

REALISMO CONSTITUCIONALISTA: ¿NO HAY ALTERNATIVA? CONSTITUTIONALIST REALISM: IS THERE NO ALTERNATIVE?

EDUARDO CÁRCAMO MUÑOZ *

RESUMEN: En el presente trabajo el autor busca analizar críticamente la actualidad del proceso constituyente chileno. Se postula que el problema de fondo en ambos períodos es la falta de legitimidad respecto de los proyectos enarbolados, fuera de lo meramente normativo o procedimental. Para justificarlo, se examinan varios autores relacionados con la teoría política y jurídica, con el fin único de incentivar el debate en torno a la problemática constitucional. Efectuamos una aproximación a ciertos conceptos generales relacionados con la actualidad política, seguido de un análisis respecto al cambio de clivaje electoral a nivel global. Luego, en los dos capítulos siguientes, se expresa la posición del autor respecto de la importancia de la distinción entre legalidad y legitimidad, y de la dimensión política de la Constitución.

PALABRAS CLAVE: Constitución, proceso constituyente, teoría constitucional, legitimidad, legalidad.

ABSTRACT: In this paper the author seeks to critically analyze the current situation of the Chilean constituent process. It postulates that the underlying problem in both periods is the lack of legitimacy regarding the projects raised, outside of the merely normative or procedural. To justify that thesis, several authors related to political and legal theory will be examined, with the sole purpose of encouraging debate around constitutional problems. In the first two chapters, an approach will be made to certain general concepts related to current politics, followed by an analysis regarding the change in electoral cleavage at a global level. On the other hand, in the following two chapters the author's position will be expressed regarding the importance of the distinction between legality and legitimacy, and the political dimension of the Constitution.

KEYWORDS: Constitution, constituent process, constitutional theory, legitimacy, legality.

RESUMEN / ABSTRACT

* Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción, Chile. Correo electrónico: edcarcamo@udec.cl.

“THE CAR'S ON FIRE AND THERE'S NO DRIVER AT THE WHEEL.”

GODSPEED YOU! BLACK EMPEROR – THE DEAD FLAG BLUES

I.- INTRODUCCIÓN.

ES MÁS FÁCIL IMAGINAR EL FIN DE CHILE QUE EL FIN DE LA CONSTITUCIÓN DE 1980

Tanto el título de este trabajo como el de esta sección son una referencia a un texto devenido en un clásico de nuestros tiempos: *Realismo capitalista: ¿no hay alternativa?*, de Mark FISHER. Su primer capítulo se titula “Es más fácil imaginarse el fin del mundo que el fin del capitalismo”. Entre las ideas principales planteadas por el libro referido, encontramos que, para su autor, luego de la caída de los llamados “socialismos reales” a fines de la década de los 80’ y principios de los 90’, el liberalismo económico y social se erige triunfante como el único sistema posible. “*There’s no alternative*” decía Margaret Thatcher. Lo que propongo a partir de aquella idea, es que, desde la derrota del Apruebo (o incluso antes de ella) estamos estancados en un momento constitucional en que es difícil imaginar otra alternativa a la Constitución vigente, ya que, por mucho que en el proceso actual haya avances en pos de una nueva Constitución (por ejemplo, ya ha sido entregado el borrador de la Comisión de Expertos), es -al menos- discutible que pueda llegar a ser una Constitución que suscite una identificación popular. Afirmo que hay una continuación de facto de la falta de legitimidad de la Constitución actual. Esto responde a una crisis de aquella legitimidad no sólo de la Constitución, sino que de las instituciones en nuestro país, y que no se logró revertir en el espacio temporal anterior al plebiscito del año pasado. Ahora, si bien no se resolverá aquel problema con un cambio de Constitución, una que logre identidad con el pueblo en su generalidad puede ser el primer gran paso para recuperar la confianza, no sólo respecto de lo institucional, sino que entre nosotros mismos como pueblo.

Antes de entrar de lleno en el tema de fondo, es necesario hablar sucintamente de ciertos temas que ayudarán a dar contexto a esta crisis de legitimidad, que no es algo exclusivo de nuestro país, sino que obedece a fenómenos sociopolíticos que han sido estudiados a cabalidad. Defiendo la idea de que el momento referido en la sección anterior se sitúa en la disputa entre lo *post-político* y lo *hiperpolítico*.

1.- BREVES APUNTES SOBRE LO POST-POLÍTICO

La situación expuesta por FISHER, en donde ya no hay contendientes que puedan ofrecer un sistema alternativo, trae una falta de representación dentro de la “política de los consensos” dominante en los países liberal-democráticos.¹ Esto es natural en la era

¹ Mi diagnóstico fue que estábamos presenciando una crisis de representación como consecuencia del 'consenso en el centro' que había llegado a dominar la política en la mayoría de las sociedades

de la llamada “post-política”, en donde la política en sí misma se ve reemplazada por la administración *expertocrática*.² Como afirma ŽIŽEK, la post-política “subraya la necesidad de abandonar las viejas divisiones ideológicas y de resolver las nuevas problemáticas con ayuda de la necesaria competencia del experto y deliberando libremente tomando en cuenta las peticiones y exigencias puntuales de la gente.”³

La post-política se caracteriza por el término del conflicto entre partes distintas ideológicamente que compiten por el poder, viéndose reemplazado por la colaboración de “iluminados tecnócratas (economistas, especialistas en opinión pública, etc.) y liberales multiculturales; mediante un proceso de negociación de intereses, donde se llega a un compromiso disfrazado de un consenso más o menos universal”.⁴ Este consenso, por supuesto, va de la mano con la aceptación del liberalismo económico, político y social como única realidad. Esta “política de los consensos” degrada la política a la mera opción. Ya no importa *lo político*. Esta despolitización se traslada también a la economía. ŽIŽEK decía: “La gran novedad de nuestra época post-política del “fin de la ideología” es la radical despolitización de la esfera de la economía: el modo en que funciona la economía (la necesidad de reducir el gasto social, etc.) se acepta como una simple imposición del estado objetivo de las cosas. Mientras persista esta esencial despolitización de la esfera económica, sin embargo, cualquier discurso sobre la participación de los ciudadanos, sobre el debate público como requisito de la decisión colectiva responsable, etc. quedará reducido a una cuestión “cultural” en tomo a diferencias religiosas, sexuales, étnicas o de estilos de vida alternativos y no podrá incidir en las decisiones de largo alcance que nos afectan a todos.”⁵

Ahora, ya planteada la definición de qué es la post-política, aparecen otras interrogantes: ¿Por qué se le llama post-política? ¿La política acaso no se trata de llegar a consensos para así cumplir con el fin de servir a la voluntad general? Trataré de dar respuesta a esto, afirmando que esta post-política se llama así por ser superadora de la visión antagonista de la política. Este paradigma del antagonismo político fue planteado por Carl SCHMITT en “*El concepto de lo político*” y desarrollado de una manera más actual principalmente por Chantal MOUFFE. Lo político, tanto para Schmitt como Mouffe, se constituye mediante una separación “ellos/nosotros” en que hay intereses

democrático-liberales. Este consenso, resultado de la hegemonía indiscutida del neoliberalismo, priva a los ciudadanos democráticos de un debate agonístico en el que pueden hacer oír su voz y elegir entre alternativas reales.” MOUFFE, Chantal, *Agonistics: Thinking the world politically*, Verso, New York, 2013, 1ª ed., p. 119 (Traducción propia).

² ŽIŽEK, Slavoj, “Against human rights”, *New Left Review*, 2005, vol. 34, p. 117.

³ ŽIŽEK, Slavoj, *En defensa de la intolerancia*, Ediciones Sequitur, Madrid, 2008, 1ª ed., p. 32.

⁴ ŽIŽEK, Slavoj, “Carl Schmitt in the Age of Post-Politics” en: MOUFFE, Chantal (ed.), *The Challenge of Carl Schmitt*, Verso, New York, 1999, 1ª ed., p. 30 (Traducción propia).

⁵ ŽIŽEK, cit. (n. 4), p. 110.

contrapuestos sin lugar a consensos. Esta relación ellos/nosotros, se puede volver antagonica; lo que Schmitt llamaba el “criterio amigo-enemigo”. Este antagonismo se produce desde el momento en que para “ellos” es amenazante la existencia del “nosotros”. Como ya se puede deducir de lo leído, la post-política actual no es sino la negación de lo político.⁶

Ante esta situación mundial, surgen reacciones. Sin embargo, no tienen la forma de los movimientos del siglo XX. Pasan a tener protagonismo los movimientos anti-globalización, decoloniales, indígenas, y demases de la llamada “política identitaria”. Žižek critica esta política, diciendo que el actual proliferar de ésta intenta “afirmar la identidad particular, el sitio de cada cual en la estructura social [...] (étnicos, sexuales, etc.) se adapta perfectamente a la idea de la sociedad despolitizada, de esa sociedad que “tiene en cuenta” a cada grupo y le confiere su propio status (de víctima) en virtud de las discriminaciones positivas y de otras medidas ad hoc que habrán de garantizar la justicia social.”⁷

Por tanto, cuando el sistema falla por algún motivo, el malestar en la época post-política se reduce a meras reivindicaciones atomizadas y nunca constituidas en algo político. Y la reacción de lo institucional se manifiesta como afirma Žižek: “La post-política moviliza todo el aparato de expertos, trabajadores sociales, etc. para asegurarse que la puntual reivindicación (la queja) de un determinado grupo se quede en eso: en una reivindicación puntual.”⁸ A través de la administración “expertocrática” las pasiones se apaciguan mediante soluciones institucionales vacías de contenido, independiente del eficiente resultado técnico.

