

# La razón hegemónica del Derecho moderno como neutralización de lo constituyente

Tesis para optar al grado de Magíster en Filosofía, con mención en  
Pensamiento Contemporáneo

Instituto de Filosofía, Universidad de Valparaíso

Jaime Bassa Mercado

Director: Alejandro Madrid Zan

Valparaíso, diciembre de 2017



*La libertad de que disfrutaban esos guerreros germanos es,  
esencialmente, la libertad del egoísmo, de la avaricia, del gusto  
por la batalla, del gusto por la conquista y la rapiña.  
La libertad de esos guerreros no es la de la tolerancia y la  
igualdad para todos;  
es una libertad que solo puede ejercerse  
por la dominación*

Michel Foucault  
*Hay que defender la sociedad*

*La comprensión de un término general no consiste en  
aprehender una teoría, sino que coincide con la capacidad de  
utilizarla en distintas circunstancias*

Chantal Mouffe  
*La paradoja democrática*



*Agradecimientos*

*Al seminario “Poder, Política y Constitución”, que sesiona periódicamente en Valparaíso. Muchas de las reflexiones aquí planteadas tienen su origen en las estimulantes conversaciones que caracterizan a ese espacio*



## TABLA DE CONTENIDOS

<b>INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>9</b>
<b>CAPÍTULO I. CHILE 2017: LO CONSTITUYENTE EN CLAVE POLÍTICA.....</b>	<b>15</b>
<b>1. Supuestos preliminares.....</b>	<b>18</b>
<i>i.</i> Un diseño constitucional para silenciar.....	18
<i>ii.</i> Constitución política y norma jurídica .....	24
<b>2. Desafíos para el proceso constituyente .....</b>	<b>28</b>
<i>i.</i> La dificultad de contar con un discurso constitucional <i>nuevo</i> .....	28
<i>ii.</i> Las oposiciones al proceso constituyente.....	33
<i>iii.</i> La incidencia de las condiciones materiales de vida de los actores del proceso .....	35
<b>3. Expectativas para un proceso <i>exitoso</i>.....</b>	<b>39</b>
<i>i.</i> Superar la constante reivindicación social por una constitución legítima.....	39
<i>ii.</i> Constituir más que la norma superior del ordenamiento jurídico.....	44
<i>iii.</i> Generar, efectivamente, una <i>nueva</i> Constitución .....	46
<b>CAPÍTULO II. EL AUTORITARISMO EPISTÉMICO DETRÁS DEL PODER CONSTITUYENTE MODERNO.....</b>	<b>53</b>
<b>1. El impacto de las revoluciones burguesas en las estructuras de poder .....</b>	<b>58</b>
<b>2. El discurso del (des)orden: cómo contener la potencia constituyente.....</b>	<b>63</b>
<i>i.</i> La fundamentación racional del contrato social.....	64
<i>ii.</i> El discurso del (des)orden.....	67
<b>3. Objetividad y originalismo .....</b>	<b>78</b>
<i>i.</i> La objetividad como argumento jurídico-político.....	80
<i>ii.</i> El originalismo y su lectura de lo constitucional.....	83
<b>4. Un sujeto sujetado.....</b>	<b>87</b>
<i>i.</i> Subalternidad y derechos sociales: colonización de discursos jurídicos.....	88
<i>ii.</i> Igualdad y diferencia.....	99
<b>CAPÍTULO III. CÓMO CONSTITUIR: LA LUCHA POR EL UNIVERSAL .....</b>	<b>111</b>
<b>1. Nueva Constitución y la lucha por el universal .....</b>	<b>111</b>
<b>2. El Derecho desde una episteme materialista .....</b>	<b>114</b>
<b>3. Para constituir, la pregunta es cómo .....</b>	<b>121</b>
<i>i.</i> El agotamiento de la vía reformista .....	122
<i>ii.</i> Asamblea Constituyente .....	129
<b>CONCLUSIONES .....</b>	<b>139</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA CITADA .....</b>	<b>145</b>





## INTRODUCCIÓN

El poder debe ser uno de los elementos más determinantes para comprender la estructura del fenómeno jurídico en una comunidad organizada. Su ejercicio siempre incide en la construcción de un orden normativo determinado, del mismo modo que éste se configura a partir de ciertas herramientas destinadas a darle una forma institucional al poder. Dentro de ese diseño, el derecho público (constitucional) moderno fue concebido como un aparato teórico destinado a limitar el ejercicio del poder. Desde muy temprano, sus principales categorías conceptuales fueron concebidas para proteger al individuo contra los abusos del poder estatal, en una clara reacción frente al absolutismo característico de una época (y una forma de organización política) en retirada. El contenido moderno de ideas tales como Estado de Derecho, división de poderes, derechos humanos o el propio principio de legalidad surge, precisamente, para dar una nueva forma al ejercicio institucionalizado del poder político, alejado del absolutismo y protector del individuo.

Sin embargo, el paradigma jurídico moderno, especialmente aquel que se ha consolidado como hegemónico durante el siglo XX, se ha caracterizado por una construcción teórica preferentemente formalista, sostenida en una pretensión de autonomía que anula los puntos que contactan al ordenamiento jurídico con la sociedad del cual emana y que cuyas conductas está mandatado a regular. Uno de sus principales manifestaciones, que permite operativizar la separación entre derecho y sociedad, se concreta en el establecimiento de ciertos criterios de validez de las normas jurídicas, formales e internos al propio ordenamiento, a partir de los cuales se postula la clausura operativa del sistema jurídico. Otra manifestación es, sin duda, el recurso a categorías abstractas para la construcción del aparato teórico del constitucionalismo, cuyos contenidos solo pueden ser enunciados desde espacios muy privilegiados de la sociedad; conceptos que configuran la vida de las personas, como los derechos fundamentales, son concebidos como conceptos jurídicos, con radical independencia del tipo de relaciones sociales en las cuales estos se verifican. Así, en lugar de ser entendida

como una ciencia social, que surge de la sociedad y es impactada por ella, ha sido concebida como una ciencia normativa, dogmática.

En esta configuración, donde las nociones de poder y autonomía asedian al sistema jurídico, el derecho constitucional ha devenido en el escenario para una tensión (cuando no una contradicción) prácticamente irresoluble, cuyo origen está en la imposibilidad de aplicar los criterios de validez de las normas jurídicas a la Constitución, la norma fundamental del Estado moderno. La validez de la Constitución en tanto norma no puede ser reconducida, simplemente, a otra norma jurídica previamente existente y de mayor jerarquía, simplemente porque esta no existe. Por sobre la Constitución moderna hay, en el mejor de los casos, un espacio en disputa tanto para la filosofía política como para la filosofía del derecho, un espacio que debe ser completado en orden a justificar la validez de la Constitución en tanto norma jurídica y asegurar, así, la consolidación de su legitimidad.

Desde el período revolucionario que marcó el final del siglo XVIII, ese espacio en disputa ha sido conceptualizado –con las dificultades propias de una tensión irresoluble– como poder constituyente. Una expresión de poder político que, rompiendo con el orden jurídico vigente, instaura uno nuevo sin consideración a lo que está establecido en aquellas reglas. Es decir, rompe con ese criterio formal e interno de validez de las normas jurídicas y establece uno completamente nuevo.

Para el paradigma jurídico moderno ha sido prácticamente imposible procesar lo que ha sido calificado como un concepto límite para el propio derecho constitucional (Böckenförde, 2000); hasta ahora, parece ser que su única respuesta ha sido recluir la idea de poder constituyente fuera de los márgenes de lo constituido. De esta manera, ha intentado contener el impacto que podría tener, especialmente para las pretensiones de autonomía del sistema jurídico, la incorporación del poder ya no como un objeto a ser limitado, sino como un factor determinante para la comprensión del fenómeno jurídico. Así, a pesar de que es posible identificar ciertas manifestaciones de poder político que tensionan sobre las bases del orden vigente (la protesta social es uno de los mejores ejemplos), el derecho moderno excluye toda posibilidad de procesar dicha manifestación de tal forma que pueda tener un rendimiento positivo en él. En cambio, opta por la represión (de nuevo, uno de los mejores ejemplos es la criminalización de la protesta social).

La mejor forma de comprender las limitaciones del derecho constitucional moderno para enfrentar su propia dimensión política, es llevando la discusión a un terreno concreto, superando las abstracciones a partir de las cuales se ha construido dicho marco teórico y, así, tratar de evidenciar cómo dichas limitaciones operan ante conflictos políticos y sociales situados en el presente. El presente tiene un valor clave para la comprensión de los fenómenos políticos que atraviesan nuestras relaciones de poder que, a su vez, debiera contribuir a comprender de mejor forma cómo opera lo constitucional en la configuración de la sociedad, en la reproducción de sus condiciones de existencia.

En ese sentido, parece claro que es necesario mirar las tensiones que genera la idea de poder constituyente a la luz de lo que está sucediendo, actualmente, en el país. Los movimientos estudiantiles de 2011 (que se venían gestando, al menos, desde 2006) lograron articular sus demandas con otras postergadas durante años, entre las que destaca la reivindicación política por una nueva Constitución, una que reemplace a la redactada en dictadura. Fue uno de los principales elementos de la elección presidencial de 2013, que vio nacer un movimiento/campaña que articuló la demanda por una asamblea constituyente y le dio visibilidad mediática: #MarcaTuVoto. Así, entre los ejes programáticos del nuevo Gobierno que asume en 2014 destaca, precisamente, la elaboración de una nueva Constitución, para lo cual el Ejecutivo diseñó un proceso de participación ciudadana y redacción de un nuevo texto, dividido en distintas etapas. Las dificultades que ha debido enfrentar un proceso aún no concluido (a pocos meses de terminar el período presidencial) se encuentran atravesadas por las dificultades teóricas del propio constitucionalismo moderno para procesar adecuadamente la relación que existe entre el Derecho vigente y la fuerza política que lo sostiene.

Pareciera que desde sus orígenes, la filosofía política se ha esforzado por anular la fuerza desestabilizadora de lo político (Zizek, 2012: 30). Podríamos decir que la filosofía del derecho ha hecho lo propio respecto del impacto de lo político en el contenido y en la estructura del sistema de fuentes del Derecho, especialmente a partir de la consolidación (hegemónica) del positivismo jurídico kelseniano. Las formas que ha adquirido el Derecho, específicamente bajo la hegemonía del paradigma jurídico moderno, parecen ser contradictorias con aquellas manifestaciones de poder político que, emanadas desde el seno de las prácticas sociales, buscan el reconocimiento de su lugar de enunciación y, eventualmente,

modificar la estructura del orden vigente. Se trata, específicamente, de la situación en la que se encuentra el constitucionalismo chileno ante la reivindicación constituyente formulada en 2011-2013 y que ha intentado ser procesada por el Ejecutivo a partir de 2014, con más dificultades que aciertos.

El presente es un ejercicio de filosofía política, pero también de constitucionalismo crítico, que busca teorizar desde las exigencias que supone la realidad política y social y no solo desde categorías políticas o constitucionales en abstracto (De Cabo, 2014: 9-13). El diagnóstico que es posible levantar desde la realidad social del presente permite justificar el recurso a categorías conceptuales provenientes de otras disciplinas distintas del Derecho, de otros aparatos teóricos, que nos permiten comprender el fenómeno jurídico con claves de inteligibilidad que no lo reduzcan a su dimensión normativa, sino que permitan abrir el campo de estudio hacia una complejidad mayor, más cercana a la realidad social desde la cual emana el mismo Derecho. Así, es posible establecer una relación entre la crítica teórica y la crítica práctica de la realidad social: el Derecho es una ciencia social que forma parte de la realidad social, emana de e interviene en ella (í.d.: 12).

Asimismo, se trata de un ejercicio de constitucionalismo crítico, en tanto forma de pensamiento de lo constitucional que se sitúa metodológicamente desde el conflicto, en una aproximación históricamente situada, desde donde se percibe la posibilidad de una existencia distinta en el orden real; algo así como un constitucionalismo utópico, que busca pensar horizontes futuros, realizables, aunque aún no realizados del todo. Pareciera que atravesamos por lo que Benjamin denominó tiempos políticos, tiempos de fracturas y conmociones, de aprendizaje y de conciencia; tiempos en los que se produce el desconcierto de los dominadores, donde el consentimiento “dado por las grandes masas de la población a la orientación impresa a la vida social por el grupo dominante” (Gramsci, 2015: 353) pierde, progresivamente, su carácter espontáneo. Tiempos en los que se hace necesario pensar lo constitucional fuera de los márgenes normativos impuestos por el conjunto de reglas constitucionales vigentes; pensar, esta vez, desde lo político y sus fundamentos.

Es un intento por llevar adelante un trabajo filosófico situado en el presente, donde algunas categorías filosóficas son puestas a dialogar con el estado actual del proceso constituyente en Chile, con el fin de llevar nuevas luces a un constitucionalismo marcado por las limitaciones del paradigma jurídico moderno, luces que permitan comprender la necesidad

de contar con un aparato teórico (y unas herramientas jurídicas) que habilite el ejercicio del poder y no solo con uno que lo limite. Y me parece que eso requiere observar cómo operan las categorías conceptuales en la práctica, en el presente.

El objetivo es, en consecuencia, mostrar que la comprensión tradicional del poder constituyente moderno lo recluye fuera de las fronteras de lo jurídico, anulando los efectos de su potencia transformadora sobre el orden vigente, ejercicio que se realiza a partir del proceso constituyente por el que atraviesa el país.

El presente trabajo se divide en tres capítulos. El capítulo primero pretende leer el fenómeno constituyente en clave política, considerando las dificultades que ha presentado la reivindicación social por una nueva Constitución en Chile, así como los desafíos para la configuración de un orden constitucional nuevo. El segundo capítulo busca revisar críticamente cómo el paradigma jurídico moderno, de matriz contractualista y preferentemente formalista, ha terminado por neutralizar la potencia transformadora del poder político. Para comprender algunas de sus manifestaciones, se revisa la pretensión de objetividad del Derecho como uno de los dispositivos más característicos del constitucionalismo chileno, para luego ejemplificar con un par de efectos que genera la aplicación de dicho aparato teórico: la garantía de la igualdad y la protección de los derechos sociales. Finalmente, el capítulo tercero aborda el desafío que supone la demanda por una nueva Constitución: el desafío de constituir. Con el fin de evidenciar las limitaciones propias del aparato conceptual del constitucionalismo para habilitar la manifestación de la fuerza constituyente, se recurre a categorías filosóficas más cercanas a la materialidad de las relaciones sociales y políticas, antes que a los conceptos abstractos tan propios del paradigma jurídico moderno y de su constitucionalismo.



## CAPÍTULO I. CHILE 2017: LO CONSTITUYENTE EN CLAVE POLÍTICA

Chile vive un intenso proceso de reflexión constitucional, motivado por la persistente ilegitimidad de la Constitución aprobada en 1980, por la dictadura militar. Aun cuando el texto constitucional cuenta con decenas de reformas, lo cierto es que la constitución propiamente tal sigue siendo la misma<sup>1</sup>. Eso explica, según veremos, por qué persiste su ilegitimidad. Sin embargo, una comprensión adecuada de esta ilegitimidad debe considerar el contexto de una crisis mayor, que afecta al paradigma constitucional en su conjunto: aquel constitucionalismo fordista, resultante del acuerdo entre la burguesía nacional y el proletariado industrial que sentó las bases para la consolidación del Estado de bienestar, ha perdido su capacidad para garantizar condiciones políticas y sociales de paz y estabilidad. La profunda transformación de los sujetos que había concurrido a dicho pacto lo ha dejado desfasado respecto de los problemas sociales del presente, con los cuales convive en perfecta armonía, pero sin resolver ninguno (Negri, 1999: 167-168; De Cabo, 2014: 10-12). En Chile, esta crisis ha llegado de manera oblicua: el Golpe de 1973 rompió con ese pacto que, eventualmente, se tejió al alero de la Constitución de 1925 (especialmente desde los gobiernos radicales en adelante), imponiendo una determinada comprensión de lo político y lo social a través de una Constitución (jurídica y política) partisana, destinada a proteger intereses específicos de determinado sector, sin resolver ninguno de los problemas que caracterizan a la sociedad chilena como cuerpo político.

