se quería re-fundar. Si bien la tesis de Schmitt explica el origen de un cambio institucional, insisto con que no explica el origen de la normatividad. En ello, se distancia de Kelsen, pues el fundamento de una Constitución debe ser existencial en virtud de que reposa en una concreta voluntad constituyente y no en una norma abstracta¹¹². Sin embargo, esa norma abstracta como se pensó anteriormente, se vislumbra en las prácticas de una sociedad. Ello es perjudicial para el cambio de sistema, pues la convención puede mutar de la noche a la mañana. El positivismo jurídico valida aquellos sistemas que cumplen con los requisitos formales¹¹³. La tesis de Schmitt y la de Cristi, exponen que el derecho es determinado por lo político, y para este trabajo, solo resulta que la reflexividad de la política orienta el impacto del contenido del derecho en la sociedad, que no es lo mismo que determinarlo.

Vimos que la tesis de Pérez sobre la revolución y la violencia de ese corte no pertenecen al estado de excepción. Se podría, al margen de lo anterior, exponer que Pinochet fue un revolucionario¹¹⁴, sin embargo, la tesis de Pérez describe las características y señala que “las revoluciones las hacen los pueblos, no las hacen los milicos”¹¹⁵. Pero, si la tesis de Pérez no es susceptible de ubicarse en el estado de excepción, tomando lo discutido en la sección precedente, por qué presupondría positivar un derecho *a la violencia revolucionaria*. A lo hecho, Pérez entiende “derecho” en un sentido político (o historicista), uno que se ha “construido y conquistado a partir de situaciones sociales concretas, y tras largas luchas políticas”¹¹⁶. No es parte de un espectro legalista que se refuerza con la coercibilidad y las demás características de las normas jurídicas. Ahora bien, la justificación de la tesis de Pérez radica en que la clase oprimida tiene derecho a rebelarse sobre la clase dominante, explicando que las cosas no debieran ser así y debiéramos vivir en armonía, libertad e igualdad. Ello es, “una vuelta a la normalidad”, pues nos encontraríamos en la excepción, donde la burguesía tomó el poder y jamás lo ha soltado, pero ¿qué ocurre si la excepción se ha normalizado? Esto puede ocurrir si el pueblo legitima la manera de gobernar de la excepción. Sí y no. Las costumbres, prácticas y acciones de la gente lo evidencian, pero si fuera así, ¿debería alguien quejarse de que las cosas están de ese modo? Porque la tesis fracasa si Pérez

¹¹² CRISTI, Renato. La noción de poder constituyente en Carl Schmitt y la génesis de la Constitución chilena de 1980, en: *Revista Chilena de Derecho*, 20, 1993, p. 232.

¹¹³ Véase HART, H.L.A., *Essays on Bentham...* (n. 75), pp. 147-153. También DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge (MA), Estados Unidos: Harvard University Press, 2011.

¹¹⁴ ENRIQUEZ-OMINAMI, Marco y OMINAMI, Carlos. *Animales políticos*. Santiago, Chile: Planeta, 2004, p. 48.

¹¹⁵ PÉREZ SOTO, Carlos, *op. cit.* (n. 84), p. 87.

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 81.

nos propone a vivir en la excepción. Él nos incita a utilizar el mecanismo para salir, de una excepción aparentemente normalizada, como un simulacro. Un ocultamiento de la verdad, la exigencia de una “vida en la verdad”¹¹⁷ y así también, quizás un poco alejado de la completitud plena del proyecto periclitante, el camino a una democracia real y una protección de nuestros derechos sociales como debe ser. El mecanismo es la puerta de salida a la excepción.