¿Se le hace conocida al lector aquella estrategia?

2.- EL CONCEPTO DE LO HIPERPOLÍTICO

El historiador Anton JÄGER, postula que la época de la post-política, de esta mera administración expertocrática en que el pueblo era excluido de cualquier decisión política, se acabó.⁹ El ejemplo lo encontramos en ciertos movimientos como *Black Lives Matter* o ciertas coyunturas como el *Brexit*. Sin embargo, en vez de manifestarse esta nueva “politización” en un aumento de los militantes de los partidos o afiliados en los sindicatos, se manifiesta en discursos moralizantes (“eres “facho”, por tanto, eres

⁶ MOUFFE, Chantal, *En torno a lo político*, Fondo de Cultura Económica, Ciudad de México, 2007, 1ª ed., pp.18-27; SCHMITT, Carl, *The concept of the Political*, The University of Chicago Press, Chicago, 2007, ed. expand., pp. 26-37.

⁷ ŽIŽEK, cit. (n. 4), p. 46.

⁸ ŽIŽEK, cit. (n. 4), p. 40.

⁹ JÄGER, Anton, “De la pospolítica a la hiperpolítica”, 2022, <https://jacobinlat.com/2022/02/09/de-la-pospolitica-a-la-hiperpolitica/>, consultada: 8 de marzo 2023.

malo”) y de su enfoque en lo identitario (feminismo, causas LGBT, indígenas, etc.) por sobre los enfoques modernos centrados en la clase, la nación, la patria, entre otros significantes.¹⁰ Si esta post-política, en donde *nada es político*, terminó, ahora estamos avanzando a una etapa en donde *todo es político*. Esto lo llama “hiperpolítica”.

JÄGER afirma: “La «hiperpolítica» es lo que queda cuando termina la «pospolítica»: es la forma que toma el conflicto político en ausencia de toda política de masas. La pregunta por la propiedad y el control es reemplazada por una indagación sobre el verdadero ser de las personas: el collage de las identidades toma el relevo de la lucha de clases.”¹¹

Si bien no da una definición de la hiperpolítica, nos brinda ciertas claves para entender el concepto. Con todo, no es el primero en hablar de hiperpolítica. Ya este concepto fue comprendido anteriormente (si es que no acuñado) por Peter SLOTERDIJK en su libro *En el mismo barco: Ensayos sobre hiperpolítica*. Esta es comprendida por el autor como “un viaje hiperrápido hacia el reino de la confusión”¹² y la política entendida así se manifestaría como “algo equivalente a un crónico y masivo accidente de coches”.¹³ En el momento hiperpolítico, tomando de base el concepto kantiano de *insociable sociabilidad*,¹⁴ el autor plantea que la democracia pasa a ser “el consenso político de los insociables apolíticos”.¹⁵ Lo único que uniría a un pueblo sería un montón de reglas y procedimientos -productos de la racionalidad instrumental-, más que un proyecto más allá de sí mismos. Así, por nuestro modo actual de vida seríamos como *islas nómadas*.¹⁶ Una idea parecida plantea la psicóloga Kathya ARAUJO, quien describe la sociedad chilena como un *archipiélago*:¹⁷ irregular y dividida de múltiples maneras. Un montón de personas, desapegadas cada una de la otra.¹⁸ Por su parte, la historiadora Catalina SILES apunta a que en Chile hay una falta de cohesión, derivada de, entre otros motivos, la

¹⁰ JÄGER, cit. (n. 10).

¹¹ JÄGER, cit. (n. 10).

¹² SLOTERDIJK, Peter, *En el mismo barco: Ensayos sobre hiperpolítica*, Siruela, Madrid, 2006, 4ª ed., p. 77.

¹³ SLOTERDIJK, cit. (n. 13), p. 77.

¹⁴ KANT define la *insociable sociabilidad* como la tendencia del humano a vivir en sociedad, pero como algo inseparable de su propensión a doblegar todo a su capricho, concibiendo al otro como una barrera o un instrumento. KANT, Immanuel, *¿Qué es la Ilustración? y otros escritos de ética, política y filosofía de la historia*, Alianza, Madrid, 2004, 1ª ed., pp. 102-103.

¹⁵ SLOTERDIJK, cit. (n. 13), p. 96.

¹⁶ SLOTERDIJK, cit. (n. 13), p. 96.

¹⁷ ARAUJO, Kathya, “La política en tiempos de transformación. La relación entre ciudadanía y política institucional desde la perspectiva de los actores políticos.”, *Análisis Fundación Friedrich Ebert*, 2019, n°3, pp. 8-9.

¹⁸ ARAUJO, Kathya, “Desmesuras, desencantos, irritaciones y desapegos”, en: ARAUJO, Kathya (ed.), *Hilos tensados: Para leer el octubre chileno*, Editorial USACH, Santiago de Chile, 2019, 1ª ed.; ARAUJO, Kathya, *The circuit of Detachment in Chile: Understanding the fate of a neoliberal Laboratory*, Cambridge University Press, Cambridge, 2022, 1ª ed.

desigualdad económica producida por el crecimiento económico, y el entendimiento del mercado como punto de integración social.¹⁹

Si, siguiendo a estos autores, estaríamos en un momento de -al menos- transición a lo hiperpolítico, queda determinar cuál fue el punto en que se rompió con la post-política en nuestro país. Quien escribe estas palabras propone que aquel quiebre se produjo en el Estallido Social del año 2019. Esto porque, ¿qué mejor momento para demostrar la fuerza de esta nueva forma de hacer política, en donde más de dos millones de personas se tomaron las calles en busca de obtener respuesta en torno al malestar, en donde se impugnó la institucionalidad? Ahora, este cambio de forma política no se produjo de manera total, ya que desembocó en el llamado “Acuerdo por la Paz”, con el proceso constituyente como sublimador de las pasiones de las masas. Irónico es que la post-política apaciguó el momento hiperpolítico, o al menos ralentizó la transición de un contexto post-político a uno hiperpolítico.

Con todo, aquella intervención de la “vieja política” en pos de salvar la institucionalidad cuestionada, no hizo más que reafirmar su agotamiento. Hay nuevos paradigmas políticos y sociales que están llevándose los comentarios dentro de las instituciones y fuera de ellas. Entre los locales podemos dar cuenta del surgimiento y consolidación de nuevos actores, como el Partido de la Gente, o la diputada Pamela Jiles, que enarbolan un discurso élite-pueblo (con ciertos matices).²⁰ Sumado a aquello, formamos parte de un fenómeno global, estudiado por el economista Thomas PIKETTY: un cambio de clivaje electoral en que el electorado clásico en el espectro político ha cambiado. Cambio de clivaje del que se hablará a continuación.

II.- IZQUIERDA BRAHMÁNICA Y DERECHA MERCANTE

Christopher LASCH, en *La rebelión de las élites y la traición a la democracia*, planteó una tesis que rompió con el paradigma de entendimiento del fenómeno de la relación élite-masa. Invirtiendo el supuesto planteado por José Ortega y Gasset en *La rebelión de las masas*, el cual atribuye la crisis de la civilización occidental al dominio político del hombre-masa sin virtudes ni interés por los altos valores y discusiones políticas, el autor norteamericano plantea que la crisis político-institucional en sus tiempos fue justamente por el dominio político de las élites.²¹ Esta crisis, plantea, ocurrió por un cambio de actitud

¹⁹ SILES, Catalina, “Desigualdad, élites y encuentro. Algunos desafíos para la cohesión social en Chile”, *Estudios Públicos*, 2018, n°149, pp. 90-94.

²⁰ Para profundizar: HENRÍQUEZ, Pablo; LANG, Benjamin; MASCAREÑO, Aldo; ROZAS, Juan, “Partido de la Gente. La construcción del individualismo posdemocrático”, *Puntos de referencia*, 2022, n°630.

²¹ LASCH, Christopher, *La rebelión de las élites y la traición a la democracia*, Paidós, Barcelona, 1996, 1ª ed., pp. 31-32.

de las élites en Estados Unidos: “Las nuevas élites están en rebelión contra la «América media» que se imaginan así: una nación tecnológicamente atrasada, políticamente reaccionaria, represiva en su moralidad sexual, de gustos semi plebeyos, pagada de sí y suficiente, torpe y vulgar. Los que aspiran a incorporarse a la nueva aristocracia de cerebros tienden a congregarse en las costas, dando la espalda al interior y vinculándose con el dinero de rápida circulación, glamour, moda y cultura popular del mercado mundial. No está claro si se consideran a sí mismos americanos. El patriotismo no se encuentra, sin duda, entre las virtudes más apreciadas por ellos.”²² Ante un mundo post-guerra fría, donde *el fin de la historia* y el *there's no alternative* eran aceptados como dogma, con los modelos alternativos totalmente destruidos y masas desmoralizadas sin interés en la revolución y más conservadoras que las nuevas élites sobre-educadas,²³ surgió también una desafección de estas con respecto a las problemáticas centradas en lo socio-económico, volcándose a las luchas identitarias. Esto generó con las masas un antagonismo que hasta el día de hoy tiene fracturada a la sociedad estadounidense.²⁴

Décadas más tarde, Thomas PIKETTY nos brinda reveladores estudios que se asemejan a lo planteado por LASCH. El cambio de mentalidad en las élites no solamente se refleja en lo sociológico, sino también en lo político. El economista defiende la tesis de que durante las décadas de los ‘60s-‘70s, el voto por la izquierda era asociado con votantes de menor educación y/o remuneración, identificándose a la izquierda con la clase trabajadora. En cambio, las clases medias y altas tendían a votar por sectores moderados o por la derecha. Esta identificación empieza a diluirse a partir de los ‘70s, siguiendo una tendencia hasta nuestros días, en que el votante de izquierda empieza a ser aquel que tiene un nivel de educación elevado (sin necesariamente tener un excelente pasar económico), mientras las élites económicas siguen votando por la

²² LASCH, cit. (n. 21), p. 15

²³ “Las masas no sólo han perdido todo interés en la revolución; se puede demostrar que sus instintos políticos son más conservadores que los de sus autonombrados portavoces y supuestos liberadores. Después de todo, son las clases obrera y media-baja las que favorecen la limitación del aborto, se aferran a la familia con dos padres como fuente de estabilidad en un mundo turbulento, se resisten a experimentar con «estilos de vida alternativos» [...] Ciñéndonos más al planteamiento de Ortega, estas clases tienen más desarrollado que sus superiores el sentido de los límites.” LASCH, cit. (n. 21), p. 33.