Hasta ahora, el proceso ha debido enfrentar una serie de dificultades provenientes de la oposición que parte importante de la clase política ha manifestado contra la posibilidad de reemplazar el texto constitucional y, eventualmente, contar con una *nueva* constitución. Tanto

---

<sup>1</sup> La reforma constitucional de 2005 generó un extendido entusiasmo inicial, por la importancia que tuvo la remoción de algunos enclaves autoritarios muy significativos. Sin embargo, a pesar que varios caímos en ese entusiasmo (cfr. Bassa, 2007: 17-20), lo cierto es que la perspectiva del tiempo evidenció que los cambios habían sido más bien cosméticos en lo que se refiere a uno de los aspectos centrales de toda Constitución: la configuración de las relaciones de poder político en la sociedad y su correlato en el diseño institucional para la representación democrática.

desde la oposición al gobierno de Michelle Bachelet (2014-2018), como desde una parte importante de sus propias filas, el rechazo a la idea de una *nueva* constitución ha significado un obstáculo importante para el proceso constituyente, porque algunos sectores quieren proteger la constitución vigente, pero también porque otros no quieren una *nueva*. Parte importante del éxito del proceso constituyente depende de comprender los motivos de dichas oposiciones, ya que si bien sus matices pueden ser sutiles, existen similitudes relevantes entre ambos tipos de oposiciones, que los lleva a formar una suerte de frente común contrario a una *nueva* constitución.

Ambas comparten una adhesión a una determinada forma de acción política configurada por la constitución vigente desde 1980 que, tanto en el diseño como en los hechos, ha separado la expresión de la voluntad popular de las prácticas que caracterizan a la política institucional. Con ello, el ejercicio del poder político ha devenido en un instrumento vehiculizador de privilegios sociales para quienes lo ejercen y no en favor de su titular originario, el pueblo o, en rigor, los pueblos<sup>2</sup>. Se trata de una manifestación muy concreta de que “el poder es constitutivo de lo social, porque lo social no podría existir sin las relaciones de poder mediante las cuales se le da forma” (Mouffe, 2011: 25). Dos elementos son necesarios para comprender lo que digo: por un lado, la forma en que la dictadura diseñó una institucionalidad que anula la posibilidad de agenciamiento político del pueblo, a través de una serie de mecanismos que convierten los procesos electorales y deliberativos en una mera formalidad, anulando su fuerza transformadora; por otro lado, la distinción entre texto constitucional y constitución política, cuestión fundamental para comprender cómo se relacionan las diversas dimensiones de lo constitucional, especialmente la dimensión normativa con la política.

Junto a estas oposiciones, el proceso constituyente enfrenta una serie de complejos desafíos; su éxito también depende de que estos sean superados satisfactoriamente. Desde una perspectiva sociológica, podemos decir que la sociedad chilena lleva demasiados años a la

---

<sup>2</sup> La voz *pueblo* remite a un concepto que no es unívoco en la doctrina especializada, ya sea respecto a los grupos sociales a los cuales evoca, ya sea respecto a la voluntad política que le podría ser adjudicada; en cualquier caso, el concepto ha perdido aquella concepción antropomórfica que le caracterizó, como si se tratara de un sujeto político uniforme. Respecto a las reflexiones contemporáneas de la voz *pueblo* y sus significancias actuales para la filosofía política, véase VV. AA. (2014): *Qué es un pueblo* (Santiago, LOM). Por otro lado, Negri formula una objeción bastante razonable a la noción moderna de pueblo, en la medida que “toda definición del sujeto constituyente en términos de pueblo acaba en una concepción normativista, en una exaltación del derecho constituido” (2015: 59); hago presente esta objeción, sin perjuicio que la retomemos más adelante (II.2).



espera de una Constitución que pueda reconocer como propia, legítima, y que sea, en definitiva, compatible con una sociedad compleja, plural y diversa, consciente de sus derechos y dispuesta a exigir su cumplimiento. Desde una perspectiva política, la misma espera da cuenta de un fenómeno diferente: en Chile, los pueblos han esperado demasiado la posibilidad de constituirse a sí mismos como sujeto político y así recuperar la facultad –y el derecho– de realizar libremente su propio agenciamiento político. En este sentido, podemos decir que el contenido de la reivindicación por una asamblea constituyente va mucho más allá de la redacción de un nuevo texto constitucional; en alguna medida, se trata de una particularidad que demanda una nueva forma de subjetivación política, elevando metafóricamente su “situación particular” a la condición de problema universal (Zizek, 2012: 39-40), pues detrás de esta demanda empujada por un sector de la sociedad se realiza una disputa por la configuración de nuestra condición de comunidad política. Así, también se verifica una politización de lo constitucional, desde el conflicto social (De Cabo, 2014).

El periplo reformista de la Constitución de 1980 presenta un sinuoso camino con más dudas que certezas, de cara a la garantía del principio democrático. Hemos llegado a un punto en el cual ya no es posible lograr la plena legitimación del ordenamiento constitucional a través de la vía reformista iniciada en 1989<sup>3</sup>. Parte de la academia ha concurrido en que dicha vía se encuentra agotada, cuestión que, por cierto, no es pacífica. Otros han insistido en la necesidad de recurrir a la reforma constitucional, que algunos han llamado la vía institucional. La discusión ha sido bastante intensa<sup>4</sup>. Sin embargo, a pesar de los ropajes jurídicos con los que se visten las diferentes argumentaciones, la diferencia que todavía persiste es política y se explica, como veremos en las páginas que siguen, por la mayor o menor distancia que determinados sujetos tienen con la actual constitución *política*, antes que con su texto jurídico.

---

<sup>3</sup> Valga aquí explicitar un cambio en mi propia comprensión de la decisión política tomada en 1989 que, a diferencia de lo que sostuve previamente (Bassa, 2007: 43-49), no puede ser considerada como una decisión constituyente atribuible al pueblo, precisamente por las razones que explico en el presente texto, las que evidencian el agotamiento de la vía reformista, cómo el diseño constitucional de 1980 ha sido utilizado para contener la manifestación de la voluntad popular y la consecuente imposibilidad de reconfigurar las relaciones de poder en la sociedad.

<sup>4</sup> La discusión constitucional ha sido muy prolífica en los últimos años, en que diversas publicaciones permiten dar cuenta de la diversidad de opiniones y perspectivas relativas a sus causas como a las propuestas de solución. Entre otros, destacan las perspectivas presentadas en los siguientes trabajos colectivos: Chía, E. y Quezada, F., eds. (2015): *Propuestas para una nueva Constitución (originada en democracia)*, Santiago, Instituto Igualdad, Universidad de Chile, Friedrich Ebert Stiftung; Fuentes, C. y Joignant, A., eds. (2015): *La solución constitucional* (Santiago, Ed. Catalonia); Sierra, L., ed. (2016): *Propuestas Constitucionales* (Santiago, Centro de Estudios Públicos); García, J. F., ed. (2015): *¿Nueva constitución o reforma? Nuestra propuesta: evolución constitucional* (Santiago, Thomson Reuters); Zúñiga, F., coord. (2014): *Nueva Constitución y momento constitucional* (Santiago, Thomson Reuters).

Este ejercicio demanda una aproximación metodológica propia de un constitucionalismo crítico, recuperando un pensamiento constitucional desde el conflicto y como un elemento apto para influir en él (De Cabo, 2014: 58). Una adecuada comprensión del Derecho Constitucional debiera considerar que se trata de una ciencia social (que desborda las pretensiones positivistas que le conciben como ciencia normativa), en tanto emana de la sociedad, específicamente de los conflictos políticos que le han dado identidad al sujeto actual, en tanto ser racional, dotado de una especial dignidad y de ciertos derechos individuales. La discusión constituyente, en definitiva, excede a la dimensión normativa de lo constitucional y una adecuada comprensión de la actual crisis de legitimidad debiera considerar cómo se articula dicha dimensión con las otras que integran el fenómeno de lo constitucional.

Así, me interesa profundizar dos elementos que aparecen como centrales para concretizar la dimensión *constituyente* del proceso: por un lado, las expectativas que se levantan con el actual proceso y, por el otro, cuáles son los desafíos que deberá enfrentar para satisfacerlas. Dichas expectativas derivan, ciertamente, del diagnóstico acerca de la cuestión constitucional chilena, materias que he trabajado previamente (Bassa, 2015a) y que retomo en esta oportunidad; también he abordado lo que entiendo es parte de la solución: una asamblea constituyente (Bassa y Salgado, 2015), en la medida que sea el resultado de un proceso político capaz de levantar nuevos discursos, nuevas formas de representación simbólica de la realidad y, en definitiva, nuevas formas de participación política de actores y sectores políticos hasta ahora relegados, y que permitan una nueva constitución del pueblo como sujeto político.

## **1. Supuestos preliminares**

### ***i.* Un diseño constitucional para silenciar**

Todo el Derecho, todo enunciado normativo, en fin, todo ordenamiento jurídico, es el resultado de una decisión política (Schmitt, 2003: 47 ss.), la que ha sido tomada por un determinado sujeto (sea este un sujeto individual o un sujeto político) y en un momento histórico determinado. Una ley podrá ser considerada, según la perspectiva que se adopte, como más o menos justa, más o menos legítima, incluso más o menos coherente con

determinados parámetros políticos o morales, pero lo cierto es que su origen radica en una decisión política, marcada por el conflicto político entre dos o más sujetos. Toda constitución ha sido redactada, en algún punto de la historia de un país, por puño y letra de alguien, de una o varias personas de carne y hueso, por un sujeto individual o uno colectivo. Dicha decisión puede ser el resultado de procedimientos autoritarios o democráticos, o bien, reflejar el mejor momento de la tradición constitucional del país o impulsar un proyecto constitucional particular, partisano. Pero sigue siendo el resultado de una decisión política. Esta constatación –que es bastante incontrovertible, especialmente en un contexto postmetafísico como el actual– nos permite volver la mirada a ese momento de generación del derecho y escrutar ahí las motivaciones que determinado sujeto tuvo para escribir, por ejemplo, una constitución, en un sentido u otro. El resultado de ese escrutinio se proyecta, para bien o para mal, sobre el ordenamiento jurídico en cuestión.

La que sigue es una respuesta conocida, sobre la que no vale la pena profundizar: la Constitución Política de la República de Chile no solo fue redactada en dictadura, sino que fue redactada por funcionarios de la dictadura: profesores de derecho constitucional que habían sido activistas opositores al gobierno de la Unidad Popular. Este dato nos permite no solo identificar su evidente ilegitimidad de origen, sino también comprender por qué su contenido sigue siendo un obstáculo para la legitimación del orden constitucional chileno, en definitiva, de la constitución política de los pueblos de Chile. Es decir, la ilegitimidad no aqueja solo al texto jurídico de la Constitución, sino a la forma en que se ha constituido políticamente a la sociedad chilena, con toda su complejidad.

En efecto, las instituciones que caracterizan el diseño constitucional de la dictadura son el resultado de la experiencia –traumática desde la perspectiva de *sus* intereses– que tuvo la oposición al gobierno de Allende. La constitución chilena vigente no es el resultado de la evolución constitucional mundial, occidental, latinoamericana o chilena, sino de cómo una minoría económica experimentó, sobre sus intereses, los efectos de las políticas redistributivas del Gobierno de la Unidad Popular. No sobre sus derechos. Sobre sus intereses. Así, el diseño institucional tuvo por objetivo garantizar que ese tradicional tercio de la clase política chilena, aquel comúnmente identificado con los intereses económicos afectados entre 1964 y 1973, pueda controlar y prevenir intentos similares en el futuro. En otras palabras, un diseño institucional que obligara a la coalición mayoritaria a negociar la implementación de su propio

proyecto político con la coalición opositora, beneficiaria de una suerte de poder de veto otorgado por el diseño constitucional de la dictadura.

Estos dispositivos normativos de control político –que han recibido diferentes nombres en las últimas décadas, desde enclaves autoritarios (Zúñiga, 2007) hasta trampas constitucionales (Atria, 2013)– no responden a la lógica tradicional de pesos y contrapesos, tan característica del Estado moderno, a través de la cual los propios órganos y poderes del Estado cuentan con competencias que les permiten ejercer controles recíprocos. Se trata, por el contrario, de dispositivos antidemocráticos, a través de los cuales una minoría controla la ejecución del proyecto político de la mayoría legítimamente electa, no para la protección de los derechos de las minorías, sino para la protección de los intereses particulares de una parte de ella. De esta manera, los representantes del pueblo, depositarios de la voluntad soberana, se verían impedidos a hacer lo que sí hizo el gobierno de la Unidad Popular: intentar implementar un proyecto político de transformación social. El agenciamiento político del pueblo sería, así, neutralizado por un determinado diseño institucional.

Sobre esta neutralización del agenciamiento político del pueblo, así como de las instituciones a través de las cuales este se hizo posible, se ha escrito bastante en los últimos años<sup>5</sup>. En esta oportunidad, con el fin de ilustrar cómo es que la Constitución Política de la República ha condicionado la constitución de la comunidad política, creo necesario revisar cuáles han sido dichas instituciones. Ello permitirá, además, sopesar cuán necesario es comprender la estrecha relación que existe entre esta constitución jurídica y la constitución de la comunidad política en Chile, en la medida que el diseño de esas reglas impide que un ejercicio libre y autónomo de la soberanía popular le permita al pueblo(s) configurarse como una comunidad política de iguales.

a. Podemos identificar un primer grupo de instituciones que proyectan la desconfianza de sus redactores (y del sector político que todavía las defiende) hacia el régimen democrático de gobierno y, en última instancia, hacia la institucionalización de la voluntad popular y a la regla de mayoría.

Entre ellas, las que han sido sindicadas como enclaves autoritarios o trampas de la Constitución: *i.* el sistema electoral binominal para la representación parlamentaria,

---

<sup>5</sup> Especialmente a partir de Atria, 2013.

parcialmente reformado en 2015 (que garantiza un virtual empate entre partidos que, por la fuerza del sistema, terminaron organizados en dos grandes bloques electorales; estos no solo se reparten casi el total de la representación parlamentaria, sino que, además, han proyectado esta lógica *binominal* a una serie de instituciones cuyos integrantes son designados con el concurso del Congreso, como es el caso del Tribunal Constitucional); *ii.* los senadores designados por autoridades civiles y militares (quienes integraron los períodos legislativos entre 1990 y 2006, alterando significativamente la composición de las mayorías en el Congreso); *iii.* el sistema de leyes con quórum contramayoritario (especialmente las leyes orgánicas constitucionales, que regulan importantes instituciones constitucionales, condicionando su configuración institucional y su práctica política; valga señalar que casi todas ellas fueron aprobadas antes de 1990, incluso el mismo mes de marzo de ese año, en los últimos días de la dictadura); *iv.* las atribuciones de control del Tribunal Constitucional (curiosamente ampliadas en la reforma de 2005); *v.* las atribuciones originales del Consejo de Seguridad Nacional (reformado en 2005, ahora subordinado al poder civil); *vi.* la inamovilidad de los comandantes en jefe de las fuerzas armadas (vigente hasta 2005); *vii.* el llamado dominio máximo legal (que limita las competencias del legislador, invirtiendo la lógica de la Constitución de 1925 en el sistema de distribución de las competencias normativas); *viii.* las iniciativas exclusivas del Presidente de la República en importantes materias de ley (relativas a tributos, negociación colectiva, seguridad social, sueldo mínimo, remuneraciones del sector público, entre otras). Todas estas instituciones fueron diseñadas pensando en cómo contener los efectos transformadores de un proyecto político impulsado por un gobierno con mayoría en el Congreso Nacional, ya sea para controlar el contenido de una decisión legislativa, interviniendo en ella, ya sea para obstaculizar su materialización en una ley, profundizando los rasgos presidenciales del régimen o los mecanismos de control contramayoritario. La mayoría político-electoral, en este diseño institucional, no es suficiente para gobernar o para legislar, lo que también ha contribuido a la desafección ciudadana de la actividad política y, en suma, a la creciente deslegitimación de la institucionalidad vigente.

b. En un segundo grupo de instituciones, podemos agrupar a aquellas destinadas a proteger intereses específicos, que la oposición al Gobierno de Allende vio amenazados.

Entre estos destacan: *i.* el estatuto constitucional de la propiedad privada y, muy especialmente, de su expropiación (que contiene un nivel de detalle inédito para una norma de

rango constitucional); *ii.* una forma particular de proteger la libre iniciativa económica (que ha sido extendida, incluso, a la garantía y protección de los derechos sociales a través de prestaciones por empresas privadas); *iii.* un limitado estatuto para la actividad económica del Estado (y una interpretación que lo ha reducido todavía más); *iv.* el establecimiento de un mercado para los derechos de aprovechamiento de aguas; *v.* la virtual desprotección de los derechos sociales, débilmente garantizados en el texto constitucional y sin acciones cautelares propias; *vi.* un régimen minero que vuelve a permitir la explotación privada (donde las concesiones de exploración y explotación minera se han multiplicado desde 1990); *vii.* una concepción meramente formal de la libertad de información, supuestamente compatible con la altísima concentración económica de los medios de comunicación social; *viii.* una serie de actores políticos impedidos de participar de la vida política del país en tanto representantes elegidos democráticamente (especialmente, dirigentes sociales y sindicales); *ix.* un pluralismo político marcado por sus excepciones constitucionales; *x.* un recurso de protección diseñado para proteger exclusivamente los derechos vinculados a la propiedad privada. Prácticamente todas estas instituciones son el reflejo de las tensiones políticas que caracterizaron al gobierno de la Unidad Popular: la propiedad privada, la actividad empresarial privada, la actividad económica del Estado, la expropiación, la actividad minera. La forma en que el ordenamiento constitucional las contempla configura un contexto institucional completamente diferente al que existía hasta el Golpe de Estado, consolidando la abrupta transformación de la sociedad chilena y de la institucionalidad que se venía construyendo a lo largo de las décadas anteriores.

c. Por último, un tercer grupo de instituciones, más sutil y cuya configuración conceptual aparece algo más compleja, ha estado destinado a imponer determinadas lecturas de lo constitucional, principalmente por la vía discursiva, tanto en la academia como en la política contingente.