Lo que la tesis de Atria, en el mentado debate propone, es que el lenguaje teológico es imprescindible para entender lo político. Chile desde 1973 y así también, el lenguaje del constitucionalismo han caído en la excepción, que en cierta medida muestra una apariencia de normalizada, debido a la poca “disidencia” y “oposición” que se muestra en la academia hoy. El silencio de la ciudadanía se mantuvo hasta los comienzos del siglo XXI, donde se dieron cuenta del simulacro, los movimientos sociales comenzaron a proliferar. Así es la muestra de las movilizaciones del 2011 y como todo el ambiente se prendía en torno a iniciativas como “La mayoría decide” o la idea de un plebiscito para una asamblea constituyente, recogidas por varios candidatos a la presidencia el año pasado. Entonces el descontento por esta trampa sagrada tendida por la Constitución, una esfinge que la oligarquía chilena adora y que es parte de una ofensiva del constitucionalismo antidemocrático¹¹⁸, es parte de una sociedad que desea volver a la normalidad.

Chile se encuentra en la excepción, dicese de que la Constitución es transaccional y ha sido así por más de tres décadas¹¹⁹. En lo jurídico, los textos trascienden la voluntad e intención de sus creadores. Parece ser que la ambición de los redactores de “dar una Constitución para Chile” se concretó, pero la idea de que esta Constitución nos mantenga sumidos en la misma institucionalidad que regía en la dictadura. A esto, se puede argumentar que el texto constitucional ha recibido 83 reformas desde el “retorno a la democracia”, pero ninguna reforma es de la Constitución *in toto*¹²⁰. Un cambio que afecte a los principios constitucionales no podría concebirse como una reforma¹²¹,

¹¹⁷ El concepto es de HAVEL, Václav, *op. cit.* (n. 88), p. 81.

¹¹⁸ Véase PISARELLO, Gerardo. *Un largo termidor. La ofensiva del constitucionalismo antidemocrático*. Madrid, España: Trotta, 2011.

¹¹⁹ La expresión “transaccional” viene de RUBIO LLORENTE, F. *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*. Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 21-2 y es usada para señalar que la Constitución fue fraguada y promulgada con el fin de llevar por una transición a la comunidad en cuestión.

¹²⁰ Véase FUENTES, Claudio. *El Pacto: Poder, Constitución y prácticas políticas en Chile (1990-2010)*. Santiago, Chile: Ediciones UDP, 2013.

¹²¹ CRISTI, Renato, *La noción de poder...* (n. 112), p. 234.

he ahí una válvula de salida a la excepción. La Constitución nacionalista que posee Chile¹²². Pérez nos invita a leer el presente y a ver que la dictadura es hoy¹²³, lo que en la continuidad de la tesis schmitteana que la dictadura permanece en el estado de excepción, tiene sentido¹²⁴.

La transición luego, se volvió una rutinación del régimen, explica Carretón, pues no hubo una completitud de un tránsito de esta autocracia a una democracia, se quedó en el proceso de manera “estancada”, pues los enclaves heredados de la dictadura siguen subsistiendo¹²⁵. Y si en la Constitución, pervive la voluntad de su creador, puesto que en los textos jurídicos el redactor siempre vive. Está en cada norma, en cada quórum que no se cumple, en cada reforma inconclusa y en cada atrincheramiento a los derechos sociales, ¿cómo no estar en una trampa que es parte de la excepción?

Una excepción se normaliza, a partir de la legitimación y aceptación del régimen impuesto en el estado de excepción. Algunos dirán, la respuesta está en el plebiscito de 1988 y la doble victoria de la Concertación, ese año y el entrante, ¿qué decirles a cambio? Una transición pactada, donde el lenguaje del resentimiento se hace presente¹²⁶. Vivimos en la excepción, ese es el lenguaje del constitucionalismo chileno luego del golpe.

5. CONCLUSIONES

“Une constitution, c’est un esprit, des institutions, une pratique”.

CHARLES DE GAULLE, *Conferencia de 31 de Enero de 1964*

Desde el golpe militar que se instaló una esfera en la sociedad chilena¹²⁷, bajo la égida del neoliberalismo y en forma de esfinge, a la cual se adora hoy; la nueva

¹²² El argumento en ANDRADE MORENO, Marcos. La Constitución ‘nacionalista’ de 1980, en: Derecho y Humanidades, 12, 2006: 231-49.

¹²³ PÉREZ SOTO, Carlos. Cuarenta años del Golpe, 2013- <En línea> Disponible en la World Wide Web: <<http://carlosperez.cc>> [Consultado el 01 de Abril de 2014], p. 35.