²⁴ Los liberales de clase media-alta, incapaces de comprender la importancia de las diferencias de clase en la configuración de las actitudes ante la vida, no se percatan de la dimensión de clase de su obsesión por la salud y la edificación moral. [...] Han puesto en marcha una cruzada para volver más sana la sociedad americana: para crear un «ambiente sin humo», para censurar todo, desde la pornografía hasta el «lenguaje del odio», y, simultánea e incoherentemente, ampliar el campo de elección personal en asuntos en que la mayoría de la gente siente la necesidad de sólidas pautas morales. Cuando encuentran resistencia frente a estas iniciativas, muestran el odio venenoso que se esconde tras la cara sonriente de la benevolencia de la clase media-alta.” LASCH, cit. (n. 21), pp. 33-34.

derecha.²⁵ Así, para PIKETTY la izquierda pasa a ser el partido de la élite cultural, una izquierda *brahmánica* [del hindi *ब्राह्मण* -*brāhmaṇ*-], que refiere a aquella parte de las altas castas tradicionales en la India a la que pertenecen intelectuales y sacerdotes), y la derecha pasa a ser el partido de la élite económica, una derecha *kshatrya* / *vaishya* [del hindi *क्षत्रिय*(*kṣatriya*) y *वैश्य* (*vaiśya*)] referidas a la parte de la casta a la que pertenecen guerreros, administradores, terratenientes y mercantes) o *mercante*.²⁶ A partir del estudio citado, aplicado a la realidad electoral de Francia, Estados Unidos y Reino Unido, llega a la conclusión de que, además de existir aquel cambio de clivaje, podría explicarse a partir de aquel el aumento del apoyo por parte de la clase trabajadora a quienes han sido identificados como populistas, al sentirse abandonados por sus representantes históricos.²⁷

Luego, en su obra *Capital e Ideología* extiende el estudio a otros casos, como el hindú o el brasileño. Estos casos son del más alto interés, ya que en ambos se rompe con la tendencia. En Brasil, el electorado del PT en los años inmediatamente siguientes a la entrada en vigor de la Constitución del '88 estaba compuesto de trabajadores urbanos de clase baja/media y de las clases intelectuales contrarias a la dictadura. Pero, a partir de la llegada al poder de Lula, hasta el 2018, el electorado del PT es predominantemente del sector de la población con menor nivel de estudios y los que disponen de menos recursos. Esto es coherente con las políticas sociales que favorecieron a gran parte de la masa trabajadora, como la *Bolsa Família* y *Fome Zero*, que constriñeron a las clases medias-altas y altas.²⁸ En el caso de la India, el clivaje fue cambiando de manera progresiva, “desde un sistema de partido casi hegemónico vinculado a la independencia (el INC contaba con un apoyo masivo en todas las clases sociales, de las más bajas a las élites) a otro sistema de partidos de tipo «clasista», en el sentido de que los nacionalistas hindúes del BJP se han hecho de manera desproporcionada con el apoyo de las castas más altas, mientras que el INC y los partidos de izquierda reciben el de las castas más bajas. Al mismo tiempo que el sistema clasista tendía a desaparecer en las democracias electorales occidentales, cada vez más caracterizadas por sistemas de élites múltiples (con una «izquierda brahmánica» captando los votos de los electores más titulados y una «derecha de mercado» centrada en las rentas y los patrimonios más altos), en la India hacía aparición un sistema de tipo clasista, a medida que el conjunto de las castas altas (brahmanes, guerreros y comerciantes) cambiaban su apoyo al INC por el BJP.”²⁹ Este

²⁵ PIKETTY, Thomas, “Brahmin Left vs Merchant Right: Rising Inequality & the Changing Structure of Political Conflict (Evidence from France, Britain and the US, 1948-2017)”, *World Inequality Database: Working Paper Series*, 2018, n°7, p. 3.

²⁶ PIKETTY, cit. (n. 25), p. 3.

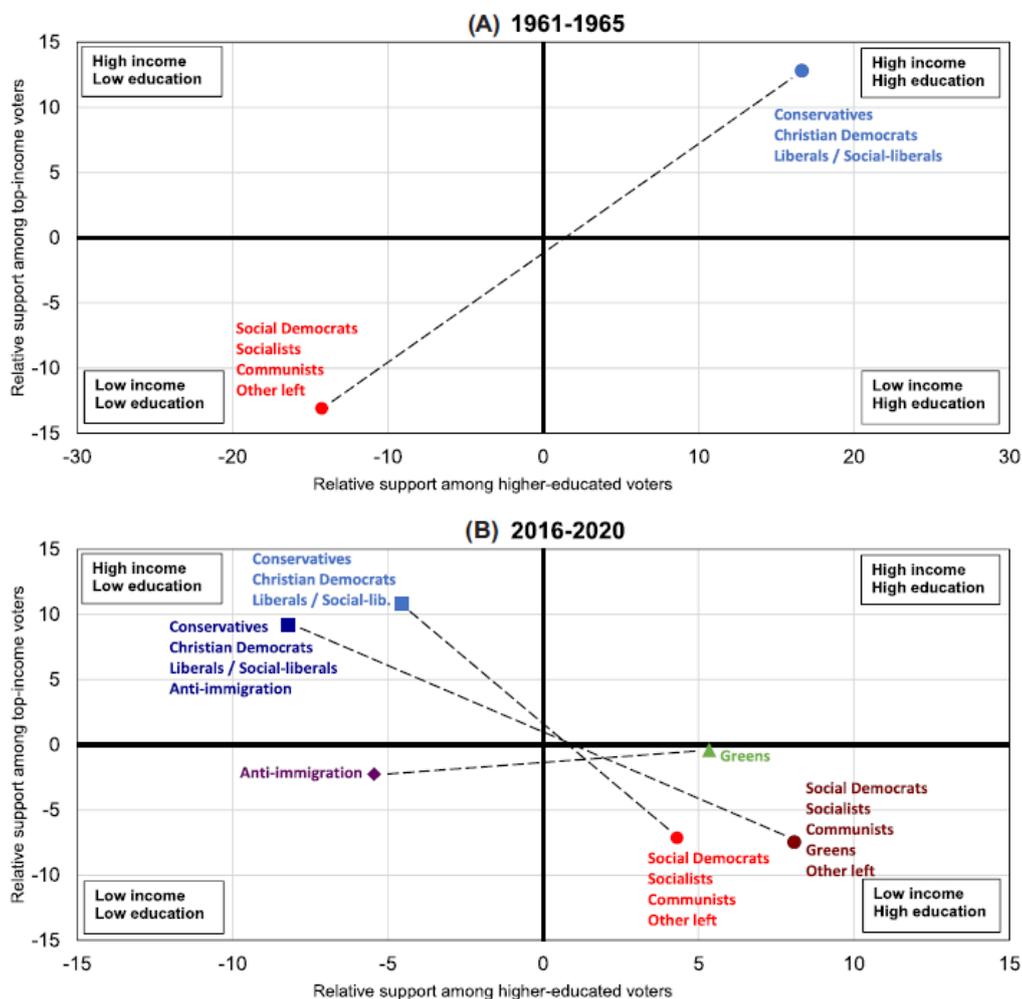
²⁷ PIKETTY, cit. (n. 25), p. 61.

²⁸ PIKETTY, Thomas, *Capital e ideología*, Deusto, Barcelona, 2019, 1ª ed., pp. 1095-1100.

²⁹ PIKETTY, cit. (n. 28), p. 1077.

apoyo de las castas altas al BJP se explica porque, a diferencia del INC que promueve el secularismo y la diversidad, el BJP propone el renacimiento de la civilización hindú y el nacionalismo frente a la humillación que fue la dependencia británica.³⁰

Por último, el año pasado, en un artículo realizado junto con GETHIN y MARTÍNEZ-TOLEDANO, se amplía aún más el estudio de este cambio de clivaje, analizando en total veintiún países dentro de la hegemonía occidental, principalmente norteamericanos y europeos. Los resultados fueron bastante decisivos, confirmando una vez más la hipótesis principal de la izquierda *brahmánica* y la derecha *mercante*.³¹



Fuente: GETHIN, MARTÍNEZ-TOLEDANO Y PIKETTY, “Brahmin Left Versus Merchant Right: Changing Political Cleavages in 21 Western Democracies, 1948–2020”.

³⁰ PIKETTY, cit. (n. 28), pp. 1073-1074.