Se trata de dispositivos de control que han naturalizado una determinada comprensión del ordenamiento constitucional, reprimiendo formulaciones alternativas, tanto institucional como extra institucionalmente. Entre ellas, destacan: *i.* la interpretación constitucional de corte originalista, que configura el contenido normativo del texto recurriendo a las actas de la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución como si fueran la voz autorizada del poder constituyente (comisión asesora de la Junta militar, que sesionó entre 1973 y 1978); *ii.* una concepción cognoscitivista de la interpretación constitucional, que

pretende despolitizar el proceso de determinación del contenido normativo del texto; *iii.* la naturalización de una determinada comprensión de lo constitucional, que esconde su propio carácter partisano, como si esta fuera la única interpretación correcta posible (que ha sido utilizada para condenar proyectos de ley o iniciativas gubernamentales como inconstitucionales en sí mismos, cuando solo atentan contra el proyecto político de la dictadura); *iv.* la consolidación de una forma discursiva de carácter binario –especialmente marcada en la discusión pública, pero con el respaldo de aquel sector de la academia comprometida con el proyecto político de la dictadura– donde parecen no haber matices entre *lo* constitucional y lo *in*constitucional.

En fin, se trata de una serie de dispositivos e instituciones que buscan anular la incidencia del conflicto político y social en la configuración del ordenamiento constitucional, pensados, precisamente, para consolidar un orden constitucional en el cual las diferencias entre los distintos actores políticos fueran cada vez menos significativas. Al anular el conflicto, el sistema político (sus actores, procesos, elecciones e instituciones) fue condenado a la irrelevancia, consolidando una determinada concepción de lo constitucional y, con ella, de la propia sociedad.

De paso, estos dispositivos han operado como verdaderos higienizadores del actual texto constitucional, borrando las huellas históricas que explican su existencia al relativizar el contexto histórico y las circunstancias que le dieron vida y separar su contenido, discursivamente, del proyecto político de la dictadura. Se le ha presentado como el resultado de las máximas de la razón constitucional, como una norma constitucional ahistórica, reflejo de ese manto de saber universal que la modernidad ha desplegado sobre (lo que solemos llamar) occidente, deslocalizando el texto y la constitución de sus particulares contexto, momento histórico y lugar político<sup>6</sup>. Desde sus orígenes, el discurso del constitucionalismo autoritario chileno ha presentado su constitución como una norma universal, correcta, manipulando la dicotomía constitucional/inconstitucional en favor de un proyecto político partisano. Para ello,

---

<sup>6</sup> Entre quienes han contribuido a consolidar una pretensión de normalidad detrás de la Constitución de 1980, cabe señalar, a modo ejemplar y sin pretensiones de exhaustividad: Cea Egaña, José Luis (2002-2012): *Derecho Constitucional chileno* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile); Evans de la Cuadra, Enrique (1993): *Los derechos constitucionales* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile); Silva Bascuñán, Alejandro (1997-2010): *Tratado de Derecho Constitucional* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile); Verdugo, Mario, Pfeffer, Emilio y Nogueira, Humberto (2002): *Derecho Constitucional* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile); Vivanco, Ángela (2016): *Curso de Derecho Constitucional* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile).

ha aprovechado las categorías teóricas del derecho constitucional para referirse en términos (pretendidamente) neutros a un texto que, sin embargo, es el reflejo de un proyecto político particular<sup>7</sup>. La propuesta de este constitucionalismo conservador y autoritario devino en hegemónica con la consolidación del proyecto político-constitucional de la dictadura, pues un sector importante del constitucionalismo chileno ha prestado su “consentimiento espontáneo” (Gramsci, 2015: 353) a dicho proyecto, incluso sin adherir a él.

## **ii. Constitución política y norma jurídica**

Ese descontento ciudadano que parece haberse apoderado del país desde fines de 2010 y que estallara con fuerza en 2011 de la mano del movimiento estudiantil, emana desde una sociedad configurada por determinadas relaciones políticas de dominación, caracterizada por la sistemática marginación del pueblo en tanto sujeto político, excluido de las decisiones fundamentales que afectan sus condiciones materiales de vida. Las demandas ambientalistas, así como aquellas que reclaman una descentralización efectiva, pueden leerse no solo desde la necesidad de proteger el medio ambiente, sino también desde la reivindicación por una participación efectiva en los respectivos espacios de decisión política, por ejemplo, al fijar los criterios de la política nacional de energía. Las reivindicaciones de género, así como aquellas por el reconocimiento de la diversidad e identidad sexual, se construyen desde la necesidad de abrir espacios de participación a las minorías postergadas, en condiciones de igualdad para la socialización del poder asociado al género y a la identidad sexual. Lo propio respecto de los pueblos originarios, cuyas reivindicaciones están asociadas al más básico derecho humano de participación política: la autodeterminación de los pueblos.

En fin, la demanda por una educación pública, gratuita y de calidad también responde a la reivindicación por una participación social efectiva en la distribución del capital cultural que genera la sociedad. Es una reivindicación contra el modelo de acumulación/reproducción que caracteriza al sistema educacional chileno, desde la propia sala cuna y hasta la educación terciaria. El modelo chileno configura a la educación, efectivamente,

---

<sup>7</sup> El propio Tribunal Constitucional ha reconocido, a propósito del proyecto de ley que establece modificaciones a las relaciones laborales y sindicales, que el texto constitucional vigente no es neutro en estas materias (STC 3016-2016, C. 12°).



como un bien de consumo. La principal consecuencia de esta definición no es la negación de la educación como un derecho social (negación que es, por cierto, relevante), sino una consecuencia que deriva de su condición de *bien*: dado que la educación ha sido concebida como un bien de consumo, el acceso ha estado condicionado por las capacidades de pago de cada persona, las que varían según el sector de la sociedad al que se pertenezca; ello ha generado la clausura de los círculos sociales en los cuales se moviliza el capital social que significa la educación, monopolizando el capital político en favor de una reducida élite (especialmente aquella que transita entre ciertos colegios y ciertas carreras dentro de ciertas universidades). Se trata, en definitiva, de una manifestación más de la acumulación privada del capital que genera la sociedad, especialmente cuando el diseño del sistema escolar y universitario contempla instituciones mediocres (y un sistema de financiamiento usurero) para los sectores marginados. En efecto, el acceso restringido a ciertos círculos académicos (escolares y universitarios) genera una concentración del poder asociado al conocimiento; este hermetismo y endogamia supone marginar a la mayoría de la sociedad del acceso tanto al conocimiento como a las redes de poder que se han construido en torno a él. Así, la educación ha devenido en privilegio como consecuencia de esta acumulación pues, entendido como capital, este se transmite entre quienes ya lo detentan, bloqueando la posibilidad de que sea toda la sociedad la que se beneficie del mismo, es decir, impidiendo su socialización.

Lo propio respecto de las recientes movilizaciones contra el fallido sistema de seguridad social, servicial a un modelo de acumulación capitalista para el financiamiento de la actividad financiera y del gran empresariado, antes que a la prestación de pensiones de vejez dignas y proporcionales tanto al estándar de vida que, supuestamente, promete el PIB del país, como a los ingresos percibidos durante la vida laboral. Se trata, en definitiva, de una reivindicación por mayor participación en los beneficios económicos del sistema.

Detrás de todas estas demandas, que han configurado los contornos del malestar ciudadano de los últimos años, existe un elemento común que pareciera unificarlas: el rechazo a determinada estructura de relaciones de poder. Se trata, primeramente, de relaciones de poder económico, social y cultural, que atraviesan la cotidianeidad de la población. Luego, estas configuran relaciones de poder estrictamente político, a través de las cuales los intereses y necesidades de los diversos sujetos políticos se ven representadas, satisfechas o protegidas de diferente manera, según cuál sea su posición particular en la(s) red(es) de poder a la(s) que

pertenece(n) y su incidencia en las decisiones que concretizan ese poder político. A su vez, dado el modelo de democracia representativa, estas relaciones de poder político se proyectan hacia los espacios institucionales de ejercicio del poder, una de cuyas principales características ha sido su virtual clausura frente a las manifestaciones de poder popular. En definitiva, se está demandando una reconfiguración de aquella frontera derridiana (Mouffe, 2003: 29) que, a través de una exclusión masiva, configura la actual constitución política del pueblo.

Este recorrido discursivo es fundamental para comprender la entidad de la demanda por una nueva constitución. La intensidad del malestar social emana de un complejo tejido de relaciones de poder que, a su vez, responden a un determinado paradigma de sociedad, de corte individualista y mercantil que privilegia, en consecuencia, lo privado en lugar de lo público. Ese tejido fue configurado durante la dictadura y a través del ordenamiento jurídico, siendo la Constitución Política del Estado el principal instrumento para su control y protección. Así, se ha configurado una determinada constitución política de la sociedad, contra la cual parece levantarse el pueblo como sujeto político, reivindicando su derecho a configurar autónomamente su propia constitución política (relaciones de poder en base a prácticas políticas y sociales emancipatorias) que, luego, le permitirá darse a sí mismo una nueva Constitución (una determinada forma jurídica del poder). Se trata de la ya clásica distinción entre Constitución y ley constitucional (Schmitt, 2003: 47-52), que permite distinguir entre la forma de existencia política de la comunidad y las disposiciones normativas que le dan forma al texto jurídico. En ese sentido, una Constitución responde a una manifestación pre-institucional del poder político, fuera de las lógicas con las que se entiende lo jurídico y, ciertamente, fuera de sus formas.

En consecuencia, la cuestión constitucional chilena no se soluciona con una nueva Constitución Política del Estado (que, desde 1989, se ha manifestado en el plano de la ley constitucional), sino que con una nueva constitución política de la sociedad (es decir, una nueva forma de existencia política de la comunidad, nuevas relaciones de poder). Quienes estamos por un nuevo momento constituyente, en parte también como salida a la crisis de representatividad que aqueja a la institucionalidad política y a la confianza en nuestros supuestos representantes, deberíamos estar pensando no solo en cómo canalizar la demanda hacia la institucionalidad vigente (en cómo hacer insostenible una decisión institucional contraria al sentir popular), sino en cómo contribuir a que el pueblo, en tanto sujeto político,

configure nuevas formas para su propio agenciamiento político (de modo tal que esa decisión sea *tomada* por un nuevo sujeto político, configurado a través de reglas propias y no de las institucionales heredadas de la dictadura, sin esperar *habilitaciones* externas). No necesitamos una nueva Constitución que *habilite* al pueblo, al menos no solamente. Necesitamos un proceso político de (re)configuración del poder político popular, es decir, de una nueva constitución, de la cual emane una nueva Constitución, de modo tal que esa decisión constituyente emane de prácticas políticas democráticas, que le permitan a la comunidad política decidir autónomamente, sin esperar habilitaciones jerárquicas, externas; en definitiva, una decisión tomada por un sujeto político autónomo frente a las reglas de la dictadura.

La demanda constituyente se construye, evidentemente, desde la dimensión política del fenómeno constitucional, y no solamente desde su dimensión jurídico-formal. Aquella dimensión responde a una combinación de elementos reunidos en dos grandes categorías: por un lado, *i.* el reconocimiento institucional de la autonomía política del pueblo(s) en tanto titular originario del poder político, que le permita nuevas formas para su agenciamiento; por otro, *ii.* la necesidad de contar con una nueva estructura de relaciones de poder en la sociedad, que termine con la marginación de las clases subalternas del ejercicio del poder político. La ciudadanía está demandando nuevas formas jurídicas para el ejercicio de su soberanía, que recoja sus propias prácticas democráticas y garantice su propia emancipación de las viejas formas excluyentes de participación política. Para conseguir aquello, no basta con un texto constitucional libre de enclaves o trampas; es necesario un proceso constituyente donde las clases subalternas tengan la posibilidad de reivindicar sus propias prácticas políticas (Muñoz, 2015: 141 ss). Hasta ahora, las constituciones chilenas han sido el reflejo de las categorías conceptuales del constitucionalismo moderno europeizante y de las prácticas políticas de las clases dirigentes, separando radicalmente el diseño institucional de las prácticas que legitiman el ejercicio del poder político en las comunidades sociales.

Demandar una *nueva* constitución política refiere a la necesidad de reconfigurar las relaciones de poder. Ello solo puede ocurrir si en el proceso constituyente concurren sujetos políticos que participen, aunque sea marginalmente, de prácticas políticas libres de los condicionamientos institucionales heredados del diseño constitucional de la dictadura; es decir, prácticas que se verifiquen entre sujetos que se reconocen mutuamente como iguales, que no se construyen desde la dominación y que no desconfíen de las decisiones tomadas por la

mayoría. En este sentido, trazar la distinción entre norma jurídica y constitución política es crucial para la comprensión del proceso constituyente, pues este no se juega en la estructura de las formas jurídicas, sino en la legitimidad de nuestra convivencia política.

## 2. Desafíos para el proceso constituyente

### *i. La dificultad de contar con un discurso constitucional nuevo*

El pueblo de Chile (en rigor, los pueblos), la comunidad política, lleva varios años esperando por una solución al problema constitucional que nos aqueja. Sin perjuicio que el sector político más ligado a la dictadura siga defendiendo su proyecto constitucional, lo cierto es que las múltiples encuestas realizadas en los últimos años muestran que la mayoría de la ciudadanía demanda una nueva Constitución, legítima y democrática<sup>8</sup>. Sin embargo, ni la clase política, ni los constitucionalistas que la han asesorado en los últimos años, han estado a la altura de la reivindicación social. Se han realizado esfuerzos importantes, algunos de ellos incluso con pretensiones constituyentes. El más importante de ellos, sin duda, fue la reforma constitucional de 2005, tanto por las instituciones que fueron reformadas (algunas para mejor, otras para peor), como por la entidad del aparato discursivo que la acompañó. Recordemos que al momento de su promulgación, el Presidente Lagos señaló que “Chile cuenta [...] con una Constitución que ya no nos divide, sino que es un piso institucional compartido” (Lagos, 2005: 8). No obstante lo anterior, las pretensiones constituyentes de esa época sucumbieron antes de la siguiente elección presidencial de 2009, donde la mayoría de los candidatos propuso nueva constitución o, derechamente, asamblea constituyente.

---

<sup>8</sup> 24Horas, 5.6.2014: <http://www.24horas.cl/politica/encuesta-adimark-71-apoya-la-reforma-a-la-constitucion--1264521>

La Tercera, 28.12.2015: <http://www.latercera.com/noticia/politica/2015/12/674-661904-9-encuesta-cadem-76-esta-de-acuerdo-con-que-chile-necesita-una-nueva-constitucion.shtml>

El Dínamo, 18.10.2015: <http://www.eldinamo.cl/nacional/2015/10/18/encuesta-cadem-71-cree-que-es-necesaria-una-nueva-constitucion/>

BiobioChile, 5.11.2015: <http://www.biobiochile.cl/noticias/2015/11/05/aborto-en-tres-causales-y-nueva-constitucion-destacan-en-ultima-encuesta-nacional-udp.shtml>

Las formas discursivas que han acompañado el debate público, especialmente las que provienen del actual oficialismo, han defendido una propuesta que, básicamente, no dista de lo ya hecho en 2005, sino que continúa en la senda del reformismo inaugurada en 1989. Hasta ahora, el protagonismo lo ha tenido, siempre, una ley de reforma constitucional discutida, con mayor o menor intensidad, en el Congreso Nacional (pero solo allí). De hecho, la propuesta del propio Gobierno de Bachelet (2014-18) para encausar el proceso constituyente dentro de la institucionalidad vigente –por paradójal que suene la pretensión de someter a formas jurídicas al poder constituyente originario–, supone la aprobación de, al menos, dos leyes de reforma constitucional y nada menos que con un quórum de dos tercios de diputados y senadores en ejercicio<sup>9</sup>.