¹²⁴ Una notable explicación de esta tesis en COX, Damian *et al.* *Politics most unusual: violence, sovereignty and democracy in the ‘war on terror’*. Basingstoke, Reino Unido: Palgrave Macmillan, 2009, pp. 68-89.

¹²⁵ GARRETÓN, Manuel Antonio. Transición incompleta y régimen consolidado. Las paradojas de la democratización chilena, en: *Revista de Ciencia Política*, 16, 1 y 2, 1994: 21-32.

¹²⁶ LÓPEZ PÉREZ, Nicolás, *Resentimiento, libertad...* (n. 59).

¹²⁷ Sobre el concepto de esfera, SLOTERDIJK, PETER. *Esferas I. Burbujas, microesferología*. Madrid, España: Siruela, 2003.

institucionalidad, posibilitada por las armas y la violencia constitutiva y justificada teóricamente con la idea del estado de excepción schmitteano.

La descripción del que considero, origen de la normatividad al inicio, ayuda a entender que las formas de existencia del derecho en una sociedad parten por convenciones, hechos institucionales y la existencia de un sistema lógico que cumpla con las características de tener unidad, coherencia y completitud. Luego, la sección tres de este ensayo solo se hizo cargo de la idea de la renovación institucional, y cómo se “resetean” o cambian las estructuras jurídico-políticas que definen y gobiernan una sociedad en cuestión.

La idea del estado de excepción y la violencia constitutiva posibilitan esa irrupción en el derecho, esa suspensión de lo jurídico constituido, lo que en psicología está acuñado como libido. Este último “expresa la eficacia y el dinamismo del acontecer psíquico (...) se basa en la idea de la lucha y conjunción de opuestos, entendida como proceso consistente en dos movimientos: progresión y regresión”¹²⁸. La conjunción de opuestos, que en el campo de lo ideológico puede ser mucho más certero. Explica en parte, cuestiones de alienación del hombre para llegar a construir o de-construir las instituciones.

El presente trabajo se ocupó de desentrañar la idea del origen de la normatividad para negar que el momento constitutivo de un sistema jurídico se puede adjudicar a esta idea schmitteana explicada en la sección 3, sino que ello es parte solo de un sistema ya constituido. El reconocimiento de la mixtura en la composición del derecho, entre objetividad e indeterminación, siendo objeto de mediciones y al mismo tiempo, de análisis conceptuales, (im)posibilita el llegar al punto de esa “posición inicial”. La circularidad de cuestiones como “qué fue primero, el huevo o la gallina” o inclusive, con el origen del primer texto, la idea kelseniana o la schmitteana producen sin sentidos. En la sección 3, también se revisó el debate sostenido por Atria y Cristi durante el 2006, donde el primero en “Sobre la soberanía y lo político” comentara párrafos de la tesis sobre la Constitución de 1980, el rol de Jaime Guzmán Errázuriz y la influencia de Schmitt en el constitucionalismo chileno de la segunda mitad del siglo XX, planteada como invaluable por Cristi. Posteriormente, entre la mentada sección y la siguiente, la reflexión sobre el debate Atria-Pérez que tuvo lugar durante el 2012 en el V Ciclo de Conferencias de Filosofía Política en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile¹²⁹ permitió adentrarse en esta distinción entre normalidad y excepción con la

¹²⁸ OPORTO, Lucy. *Una arqueología del alma. Ciencia, metafísica y religión en Carl Gustav Jung*. Santiago, Chile: Editorial USACH, 2012, p. 437.

¹²⁹ Recuperado por la edición 20 de la Revista Derecho y Humanidades (ATRIA, Fernando, *La idea de teología...* (n. 87), y PÉREZ SOTO, Carlos, *Violencia del derecho...*(n. 84).

finalidad de desembocar en una crítica a ambas posturas para intentar dar cuenta del lenguaje del constitucionalismo chileno, pasando por una sucinta revisión del período 1973-1980.