³¹ GETHIN, AMORY; MARTÍNEZ-TOLEDANO, CLARA; PIKETTY, THOMAS, “Brahmin Left Versus Merchant Right: Changing Political Cleavages in 21 Western Democracies, 1948–2020”, *The Quarterly Journal of Economics*, 2022, vol. 137, n°1, p. 25.

Ese cambio de clivaje se puede ver en las votaciones del plebiscito del año pasado. Un análisis del plebiscito realizado por académicos de la Facultad de Gobierno de la Universidad del Desarrollo, constató que, con una tasa de participación nacional del 86%, en una medición respecto de las votaciones por comunas, el 39.5% del quintil más alto de la población votó por la opción Apruebo, siendo así el porcentaje más alto que haya votado por esta opción (ya que este apoyo va disminuyendo conforme lo hace el quintil, llegando a un 24.9% en el quintil más bajo); y el 75.1% del quintil más bajo votó por la opción Rechazo, siendo asimismo el porcentaje más alto obtenido por aquella opción.³² Por tanto, las comunas de menores ingresos rechazaron la propuesta ampliamente, superando incluso la votación de las comunas de mayores ingresos. Cabe destacar también que el 60.5% del quintil más alto de la población votó por el Rechazo, por tanto, podríamos presumir que se podría estar dando el fenómeno de la izquierda *brahmánica* y la derecha *mercante*.

A partir de lo anterior, sabiendo que el momento hiperpolítico permite una multitud de reivindicaciones sin articular, y que la propuesta constitucional presentada por la Convención fue rechazada por el mismo pueblo que salió a las calles el año 2019, entonces ¿podríamos decir que la propuesta era más legítima que una hecha “entre cuatro paredes”? Para saberlo, hay que referirse un momento a la distinción *entre lo legal y lo legítimo*.

III.- EL DERECHO COMO EL QUERER DE UN PUEBLO: ENTRE LEGALIDAD Y LEGITIMIDAD

Debo señalar que este tema ya ha sido tratado por otros de manera sucinta. José Joaquín BRUNNER en una entrevista a *El Líbero* manifestó que, si bien la convención tuvo legitimidad objetiva, falló en constituir legitimidad subjetiva.³³ Sin embargo, el actual proceso tiene una tarea más difícil, ya que, al ser un proceso totalmente institucional, no importa que tenga el piso de la legitimidad objetiva, ya que no tiene el de la subjetiva, y es muy difícil para los actuales actores del mismo, constituirla, al ser un proceso mirado con desconfianza por ser “poco representativo” y “controlado por los partidos de siempre”.³⁴ Para comprender a lo que se refiere BRUNNER, hay que dar un repaso a la distinción entre legalidad y legitimidad. En virtud de aquello, se traerán a colación dos teóricos que desarrollaron su propia teoría al respecto: Max WEBER y Carl SCHMITT.

³² FERNÁNDEZ, Miguel Ángel; GUZMÁN, Eugenio, “Resultados Plebiscito 2022: Análisis comunal sobre decisión de voto y participación”, 2022, <https://gobierno.udd.cl/files/2022/09/Análisis-Plebiscito-2022-Facultad-de-Gobierno-UDD.pdf>, consultada: 15 de marzo 2023.

³³ BRUNNER, José Joaquín, “La lucha por la legitimidad del proceso constitucional”, 2023, <https://ellibero.cl/opinion/jose-joaquin-brunner-la-lucha-por-la-legitimidad-del-proceso-constitucional/>, consultada: 15 de marzo 2023.

³⁴ BRUNNER, cit. (n. 33).

Max WEBER nos plantea en su *opus magnum*, *Economía y Sociedad*, que la acción social se puede orientar en la representación de un determinado orden legítimo, que, dependiendo de la fuerza de los hechos, vendría a tener *validez*.³⁵ Esta validez del orden, según aquel autor, es más frágil mientras menos arraigado esté en la población, por tanto, un orden sostenido por el sólo motivo racional produce menos validez que uno arraigado en la costumbre de un pueblo, y aún más frágil que aquel orden que debe ser el modelo, o sea, el legítimo.³⁶ Esta legitimidad puede estar garantizada de varias maneras: mediante la apreciación íntima (sentimental; racional-valórica apelando a valores supremos; o religiosa), o por temor a las consecuencias (el mero interés).³⁷ A este orden se le llama *convención*, cuando es garantizado por la probabilidad de la reprobación social, o *Derecho*, cuando lo garantiza la posibilidad de la coacción a través de las instituciones pertinentes.³⁸ Una vez establecido un orden, este se legitima, ergo, se valida, a través de la acción social, ya sea por la tradición, por una creencia afectiva, por una creencia racional basada en valores superiores (libertad, igualdad, entre otros), o mediante el derecho positivo, o sea, la legalidad que se legitima en virtud de un pacto social o del otorgamiento por la autoridad legítima, más el sometimiento a la misma.³⁹ Esta legalidad basada en formas y procedimientos racionales encuentra su legitimación en una mayoría formal, que puede perfectamente ser minoritaria, y en donde el carácter mayoritario es aparente.⁴⁰ En conclusión, para WEBER, la legalidad es una posible fuente de legitimidad.

Para Carl SCHMITT, legalidad y legitimidad están separados. Este autor plantea lo siguiente acerca del derecho como lo legítimo, que podía coincidir o no, con lo legal: “El *nomos*, en su sentido original, sin embargo, es precisamente la plena inmediatez (sic) de una fuerza jurídica no atribuida por leyes; es un acontecimiento histórico constitutivo, un acto de la legitimidad, que es el que da sentido a la legalidad de la mera ley.”⁴¹ Según AGAMBEN, al realizar toda una genealogía del *nomos* en la obra citada, con especial énfasis en esa concepción, SCHMITT pretende asegurar en pos de su teoría jurídica “la superioridad del *nomos* soberano como acontecimiento constitutivo del derecho frente

³⁵ WEBER, Max, *Economía y Sociedad: Esbozo de sociología comprensiva*, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 2002, 2ª ed., 2ª reimp., p. 25.

³⁶ WEBER, cit. (n. 36), pp. 25-26.

³⁷ WEBER, cit. (n. 36), p. 27.

³⁸ WEBER, cit. (n. 36). p. 27.

³⁹ WEBER, cit. (n. 36), p. 29.

⁴⁰ WEBER, cit. (n. 36), pp. 29-30.

⁴¹ SCHMITT, Carl, *El Nomos de la tierra: En el Derecho de Gentes del “Jus Publicum Europaeum”*, Editorial Struhart y Cía., Buenos Aires, 2005, 1ª ed., p. 55.

a cualquier concepción positivista de la ley en términos de simple posición y convención (*Gesetz*).”⁴²

Por tanto, lo que crea el *nomos* para Schmitt es el *acontecimiento*. Para Benjamin, quien era un lector de Schmitt (incluso se escribieron un par de veces), la violencia como medio es tanto *fundadora* de derecho como *conservadora* de este.⁴³ Afirmaba: “Fundación de derecho equivale a fundación de poder, y es, por ende, un acto de manifestación inmediata de la violencia. Justicia es el principio de toda fundación divina de fines; poder, es el principio de toda fundación mítica de derecho.”⁴⁴ Entonces, todo derecho fundado mediante la violencia fundadora se debe garantizar mediante la violencia conservadora. *El revolucionario pasa a ser un conservador del orden*.

Hasta este momento, podríamos decir que el Estallido Social no fue solamente un *acontecimiento político*, sino que *también jurídico*, al ser creador de derecho. Con violento no nos referimos necesariamente a enfrentamientos que terminen con sangre, sino que a cualquier movimiento que desborde lo legal o lo empuje hacia el cuestionamiento, como fue la tónica en aquellos días.

Retomando a SCHMITT, y asumiendo el acontecimiento como fuente del *nomos*, y a éste como producto de la legitimidad, se puede notar a partir de la lectura de *Legalidad y legitimidad* que para él la legalidad, a diferencia de lo que plantea la sociología weberiana, no es fuente de legitimidad, sino que pertenecen a ámbitos distintos. Reivindica la idea del jurista de la Escuela de Frankfurt, Otto KIRCHHEIMER, en torno a la cual se entiende la legitimidad como límite de la legalidad;⁴⁵ y además plantea que el plebiscito, a diferencia de un referéndum (haciendo referencia a la Constitución de Weimar que consagraba ambas figuras de democracia directa), es manifestación de una *voluntas* y no de una *ratio*, por tanto su legitimidad es condición necesaria;⁴⁶ y que, en un sistema pluralista, tanto legalidad como legitimidad se convierten en instrumentos tácticos, sirviendo para ciertos intereses.⁴⁷ Asimismo, la Constitución también se convierte en un espacio de disputa de intereses.⁴⁸

A partir de lo que plantea SCHMITT, podemos afirmar que la idea liberal moderna de que se puede llegar a crear legitimidad y diseñar un modelo de sociedad a partir de la

⁴² AGAMBEN, Giorgio, *Homo sacer I: El poder soberano y la nuda vida*, Pre-textos, Valencia, 2006, 1ª ed., 2ª reimpr., p. 52.

⁴³ BENJAMIN, Walter, *Iluminaciones IV: Para una crítica de la violencia y otros ensayos*, Taurus, Madrid, 2001, 3ª ed., pp. 29, 32-33.

⁴⁴ BENJAMIN, cit. (n. 44), p. 40.

⁴⁵ SCHMITT, Carl, *Legalidad y legitimidad*, Aguilar, Madrid, 1971, 1ª ed., p. 14-15.