Lo que muestra la historia constitucional chilena reciente, especialmente su ya característica vía reformista, es que el contenido de este tipo de reformas no depende de la voluntad mayoritaria de los representantes elegidos democráticamente, sino de aquella parte de ellos que concurren con la mayoría para cumplir el quórum exigido (por eso se les conoce como instituciones *contramayoritarias*, pues el contenido de la decisión final no depende de la mayoría, sino de una minoría). Esta necesidad de la mayoría de contar con la venia de una minoría que fija los términos para plegarse a la mayoría y permitir el cumplimiento del quórum exigido, ha contribuido a debilitar aún más la representatividad del Congreso Nacional. Así, mientras dentro del Congreso se debilita la legitimidad de ciertas decisiones por su quórum contramayoritario, otras demandas marcan la distancia entre la ciudadanía y sus representantes, como sucede con la demanda constituyente. Ello obliga a preguntarse por la relación que existe entre los representantes políticos, los intereses que representan y aquellos que quedan sin representación institucional. La brecha que existe entre el apoyo popular a una nueva constitución y su respaldo en la clase política es una manifestación más de la crisis de legitimidad de la institucionalidad vigente, que se explica por la escisión sistémica entre esta y la comunidad política: Errejón lo explica señalando que “los que mandan, mandan, pero ya no convencen, no son capaces de ofrecer un proyecto de país que incluya siquiera en forma subordinada a la mayor parte de la población o no son capaces de construir un interés general satisfactorio para reunir a todos” (Errejón y Mouffe, 2015: 39-40).

---

<sup>9</sup> El itinerario propuesto por el Gobierno está disponible en <http://www.gob.cl/2015/10/13/discurso-de-la-presidenta-de-la-republica-al-anunciar-el-proceso-constituyente/>

Más allá de los matices que han incorporado progresivamente sus actores más relevantes, el rechazo a mecanismos de cambio constitucional que permitan desplegar la potencia constituyente necesaria para enfrentar la crisis de legitimidad, ha sido constante. La lógica discursiva de denunciar las así llamadas *vías no institucionales* como inadecuadas o derechamente ilegítimas, da cuenta de cómo se ha consolidado una concepción conservadora y formalista del ejercicio del poder político y, especialmente, un anquilosamiento de las formas clásicas de la democracia representativa (en parte, esto se explica por lo que diremos en los apartados *ii.* y *iii.* siguientes).

Qué evidencia lo señalado. Las formas discursivas de que disponen políticos y juristas tradicionales han demostrado no ser suficientes para enfrentar el tipo de exigencias que se levantan desde una sociedad en permanente transformación, más compleja, para quien las formas tradicionales de la democracia representativa se han demostrado insatisfactorias, entre otras cosas, porque la promesa de “un hombre, un voto” se ha visto completamente desfigurada por la concentración del poder económico, pero también por las desigualdades estructurales que aquejan a la sociedad. Enfrentados, nuevamente, a viejas demandas, las formas de representación simbólica de la realidad que políticos y juristas tradicionales pueden formular se encuentran, indefectiblemente, agotadas. Sus reacciones a las propuestas vinculadas con la asamblea constituyente han sido particularmente agresivas. Calificativos tales como *atajo*<sup>10</sup>, *caer por la espalda*<sup>11</sup>, *resquicio*<sup>12</sup> y hasta *golpe de Estado*<sup>13</sup>, solo dan cuenta de la insuficiencia de las viejas formas discursivas para enfrentar la cuestión constitucional, ya sea porque refleja cierta incapacidad para comprender la complejidad del fenómeno político y social que esta cuestión supone, o bien, porque dichas formas discursivas son utilizadas en defensa de las posiciones de privilegio que supone el ordenamiento actual para quienes recurren a ellas<sup>14</sup>. En cualquier caso, el alegato se maquilla como una defensa de la legalidad

---

<sup>10</sup> Zapata explica qué atajos ve, en <http://diario.latercera.com/2015/11/22/01/contenido/reportajes/25-203248-9-patricio-zapata-abogado-quienes-se-sumen-temprano-a-la-discusion-van-a-salir-en.shtml>

<sup>11</sup> García recoge los dichos de Zapata en <http://derecho.uc.cl/Derecho-UC-en-los-medios/profesor-jose-francisco-garcia-plebiscito-por-la-asamblea-constituyente.html>

<sup>12</sup> Zúñiga, 2015: 193 y Zúñiga, 2016: 241.

<sup>13</sup> Correa Sutil en *El Informante* de TVN: <http://www.24horas.cl/programas/elinformante/el-informante-debatio-sobre-el-cambio-de-constitucion-en-chile-1774466>, en 00:52:20 y <http://impresa.lasegunda.com/2015/09/02/A>, p. 12.

<sup>14</sup> La discusión epistolar en <http://www.pcontreras.net/blog/category/asamblea%20constituyente>

vigente, tratando de ocultar el carácter político de su discurso para así separarlo del contenido político de la propia Constitución.

Desde esta perspectiva, me parece que el éxito del actual proceso constituyente requiere de la construcción de nuevos discursos constitucionales, unos que sean capaces de desembarazarse de las lógicas institucionales heredadas de la dictadura, que han devenido en hegemónicas en la comprensión del fenómeno constitucional, impidiendo ver alternativas posibles; en definitiva, comprensiones de lo constitucional capaces de ver el fenómeno también desde el valor del autogobierno del pueblo y no sólo desde las limitaciones normativas que puede –o no– recoger una Constitución. La academia ha sido clave en la configuración de esa hegemonía, tanto en la construcción del orden actual como en su defensa, asumiendo posiciones partisanas comprometidas con la limitación del poder político antes que con el principio democrático. Esos actores deben asumir su responsabilidad histórica, en la medida que sus construcciones discursivas permitieron justificar el Golpe, imponer una constitución fraudulenta e impedir su sustitución por una democrática. Hoy necesitamos académicos y académicas capaces de construir herramientas discursivas que justifiquen y faciliten el agenciamiento político del pueblo, y no solamente que lo limiten. Ello supone un compromiso con el valor democrático de los procesos nomogénicos (constituyente y legislativo, principalmente) y de sus presupuestos asociados a la representación de la voluntad popular. El desafío, por tanto, no es solo pensar en formas institucionales no neutralizadas que habiliten el agenciamiento político del pueblo, sino en concebir un proceso constituyente en virtud del cual esas nuevas formas sean el resultado de procesos deliberativos en los cuales la voluntad popular pueda desplegarse sin las amarras que, por ejemplo, supone aquella neutralización. En otras palabras, que la decisión constituyente responda a una decisión popular, no solo a una decisión institucional no neutralizada.

Sabemos que el modelo institucional vigente obedece al concepto dicotómico de *democracia constitucional*: la pretensión de garantizar el autogobierno del pueblo, limitada por una Constitución que, en teoría, responde a ese mismo principio de autogobierno. El constitucionalismo chileno que ha devenido en hegemónico en el transcurso de los últimos cuarenta años, se ha limitado a trabajar desde la aproximación normativa del concepto, es decir, desde una constitución entendida como conjunto de reglas que regulan y limitan el ejercicio del poder, principalmente el institucionalizado, postergando la dimensión democrática

del binomio conceptual precitado y que le da sentido al actual modelo de organización política de la sociedad.

Dada la aproximación excesivamente formalista hacia el fenómeno de lo constitucional, este constitucionalismo poco tiene que decir respecto del otro componente del concepto, el político, aquel en virtud del cual las formas de autogobierno de quienes participan de la titularidad originaria del poder político tensionan tanto la institucionalidad vigente, como las clásicas formas políticas de la democracia representativa (solo dos ejemplos, para graficar estas tensiones: *i.* los efectos que genera la protesta social sobre las instituciones jurídicas y *ii.* la forma en que las redes sociales han facilitado la coordinación colectiva para manifestaciones ciudadanas, así como para la interpelación directa y personal a autoridades y representantes políticos). El recambio que se está verificando en la academia –no solo generacional, también metodológico y epistémico–, bien podría estar acompañado de uno en las formas discursivas a través de las cuales es analizado el fenómeno constitucional. Este recambio podría permitir, a su vez, mejores explicaciones de los fenómenos políticos y sociales que están detrás de la idea de *democracia constitucional* y, en consecuencia, sensibilizar las viejas instituciones de representación política ante las nuevas formas de agenciamiento político del pueblo.

Sin embargo, para que sean posibles nuevas formas discursivas de representación simbólica de lo constitucional, no basta un recambio en la academia del derecho constitucional. Parte de aquello que es representado también debe cambiar. Como veremos más adelante (III.3), una nueva Constitución Política no tiene sentido si solo cambia el diseño normativo del ejercicio institucionalizado del poder político, pues ello supone dejar casi intactas las estructuras de poder en el seno de la sociedad. Este último cambio, esencial para que sea posible hablar de una *nueva* Constitución, no depende de la clase política, de sus asesores constitucionalistas ni de la academia. Depende de las capacidades del propio pueblo para rearticular su poder político y ejercerlo de forma autónoma. La consolidación cultural de una comprensión contra-hegemónica de lo constitucional se juega en la posibilidad de que las comunidades políticas organizadas lo conciban como un espacio político en disputa, en el marco de la configuración de las relaciones de poder, y no como un espacio o ámbito de saber reservado a especialistas.



## **ii. Las oposiciones al proceso constituyente**

La demanda ciudadana por una nueva constitución ha debido enfrentar una serie de oposiciones, las que han sido articuladas, preferentemente, desde los espacios institucionales de ejercicio del poder político. Es, en parte, una interesante contradicción, pues mientras un sector mayoritario de la sociedad está demandando una nueva constitución, incluso a través de una asamblea constituyente, un amplio sector de sus representantes ha hecho un trabajo de resistencia, no solo refutando el discurso reivindicativo, sino que hasta desarticulando los incipientes esfuerzos por darle viabilidad dentro de la institucionalidad vigente. Las operaciones articuladas por el ex Ministro del Interior, Jorge Burgos<sup>15</sup>, son paradigmáticas no solo de la creciente distancia entre la clase política y el pueblo, sino de la estrecha conexión entre el proyecto político que la dictadura plasmó en su constitución y los intereses (políticos y económicos) de muchos integrantes de la clase dirigente. La crisis de legitimidad y confianza que caracteriza a parte importante de las democracias contemporáneas –y no solo en América Latina– también se debe a cómo la institucionalidad pareciera estar al servicio de los intereses de los representantes y no de los representados.

Ahora bien, sabemos que estas oposiciones no son homogéneas. Por un lado, parte importante de la derecha ancla sus razones en la identidad política que mantiene con el proyecto constitucional de la dictadura. Con distintos niveles de intensidad, cuando se opone al proceso constituyente lo hace para contener la presión transformadora contra una de las principales dimensiones de ese proyecto, aquella que Atria (2013) ha llamado neutralización y Muñoz (2015), con matices, identifica como agoniocidio. Se trata de una oposición que se construye, preferentemente, desde la dimensión institucional del ejercicio del poder político, pues le permite a ese sector mantener una suerte de poder de veto sobre las decisiones de la mayoría y así contener eventuales agendas transformadoras; su punto de partida es la eliminación del conflicto que se encuentra en la base de la actividad política.

---

<sup>15</sup> Véase <http://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2016/08/01/burgos-se-iacta-de-detener-proyecto-de-modificacion-constitucional-via-plebiscito-ciudadano-apoyado-por-60-diputados-era-un-atajo-para-la-asamblea-constituyente/>. Burgos afirmó que “más de 60 parlamentarios de la Nueva Mayoría habían firmado un proyecto de Reforma Constitucional que pretendía convocar un plebiscito sin modificar la Constitución para llegar a una Asamblea Constituyente”. Su declaración es evidentemente contradictoria, pues un proyecto de *reforma* constitucional tiene por objeto, precisamente, modificar la Constitución, es decir, habilitar la posibilidad de un plebiscito a través de las vías vigentes; por otro lado, la convocatoria a un plebiscito no predetermina su resultado, pero sí viabiliza una manifestación institucional de la voluntad popular.

Por su parte, la oposición que proviene de sectores de la actual coalición gobernante (Nueva Mayoría, 2014-18) responde a razones que pueden ser más difíciles de conceptualizar: en parte, hay que decirlo, hay sectores que comparten el proyecto político de la dictadura, quizá por razones más bien elitistas antes que partisanas, aunque en cualquier caso antidemocráticas; pero también hay oposiciones que derivan de las situaciones y relaciones de privilegio que la constitución política vigente ha creado y de la cual se benefician. Aunque aún puede ser aventurado afirmarlo, es posible que el eje izquierda/derecha que ha caracterizado la actividad política chilena desde inicios del siglo XX, se encuentre en un ciclo histórico de reconfiguración conceptual, como consecuencia de una progresiva transformación de las estructuras de la sociedad. Las relaciones de poder en el seno de la sociedad se han complejizado crecientemente en las últimas décadas, impactando en cómo la clase política chilena se distribuye en torno a los nuevos clivajes que reflejan dichas relaciones. Esta nueva configuración no se agota en los ejes marcados por la oposición o defensa de la dictadura, la llamada agenda valórica o la protección de la libertad individual, sino que incluye factores que han adquirido creciente protagonismo en los últimos años.

La creciente visibilidad que han adquirido una serie de grupos sociales vulnerados, que responden a diversas relaciones de subalternidad que no se explican solo por el binomio capital/trabajo (tales como inmigrantes, niños, niñas y adolescentes, mujeres, los pobres, minorías sexuales, pueblos originarios, personas privadas de libertad, entre otros), ha demostrado que las razones tradicionales que dieron vida al eje izquierda/derecha en Chile comienzan a ser desplazadas, no necesariamente para su completo reemplazo, pero sí para ser complementadas por otras nuevas. Como consecuencia de este proceso de complejización social y de construcción de nuevos actores políticos, la distribución de las definiciones políticas e ideológicas frente a los nuevos clivajes sociales ya no se corresponde pura y simplemente con el eje NuevaMayoría/ChileVamos, que ha monopolizado la política chilena desde 1990<sup>16</sup>. Ello explica que subsistan, a ambos lados del antiguo eje, defensores de la vieja Constitución, especialmente cuando entendemos por tal a una determinada configuración política de las relaciones de poder en una sociedad, sin limitarnos a su texto jurídico. En otras palabras, la

---

<sup>16</sup> Un interesante análisis de este proceso, desde una perspectiva sociológica de acumulación de malestar frente al modelo de desarrollo que denomina “capitalismo de servicio público” (una nueva forma de acumulación capitalista, a partir de la satisfacción parcial de derechos sociales por medio de empresas privadas, con financiamiento estatal), en Ruiz (2015), especialmente pp. 127 ss.

oposición a una *nueva* constitución también debe ser entendida como una defensa de la actual estructura de las relaciones de poder en el seno de la sociedad, donde los sectores privilegiados se distribuyen transversalmente a lo largo del eje NuevaMayoría/ChileVamos, siguiendo distintos patrones y clivajes sociales que trascienden a esa lógica binominal.

En ese sentido, los sectores privilegiados por la constitución política de la sociedad, aquella configuración que se proyecta desde el texto constitucional hacia la comunidad política, se distribuyen con independencia de si son opositores o adherentes de la dictadura, liberales o conservadores en materias de moral sexual, individualistas o no en materia de libertad individual. Se trata más bien de las definiciones ideológicas de la clase dirigente en torno al pleno reconocimiento de los derechos de una serie de grupos que se encuentran en condición de subalternidad y en cuyos respectivos clivajes sociales se encuentra, casi sistemáticamente, en situación de privilegio. Ello obliga a reconsiderar el contenido de ese discurso opositor, pues una serie de representantes de la voluntad popular está participando de un espacio público de deliberación democrática, pero no necesariamente en representación de la soberanía popular, sino para la defensa de intereses particulares, para la defensa de sus propias posiciones de privilegio, de sus propias condiciones materiales de vida.

### ***iii.* La incidencia de las condiciones materiales de vida de los actores del proceso**

Llegados a este punto, parece necesario considerar la relación que existe entre el discurso más o menos favorable a una *nueva* constitución y las condiciones materiales de vida de quienes lo sostienen. Se trata de una clave importante para comprender la configuración de la cuestión constitucional y de las distintas perspectivas que se construyen en torno a ésta. Así, no es solo en clave liberal/moderna que se puede entender la evolución de la historia constitucional chilena, ni su *cuestión constitucional*. Es decir, la clave de inteligibilidad de lo constitucional no se agota en las clásicas estructuras discursivas que han explicado, justificado y legitimado el ejercicio del poder desde las llamadas revoluciones burguesas. Estas han sido fundamentales en la construcción de las teorías que sustentan las actuales estructuras jurídicas que regulan el poder en el moderno Estado de Derecho, pero han sido insuficientes para dar cuenta de la evolución que ha mostrado la historia institucional de Chile, especialmente la sucesión de las clásicas etapas que identifica la historiografía tradicional.