Las Constituciones contemporáneas, tienen en su práctica, aparejados fenómenos como: el fomento de espurias alianzas políticas y económicas (vemos en Chile, por un lado, el duopolio entre la Concertación y la Alianza; por otro, las relaciones entre el Estado y los capitales nacionales y extranjeros); las congregaciones sobre la razón de especulaciones entre política y dinero (esto posibilita, entre otras cosas, la conservación de un sistema neoliberal); la precarización de los derechos sociales, su manera de reclamarlos, hacerlos exigibles y gozarlos; y finalmente, la devaluación del principio representativo, o lo que Atria llamaba “las ideas muertas”¹³⁰.

Lo anterior, implica un desplazamiento del principio democrático por parte del principio oligárquico, lo que configura una Constitución mixta y a la vez, desequilibrada¹³¹. Esto significa que la creación de estructuras de poder en las que la existencia controlada de algunas libertades públicas y de ciertos derechos de participación, admite el poderío económico en la determinación de un país, y de sus clivajes sociopolíticos. A la postre, deviene todo en la práctica de la Constitución y como ella fija la vida humana. En este trabajo, la tesis es que el Chile de hoy transita por la excepción y aún no ha podido salir de ella ni menos de esa “transición”, ¿entre qué? ¿Un régimen militar y un retorno a la democracia? ¿Mismas leyes, misma Constitución, mismos principios, incluso mismos políticos, cómo entonces?

El escenario en que deviene toda esta ofensiva de un constitucionalismo antidemocrático (como en el que podría devenir una justificación schmitteana del origen de la normatividad de una sociedad) es en el apoderamiento por parte de una minoría dinámica y centrada en las grandes riquezas del curso político a partir de la coacción y un consenso mediático (algo que podría remitirnos a la *isonomía oligárquica*).

Bien decía De Gaulle, una Constitución es un espíritu, las instituciones y una práctica. El texto chileno de 1980 así lo encarna, luego como el sacrificio vivido con la suspensión del derecho anterior al período militar, puede ser visto el orden anterior. Lo que pasa con la mayoría de los productos inconclusos por golpes de Estado, se sitúan en dos enclaves: la pregunta de “qué pasaría si?” y los deseos de re-intentar ese modelo interrumpido. Aunque con la violencia como una maquinaria del Estado ejercida sobre

¹³⁰ ATRIA, Fernando, *Viviendo bajo ideas...* (n. 79)

¹³¹ PISARELLO, Gerardo, *op. cit.* (n. 118), p. 18.

el individuo con la intención de eliminar su voluntad como elemento motor de sus acciones¹³².

La sociedad chilena no se sacrificó para siempre, algún día volverá esa normalidad que se le quitó a ella, luego de 1973. Es el curso natural de las cosas.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGAMBEN, Giorgio. La potencia del pensamiento. En: *La potencia del pensamiento*. Buenos Aires, Argentina: Adriana Hidalgo editora, 2007.

_____. *Homo Sacer. El poder soberano y la nuda vida*. Valencia, España: Pre-Textos, 2005.

ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires, Argentina: Astrea, 2006.

ALEXY, Robert. *El concepto y la naturaleza del derecho*. Madrid, España: Marcial Pons, 2008.

ANDRADE MORENO, Marcos. La Constitución ‘nacionalista’ de 1980, en: *Derecho y Humanidades*, 12: 231-249, 2006

ARENDT, Hannah. *On Violence*. San Diego (CA), Estados Unidos: Harcourt Brace and Company, 1969.

_____. *The Human Condition*. Chicago (IL), Estados Unidos: The University of Chicago Press, 1958.

ARISTÓTELES. *La Política*. Barcelona, España: Iberia, 1976.

ATRIA, Fernando. *La Constitución tramposa*. Santiago, Chile: LOM, 2013.

_____. La idea de teología política, en: *Derecho y Humanidades*, 20: 93-125, 2012.

_____. “Viviendo bajo ideas muertas: la ley y la voluntad del pueblo”, 2009. <En línea>. Disponible en la World Wide Web: <http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA11_Atria_CV_Sp_20110520.pdf> [Consultado el 08 de Septiembre de 2013]

¹³² TODOROV, Tzvetan. *Frente al límite*. Madrid, España: Siglo XXI, 2004, p. 293.