⁴⁶ SCHMITT, cit. (n. 46), pp. 99-100.

⁴⁷ SCHMITT, cit. (n. 46), pp. 151-152.

⁴⁸ SCHMITT, cit. (n. 46), pp. 152.

mera técnica normativa⁴⁹ es insuficiente en un momento donde las democracias están en crisis y las instituciones, tanto seculares como religiosas, son cuestionadas no sólo en su legalidad, sino que en el fundamento mismo de su existencia.⁵⁰ Con todo, y a pesar de las aprehensiones que se puedan realizar en torno al *ethos* liberal aplicado al derecho, estoy de acuerdo con la idea que plantea AGAMBEN en *Le mystère du mal*, en que explica que, tal como en la Iglesia Católica hay un cuerpo bipartito entre *poder espiritual* y *poder terrenal*, tanto legitimidad como legalidad deben ser entendidas como parte de una misma máquina del *nomos*, en que una no puede primar sobre la otra.⁵¹ Esto porque, al dar primacía a la legitimidad por sobre la legalidad, se corre el riesgo de que el exégeta de turno cometa abusos en nombre del pueblo o quienquiera que sea el sujeto político. Además de que, desde lo práctico, la legitimidad política es endeble por excelencia, nunca eterna.⁵² Por otro lado, si prima la legalidad por sobre la legitimidad, tendremos el problema de disolver aquella en ella, derivando así en desconexión de la política con lo político, creando frustración social y llevando a que las consecuencias de ella se desborden tarde o temprano.

Después de todo lo escrito en esta sección, y teniendo por delimitado la diferencia entre legalidad y legitimidad, solo queda decir lo siguiente: *La Constitución es más que una lista de buenos deseos, o de normas orgánicas*. Hay algo que ha sido nulamente tratado en la discusión pública. Hablo de su dimensión *existencial*.

IV.- LA CONSTITUCIÓN EXISTENCIAL

Al ser la Constitución el proyecto político fundamental de un pueblo no puede ser tratada mecánicamente como si fuera una ley cualquiera, sino que ésta por naturaleza refleja el momento histórico, social, político y cultural en que ha sido promulgada. O sea, la Constitución se fundamenta en la existencia concreta del pueblo que es regido por ella.

⁴⁹ SCHMITT, Carl, *Teología política*, Trotta, Madrid, 2009, 1ª ed., pp. 124-125.

⁵⁰ Al respecto: AGAMBEN, Giorgio, *Le mystère du mal: Benoît XVI et la fin des temps*, Bayard, Montrouge, 2017, 1ª ed., p. 11-12; AGAMBEN, cit. (n.20), p. 70-71.

⁵¹ AGAMBEN, cit. (n. 51), p. 13-14.

⁵² Al respecto, SCHMITT se refiere al caso de Charles de Gaulle, quien asciende al *poder legítimamente, contra la legalidad*. SCHMITT, Carl, *Teoría del partisano: Acotación al concepto de lo político*, Gráficas Espejo, Madrid, 1966, 1ª ed., p. 115-117. Tres años después del lanzamiento del libro citado, el general de Gaulle dimitiría al perder un referéndum, a pesar de que su gobierno sobrevivió con éxito a las protestas de mayo del '68. Es el ejemplo más claro de la distinción legalidad-legitimidad.

1.- Fundamentos para un concepto existencial de la Constitución

Entre el fundador del constitucionalismo liberal contemporáneo, Karl LOEWENSTEIN, y el ya citado Carl SCHMITT -jurista crítico del liberalismo- había una relación antagónica. Con solo decir que Loewenstein fue el encargado de llevar a Schmitt ante Núremberg uno puede hacerse una idea de aquello. Sin embargo, desde lo teórico podríamos hacer ciertas conexiones.

LOEWENSTEIN concibe una dimensión ontológica de la Constitución,⁵³ o sea, una “concordancia de las normas constitucionales con la realidad del proceso del poder”⁵⁴. Acorde a esta concordancia, realiza una clasificación de las constituciones, en virtud de la cual encontramos una Constitución normativa, una nominal, y una semántica. La normativa es aquella con la que se identifica una comunidad política, o sea, se encuentra enraizada. La nominal es aquella que es jurídicamente válida, pero que por razones coyunturales no ha podido ser interiorizada por la comunidad nacional, sea por falta de educación, mala propaganda, entre otras razones. Por último, la semántica es aquella que tiene plena vigencia y eficacia jurídicas, pero no ha sido interiorizada por la población, y si ha sido así, ha sido por la fuerza más que por la persuasión, por servir al “beneficio exclusivo de los detentadores del poder fácticos”.⁵⁵ Por su parte, SCHMITT defiende la idea de que la Constitución es antes existencial que escrita, y que el constitucionalismo liberal tiende a confundir el concepto de Constitución (*Verfassung*) con el de Ley o Documento Constitucional (*Verfassungsurkunde*).⁵⁶ La Constitución que “excluye” esta forma existencial es considerada por Schmitt como una *Constitución relativa*, concepto que consiste en que la *Verfassungsurkunde* en particular, es indistinguible de una ley cualquiera, excepto en la dificultad para reformarla.⁵⁷ En contraposición a esta, existe una *Constitución absoluta*, que es aquella dada por una unidad política concreta anterior a la Ley o Documento Constitucional. Por una voluntad de darse a sí misma y por sí misma una norma fundamental. Aquella sería en esencia, una *Verfassung*.⁵⁸ En su lectura del texto de Schmitt, el teórico David DYZENHAUS afirma que para el jurista alemán la Constitución sería el alma del Estado, constituyendo a la entidad política de la cual es expresión, y que por lo mismo no debería contener una manera de

⁵³ LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1979, 2ª ed., 1ª reimp. pp. 216-222. A partir de esta lectura se extrae la clasificación indicada en el texto.

⁵⁴ LOEWENSTEIN, cit. (n. 53), p. 217.

⁵⁵ LOEWENSTEIN, cit. (n. 53), p. 218.

⁵⁶ SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, Alianza, Madrid, 1996, 1ª ed., 2ª reimp., p. 37.

⁵⁷ SCHMITT, cit. (n. 56), pp. 37-44.

⁵⁸ SCHMITT, cit. (n. 56), p. 46.

garantizar la posibilidad de ser reemplazada por una Constitución radicalmente diferente.⁵⁹

Irónicamente, tanto LOEWENSTEIN como SCHMITT coinciden en que hay una dimensión de la Constitución más allá de lo meramente procedimental. Esta idea es retomada por una de las caras visibles de todo lo que fue la Convención Constitucional: Fernando ATRIA, para quien esta distinción entre Constitución y Ley Constitucional es esencial en cierta parte de su libro *La forma del Derecho*. Parte de la base de que los conceptos dogmáticos de la Constitución son polémicos/partisanos, o sea, cuya disputa es política, obligando a los miembros de una comunidad a tomar posición respecto a su interpretación. No son normas que se puedan aplicar de forma declarativa, como las del Código Civil, o del Código del Trabajo.⁶⁰ Más adelante, Atria profundiza en lo dicho y lo compara con las ideas de Dworkin, quien consideraba la Constitución como nada más que “un tipo de ley” o Ferrajoli, refiriéndose a la Constitución como “rígida por definición”, afirmando el ex-constituyente que así la Constitución pasaría a ser una ley vacía de sustancia, destinada a ser aplicada mecánicamente.⁶¹

Al ganar la opción Rechazo el año 2022, e incluso para el caso en que vuelva a ganar,* puede que para evitar una impugnación del orden -incluso violenta- por parte de un sector de la población se realicen reformas más o menos sustanciales. Ahora, ¿eso hará más legítima la Constitución vigente, símbolo del neoliberalismo y la dictadura? Por otro lado, quienes sostienen el cambio de la Constitución tendrán la titánica misión de obtener la legitimidad de la propuesta de nueva Constitución, porque, reitero, la Constitución no es una lista de normas, sino que es la norma fundamental que un pueblo se da a sí mismo, derivada de un proceso político. Tienen la misión de volver normativa una posible constitución que será, en el mejor de los casos, nominal.

Por último, vale decir que esta discusión de la dimensión existencial de la Constitución no es un simple juego teórico esbozado por quien escribe. La distinción realizada por SCHMITT fue retomada, en doctrina comparada, por el teórico constitucional chino JIANG Shigong, quien no solo es el Director del Centre for Studies in Politics and Law de la Universidad de Pekín, sino que además es asesor experto del

⁵⁹ DYZENHAUS, David, *Legality and legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar*, Oxford University Press, Nueva York, 1997, 1ª ed., 1ª reimp., pp. 52-53. Asimismo, SCHMITT, cit. (n.45), p.92, haciendo referencia a una idea del jurista Maurice Hauriou.

⁶⁰ ATRIA, Fernando, *La forma del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2016, 1ª ed., pp. 275-279.

⁶¹ ATRIA, cit. (n. 60), pp. 277-278.

* N. del E.: Al tiempo de la revisión de este trabajo, se efectuó el segundo proceso constitucional de 2023, en que ganó la opción “en contra”.