Es posible identificar una clave material, materialista, que atraviesa la historia constitucional chilena y que, a mi juicio, no solo ha marcado importantes cambios de ciclo en ella, sino que se encuentra presente todavía hoy. Hay una dimensión fundamental para la estructura de las relaciones de poder que no se juega solo en el diseño político/institucional – que generalmente ocupa un lugar privilegiado en las preocupaciones de políticos y constitucionalistas–, sino en la titularidad del poder económico y en la forma en que este condiciona la estructura de las demás relaciones sociales, atravesadas por el poder. Se trata de un conflicto que atraviesa la historia constitucional chilena: uno de carácter material, teñido por el conflicto de clase, donde las tensiones por el ejercicio del poder político esconden el verdadero objeto en disputa: el poder económico. En otras palabras: la disputa por el poder político ha tenido como objetivo, en definitiva, la obtención, recuperación o conservación del poder económico. El golpe de estado de Pinochet es, finalmente, un alzamiento orquestado para proteger los intereses económicos de terratenientes, banqueros y grandes empresas mineras extranjeras, con la convicción inagotable de la Armada y el auxilio de las fuerzas armadas en bloque. Este elemento es una constante que atraviesa la historia de Chile, en una serie de hitos bélicos a lo largo de los siglos XIX y XX, constitutivo, asimismo, de la crisis de legitimidad de la actual Constitución.

Así, por ejemplo, la corrupción que afecta a diferentes sectores de los representantes políticos y que viene siendo avisado hace años, marca el contexto desde el cual se desarrolla el proceso constituyente que actualmente vive el país. Quienes tienen voz en la discusión pública sobre la nueva Constitución, la ejercen desde aquí, desde una realidad material marcada por estas contingencias. Este factor no puede ser desconocido, por una sencilla razón: la actual estructura institucional ha permitido que estas personas, que han devenido en agentes políticos, accedan a un estatuto de privilegio que les ha permitido acumular poder, pero no solo político, también económico (o, en su defecto, participar de los beneficios de dicha acumulación). Lo propio sucede con una serie de agentes políticos que se han visto personal y económicamente beneficiados con el diseño institucional de la dictadura, especialmente con el establecimiento de un sistema mercantilizado para la garantía y satisfacción de los derechos sociales. Salud, educación y seguridad social se han convertido en importantes industrias que mueven miles de millones de dólares cada año y que han extendido sus redes hacia la clase dirigente. En los últimos años hemos logrado comprobar que parte importante de esos dineros van a parar a bolsillos de quienes participan en el diseño y revisión

de esos modelos, así como en sus eventuales reformas, ya sea a través del financiamiento irregular de la actividad política, ya sea porque muchos integrantes de la clase dirigente participan en la propiedad o administración de estas empresas. Los ejemplos sobran; quizá los más emblemáticos sean la presencia de políticos en los directorios de AFP<sup>17</sup> o en la propiedad y gestión de las universidades-empresa<sup>18</sup>.

Ello prácticamente los priva de cualquier estímulo para cambiar el actual diseño institucional, precisamente porque lo experimentan en clave de privilegio, no en clave de derechos ni, mucho menos, en clave de necesidad. Este tipo de consideraciones nos permite concluir que no basta con discutir, en abstracto, el diseño institucional para el ejercicio del poder o de la protección de los derechos fundamentales. Un nuevo diseño, efectivamente democrático, debiera incorporar la clave materialista en su propuesta de solución, es decir, considerar cómo los objetivos del diseño institucional del poder político, así como del sistema de protección de los derechos de las personas, se ven afectados por la excesiva concentración del poder económico, tanto para la debida protección de los derechos de los sectores vulnerados, como para una adecuada representación de la voluntad política del pueblo soberano. El desafío es analizar la situación actual desde las prácticas políticas que configuran, por ejemplo, la cuestión constitucional, caracterizando cómo aquellas configuran el diseño institucional actual, y no solo desde las categorías abstractas diseñadas, por ejemplo, por la teoría constitucional. Es necesario comprender el fenómeno en su conjunto para desarticular aquellas condiciones institucionales que, habiendo dado paso a determinadas condiciones materiales de existencia, han facilitado la configuración de privilegios para unos pocos subvirtiendo, por ejemplo a través de su mercantilización, la dimensión emancipatoria que podrían tener los derechos fundamentales.

Del mismo modo, cuando ciertos discursos se orientan a rechazar las llamadas *vías no institucionales*, es fundamental considerar desde qué contexto material se formulan. En efecto, los sujetos que sostienen estos discursos dejan en evidencia, en definitiva, su intención de retener el poder que ya tienen para decidir sobre el contenido de instituciones políticas y del orden institucional. Los discursos políticos no se verifican en el vacío. Se encuentran

---

<sup>17</sup> <http://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/chile/2016/08/14/la-puerta-giratoria-40-exministros-vinculados-al-negocio-de-las-afp.shtml>

<sup>18</sup> <http://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2012/06/26/m-o-monckeberg-revela-red-de-empresarios-politicos-y-hombres-publicos-detras-del-lucro-en-la-educacion/>

determinados y condicionados materialmente por nuestras condiciones de vida, por lo que no es casualidad que la defensa de las llamadas *vías institucionales* venga de personas que trabajan en las instituciones del Estado, o bien, las asesoran. Así como no es casualidad que la defensa de las (mal) llamadas *vías no institucionales* surja, precisamente, desde la sociedad civil, es decir, de espacios que no tienen compromisos políticos o económicos con el poder institucionalizado. El surgimiento de demandas sociales levantadas desde la propia ciudadanía, da cuenta de la incapacidad de las formas tradicionales de representación para canalizar los discursos críticos que se han gestado en el seno de la comunidad. Respecto a la cuestión constitucional, la experiencia del movimiento ciudadano #MarcaTuVoto (que llamó a marcar el voto en las elecciones presidenciales de 2013, con las siglas “AC”) es un buen reflejo de ello (Contreras y Coddou, 2014).

No es casualidad que el discurso mejor articulado contra las propuestas de la sociedad civil, especialmente en el tema constituyente, proviniera de las autoridades constituidas<sup>19</sup>. Ello denota la fractura sistémica entre las instituciones y el pueblo, una fractura marcada por quienes monopolizan el ejercicio del poder y quienes lo reivindican desde la soberanía popular; por quienes tienen o no, en definitiva, poder económico. Se trata, en todo caso, de una fractura que ya fuera anunciada en los orígenes del constitucionalismo moderno, a fines del siglo XVIII, cuando liberales y radicales discutían sobre el tipo de democracia y el diseño institucional para el control del ejercicio del poder: mientras liberales defendían el modelo de *check and balances* para establecer controles cruzados entre los órganos y poderes del Estado, radicales preferían la existencia de controles exógenos por parte del pueblo, para evitar que, al separar al pueblo de las instituciones, el Estado de Derecho terminara convirtiéndose en el gobierno de unos pocos<sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup> La polémica surgida, especialmente durante la campaña presidencial de 2013 y la iniciativa #MarcaTuVoto, puede seguirse aquí: <http://www.pcontreras.net/blog/category/marca%20tu%20voto>

<sup>20</sup> La oposición de Madison (*El Federalista N° 49*) a las propuestas de Jefferson da cuenta de esta disputa.

### 3. Expectativas para un proceso *exitoso*

#### *i. Superar la constante reivindicación social por una constitución legítima*

La *cuestión constitucional*, ese conflicto que afecta gravemente a la legitimidad del ordenamiento constitucional vigente, no puede explicarse solo desde la dimensión jurídico-formal de la Constitución: es fundamental incorporar la dimensión política de lo constitucional. Es decir, no es en clave de legalidad que se puede comprender este problema, sino en clave de legitimidad. Esto que parece una obviedad, un aspecto central en la identificación del diagnóstico, ha sido reiteradamente preterido por quienes se han erguido en defensores del proyecto político de la dictadura, argumentando que unas cuantas reformas constitucionales bastarían. Construir el discurso público en clave estrictamente jurídica, es decir, como si la *cuestión constitucional* solo afectara la dimensión jurídico-textual de la Carta, puede significar varias cosas: por lo pronto, puede reflejar una incapacidad para comprender la complejidad del fenómeno constitucional, o bien, la intención de reservar dicha comprensión para el discurso privado (es decir, o no entienden el problema, o lo entienden a tal punto, que su mejor estrategia es desviar el foco de la discusión hacia cuestiones que pueden parecer más bien adjetivas). Pero también puede ser una manifestación de un fenómeno más complejo y extendido, propio del paradigma jurídico moderno: la negativa a reconocer que, ante conflictos que tienen una potencia constituyente, la racionalidad jurídica cede frente a la decisión política.

Aunque pueda sonar contradictorio con el contenido de la reivindicación histórica contra la Constitución de 1980, su principal problema no es la ausencia de legitimidad de origen. La Constitución vigente es (evidente e incuestionablemente) ilegítima, pero la pregunta clave es por qué, cuál es el fundamento de su ilegitimidad. Por otro lado, la discusión tampoco se zanja argumentando una eventual legitimación de ejercicio luego estos largos años. El dilema central es por qué, a pesar de ese ejercicio protagonizado por la vía reformista, la ilegitimidad sigue siendo un tema vigente y relevante. De alguna manera, el fracaso de la reforma constitucional de 2005 también demuestra que la ilegitimidad de origen de la Carta no permite explicar todas las aristas del problema. Si el asunto mantiene su vigencia, se debe a que algo esconde la ilegitimidad de la Constitución: un pueblo que, finalmente, no la reconoce como propia, precisamente porque sus reglas le imponen formas espurias para el agenciamiento de su poder político. Creo que solo formulando adecuadamente el problema podremos identificar

una solución satisfactoria. Si su origen ilegítimo en dictadura no es un criterio suficiente para explicar su ilegitimidad, es necesario establecer cuál podría serlo.

En efecto, el problema de la Constitución radica en su legitimidad, tanto en su origen como, principalmente, en su ejercicio. En un contexto de Guerra Fría, la Constitución del '80 se salió del cauce que caracterizaba al constitucionalismo chileno, principalmente el que venía mostrando la Carta de 1925: dejó de ser una guía marco para la conducción del país y fue instrumentalizada para implementar cierto proyecto político; asimismo, sus instituciones fueron diseñadas para su defensa (como ya se explicó en I.i). La Constitución se transformó, en definitiva, en un programa de gobierno partisano, uno que junto con desplegar su contenido, es protegido ante los cambios sociales mediante un diseño institucional que obstaculiza la deliberación democrática.

Aquí radica la más grave de las ilegitimidades que aquejan a la Constitución: ha dado paso a una práctica constitucional y política absolutamente sometida y condicionada por las opciones políticas impuestas luego del Golpe de 1973, hoy naturalizadas. Es una Constitución que reemplaza a la deliberación democrática, cercenando la participación ciudadana y obligando a las mayorías a jugar en una cancha dispareja. Al impedir que la deliberación democrática pueda traducirse en decisiones institucionales destinadas a implementar políticas públicas que respondan a concepciones políticas distintas de las que lograron imponerse durante la dictadura, el sistema constitucional logra neutralizar (Atria, 2013) la potencia transformadora que pudieron haber encarnado las ideas de los opositores a la dictadura. Desde esta perspectiva, la Constitución del '80, en tanto programa de gobierno, fue exitosa: ha logrado proteger los pilares fundamentales del modelo de sociedad impuesto desde 1973 que, salvo algunas reformas más o menos significativas, se han mantenido vigentes hasta hoy. Ello explica, entre otras cosas, la dura crítica que parte importante de la sociedad civil levanta contra quienes han sido sindicados como administradores del modelo de la dictadura, pues aquella potencia transformadora se fue apagando durante los años de la transición. La supuesta modernización que se habría verificado desde 1990, ha estado condicionada por dos grandes cuestiones: *i.* el consenso al interior de una clase dirigente que aceptó el ordenamiento constitucional de la dictadura como una regla por defecto, y *ii.* un modelo desarrollado de espaldas al pueblo, sin que éste pudiera revisar sus términos o sus premisas; si la hubo, la



chilena fue una modernización no democrática, sin el pueblo, determinada por las decisiones de la clase dirigente, muchas veces en su propio beneficio.

El sistema constitucional chileno en su conjunto –no solo la Constitución– estará amenazado por la ilegitimidad mientras la democracia no pueda desplegarse en toda su magnitud y refleje (dentro de lo que permite la ficción de la democracia representativa y de la soberanía popular, en el contexto de una sociedad plural y de masas) el sentir de la comunidad política que lo legitima. Este es el *missing link* entre normatividad y facticidad del que habla Böckenförde, cuando señala que “ningún ordenamiento jurídico se sustrae a la necesidad de fundarse y legitimarse a partir de datos prejurídicos” (2000: 160). No se trata de explicar el vínculo entre el ordenamiento constitucional vigente y el inmediatamente anterior (o, como en el caso chileno que nos convoca, con el ordenamiento siguiente), como erradamente han insistido algunos defensores del proyecto político de la dictadura, así como quienes, quizá sin advertirlo, han concurrido en la oposición a un proceso constituyente, sosteniendo un discurso funcional a dicho proyecto. Pierden de vista que la legitimidad de una *nueva* constitución, así como del ordenamiento jurídico que deriva de ella, no depende de que se respeten las normas constitucionales vigentes para su redacción/adopción, precisamente porque existe una diferencia sustantiva entre *constituir* y *reformar*: mientras “reformar” es un verbo que transita desde lo jurídico hacia lo jurídico (que es, precisamente, lo que sucede con una reforma constitucional o legal, pues la norma jurídica reformada da paso a otra norma jurídica, sin que se verifique una modificación ontológica en el tránsito de *reformar*), “constituir” representa un tránsito que, desde el punto de vista de lo jurídico, se verifica desde la nada normativa. Eso que se constituye proviene, mirando retrospectivamente desde aquello que ya ha sido constituido, de la nada; es decir, de una decisión política que no depende de las reglas jurídicas previamente vigentes, sino de la decisión del sujeto debidamente legitimado para ello. Esa *nada* no es, evidentemente, un conjunto vacío, pero la idea permite evidenciar la interrupción en la cadena de legitimidad que representa el nuevo ordenamiento respecto del viejo y el inicio, en consecuencia, de una nueva relación de legitimidad: su legitimidad no emana de este, sino que de un espacio de deliberación y decisión política ajeno a la dimensión jurídica de la constitución vigente: “se trata de una magnitud política real que fundamenta la validez normativa de la Constitución” (Böckenförde, 2000: 162).

La decisión constituyente se encuentra separada del ordenamiento jurídico vigente, precisamente porque éste responde a un estado de cosas con el que dicha decisión pretende terminar; por eso es que “el sujeto constituyente ha de ser él mismo capaz de lograr la proeza de crearse a sí mismo, fundando su propia legitimidad. Y esto no ocurre con aquellos sujetos cuya existencia y cuyo poder están ya previstos en la hegemonía existente” (Muñoz, 2015: 164). Su contenido es inconmensurable desde categorías exclusivamente jurídicas, ya que corresponde a esa dimensión estrictamente política donde un pueblo decide darse a sí mismo una determinada ordenación jurídica, (re)constituyéndose como sujeto político a la luz de ese nuevo orden.

Así, la clave de ese *missing link* radica en la relación que existe entre un ordenamiento constitucional y el pueblo que lo legitima, donde el nuevo ordenamiento constitucional puede ser ilegítimo en la medida que provenga de un acto de fuerza ajeno al pueblo, que restrinja gravemente el ideal democrático del autogobierno, o bien, puede ser legítimo en la medida que provenga del pueblo, o bien, si le permite desplegar libremente formas propias de agenciamiento político. Es el caso de la Constitución de 1925, ya que si bien surgió en un contexto de facto, ilegítimo, contaba con un diseño institucional respetuoso de la voluntad popular. Asumir que este factor también es parte de lo constitucional, supone alejarnos de la aproximación exclusivamente normativista del fenómeno constituyente y abrirse epistémicamente a nuevas condiciones de posibilidad políticas. Es decir, siendo conscientes de lo difícil que es darle viabilidad política a un momento propiamente constituyente al interior de la elite política, dado el riesgo que supone para sus propias posiciones de poder, la forma en que se construye esta *razón pública constituyente* no puede ser cooptada por la política contingente. En efecto, ello supondría clausurar operativamente dos planos discursivos que, en una democracia representativa, debieran operar de forma complementaria: aquel plano teórico en que el pueblo es el titular originario del poder político y, en consecuencia, del poder constituyente y, por su parte, el plano de una política contingente y partisana, donde los intereses representados tienden a diluirse en los propios intereses de los representantes. El agotamiento de la vía reformista y su imposibilidad de superar satisfactoriamente la cuestión constitucional, da cuenta de que es fundamental terminar con las viejas fórmulas institucionales utilizadas hasta ahora y abrir la participación política de la ciudadanía, que lleva años reclamando por el legítimo y efectivo ejercicio de sus derechos de participación.