_____. “Sobre la soberanía y lo político”, en: *Derecho y Humanidades*, 12: 47-93, 2006.

AZAÑA, Manuel. *Discursos Políticos*. Barcelona, España: Crítica, 2004.

BAUDRILLARD, Jean. *Cultura y simulacro*. Barcelona, España: Kairós, 1978.

BENJAMIN, Walter. *Para una crítica de la violencia*. México DF: Premia, 1982.

CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo, en: *DOXA*, 21(1), 1998.

CARBONELL, Flavia. *La idea de corrección en el derecho*. Tesis doctoral. Departamento de Derecho Internacional, Eclesiástico y Filosofía del Derecho, Universidad Carlos III de Madrid, 2013.

CHRISTODOULIDIS, Emilios. *Law and Reflexive Politics*. Dordrecht, Holanda: Kluwer, 1998.

COLEMAN, Jules. “Beyond Inclusive Legal Positivism”, en: *Ratio Juris* 22(3): 359-394, 2009.

_____. *The Practice of Principle. In a Defense of a Pragmatist Approach to Legal Theory*. Oxford, Reino Unido: Oxford University Press, 2001.

CRISTI, Renato. *El pensamiento político de Jaime Guzmán*. Santiago, Chile: LOM Ediciones, 2011.

_____. La noción de poder constituyente en Carl Schmitt y la génesis de la Constitución chilena de 1980, en: *Revista Chilena de Derecho*, 20: 229-250, 1993

COX, Damian *et al.* *Politics most unusual: violence, sovereignty and democracy in the ‘war on terror’*. Basingstoke, Reino Unido: Palgrave Macmillan, 2009.

DE OTTO, I. *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*. Barcelona, España: Ariel, 1987.

DURKHEIM, Émile. *Las reglas del método sociológico*. Madrid, España: Alianza, 1988.

DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge (MA), Estados Unidos: Harvard University Press, 2011.

ENRIQUEZ-OMINAMI, Marco y OMINAMI, Carlos. *Animales políticos*. Santiago, Chile: Planeta, 2004.

ESCUADERO ALDAY, Rafael. *Modelos de Democracia en España. 1931-1978*. Barcelona, España: Península, 2013.

_____. *Los Calificativos del Positivismo Jurídico. El debate sobre la incorporación de la moral*. Madrid: Civitas, 2004.

_____. *Positivismo y moral interna del derecho*. Madrid, España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

_____. *Sistema jurídico y justicia. Sobre la relevancia moral de la estructura jurídica*. Tesis doctoral. Instituto Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, 1998.

FUENTES, Claudio. *El Pacto: Poder, Constitución y prácticas políticas en Chile (1990-2010)*. Santiago, Chile: Ediciones UDP, 2013.

FULLER, Lon. *La Moralidad del Derecho*. México DF: Editorial Trillas, 1967.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *Hans Kelsen y la Norma Fundamental*. Madrid, España: Marcial Pons, 1996.

GARIN, Renato. Chile: el fraude, la trampa y el simulacro”, *El Mostrador*, 25 de noviembre de 2013 <En línea>. Disponible en la World Wide Web: <http://www.elmostrador.cl/opinion/2013/11/25/chile-el-fraude-la-trampa-y-el-simulacro/> [Consultado el 29 de noviembre de 2013].

_____. *Después de la República*. Santiago, Chile: Instituto Democracia y Mercado, 2010.

GARRETÓN, Manuel Antonio. “Transición incompleta y régimen consolidado. Las paradojas de la democratización chilena”, *en*: *Revista de Ciencia Política*, 16, 1 y 2: 21-32, 1994.

GIRARD, René. *Veo a Satán caer como el relámpago*. Barcelona, España: Anagrama, 2002.