Congreso Popular Municipal de Pekín. Es un teórico de vasta influencia en los asuntos públicos chinos. Él defiende la existencia de lo que llama una “constitución no-escrita”, que coexiste con la Constitución de la República Popular China, y que no se agota en el formalismo legal, sino que se encuentra en la propia Constitución, las convenciones constitucionales, la doctrina y los estatutos constitucionales como el de Hong Kong.⁶²

2.- Implicancias en lo político-jurídico nacional

A nivel nacional, quien entendía esta idea de lo existencial en la Constitución era Jaime GUZMÁN. Refiriéndose al plebiscito de 1980 (que derivó en la aprobación de la actual Constitución), en sus *Escritos personales* manifiesta lo siguiente:

“Las Constituciones son proyectos histórico-políticos para un pueblo y no cuerpos jurídicos de normas abstractas. Su aprobación, vigencia y vida están casi siempre condicionadas a realidades o alternativas políticas y de poder que van anexas a ellas. (...) los pueblos votan los proyectos de Constituciones como actos de confianza o de rechazo hacia quien se las propone. O si se prefiere, como una toma de posición frente a las consecuencias políticas previsibles del resultado plebiscitario. (...) el verdadero examen para un texto constitucional no está formado por el plebiscito que lo aprueba o desaprueba, sino por la capacidad de cada Constitución para encarnarse en el pueblo y ser aceptado por él —ya en su aplicación viva y vivida— a través del tiempo.”⁶³

Para GUZMÁN, la Constitución antes de ser técnico-jurídica es política. El debate de fondo para él no es si la actual Constitución es “buena” o “mala”, ni tampoco si el plebiscito da legitimidad, sino que la cuestión de fondo es para qué ha sido utilizada la Constitución y si representa a la unidad política. Esto cae en contradicción con su actuar. Por ejemplo, en las Actas de la Comisión Ortúzar, uno puede leer que desde el principio Guzmán buscó establecer la subsidiariedad como principio base del orden público económico chileno.⁶⁴ Si bien en nuestros días, autoras como DELSOL y ARAOS han defendido la subsidiariedad y su faz positiva identificándola como el deber de socorro por parte del Estado (la famosa “focalización”)⁶⁵ e incluso, se impugna que

⁶² JIANG, Shigong, “Written and Unwritten Constitutions: A New Approach to the Study of Constitutional Government in China”, *Modern China*, 2010, vol. 36, n°1, pp. 22-40.

⁶³ GUZMÁN, Jaime, *Escritos personales*, JGE, Santiago de Chile, 2011, 5ª ed., pp. 105-106, 108.

⁶⁴ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, “Actas de la Comisión Ortúzar, Tomo I Sesiones 1 a 54 (24-09-1973 a 16-07-1974)”, 2022, https://www.bcn.cl/leychile/consulta/antecedentes_const_1980, consultada: 26 de abril 2023.

⁶⁵ ARAOS, Josefina, “El lugar de la subsidiariedad en el Chile posestallido”, *Anales*, 2021, vol. 7, n°19; DELSOL, Chantal, *El Estado Subsidiario: El principio de subsidiariedad en las bases de la historia europea*, Ediciones Instituto de Estudios de la Sociedad, Santiago de Chile, 2021, 1ª ed.

GUZMÁN haya entendido el principio de subsidiariedad en su original dimensión,⁶⁶ las consecuencias prácticas de la defensa de la subsidiariedad han sido el desmantelamiento de la industria estatal y la defensa de la iniciativa privada en derechos fundamentales como la salud, pensiones o la educación.

Podemos encontrar otro ejemplo dentro de la Constitución vigente: La “familia” como *núcleo fundamental de la sociedad* ha servido históricamente para, o defender una sola concepción de esta, o como caballo de batalla para posicionarse en contra de figuras jurídicas de amplia aceptación popular, como el divorcio. Traigo a colación ejemplos de ambos casos, ocurridos en la misma sesión en sala durante el primer trámite constitucional del 08 de septiembre de 1997, cuando se discutía la aprobación de la ley N°19.947. En el primero, el -entonces- diputado Iván Moreira, de la Unión Demócrata Independiente, defendía como causal de divorcio la conducta homosexual no por el hecho del adulterio, sino porque “ello implica reconocer explícitamente que dichas prácticas son esencialmente contrarias al orden natural de la familia y de la unión matrimonial, tema muy vigente en estos días cuando se pretende despenalizar la sodomía.”⁶⁷ En el segundo caso, el -también entonces- diputado Ramón Elizalde, de la Democracia Cristiana, se opuso al divorcio argumentando que “no se puede avanzar sobre la base del fracaso de algunos, si la gran mayoría de los matrimonios chilenos son estables y han sido contraídos para toda la vida.”⁶⁸

En honor a esta historia, en la propuesta constitucional rechazada se hablaba del reconocimiento y protección de *las familias* en vez de *familia* (art. 10),⁶⁹ a pesar de que, dentro del marco constitucional actual, por ejemplo, se pudo dictar la Ley N°21.400 que regula el matrimonio igualitario, sin tener que cambiar una sola coma del artículo 1° de la Constitución vigente. Con todo, el cambio ya referido (*familia* por

⁶⁶ “El principio de subsidiariedad será comprendido, por Guzmán y los economistas liberales, como libertad individual y económica. [...] El principio ya no estará pensado como una manera de resguardar el tejido de sociedades intermedias y la vitalidad del orden colectivo, sino como la protección del libre mercado. Ambas cosas no son necesariamente contradictorias, pero en la versión original del principio lo primero contiene a lo segundo: la libertad económica es importante, entre otras cosas, porque garantiza la autonomía debida de las sociedades intermedias que son algo más que agentes económicos.” MANSUY, Daniel, “Notas sobre política y subsidiariedad en el pensamiento de Jaime Guzmán”, *Revista de ciencia política*, 2016, vol. 36, n°2, p. 511.

⁶⁷ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, “Legislatura 335ª, ordinaria: Sesión 39ª, en lunes 8 de septiembre de 1997”, 2006, <https://www.bcn.cl/laborparlamentaria/documento?id=662273>, consultada: 26 de abril 2023.

⁶⁸ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, cit. (n. 67).

⁶⁹ CONVENCION CONSTITUCIONAL, “Propuesta Constitución Política de la República de Chile 2022”, 2022, <https://www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2022/08/Texto-CPR-2022-entregado-al-Pdte-y-publicado-en-la-web-el-4-de-julio.pdf>, consultada: 15 de marzo 2023.

familias) no es baladí, porque los simbolismos tienen suma importancia en lo político, a pesar de que la disputa política no se agota en aquellos.

¿Qué podemos dilucidar a partir de los párrafos anteriores? Que la actual Constitución, al llevarse a cabo de manera elitista y defensora de un modelo que afecta las relaciones humanas sustantivas, traía el germen de su propia destrucción, por muy bien hecha y coherente que pudiera quedar. Y GUZMÁN lo podía prever:

“Si la Constitución de 1980 no perdurara, considero que la razón no habría que buscarla en supuestas deficiencias del texto, que sin duda las tiene como todo cuerpo jurídico, pero que en su conjunto me parece acertado y, en todo caso, viable. Si dicha Constitución no perdurara más allá del Gobierno de Pinochet, estimo que el origen de ello se encontraría más bien en las fallas e insuficiencias del mismo gobierno para abordar la transición hacia la democracia que dicha Carta Fundamental contempla como uno de sus desafíos principales, en cuanto proyecto histórico-político.”⁷⁰

Y así fue. Al ser una constitución *semántica*, hecha “entre cuatro paredes”, era cosa de tiempo el que sus consecuencias llevaran a un estallido. Hago el hincapié de que la tarea para quienes desarrollen la nueva propuesta de Constitución es que esta debe tener un horizonte *normativo* si quiere sobrevivir en la posteridad. Tarea que la Convención Constitucional no fue capaz de cumplir.

En una columna posterior al triunfo del Rechazo, Jaime BASSA, otro de los actores principales del proceso, y con destacada trayectoria en el mundo académico, hizo referencia a una “subjetividad neoliberal” “normalizada” en el pueblo chileno como una de las causas de la derrota del Apruebo, además de las razones particulares de ciertos sectores como la derecha dura.⁷¹ No suscribo a esta opinión. Más bien, como diría ARAUJO, “el pueblo” es complejo, y no se puede leer solo desde la dominación, o decir que es “alienado” por no comportarse “como debiera”.⁷² No es de simple explicación el que se aprobara el inicio de un proceso constituyente con un 78.28% y terminara con un rechazo por el 61.89%. O que con tan sólo un mes de funcionamiento la Convención causara tantos anticuerpos.⁷³ Aquello solo denota el

⁷⁰ GUZMÁN, cit. (n.63), p. 108.

⁷¹ BASSA, Jaime, “Un proceso constituyente que no se detiene”, 2022, <https://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/2022/09/13/un-proceso-constituyente-que-no-se-detiene/>, consultado: 26 de abril 2023.

⁷² ARAUJO, Kathya, “Es un error mirar la sociedad solo desde la dominación”, 2021, <https://www.ciperchile.cl/2021/06/26/es-un-error-mirar-la-sociedad-solo-desde-la-dominacion/>, consultada: 26 de abril 2023.