De esta manera, el desafío de una nueva Constitución radica, precisamente, en garantizar el libre ejercicio de los derechos políticos de los ciudadanos y del derecho de autodeterminación del pueblo, en garantizar su agenciamiento político. Este modelo llamado *democracia constitucional* supone, por cierto, que una Constitución pueda establecer ciertos márgenes y límites para la deliberación política y democrática. En ningún caso, un texto constitucional puede llegar al absurdo de cercenar dicha deliberación, identificándose con una de las concepciones de sociedad en disputa –como ha sucedido en Chile, cuya constitución protege cierto proyecto político partisano de sociedad. Una Constitución debe garantizar la autonomía política de todos los individuos y sujetos políticos que componen una comunidad, para que todas las concepciones políticas en disputa puedan desplegarse libremente y en condiciones de igualdad, sin que la eventual hegemonía de alguna de ellas devenga en la opresión del resto. Es decir, un ordenamiento jurídico que no replique las opresiones estructurales y garantice, por esa vía, el igual ejercicio de los derechos de participación; habilitando la democracia, no solo encausándola.

Esta discusión, acerca de aquellos límites constitucionales a la democracia que podemos concebir como compatibles con la *democracia constitucional*, estuvo ausente del constitucionalismo chileno por largas décadas. En el último tiempo se ha visto cómo ciertos sectores de la doctrina nacional han mostrado preocupación por uno de los aspectos de este problema: el sentido que tiene el reconocimiento constitucional del principio democrático, así como la efectiva garantía del ejercicio de los derechos políticos como dimensión de la igualdad. Una línea eventualmente transversal a estos estudios dice relación con la revaloración de la dimensión popular del principio democrático, complementando lo que ha sido la aproximación tradicional hacia su dimensión institucional; es decir, desde la comprensión de que el principio democrático no se agota en su manifestación político-institucional sino que, por el contrario, su plena realización debe construirse desde las condiciones materiales y normativas de ejercicio de los derechos políticos, especialmente en clave de participación ciudadana. Uno de los desafíos del sistema político es, frente al proceso constituyente, desembarazarse de las viejas comprensiones de lo constitucional, preferentemente normativistas e institucionales, para acercarse progresivamente hacia formas discursivas más complejas para la comprensión del fenómeno.

Desde esta perspectiva, parece claro que la superación de la persistente cuestión constitucional, alimentada por la ilegitimidad de la constitución vigente, solo será posible abriendo radicalmente los canales de comunicación entre la participación ciudadana y la institucionalidad estatal, pues mientras se siga estudiando y observando el fenómeno político sólo desde su dimensión institucional, desde las formas jurídicas que regulan el ejercicio del poder, la crisis de legitimidad subsistirá. La superación de esta crisis no depende de la elaboración de nuevas formas constitucionales que se separen del proyecto de la dictadura. La historia reciente muestra que la vía reformista iniciada en 1989 se encuentra agotada. Es necesario incorporar en este proceso constituyente la dimensión política de la *nueva* constitución, es decir, comprender que son necesarias nuevas formas de agenciamiento político del pueblo, nuevas formas de construcción de la voluntad general, de poder popular, que modifiquen las actuales relaciones de poder todavía condicionadas por las opciones políticas tomadas en dictadura.

## **ii. Constituir más que la norma superior del ordenamiento jurídico**

Esta incorporación de lo político en la comprensión del fenómeno constitucional, y muy especialmente en el marco de un proceso constituyente, es fundamental no solo para abarcar adecuadamente sus diversas aristas, sino para superar con éxito la cuestión constitucional que aqueja a Chile. Sabemos que una Constitución no constituye sólo Derecho; no da paso solamente a la conformación de un ordenamiento jurídico jerarquizado. El hito constitutivo también da paso a una determinada forma de organización del pueblo como sujeto político, a una comunidad política que se reconoce a sí misma en aquel orden y, a la vez, lo reconoce como propio. Es decir, la comunidad política se da a sí misma las reglas para su configuración como sujeto político, como pueblo, a partir de las cuales podrá desplegar de manera autónoma y en el marco de la democracia representativa, su poder político.

Sin embargo, este aspecto en particular es una de las principales deudas del ordenamiento constitucional vigente: la sociedad no se reconoce en él, ni lo reconoce como propio, precisamente porque las formas a partir de las cuales se ha institucionalizado el ejercicio del poder popular, no le permiten a su titular ejercerlo en condiciones de autonomía. Desde esta perspectiva, Chile necesita un hito constituyente, cuya potencia simbólica sea capaz

de zanjar la crisis de legitimidad de lo constitucional y permita, junto con constituir un ordenamiento jurídico legítimo, la plena manifestación de la propia comunidad política. Un hito a partir del cual sea posible constituir un espacio de deliberación política que permita canalizar los conflictos políticos propios de la vida en democracia (Mouffe, 2003), sin invisibilizarlos ni reprimirlos. Un proceso de rearticulación del poder popular que dé paso a una nueva constitución política de la sociedad, es decir, a una nueva estructura de relaciones de poder, que pueda ser regulado en una nueva Constitución.

De esta manera, a pesar de los esfuerzos a la clase dirigente por encauzar la discusión pública hacia los contenidos de una nueva Constitución (precisamente porque con esa estrategia garantizan la persistencia del *statu quo* que, para estos efectos, supone persistir en la vía reformista), es evidente que existe un vínculo entre forma y fondo, entre los contenidos y el mecanismo, en especial cuando la forma que se promueve supone establecer un espacio de participación y deliberación ciudadana inédito. El contenido de la nueva constitución, entendida tanto en su dimensión jurídica como política, depende de manera absoluta e incuestionable de los sujetos que participen en el proceso constituyente, de los intereses que estos representen y del grado de incidencia que cada cual tenga a lo largo de todo el proceso. Así, la dimensión jurídica de lo constitucional está caracterizada por la presencia de una serie de enclaves o trampas, cuya desarticulación parece cada vez más necesaria para el despliegue democrático del poder político en su dimensión institucional.

Sin embargo, ello no basta para contar con una nueva constitución, pues también es necesario desarticular aquellas relaciones de dominación que caracterizan a la sociedad chilena actual y que forman parte de la identidad de la constitución actual, pero ahora en su dimensión política. Para la disolución efectiva de esas relaciones de dominación, no es suficiente con reformar la dimensión jurídico-formal de la constitución y esperar a que la política institucional contribuya con lo que, en teoría, le corresponde. Es fundamental que esas relaciones puedan ser reconfiguradas desde el propio pueblo, construyendo nuevas estructuras de poder desde la misma práctica política de estas comunidades. La dimensión constitutiva que estas prácticas políticas emancipatorias dependerá del tipo de poder político que se logre ejercer, así como de la incidencia que puedan conseguir en la elaboración de la nueva constitución.

### ***iii. Generar, efectivamente, una nueva Constitución***

En razón de lo anterior, me parece claro que la posibilidad de referirnos a una nueva constitución no dependerá de cambios a nivel jurídico formal. Es decir, lo nuevo no puede ser entendido a través de las categorías conceptuales que han configurado la vía reformista desde 1989, donde solo ha tenido cabida la dimensión jurídica de lo constitucional, dejando fuera la dimensión política, especialmente aquella a través de la cual se explica el ejercicio del poder político no institucionalizado. Y no solo porque aquella sea una política (institucional) neutralizada, como bien ha sostenido Atria (2013) y he respaldado previamente (Bassa y Salgado, 2015), sino porque existe un diseño institucional que, neutralizado o no, sigue siendo beneficioso para cierto tipo de sujetos políticos (privilegiados en la actual forma de existencia política de la comunidad), en desmedro de aquellos que sostienen la actual reivindicación constituyente.

En efecto, la crisis de legitimidad de lo constitucional no se agota en las trampas que han impedido el gobierno de las mayorías, sino que trasciende a las propias formas de agenciamiento político y, en consecuencia, de representación política que permiten explicar la relación que existe entre el pueblo como sujeto político –con toda la complejidad conceptual que se esconde detrás del término– y sus representantes. En otras palabras, la imposibilidad de la Concertación/Nueva Mayoría para encarnar las demandas democratizadoras del pueblo, luego de terminada la dictadura, no se explica solo por el diseño institucional que le daba veto a la derecha y el poder de tutelaje a las fuerzas armadas. Se explica, también, por la forma en que el movimiento social sufrió/experimentó un proceso de desarticulación y, luego, por cómo sus intereses y necesidades, especialmente los intereses de los grupos subalternos, fueron postergados por quienes, al menos formalmente, estaban llamados a ser sus representantes. Su poder político fue significativamente mermado, mientras se consolidaban formas de agenciamiento político que, sin representar la voluntad soberana, proyectaron las estructuras de poder económico, ya existentes en la sociedad, hacia la institucionalidad estatal. Una forma de gobernabilidad que reduce la democracia a rutinas de decisión electoral, relativas a la administración de lo ya existente, no a sus alternativas reales (Ruiz, 2015: 91-92).

Así, la crisis de legitimidad del ordenamiento constitucional vigente no se limita al despliegue del poder político en la institucionalidad estatal. La crisis es más profunda, en la

medida que el actual diseño institucional permite una representación parcial de los intereses y necesidades de la sociedad, postergando a una serie de sujetos políticos a una relación de subalternidad, respecto de aquellos sujetos que sí encuentran cabida a la protección de sus intereses en la institucionalidad actual, en otras palabras, que sí cuentan con canales de participación y de representación. Esas categorías subalternas no solo son víctimas de las trampas de la constitución; también son víctimas de la estructura de poder político que caracteriza a la sociedad chilena actual. Esas relaciones de dominación no podrán ser disueltas solo reformando la Constitución o eliminando sus trampas, requieren de un momento propiamente *constituyente*, en el cual esos sujetos subalternos sean protagonistas en la reconfiguración de las relaciones de poder de las que forman parte. Y eso no se consigue con instancias formales de participación dirigidas desde la institucionalidad, sino a través de la rearticulación del poder político de los sujetos subalternos, pilar fundamental para que el proceso constituyente derive en una *nueva* constitución. En este sentido, la forma en que los grupos subalternos se configuran a sí mismos como sujetos políticos, a través de la articulación de sus diversas demandas sociales, es fundamental para la construcción del poder popular necesario para protagonizar el momento constituyente. Es a través de esa articulación que un sujeto constituyente logra erigirse como tal, a través de esos espacios de reivindicación y resistencia configurados al margen de la institucionalidad vigente (Muñoz, 2015: 141 ss).

Desarticular los enclaves autoritarios o las trampas de la Constitución jurídica (ley constitucional) podría dar paso a cierto tipo de decisiones institucionales que, ahora sin las formas neutralizadoras que caracterizaron a la transición, permita a los grupos y clases subalternas un agenciamiento autónomo de su poder político (lo que sería una nueva Constitución, pero ahora en sentido material). Pero también podría no hacerlo. En este punto del argumento, parece necesario evidenciar que, con o sin trampas, existen importantes sectores de la sociedad que se mantienen en condición de subalternidad, precisamente porque los mecanismos formales de representación política que caracterizan al Estado moderno, están contruidos sobre criterios de exclusión, razones que no se verifican por igual en toda la población y que impiden, en definitiva, la adecuada representación de los intereses que constituyen la complejidad de las sociedades contemporáneas. En Chile, una sociedad pequeña y con una cantidad importante de grupos subalternos y postergados, los intereses que llegan a conseguir representación institucional tienen un alto nivel de homogeneidad que contrasta con la diversidad que presenta la propia sociedad; dentro de dicha homogeneidad, las diferencias se

evidencian, principalmente, en materias relativas a la moral sexual (la mal llamada agenda valórica) y en el juicio político a la dictadura militar. El resto aparece como un conjunto de materias en las cuales las diferencias parecen ser marginales, como consecuencia de la hegemonía de la política del consenso al centro, tan característica de esta etapa de crisis del Estado social (De Cabo, 2010: 79 ss.) o de pospolítica (Mouffe, 2011: 71 ss).

En otras palabras, al problema de la neutralización política que emana de los enclaves autoritarios o trampas de la Constitución, hay que agregar la forma en que la institucionalidad ha devenido en un aparato para la representación de intereses (preferentemente) de clase, precisamente como consecuencia de la estructura de relaciones de poder que presenta la sociedad chilena. El contenido de este consenso, que tanto se ha enarbolado como característico de la transición chilena, no es más que “la expresión de una hegemonía y la cristalización de unas relaciones de poder” (Mouffe, 2003: 64), un acto de cierre que no responde a la racionalidad de la acción deliberativa, sino a aquello que la dictadura estuvo dispuesta a conceder en las negociaciones de 1989 y que la Concertación se vio obligada a aceptar desde 1990. Un consenso como sustantivo, que reifica el contenido de esos acuerdos y los presenta como racionales, naturalizando determinadas relaciones de poder, y no un consenso como objetivo político: consensuar desde las diferencias (Mouffe, 2011: 129).

Una serie de decisiones legislativas tomadas en los últimos años dan cuenta de cómo los intereses de los grupos hegemónicos han prevalecido por sobre los grupos subalternos, desde la tortuosa implementación de la así llamada gratuidad universal de la educación superior, hasta la cuestionada aprobación del control preventivo de identidad, pasando por una reforma laboral cuestionada por los sindicatos y las propuestas de reforma al sistema previsional, que mantienen su esencia capitalista de acumulación individual. Especialmente respecto de los derechos sociales, la mentada gradualidad ha sido utilizada como una excusa para implementar reformas parciales que no suponen un cambio significativo en la estructura de las relaciones de poder en la sociedad. En educación, por ejemplo, una reforma realmente significativa, que contribuya a modificar la estructura social de poder político, debiera tener por objetivo terminar con la acumulación del capital cultural y político que permite el actual modelo de educación. Mientras el diseño legislativo siga siendo funcional a la acumulación individual del capital que genera la sociedad, en favor de grupos minoritarios, en lugar de optar por una distribución justa y equitativa del mismo, la dimensión política del



fenómeno –aquella en virtud de la cual es posible explicar o constituir relaciones de poder–, seguirá relegando a importantes sectores de la sociedad a una condición de subalternidad.

En este sentido, qué podemos entender por una *nueva* Constitución. Qué factores propios de lo constitucional deben cambiar para que el resultado pueda ser concebido como algo, en efecto, *nuevo*. Los cambios que dan paso a una *nueva* Constitución, ¿se definen en abstracto o a partir de la Constitución chilena vigente, en particular? Ciertamente, no es un asunto que se define exclusivamente desde la dimensión jurídica de la Constitución. La clave de inteligibilidad radica en la estructura de las relaciones de poder que actualmente sostiene la – y sostienen a la– Constitución, es decir, es necesario cambiar las formas constitucionales del poder, por ejemplo, abriendo espacios de participación radical a los grupos sociales que han estado sistemáticamente marginados y sometidos a relaciones de subalternidad (entre otros, pobres, privados de libertad, mujeres, pueblos originarios, minorías sexuales, migrantes, niños, niñas y adolescentes), con el objetivo de asegurar que cuando sea posible tomar una decisión institucional, libre de las trabas de la neutralización propias de la transición, sean las propias clases subalternas las que puedan decidir autónomamente, sin tener que esperar que representantes generados en instancias ajenas a su participación lo hagan por ellas. Esas nuevas formas de representación –sin la cual es impensable la acción política colectiva– deberán desplegarse libres de relaciones de dominación, desde prácticas sociales de auto organización que evidencien su comprensión como sujetos libres.

Para que un eventual momento constituyente dé paso a una relación de fuerzas de poder político diferente de la actual, se requiere de la participación de otro tipo de sujetos políticos, no de quienes se ven inmediata y materialmente privilegiados con la actual correlación de fuerzas políticas (como ha sucedido a lo largo de la llamada vía reformista, marcada por los hitos de 1989 y 2005), sino por quienes no ven este orden como fuente de privilegios o, incluso, por quienes son derechamente *perjudicados* por éste. En otras palabras, si el proceso constituyente actualmente en curso lo vuelven a monopolizar quienes son hoy privilegiados por la actual estructura de relaciones de poder, proyectarán su estructura de privilegios sobre el futuro ordenamiento constitucional, modificando sólo las reglas constitucionales, más no la Constitución política. Así, tal como en 2005, la decisión no será propiamente constituyente, precisamente porque no permitirá alterar las relaciones de poder que siguen relegando a la subalternidad a la mayoría de la población. Se trata de momentos de

cambio constitucional en los cuales no hubo ningún intento por realizar una lucha contrahegemónica destinada a transformar las relaciones de poder (Muñoz, 2015, habla de momentos de legitimación concertacionista de la Constitución transicional: 123-139). La clave de la *novedad* radica en abrir radicalmente los espacios de participación política, para que la futura estructura normativa que regule –y establezca– las *nuevas* relaciones de poder, tanto al interior de la institucionalidad estatal como entre las personas (por ejemplo, en la forma en que ejercemos los derechos fundamentales), sea coherente con aquella estructura de relaciones de poder en la cual, libremente, estaríamos dispuestos a participar como una comunidad política libre.