_____. *El chivo expiatorio*. Barcelona, España: Anagrama, 1986.

GREZ, Sergio. La ausencia de un poder constituyente democrático en la historia de Chile, 2012 <En línea>. Disponible en la World Wide Web: <<http://www.luisemiliorecabarren.cl/?q=node/3541>> [Consultado el 03 de diciembre de 2013].

GUASTINI, Ricardo. *Estudios de teoría constitucional*. México DF: Fontamara, 2001.

GUZMÁN ERRÁZURIZ, Jaime. Necesidad y trascendencia de las Actas Constitucionales, en: *El Mercurio*, 5 de Octubre de 1975, p. 27.

HART, H. L. A. *The Concept of Law*. Oxford, Reino Unido: Clarendon Law, 2012.

_____. Postscriptum, en: *Estudios Públicos* 65: 225-263, 1997.

_____. *Essays on Bentham*. Oxford, Reino Unido: Clarendon Press, 1983.

_____. El nuevo desafío del positivismo jurídico, en: *Sistema*, 36, 1980.

HAVEL, Václav. *El poder de los sin poder y otros escritos*. Madrid, España: Encuentro, 2013.

JAKOBS, Gunther. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*. Madrid, España: Civitas, 1996.

JIMÉNEZ-CANO, Roberto M. El Derecho como institución social: Searle y Hart. En: VVAA. *Entre la ética, la política y el derecho: estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba, tomo II: Teoría y Metodología del Derecho*. Madrid, España: Dykinson, 2008, pp. 683-701.

JODOROWSKY, Alejandro. *Psicomagia*. Santiago, Chile: Grijalbo, 2005.

KANT, Immanuel. Tercera Antinomia. En: *Crítica de la razón pura*. Madrid, España: Taurus, 2006, pp. 407-12.

KARMY, Rodrigo. Carl Schmitt y la política del Anti-Cristo. Representación, forma política y nihilismo, en: *Revista Pléyade* 3: 25-52, 2009.

_____. *Teoría pura del Derecho*. México DF: UNAM, 1982.

_____. *Teoría General del Estado*. México DF: Editora Nacional, 1965.

_____. Die Grundlage der Naturrechtslehre, en: *Österreichische Zeitschrift Für Öffentliches Recht*, 13(1), 1963.

KIERKEGAARD, Soren. *El amor y la religión (Puntos de Vista)*. Buenos Aires, Argentina: Santiago Rueda, 1960.

LASSALLE, F. *¿Qué es una Constitución?* Barcelona, España: Ariel, 1997.

LEE, K. *The Positivist Science of Law*. Aldershot, Reino Unido: Avenbury, 1989.

LÓPEZ PÉREZ, Nicolás. *La varita mágica, la verdad y lo político: reflexión sobre la transición chilena y el rol de la memoria histórica*. Madrid, España: Universidad Complutense de Madrid/Fundación Internacional de Derechos Humanos, 2014. Material inédito.

_____. Resentimiento, libertad y *pólemos*: Líneas para el estudio de la transición chilena, en: *Factótum – Revista de Filosofía*, 10: 80-90, 2013.

_____. Promesas escatológicas. En: *Escaleras, animaciones y crítica. Intuiciones sobre filosofía en general*. Madrid, España: Pirámide, 2013, pp. 79-81.

MAÑALICH, Juan Pablo. *Terror, pena y amnistía*. Santiago, Chile: Flandes Indiano, 2010.

MARMOR, Andrei. *Social Conventions. From Language to Law*. Princeton, Estados Unidos: Princeton University Press, 2009.

_____. How Law is Like Chess?, en: *Legal Theory*, 12, 2006, pp. 358-63.

_____. *Positive Law and Objective Values*. Oxford, Reino Unido: Clarendon Press, 2001.

MOUFFE, Chantal. *El retorno de lo político*. Barcelona, España: Paidós, 1999.

NANCY, Jean-Luc. *L'Imperatif catégorique*. París, Francia: Flammarion, 1983.

NÁRVAEZ MORA, Maribel. *Wittgenstein y la teoría del derecho. Una senda para el convencionalismo jurídico*. Madrid, España: Marcial Pons, 2004.