⁷³ Si bien los criterios principales para el rechazo que empezó a generar la Convención fueron operativos (“demasiada lentitud en los avances”, “han gastado demasiados recursos”), los siguientes tienen que ver con criterios subjetivos/inter-subjetivos (“Se concentran demasiado en sus posturas políticas personales”, “Pierden el tiempo en cosas poco importantes”, “Se han dedicado a hacer cosas para las

cariz elitista (comprobado además por los resultados electorales analizados) que tomó un proceso que era popular y legítimo, y terminó perdiendo toda legitimidad por la captura de una nueva élite *brahmánica*. Junto con las incontables performances, exacerbación de los activismos y frases rimbombantes, fueron el caldo de cultivo para la pérdida de legitimidad. Se manifestó así una política de *todo para el pueblo, sin el pueblo*. Esto no es algo nuevo en la historia política universal. Lo que vivimos fue sólo un pequeño *revival* del romanticismo.⁷⁴

Poco se puede decir del proceso actual al respecto. En el poco tiempo que ha llevado el nuevo proceso, sólo se puede decir que la llamada “cocina política” de los “grandes consensos” dentro de la Comisión de Expertos no provoca ningún apego, o siquiera interés. Según la agencia CRITERIA, a marzo del 2023, un 9% de los encuestados tenía como principal preocupación la Nueva Constitución.⁷⁵ Incluso, muchos académicos y personalidades de izquierda llamaron a votar nulo.⁷⁶ Con todo, se pueden rescatar de su trabajo las bases de la institucionalidad, contenidas en el artículo 154 de la Ley N°21.533, en que se consideran mínimos comunes, como la declaración del pueblo como soberano, Chile como estado unitario, social y democrático de Derecho, el límite de la soberanía en los derechos humanos, el reconocimiento de los pueblos indígenas “como parte de la nación chilena”, y el desarrollo progresivo de derechos sociales junto con la garantía y promoción de

que no fueron elegidos”, “No representan los intereses del pueblo”), CRITERIA, “Agenda Critería Julio-Agosto 2021”, 2021, https://www.critería.cl/descargas/Agenda_Critería_Julio_2021-5vN7g.pdf, consultada: 28 de abril 2023.

⁷⁴ Hablando de Rousseau, SCHMITT afirma lo siguiente: “Al pueblo *in realitate* le fue asignada la tarea de volverse el exponente de la ingenuidad que el romántico había perdido para sí mismo: se volvió el pueblo fiel, paciente, estoico y modesto, al que el intelectual impaciente, nervioso y pretencioso admiraba conmovido.” SCHMITT, Carl, *Romanticismo político*, Universidad Nacional de Quilmes Ediciones, Quilmes, 2001, 1ª ed., p. 129-130. No hace falta teorizar mucho al respecto. Basta con leer el siguiente poema de la convencional Loreto VIDAL para darse cuenta de la impronta romántica del proceso anterior: “Llegaste en septiembre/Rompiendo los esquemas/Nos traías la esencia de cien mil primaveras/Cual si fueras alondra, paloma o ruiseñor/A través de tus líneas nos hablabas de amor/¿Y que (sic) haremos ahora con todo lo ya escrito/Quedará en el olvido, un olvido infinito?/O más bien, seguiremos como fieles guerreros/Esperando el momento de encontrarnos de nuevo.” VIDAL, Loreto, en: CALVO, Carlos; DORADOR, Cristina (eds.), *La propuesta de la Esperanza: Una Constitución para un nuevo Chile*, Nueva Mirada Ediciones, La Serena, 2023, 1ª ed., p. 172.

⁷⁵ CRITERIA, “Agenda Critería marzo 2023”, 2023, <https://drive.google.com/file/d/1OpYGtNOBqHuniPbaDZY-9HIFs6Krf3KV/view>, consultada: 28 de abril 2023.

⁷⁶ Por ejemplo: Rodrigo Karmy, Sergio Grez, Gabriel Salazar, Carlos Pérez Soto y Marcel Claude. Se puede leer la carta en el siguiente enlace: https://docs.google.com/forms/d/e/1FAIpQLSe1gkZa7TSVXgJGD36XrICuZKaI_uNsSOEx7RMFYcQ4DeVS4A/viewform

derechos y libertades fundamentales.⁷⁷ Y en el texto aprobado por la Comisión de Expertos, podemos divisar ciertas novedades con respecto al texto vigente, como los deberes de todo habitante de la República de respetar a Chile y defender la paz (art. 28 n°1 y 3), el *diálogo intercultural* entre los distintos pueblos de la nación (art. 8 inc. 2°) o el derecho al *trabajo decente* (art. 17 n°18);⁷⁸ y otras diferencias con el proyecto de la Convención.⁷⁹

Ahora, por mucho que desde la legalidad se quiera aportar a la reconstrucción de las confianzas mediante la inclusión de este tipo de figuras, está por verse si es que estas son suficientes para generar legitimidad. Me permito ser pesimista al respecto.

V.- REFLEXIÓN FINAL: SEE YOU SPACE COWBOY...

Es poco lo que se puede decir que no sea redundante con lo ya expresado a lo largo del ensayo. Sin embargo, de lo expuesto se puede esbozar lo siguiente:

En primer lugar, podríamos decir que estamos entrando en un momento de tensión entre la post-política y la hiperpolítica en donde, desde la institucionalidad, se pretenden conservar los mecanismos de la “política de los consensos” en que el orden tecnocrático primaba por la incidencia popular en las decisiones públicas. Por otra parte, si bien se ha expresado desde “el pueblo” o una parte de él una mayor preocupación porque sus demandas sean escuchadas, estas no se articulan en un significativo común, sino que desde una multiplicidad que hace difícil la cohesión social y, por tanto, un cambio sociopolítico que no sea gatopardismo.

En segundo lugar, sostengo que existe actualmente un cambio de clivaje, demostrado a través de los estudios de PIKETTY al respecto, y mediante un breve

⁷⁷ Ley N°21.533, Modifica la Constitución Política de la República con el objeto de establecer un procedimiento para la elaboración y aprobación de una nueva Constitución Política de la República, 2023.

⁷⁸ COMISIÓN DE EXPERTOS DEL PROCESO CONSTITUCIONAL, “Propuesta de texto de Nueva Constitución (Aprobada en general)”, 2023, https://www.procesoconstitucional.cl/wp-content/uploads/2023/04/Texto_aprobado_en-general_12.04.23.pdf, consultada: 27 de abril 2023.

⁷⁹ Una diferencia sustantiva es que se trata a la naturaleza como *conjunto* que *debemos* proteger (arts. 14, art. 17 n°15, 187-189), no un *sujeto de derechos* (arts. 18 inc. 3°, 98, 103, 119, 127, 134 inc. 1°, 148, 149, 187, 202, 307, 333) como en la propuesta rechazada. Además, se dejan atrás otras ideas al menos cuestionables. Por ejemplo, ¿Por qué la propuesta rechazada hablaba de “disidencias” sexuales y de género (arts. 6, 25, 27, 89, 163, 312), como si la disidencia no fuera por definición contraria o al menos incompatible con lo institucional/”establecido”? ¿O aportaba en algo a la cohesión social el art. 34, que consagra el derecho de pueblos y naciones indígenas a participar plenamente “si así lo desean” en la vida económica, social y cultural del Estado? ¿O la “autoidentificación” del art. 162, como si la pertenencia a un pueblo originario fuera un sentimiento? En: CONVENCION CONSTITUCIONAL, cit. (n.69).

análisis de estadísticas respecto del plebiscito del año pasado. Este cambio indica que los antiguos sujetos políticos de la izquierda ya no son tales, pasando de representar los intereses de los trabajadores de escasos recursos y los campesinos a los intereses de los estudiantes y adultos con enseñanza universitaria. Esto ha provocado que los sujetos políticos primigenios de la izquierda se acerquen a líderes populistas que no necesariamente están de acuerdo con los planteamientos de la democracia liberal, surgiendo así nuevos desafíos para la misma que deben tomarse en serio si se quiere que aquel sistema político se mantenga en la posteridad.

En tercer lugar, planteé que es necesario distinguir legalidad de legitimidad, ya que la legitimidad le otorga validez a la norma en el plano fáctico más allá de la técnica normativa, no agotándose en la misma. Por tanto, es perfectamente posible que una norma no sea legítima, siendo legal. Si seguimos en esta lógica, la legitimidad no nace con la norma, nace con el *acontecimiento* fundador de derecho, que personalmente relaciono en el caso concreto con el Estallido Social, acontecimiento que permitió abrir paso al proceso constituyente.

En cuarto lugar, teorice acerca de la posibilidad de una dimensión existencial de la Constitución que se relaciona con el momento histórico determinado de un pueblo. Los fundamentos se pueden encontrar tanto en teóricos liberales como críticos del liberalismo, como pude demostrar a través de las citas de Loewenstein y Schmitt. Incluso, se pudo llevar al plano nacional mediante un breve análisis de los textos de Guzmán y de la historia de ciertas leyes. Todo aquello lo llevé a aplicación práctica en el caso concreto de la Convención Constitucional, y cómo su entendimiento de las exigencias populares la llevaron a su pérdida de legitimidad, deviniendo posteriormente en total fracaso. Aquello me lleva a decir con seguridad que una comprensión simplista del momento histórico, muchas veces a partir de lo pulsional, puede llevar a planteamientos equivocados o juicios despectivos respecto a quien se pretende interpretar.

Para finalizar, quisiera realizar una pequeña exhortación a quien lea estas palabras: No hay una dicotomía entre crear mayorías y salvaguardar los derechos de las minorías. *Es necesario* constituir legitimidad para sostener una legalidad. Y, para nuestros días, el desafío para constituir legitimidad es darnos cuenta qué es lo que nos define como pueblo, y priorizarlo antes de lo que nos distingue. Esa definición la podemos encontrar en la historia, en la tradición, en la filosofía, en los planteamientos de los pensadores y personajes clásicos de nuestra patria; pero también la podemos encontrar en los aportes actuales y futuros que nos brindan las actuales preocupaciones sociales y, por supuesto, las nuevas tecnologías. Más allá de eso, no hay que olvidarse de la existencia concreta de un pueblo. Cuestionarse qué

es lo que quiere un pueblo en un momento concreto es fundamental para impulsar los cambios sociales necesarios en este *Flandes indiano*.