Así, puestos a debatir sobre cómo el poder político adquiere forma jurídica a través de una decisión constituyente, la pregunta central debiera ser formulada en clave de sujetos políticos y no solo desde la forma institucional del poder. En otras palabras, qué tipo de sujetos debiera participar de este momento histórico para que pueda ser llamado *constituyente*, es decir, para que de él surja, efectivamente, una estructura jurídica y política nueva en el sentido de diferente de la actualmente vigente. Ello supone evidenciar que la actual estructura de poder de la sociedad es el resultado de una serie de prácticas contingentes monopolizadas por la élite dirigente que, configuradas desde 1973, que alcanzado un importante grado de sedimentación.

Para ello, es fundamental pensar el momento constituyente chileno como un proceso político e histórico situado en un determinado contexto, sin limitar la construcción discursiva a las abstractas categorías conceptuales que han acompañado la idea de poder constituyente desde que fuera acuñado durante las revoluciones burguesas del siglo XVIII. En Chile, las prácticas políticas que acompañan al modelo institucional denominado Estado de Derecho, dan cuenta de una evidente matriz de autoritarismo político, cuyas huellas se pierden en la historia colonial pre-republicana y se proyectan con fuerza hacia los siglos XIX y XX. No solo es posible trazar la construcción de una epistemología autoritaria en la formación de la cultura jurídica chilena (cuestión que he abordado en Bassa, 2013); la evolución de nuestra propia institucionalidad se encuentra marcada por una periódica sucesión de guerras civiles, golpes de estado, intentonas golpistas, alzamientos populares, matanzas obreras, el sometimiento de la Araucanía.

Asimismo, el influjo colonial no se encuentra del todo desarticulado en Chile, tal como lo demuestra la pervivencia del conflicto que el Estado de Chile mantiene con los pueblos originarios, especialmente con el pueblo mapuche. En nuestro país existe una matriz cultural originaria que ha sido sometida a la cosmovisión occidental impuesta durante la colonización de América. Formas originarias de configuración de relaciones de poder fueron desconocidas, suprimidas y reemplazadas, primero por los colonizadores y luego por las élites que impulsaron la construcción de las jóvenes repúblicas, quienes impusieron categorías conceptuales provenientes de un incipiente constitucionalismo moderno, europeizante y androcentrista. Estos dos momentos históricos, en los que las formas culturales originarias fueron desconocidas y perseguidas, son piedras angulares en la actual configuración de las relaciones de poder político en el seno de la sociedad y contribuyen de una manera importante en esa constitución política de la sociedad contra la cual parecen manifestarse importantes sectores de la comunidad política. Este dato es fundamental para enfrentar el debate constituyente en el país, pues esos principios del constitucionalismo liberal no se materializan de la misma forma para todos los sectores de la sociedad, generando estadios de subciudadanía, para quienes los derechos son una promesa incumplida, y estadios de sobre ciudadanía, para quienes los derechos devienen en crudos privilegios (Medici, 2013: 64-66).

Comprender que constituir significa revisar críticamente las actuales estructuras de las relaciones de poder en la sociedad, para dar paso a una nueva forma jurídico-institucional de organización del poder político, tanto a nivel estatal como social, requiere *i.* evidenciar el punto de partida desde el cual se enfrenta el desafío constituyente, asumiendo el carácter situado del proceso histórico y de la reflexión política que lo acompaña, y *ii.* considerar cómo es posible desarticular aquellas relaciones políticas opresivas o de dominación que impiden un agenciamiento político de los pueblos libre y autónomo de las élites dirigentes. Ello supone abordar el desafío, contracultural en un modelo de acumulación capitalista, de terminar con el proceso de acumulación del poder político que favorece a las élites y de avanzar en un modelo institucional que permita la distribución del poder social, especialmente en favor de grupos que llevan décadas y siglos en condiciones de subalternidad.

Ello supone un tipo de participación constituyente que rompa con las prácticas políticas típicas de las últimas décadas, radicalmente abierta a nuevos sujetos, nuevas prácticas y nuevas epistemes. Sin embargo, ello requiere identificar aquellos dispositivos que han

permitido una determinada comprensión de lo constituyente, para que las nuevas formas de participación –en caso de verificarse– no repitan dichas formas. Antes de retomar esa lucha por lo constituyente, revisaremos algunos elementos que dan forma al estado actual de cosas.

## **CAPÍTULO II. EL AUTORITARISMO EPISTÉMICO DETRÁS DEL PODER CONSTITUYENTE MODERNO**

El período de las revoluciones burguesas confirma la transformación que experimenta la fundamentación teórica del ejercicio del poder. Hacia fines del siglo XVIII, y tras un par de siglos de evolución, se consolida un proceso de secularización, donde la fuente de legitimidad del poder político desciende progresivamente –aunque con algunos retrocesos– desde Dios hasta el pueblo; así, la idea del origen divino del poder monárquico es reemplazada por la soberanía popular. Uno de los principales hitos de este proceso se verifica cuando se acuña el término poder constituyente, en el marco de las revoluciones burguesas, en virtud del cual la fuente originaria del poder político se residencia en la comunidad que crea y legitima su propio ordenamiento jurídico. Así, la doctrina moderna del poder constituyente es una transposición de cómo Bodin pensó la soberanía del monarca, pero al pueblo, generando con ello una voluntad indivisible e ilimitada, la que es recogida y formulada por Sieyès (Noguera, 2017: 35).

El concepto de poder constituyente nos lleva a una de las claves teóricas del Derecho moderno: la necesidad de justificar su legitimidad. La sola existencia de la norma positiva ya no es suficiente para exigir su aceptación y obediencia por parte del pueblo; como una reacción ante el sistema normativo del Antiguo Régimen, el Derecho que surge luego de las revoluciones burguesas requiere el reconocimiento y aceptación por parte de la comunidad a la cual se aplica. Es a partir de esta apropiación del ordenamiento jurídico por la comunidad –en cuya generación ha participado directa o indirectamente– que el Derecho moderno constituye un modelo de regulación normativa distinto de aquel que vino a reemplazar. Así como el estatuto jurídico de la persona basado en el modelo de privilegios dio paso a uno basado en la idea de derechos fundamentales, el Derecho dejó de ser una decisión tomada unilateralmente por algún monarca unipersonal y pasó a ser concebido como el resultado de un proceso deliberativo y racional, en el cual participaba (con una

intensidad creciente en los siglos venideros) la comunidad política a través de sus representantes.

Este hito transformador se verifica en un doble sentido: por un lado, refuerza la dimensión política tanto del ordenamiento jurídico como de su proceso de generación; por el otro, evidencia cómo la estabilidad y vigencia del Derecho depende de si la comunidad lo reconoce como propio o no (no así su validez formal). En esta formulación moderna, el elemento clave es que luego de constituir, el poder constituyente desaparece (Noguera, 2017: 36; Atria, 2006: 62). Sin embargo, es desde este último punto que puede abordarse, a mi juicio, cómo pervive la magnitud del poder político manifestado en el momento de ruptura constituyente, junto al ordenamiento jurídico que ha creado, incluso con posterioridad a dicho hito históricamente determinado. En efecto, la legitimidad de un ordenamiento, es decir, la posibilidad de una vigencia normativa efectiva de sus disposiciones, depende de la voluntad de obediencia, la que un pueblo –especialmente en la concepción antropomórfica moderna– solo manifiesta hacia las normas que acepta como propias. Dicha necesidad de reconocimiento, de apropiación, de legitimidad en última instancia, es permanente y coexiste con el ordenamiento jurídico, pero solo puede ser satisfecha si proviene de la propia comunidad. Ahora bien, dada la pluralidad y complejidad de las sociedades contemporáneas (en las cuales coexisten diversos planes de vida y concepciones del mundo y de la justicia que, a su vez, generan diversos grados de tensión y de conflicto), la legitimación del ordenamiento jurídico se verifica en un contexto histórico de diversidad política y cultural que, a su vez, da cuenta del ‘desorden’ constitutivo del ‘orden’ vigente, combinación que permitió poner término al ‘orden’ anterior. Ese ‘desorden’ –que será combatido a través de las categorías universales y abstractas de los derechos humanos– acoge el conflicto constitutivo de una sociedad (moderna) que emerge desde el pluralismo, que reivindica el ejercicio (parcialmente) igualitario de los derechos políticos y que sienta las bases de la democracia futura.

De esta manera, creo que es posible afirmar que el conflicto político no es solo el hito constitutivo del ordenamiento jurídico, sino que es, a la vez, su propia fuente de legitimidad, que debe recoger y acoger, a riesgo de hipotecarla gravemente si lo desconoce o, peor, lo reprime. El conflicto que se radicaliza en el momento constituyente logra algún grado de encausamiento en ese nuevo ordenamiento jurídico que él mismo constituye. Sin

embargo, dado que ese momento también constituye a la comunidad política, su conflictividad no desaparece (Mouffe, 2011: 128 ss), sino que se mantiene a la base de los futuros (y permanentes) procesos de generación del Derecho, aunque no con la radicalidad de su fuerza destructora/constituyente original. Se trata, en definitiva, de la legitimidad democrática del Derecho emanada de un acto político de ruptura que, a la vez que constitutivo, se proyecta hacia lo constituido.

No es posible desconocer la incidencia del conflicto político en la configuración del orden jurídico. Sus principales instituciones, desde los derechos fundamentales hasta las prácticas políticas que las sostienen, responden a la forma en que determinado conflicto ha sido resuelto (al menos parcialmente) e institucionalizado, dando cuenta de una determinada estructura de relaciones de poder.

Sin embargo, tras el paradigma del Derecho moderno es posible advertir una cierta fetichización de sus instituciones fundamentales. Esto es de capital importancia para comprender la estructura de las relaciones sociales ocultas tras los valores que el Derecho moderno promueve para la solución de conflictos, como la certeza jurídica. A este respecto, un paralelo con la crítica de Marx a la economía clásica puede arrojar interesantes luces, para comprender cómo opera el paradigma jurídico moderno en la contención de la potencia transformadora del conflicto político. Un aspecto de su crítica radica en cómo dicha disciplina estudia la estructura formal de las remuneraciones del trabajo, recriminándole que la economía clásica se haya “convencido de que paga dinero por el trabajo” (Marx, *El Capital*, libro III, cap. 48). Marx afirma que quien monopoliza el capital no paga el trabajo con un salario, sino con determinada estructura de relaciones sociales de poder: así la contractualización de las condiciones laborales ha generado la atomización de un sujeto frente al capital que le impone no solo condiciones de trabajo, sino condiciones de vida. De igual forma, sería posible afirmar que el Derecho no *paga* con lo que ofrece, sino con la petrificación de determinadas estructuras sociales, por ejemplo, cuando el discurso de los derechos ofrece universalidad, en realidad entrega (o *paga* con) la invisibilización de las relaciones de poder ocultas tras ellos y, en consecuencia, genera las condiciones para su desprotección. Al hacerlo, petrifica cierto status quo, tornando en intangibles, para los actores sociales, las relaciones que su construyen a partir de las instituciones jurídicas modernas.

Así, tal como respecto del capital, del Derecho deriva un efecto performativo de la realidad que naturaliza la estructura de las relaciones sociales, intangibilizándolas a la propia sociedad y restringiendo el ámbito de posibilidades para la representación simbólica de la realidad, al someter a los sujetos a determinada relación de hegemonía social derivada de la monopolización en la producción del Derecho. Esta combinación de factores constituye un verdadero límite a las conciencias de las personas, a la vez que asegura la reproducción de las condiciones de dominación, por cuanto las herramientas necesarias para su superación no forman parte del acervo simbólico del dominado.

Aquello que podríamos llamar fetichización del Derecho desconoce que este último es la materialización de un fenómeno de carácter histórico y político: es la manifestación de un fenómeno cultural en virtud del cual determinada sociedad se da a sí misma un ordenamiento jurídico, dejando una huella histórica atravesada por conflictos políticos y sociales que evidencian la contingencia de su contenido. Desconocer que su fundamentación radica fuera de él, en la comunidad que lo legitima, puede ser la primera etapa de un proceso/dispositivo más complejo, que continúa con la naturalización de las instituciones jurídicas y su posterior intangibilización<sup>21</sup>. De esta manera, siendo el Derecho creación cultural de la sociedad, se le desvincula de dicha esfera política y social de legitimación llegando, incluso, a volverlo en su contra al ocultar y luego someter su propia función constitutiva e impedir su revisión por parte de la comunidad que lo legitima, por ejemplo, a través de un momento constituyente.

Este fenómeno pone en riesgo la legitimidad del propio ordenamiento jurídico, al marginar la fuerza constituyente no solo del ordenamiento jurídico/normativo, sino también de la comunidad política que ella misma ha constituido. El punto radica en que tanto ‘orden’ como ‘desorden’ son elementos constitutivos de la sociedad democrática y del Derecho que emana de ella. Por ello es posible afirmar que “el orden subsiste únicamente al precio de hospedar siempre en su interior a la excepción, el conflicto; la propia negación” (Galli, 2011: 66), ya que sin una adecuada coexistencia, el orden arriesga su propia destrucción a manos del conflicto constitutivo. En definitiva, la fetichización del Derecho rompe el vínculo de legitimidad entre éste y la comunidad política, al presentarlo a través de

---

<sup>21</sup> Por ejemplo, en las discusiones políticas en torno a las reformas legales en el régimen de familia, pero también en educación y en materia tributaria. Hay un constante recurso a la naturalización de las instituciones jurídicas.



categorías intangibles y disociadas del conflicto que los vio nacer; con ello, el paradigma jurídico moderno avanza hacia su autofundamentación jurídico-formal (con Kelsen) o a partir de categorías jurídicas pre-sociales (como los derechos en el estado de naturaleza contractualista). La excesiva influencia del racionalismo kantiano ha dificultado la comprensión del valor del conflicto político e la configuración del Derecho, empujando al momento constituyente fuera de los bordes de lo jurídico. Así, el rechazo moderno a una fundamentación externa del Derecho le impide aceptar que el momento constituyente es parte integrante del mismo. Sin embargo, aunque el problema de la fundamentación del Derecho no es un problema estrictamente normativo, sin duda forma parte indisoluble del mismo: “el problema del missing link entre normatividad y facticidad, se da en el caso de la Constitución de forma ineludible. Tiene en ella, y justamente en ella, su posición sistemática” (Böckenförde, 2000: 161).

El acento en la normatividad del sistema jurídico invisibiliza la importancia de la facticidad en su creación, aplicación e interpretación, relegada a dimensiones pretendidamente a-jurídicas, como lo serían la política o la sociología. Sin embargo, su pleno destierro es completamente imposible, como lo demuestran ciertos estudios relativos a la interpretación del Derecho. Así, pese a los esfuerzos por construir una teoría pura, Kelsen no puede desembarazarse de la dimensión política de la interpretación jurídica: “la pregunta de cuál sea la posibilidad ‘correcta’, en el marco del derecho aplicable, no es –según los supuestos previos– ninguna pregunta dirigida al conocimiento del derecho positivo, no es una pregunta teórica-jurídica, sino que es un problema político (...) Así como no se puede obtener, partiendo de la Constitución, mediante interpretación, la única ley correcta, tampoco puede lograrse, a partir de la ley, por interpretación, la única sentencia correcta” (2002: 353). El esfuerzo por despolitizar los criterios que ha formulado en su teoría pura para reconocer el derecho positivo, no es suficiente para afirmar la despolitización de su interpretación. Kelsen sabe que se trata de un acto subjetivo, donde el sujeto que conoce las fuentes las transforma e interpreta desde aquella transformación. Es un acto ideológico, donde cada sujeto persigue fines determinados, dando paso a las fundamentaciones externas del Derecho, ni formales ni positivas.

En el mismo sentido se expresa Guastini, para quien el contenido de una decisión judicial también supone un cuestionamiento a la objetividad de la interpretación, no sólo

porque es interpretable en sí mismo, sino porque pudo haber sido diferente sólo alterando algunos factores inherentes al sujeto, o bien, en la valoración que hizo de los materiales jurídicos disponibles. Su contenido se encuentra más determinado por las características personales del intérprete que por la literalidad del enunciado normativo, del cual no se desprende una respuesta necesaria y correcta. Por el contrario, desde él se proyectan una serie de soluciones posibles, alguna o algunas de las cuales podrán ser adecuadas para determinado caso, así como otra podría ser mejor considerada por el propio sujeto que la aplica. Tras el enunciado normativo no hay una única respuesta correcta, sino diversos significados que podrán ser adjudicados con mejores o peores argumentos; así, la interpretación jurídica se asemeja más a lo que Guastini llama “interpretación decisión” antes que a la “interpretación conocimiento” (1999: 203-204), reconociendo la permanencia de la dimensión política constitutiva del Derecho, la que no desaparece una vez concluido el momento constituyente.