NOVOA MONREAL, Eduardo. *El derecho como obstáculo al cambio social*. México DF: Siglo XXI, 1975.

OPORTO, Lucy. *La mezquindad organizada*, 2012. <En línea>. Disponible en la World Wide Web: <letras.s5.com/lop140412.html> [Consultado el 31 de Marzo de 2014].

_____. Muéstrame los signos. Para la presentación de “Una arqueología del alma...”, 2012 <En línea>. Disponible en la World Wide Web: <letras.s5.com/lop140412.html> [Consultado el 31 de Marzo de 2014].

_____. *Una arqueología del alma. Ciencia, metafísica y religión en Carl Gustav Jung*. Santiago, Chile: Editorial USACH, 2012.

_____. El homicidio fundador y la transición a la democracia en Chile: René Girard y el mecanismo del chivo expiatorio. En: ORELLANA BENADO, M. E. (comp.). *Causas perdidas. Ensayos de filosofía jurídica, política y moral*. Santiago, Chile: Catalonia, 2010, pp. 191-207.

ORREGO, Ely. Teología Política: El nuevo paradigma de la soberanía y el poder, en: *Revista Pléyade*, 8: 1-6, 2011.

PECES-BARBA, Gregorio. Prólogo. En: ESCUDERO ALDAY, Rafael, *Positivismo y moral interna del derecho*. Madrid, España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, pp. 15-9.

PECZENIK, Alexander y HAGE, Jaap. Conocimiento jurídico, ¿sobre qué?, en: *DOXA*, 22: 25-33, 1999.

PÉREZ SOTO, Carlos. Cuarenta años del Golpe, 2013 <En línea>. Disponible en la World Wide Web: <http://carlosperez.cc> [Consultado el 01 de Abril de 2014].

_____. Violencia del derecho y derecho a la violencia, en: *Derecho y Humanidades*, 20: 73-91, 2012.

PISARELLO, Gerardo. *Un largo termidor. La ofensiva del constitucionalismo antidemocrático*. Madrid, España: Trotta, 2011.

PRIETO SANCHÍS, Luis. *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*. Madrid, España: Trotta, 2013.

RIFFO, Ernesto. Sobre los usos de situaciones imaginarias en filosofía política. En: ORELLANA BENADO, M. E. (comp.). *Causas perdidas. Ensayos de filosofía jurídica, política y moral*. Santiago, Chile: Catalonia, 2010, pp. 101-23.

RUBIO LLORENTE, F. *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*. Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

SALAZAR, Gabriel. *En el nombre del Poder Popular Constituyente*. Santiago, Chile: LOM, 2012.

SCHAUER, Frederick. *Las reglas en juego*. Madrid, España: Marcial Pons, 2004.

SCHMILL, Ulises. La norma fundante básica y el origen conceptual de la normatividad, en: *Análisis e diritto*: 91-122, 2007.

SCHMITT, Carl. *La Dictadura*. Madrid, España: Alianza, 1999.

_____. *Teología Política*. Buenos Aires, Argentina: Struhart y Cía, 1998.

_____. *Teoría de la Constitución*. Madrid, España: Alianza, 1992.

SEARLE, John. What is an Institution?, en: *Journal of Institutional Economics*, 1(1), 2005.

_____. *La Construcción social de la realidad*. Barcelona, España: Paidós, 1997.

SLOTERDIJK, PETER. *Esferas I. Burbujas, microesferología*. Madrid, España: Siruela, 2003.

SOUSA SANTOS, B. de. *El milenio buérfano. Ensayos para una nueva cultura política*. Madrid, España: Trotta, 2005.

TODOROV, Tzvetan. *Nosotros y los otros*. Madrid, España: Siglo XXI, 2010.

_____. *Frente al límite*. Madrid, España: Siglo XXI, 2004.

VON WRIGHT, G. H. *Norma y Acción. Una investigación lógica*. Madrid, España: Tecnos, 1970.

WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford, Reino Unido: Clarendon Press, 1999.

WALUCHOW, W. J. *Inclusive Legal Positivism*. Oxford, Reino Unido: Oxford University Press, 1994.