Hay alternativa. Otra Constitución es posible. Pero, ¿tomaremos la alternativa?
Es hora de reivindicar, de manera radical, lo común.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AGAMBEN, Giorgio, *Homo sacer I: El poder soberano y la nuda vida*, Pre-textos, Valencia, 2006, 1ª ed., 2ª reimpr.
- AGAMBEN, Giorgio, *Le mystère du mal: Benoît XVI et la fin des temps*, Bayard, Montrouge, 2017, 1ª ed.
- ARAOS, Josefina, “El lugar de la subsidiariedad en el Chile posestallido”, *Anales*, 2021, vol. 7, n°19.
- ARAUJO, Kathya, “Desmesuras, desencantos, irritaciones y desapegos”, en: Araujo, Kathya (ed.), *Hilos tensados: Para leer el octubre chileno*, Editorial USACH, Santiago de Chile, 2019, 1ª ed.
- ARAUJO, Kathya, “Es un error mirar la sociedad solo desde la dominación”, 2021, <https://www.ciperchile.cl/2021/06/26/es-un-error-mirar-la-sociedad-solo-desde-la-dominacion/>, consultada: 26 de marzo 2023.
- ARAUJO, Kathya, “La política en tiempos de transformación. La relación entre ciudadanía y política institucional desde la perspectiva de los actores políticos.”, *Análisis Fundación Friedrich Ebert*, 2019, n°3.
- ARAUJO, Kathya, *The circuit of Detachment in Chile: Understanding the fate of a neoliberal Laboratory*, Cambridge University Press, Cambridge, 2022, 1ª ed.
- ATRIA, Fernando, *La forma del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2016, 1ª ed.
- BASSA, Jaime, “Un proceso constituyente que no se detiene”, 2022, <https://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/2022/09/13/un-proceso-constituyente-que-no-se-detiene/>, consultado: 26 de abril 2023.
- BENJAMIN, Walter, *Iluminaciones IV: Para una crítica de la violencia y otros ensayos*, Taurus, Madrid, 2001, 3ª ed.
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, “Actas de la Comisión Ortúzar, Tomo I Sesiones 1 a 54 (24-09-1973 a 16-07-1974)”, 2022, disponible en línea: https://www.bcn.cl/leychile/consulta/antecedentes_const_1980, consultada: 26 de abril 2023.
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, “Legislatura 335ª, ordinaria: Sesión 39ª, en lunes 8 de septiembre de 1997”, 2006, disponible en línea:

<https://www.bcn.cl/laborparlamentaria/documento?id=662273>, consultada: 26 de abril 2023.

BRUNNER, José Joaquín, “La lucha por la legitimidad del proceso constitucional”, 2023, <https://ellibero.cl/opinion/jose-joaquin-brunner-la-lucha-por-la-legitimidad-del-proceso-constitucional/>, consultada: 15 de marzo 2023.

COMISIÓN DE EXPERTOS DEL PROCESO CONSTITUCIONAL, “Propuesta de texto de Nueva Constitución (Aprobada en general), 2023, https://www.procesoconstitucional.cl/wp-content/uploads/2023/04/Texto_aprobado_en-general_12.04.23.pdf, consultada: 27 de abril 2023.

CONVENCIÓN CONSTITUCIONAL, “Propuesta Constitución Política de la República de Chile 2022”, 2022, <https://www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2022/08/Texto-CPR-2022-entregado-al-Pdte-y-publicado-en-la-web-el-4-de-julio.pdf>, consultada: 15 de marzo 2023.

CRITERIA, “Agenda Criterias marzo 2023”, 2023, disponible en línea: <https://drive.google.com/file/d/1OpYGtNOBqHunIPbaDZY-9HIFs6Krf3KV/view>, consultada: 28 de abril 2023.

CRITERIA, “Agenda Criterias Julio-Agosto 2021”, 2021, disponible en línea: https://www.criterias.cl/descargas/Agenda_Criterias_Julio_2021-5vN7g.pdf, consultada: 28 de abril 2023.

DELSOL, Chantal, *El Estado Subsidiario: El principio de subsidiariedad en las bases de la historia europea*, Ediciones Instituto de Estudios de la Sociedad, Santiago de Chile, 2021, 1ª ed.

DYZENHAUS, David, *Legality and legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar*, Oxford University Press, Nueva York, 1997, 1ª ed., 1ª reimp.

FERNÁNDEZ, Miguel Ángel; GUZMÁN, Eugenio, “Resultados Plebiscito 2022: Análisis comunal sobre decisión de voto y participación”, 2022, <https://gobierno.udd.cl/files/2022/09/Análisis-Plebiscito-2022-Facultad-de-Gobierno-UDD.pdf>, consultada: 15 de marzo 2023.

FISHER, Mark, *Realismo capitalista. ¿No hay alternativa?*, Caja Negra Ediciones, Buenos Aires, 2017, 2ª ed.

GETHIN, Amory; MARTÍNEZ-TOLEDANO, Clara; PIKETTY, Thomas, “Brahmin Left Versus Merchant Right: Changing Political Cleavages in 21 Western Democracies, 1948–2020”, *The Quarterly Journal of Economics*, 2022, vol. 137, n°1.

GUZMÁN, Jaime, *Escritos personales*, JGE, Santiago de Chile, 2011, 5ª ed.

HENRÍQUEZ, Pablo; LANG, Benjamin; MASCAREÑO, Aldo; ROZAS, Juan, “Partido de la Gente. La construcción del individualismo posdemocrático”, *Puntos de referencia*, 2022, n°630.

JÄGER, Anton, “De la pospolítica a la hiperpolítica”, 2022, <https://jacobinlat.com/2022/02/09/de-la-pospolitica-a-la-hiperpolitica/>, consultada: 8 de marzo 2023.

JIANG, Shigong, “Written and Unwritten Constitutions: A New Approach to the Study of Constitutional Government in China”, *Modern China*, 2010, vol. 36, n°1.

KANT, Immanuel, *¿Qué es la Ilustración? y otros escritos de ética, política y filosofía de la historia*, Alianza, Madrid, 2004, 1ª ed.

LASCH, Christopher, *La rebelión de las élites y la traición a la democracia*, Paidós, Barcelona, 1996, 1ª ed.

LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1979, 2ª ed., 1ª reimp.

MANSUY, Daniel, “Notas sobre política y subsidiariedad en el pensamiento de Jaime Guzmán”, *Revista de ciencia política*, 2016, vol. 36, n°2.

MOUFFE, Chantal, *Agonistics: Thinking the world politically*, Verso, New York, 2013, 1ª ed.

MOUFFE, Chantal, *En torno a lo político*, Fondo de Cultura Económica, Ciudad de México, 2007, 1ª ed.

PIKETTY, Thomas, “Brahmin Left vs Merchant Right: Rising Inequality & the Changing Structure of Political Conflict (Evidence from France, Britain and the US, 1948-2017)”, *World Inequality Database: Working Paper Series*, 2018, n°7.

PIKETTY, Thomas, *Capital e ideología*, Deusto, Barcelona, 2019, 1ª ed.

SCHMITT, Carl, *El Nomos de la tierra: En el Derecho de Gentes del “Jus Publicum Europaeum”*, Editorial Struhart y Cía., Buenos Aires, 2005, 1ª ed.

SCHMITT, Carl, *Legalidad y legitimidad*, Aguilar, Madrid, 1971, 1ª ed.

SCHMITT, Carl, *Romanticismo político*, Universidad Nacional de Quilmes Ediciones, Quilmes, 2001, 1ª ed.

SCHMITT, Carl, *Teología política*, Trotta, Madrid, 2009, 1ª ed.

SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, Alianza, Madrid, 1996, 1ª ed., 2ª reimp.

SCHMITT, Carl, *Teoría del partisano: Acotación al concepto de lo político*, Gráficas Espejo, Madrid, 1966, 1ª ed.

SCHMITT, Carl, *The concept of the Political*, The University of Chicago Press, Chicago, 2007, ed. expand.

SILES, Catalina, “Desigualdad, élites y encuentro. Algunos desafíos para la cohesión social en Chile”, *Estudios Públicos*, 2018, n°149.

SLOTERDIJK, Peter, *En el mismo barco: Ensayos sobre hiperpolítica*, Siruela, Madrid, 2006, 4ª ed.

VIDAL, Loreto, en: Calvo, Carlos; Dorador, Cristina (eds.), *La propuesta de la Esperanza: Una Constitución para un nuevo Chile*, Nueva Mirada Ediciones, La Serena, 2023, 1ª ed.

WEBER, Max, *Economía y Sociedad: Esbozo de sociología comprensiva*, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 2002, 2ª ed., 2ª reimp.

ŽIŽEK, Slavoj, “Against human rights”, *New Left Review*, 2005, vol. 34.

ŽIŽEK, Slavoj, “Carl Schmitt in the Age of Post-Politics” en: Mouffe, Chantal (ed.), *The Challenge of Carl Schmitt*, Verso, New York, 1999, 1ª ed.

ŽIŽEK, Slavoj, *En defensa de la intolerancia*, Ediciones Sequitur, Madrid, 2008, 1ª ed.

Legislación:

Ley N°21.533, Modifica la Constitución Política de la República con el objeto de establecer un procedimiento para la elaboración y aprobación de una nueva Constitución Política de la República, 2023.