Este proceso de fetichización del Derecho, que borra las huellas políticas y sociales de sus instituciones, es funcional al autoritarismo epistémico que acompaña a la razón hegemónica de la modernidad, funcional a la conservación de las estructuras sociales que resultan de ciertos conflictos o batallas. La construcción del Estado/nación y su pulsión unificadora, así como con las formas discursivas revolucionarias que solo apelaban al tercer estado, lograron consolidar la posición de la burguesía como sujeto dominante, pero sin que ello significara la emancipación de las clases subalternas. La situación de los derechos sociales puede ser un buen ejemplo de este autoritarismo epistémico del paradigma jurídico moderno: primero por el completo desconocimiento de toda la estratificación social que existía ‘por debajo’ del sujeto revolucionario burgués y, luego, por el sistemático rechazo al reconocimiento de los derechos de las clases subalternas en tanto fundamentales.

## **1. El impacto de las revoluciones burguesas en las estructuras de poder**

Las estructuras de poder que caracterizaban a las sociedades pre revolucionarias estaban marcadas por la tenencia de la tierra y su cultivo, al punto que solo integraban aquella

categoría de *hombres libres* los titulares de grandes propiedades (Barcellona, 1996; MacPherson, 2005). A su vez, quienes las cultivaban se encontraban sometidos a relaciones de explotación, ya sea a través de las más clásicas formas de esclavitud o servidumbre, ya sea mediante el establecimiento de fuertes estructuras de dominación política, típicamente ligadas a la tenencia de la tierra; no eran, en definitiva, sujetos libres (Hobsbawm, 2007: 20-26).

El discurso revolucionario es un discurso (formalmente) emancipador que busca, de la mano con las ideas de la Ilustración, liberar a los hombres de las cadenas representadas en las herencias medievales, que se proyectan a lo largo de los primeros siglos de la construcción del Estado moderno. Desde la perspectiva del Derecho (y de la configuración de las nuevas formas de existencia política de la comunidad) la consolidación del discurso de los derechos representa la disputa que se trabó por el sentido de las relaciones políticas y sociales en el contexto de las revoluciones burguesas. Lo que caracterizó a la Revolución fue una determinada modalidad de la acción histórica, una lucha por el intento de dominar el sentido de las relaciones entre las personas, por el monopolio de la voluntad del pueblo (García de Enterría, 2001: 34 ss.). En efecto, los derechos que se proclaman universales son, sin más, las categorías jurídicas con las que se busca proteger los intereses de quien ha conseguido el poder político suficiente para imponerlos por sobre los intereses del resto de la sociedad en disputa: son los derechos del hombre blanco propietario, presentados como universales (MacPherson, 2005: 264 ss.; Barcellona, 1996: 89 ss.), punto de partida para la construcción de la relación de hegemonía que se ha gestado desde entonces, pues le ha permitido a la burguesía apropiarse de la universalidad de la noción (Zizek, 2012: 17) de los derechos: “Producto de la sociedad burguesa llevada por su propia evolución más allá de sus trabas políticas, no hacía más que reconocer, por su lado, su propio origen y su propia base, proclamando los derechos del hombre” (Marx y Engels, *La sagrada familia*, VI.III.c)

El ascenso político y social de la burguesía al estatus de clase dominante se verifica a partir de la consolidación de un nuevo modo de producción económica, que adquiere confianza e identidad a través de la crítica formulada contra el modelo anteriormente vigente. Dicha confianza es uno de los elementos que genera las condiciones necesarias para la imposición de un determinado proyecto político, en la forma de un Estado constitucional (De Cabo, 2014: 15-17). En el marco de dichas formas estatales, los derechos fundamentales (naturales) son una piedra angular, pues permiten justificar discursivamente la existencia de

espacios de autonomía individual, vedados a la intervención estatal, justificados por razones pre-estatales, es decir, pre-políticas.

Probablemente en razón de dicha pretensión de hegemonía, el triunfo de la revolución y el advenimiento de la burguesía –no solo como una nueva clase social, sino que en tanto nuevo sujeto político– no trajo consigo una reestructuración de las relaciones de poder contra las que, en principio, se había levantado el discurso burgués/contractualista. Al contrario, esta nueva clase vino a situarse en una posición intermedia entre nobleza/clero, por una parte, y las clases subalternas, principalmente ligadas al cultivo de la tierra y, en menor medida, a diversas formas de artesanía. Su posición significó, en efecto, una ruptura progresiva en la relación de dominación que nobleza/clero tenía respecto de las clases bajas, pero solo en cuanto desplazó al sujeto dominante y no como realización de ese efecto emancipador que prometía la revolución. Por el contrario, los sujetos que se encontraban en situación de opresión bajo el denominado antiguo Régimen siguieron en dicha posición, pero ahora sometidos a una nueva clase que ocupó el lugar del nobleza/clero en dicha estructura de poder.

En efecto, todo indica que después de la Revolución no hubo una transformación radical en las estructuras de poder; por el contrario, las relaciones de dominación que caracterizaban a las sociedades pre-revolucionarias se mantuvieron, solo cambió el sujeto dominante; en otras palabras, la revolución no significó la liberación de las clases subalternas, sino solo el advenimiento de un nuevo señor. Si bien con esto no estamos diciendo nada que la historiografía social no haya estudiado previamente, constatar la pervivencia de las estructuras de poder pre-revolucionarias y su proyección hacia el período posterior obliga a considerar qué cambio supuso el paradigma jurídico burgués respecto del anterior, fuera de la sustitución de un sujeto dominante por otro. Es decir, es un lugar común afirmar que los elementos configuradores del Derecho moderno son una reacción al sistema del Antiguo Régimen, donde el gobierno *de los hombres* es reemplazado por el gobierno *de las leyes*, donde los estatutos jurídicos particulares –configuradores de un sistema de castas y privilegios– son reemplazados por declaraciones de derechos universales. Sin embargo, dado que el derecho es un fenómeno cultural e, incluso, un instrumento de control que emana de decisiones políticas, si las estructuras de poder del período postrevolucionario –incluso aquellas que han caracterizado al Estado de Derecho en sus distintas etapas– no son significativamente diferentes a las del período anterior, es pertinente preguntarse qué relaciones de poder refleja el derecho moderno.

El cambio realmente significativo entre la *antigua* forma de regular el ejercicio del poder y la *moderna* se verifica, en primer término, en sus formas discursivas, es decir, en las teorías políticas que acompañaron las reivindicaciones políticas que la burguesía levanta contra el clero/nobleza. Estas formas discursivas, marcadas por el contractualismo iusnaturalista, significaron un cambio radical respecto de las anteriores formas de reivindicación política. Su principal elemento es el supuesto retórico de los llamados *derechos naturales*, derechos de titularidad universal que provienen del estado de naturaleza, con los que las personas concurren a la celebración del pacto o contrato social y que anteceden tanto a la sociedad civil como a la política, luego limitadas por estos. Sin embargo, a pesar de que estos derechos eran proclamados como derechos de titularidad universal, precisamente por ser inherentes a la persona (como categoría abstracta) desde antes de la configuración de la sociedad civil, tanto su contenido como sus posibilidades de ejercicio evidenciaron la distancia entre discurso y realidad: primero, porque los derechos proclamados en las nuevas declaraciones normativas estaban directamente vinculados a los intereses/necesidades que la burguesía había reivindicado contra el clero/nobleza; y segundo, porque las clases subalternas no cambiaron con el reconocimiento de estos derechos (más bien, su situación empeoró progresivamente con el correr del siglo XIX), cuyo ejercicio efectivo era solo una ilusión. En efecto, a poco andar se evidenció la crisis de legitimidad del nuevo paradigma jurídico –tensionado con intensas movilizaciones sociales desde entonces–, principalmente porque aquellos derechos *naturales*, comunes a todos los hombres (*sic*), eran patrimonio de unos pocos. Así, la estructura política de la sociedad seguía intacta, antes y después de la Revolución: por un lado, los grupos privilegiados; por el otro, las clases subalternas.

Por lo tanto, ese cambio *radical* solo se verifica en el plano discursivo y en las nuevas declaraciones normativas que se fundan en él. La disputa por el sentido fue exitosa para la burguesía revolucionaria, pero el impacto de dicho éxito fue limitado, todavía lejos de la pretensión de universalidad que lo acompañó. Las declaraciones universales de derechos, así como las constituciones y sus nuevos catálogos, son una manifestación de ese cambio en las formas discursivas de representación de la realidad, que constituyen el verdadero cambio de paradigma que siguió a la revolución. Pero este no tiene un correlato en la estructura de la sociedad.

Lo que podríamos decir que cambia, entonces, es lo que Žižek (2012) ha denominado el *campo de significación*, es decir, aquella estructura conceptual que antecede a las categorías universales y vacías y que permite dotarlas de contenido, de significado. Este nuevo campo es el estado de naturaleza contractualista, categoría que preexiste al derecho moderno y permite darle un nuevo contenido al discurso hegemónico, ahora burgués. En él, las personas sí seríamos iguales, pero en abstracto, evocando un momento social hipotético y despolitizado, anterior al por entonces vigente sistema político, que permite desplazarlo ante la superioridad ontológica de los derechos que provienen de ese mismo campo de significación. Como consecuencia de estas estrategias discursivas, la burguesía logra desplazar a la nobleza/clero y tomar su posición en la estructura de relaciones de poder que imperaban en la sociedad prerrevolucionaria, pero sin emancipar a las clases subalternas (Hobsbawm, 2007). En concreto, la realidad material dista de la declaración formal.

A partir de entonces, se construye un sistema jurídico que proyecta las condiciones materiales de existencia prerrevolucionarias, especialmente las estructuras de dominación que derivan de la actividad económica, dada la preponderancia de la tenencia de la tierra respecto de su cultivo y luego, con la industrialización, de la titularidad del capital respecto del trabajo. En estas condiciones, el nuevo campo de significación que es el estado de naturaleza permite sostener el discurso emancipatorio de la Ilustración y de la Revolución en uno de sus principales pilares, la igualdad natural entre las personas, sin “sonrojarse” ante las diferencias estructurales que muestran las condiciones materiales de vida, es decir, sin tener que ajustar el contenido del campo de significación para explicar cómo las diferencias materiales impiden verificar aquella mentada igualdad natural. Ello se debe, en gran medida, a que las formas de dominación siguen siendo, básicamente, las mismas antes y después del período de las revoluciones burguesas.

Ahora bien, a pesar que las estructuras de poder no fueron significativamente alteradas respecto de las clases populares, es posible identificar un fenómeno político que acompaña el cambio de las relaciones de hegemonía. En efecto, se habría producido un proceso de transubstanciación hacia una nueva comunidad imaginaria, con nuevas tradiciones y nuevos estilos de vida, muchas veces impuestos por la fuerza (Žižek, 2012: 53). La construcción del Estado nacional representó esa imposición. En ella, no hay emancipación política, sino un discurso político que, en clave jurídica, busca la protección del *statu quo* social:

los derechos humanos. A través de ellos, lo constituido se impone por sobre lo constituyente, neutralizando, desde los orígenes del nuevo modelo estatal, la potencia transformadora de la articulación social, de las prácticas sociales como fuente del poder político (Negri, 2015: 65).

## **2. El discurso del (des)orden: cómo contener la potencia constituyente**

En los tiempos que corren, en los que se constata una severa crisis de legitimidad que afecta a las instituciones estatales y a las formas tradicionales de democracia representativa, parece especialmente importante revisar críticamente cómo se ha articulado la relación entre esas formas y el poder político que las sostiene o legitima, identificando aquellos espacios de resistencia que desborden la matriz de clasificación hegemónica y nos permitan pensar futuros escenarios posibles. Desde la perspectiva que aquí nos convoca, ese espacio de articulación puede ser concebido a partir de la relación que es posible identificar entre poder constituyente y poder constituido, es decir, el punto de contacto entre aquellas formas institucionales que habilitan el ejercicio del poder político (por ejemplo, a través de las leyes constitucionales de Schmitt) y aquellos espacios de agenciamiento político de la comunidad política (sus formas de existencia o Constitución en sentido material).

No se trata de una articulación pacífica. Incluso es posible afirmar que, para la teoría moderna, el poder constituyente ha dejado de existir, dejando espacio solo para el poder de reforma constitucional. Ha operado una suerte de proyección hacia lo constitucional, desde la ideología que sostiene la ausencia de alternativas al capitalismo; algo así como el fin de la historia constitucional, donde lo que está en discusión son solo algunas (re)formas constitucionales secundarias relativas a la gestión y organización del ejercicio del poder, pero no una reconfiguración de las relaciones de poder existentes (De Cabo, 2014: 86). Así, no hay espacio para una manifestación en regla de un poder constituyente, sino solo de reformas que no alteren, sustantivamente, la Constitución política<sup>22</sup>.

---

<sup>22</sup> En gran medida, el diseño de proceso constituyente propuesto por el Gobierno de Michelle Bachelet (2014-2018) da cuenta de este ‘fin de la historia constitucional’, al proyectar hacia esa eventual decisión constituyente (lo que se ha llamado una convención constitucional), las trabas más representativas del proyecto constitucional de la

Negri (2015: 391) va más allá, al identificar una oposición radical entre la idea de poder constituyente y el propio iusnaturalismo que está a la base de las teorías contractualistas que dan vida al paradigma jurídico moderno y a su sistema de derechos. La misma idea de un contrato puede ser objeto de una revisión crítica: los contratos son instrumentos jurídicos que fijan los contenidos de una determinada relación hacia el futuro, haciendo imposible reproducir, en el futuro, las condiciones que hicieron posible su establecimiento. Por ello los propios derechos humanos han sido vistos como instrumentos de protección de determinado orden social, coherente con los intereses de quienes concurrieron en la celebración de dicho contrato.

### **i. La fundamentación racional del contrato social**

Tanto la fundamentación teórica más extendida del Estado moderno y de su derecho (el contractualismo iusnaturalista y racionalista) como el sistema de protección de derechos humanos descansan en un concepto común: su racionalidad. Sin embargo, en su esfuerzo por protegerse de la constatación hobbesiana –según la cual *auctoritas, non veritas, facit legem*– han intentado relativizar la función que cumple lo político en su fundamentación. En efecto, la apelación contractualista al racionalismo como fundamentación teórica del Derecho moderno, tiene por finalidad ocultar que esta no es muy distinta a la del Derecho del Antiguo Régimen (o, incluso, del pre moderno): el ejercicio de un poder político soberano, en la forma unitaria e indivisible (antropomórfica, en definitiva) de Bodino.

Durante el tránsito hacia el Estado de Derecho, el ejercicio del poder político cambió de mano, pasando de la nobleza/clero a la burguesía. Sin embargo, este cambio en la titularidad del poder no significó la transformación de su función creadora de Derecho ni de su relación con el resto de la sociedad: esta seguía siendo regida por la decisión política de una

---

dictadura, que entorpecen gravemente la deliberación democrática: el sistema de quórum. La etapa actual busca reformar el Capítulo XV de la Constitución vigente, para habilitar un proceso constituyente “dentro” de la institucionalidad constituida (Boletín legislativo N° 11.173-07). Dentro de las normas que dicho proyecto contiene, destaca la siguiente: “Disposición transitoria 29ª, incs. 2º y 3º: “La forma de integración de la Convención Constitucional, así como el sistema de nombramiento y elección de sus integrantes, requerirá el voto conforme de las tres quintas partes de los diputados y senadores en ejercicio. La Convención Constitucional aprobará las materias de que trate la Nueva Constitución de acuerdo a lo establecido en el inciso segundo del artículo 127 [de la Constitución vigente]. Las materias no dispuestas en dicho inciso, serán aprobadas con el voto conforme de las dos terceras partes de los miembros de la Convención”.



parte de ella. La principal diferencia (en el marco de una disputa por el sentido de las relaciones políticas que dan forma a la comunidad) radica en que aquella parte que ha accedido al poder, reclama ejercerlo a nombre del todo (de toda la sociedad), ocultando su condición de parte. He ahí su afán por buscar fundamentaciones pre-políticas y universalistas del Estado, del poder y del Derecho que le permitirá legitimar el orden apelando al conjunto de la comunidad política pero, a la vez, dominarlo, por ejemplo, retrasando la extensión de los derechos políticos; en otras palabras, podrá apelar a la soberanía nacional para ejercer un poder que le permita configurar un ordenamiento jurídico con pretensiones de generalidad y abstracción, a pesar de las restricciones para participar de dicha decisión. Solo así podría marcar una diferencia radical con el Antiguo Régimen y superarlo definitivamente en aquel campo donde este fue derrotado: la disputa por el sentido se resuelve apelando a la representación del todo y así resistir la crítica externa de su ilegitimidad (la misma crítica que, ante los embates de la burguesía, la nobleza fue incapaz de resistir).

Esta apelación al todo, por cierto, es parcial. Se reduce a un momento fundacional que da paso a la sociedad civil, pero que no pervive en ella: el contrato social. Esta fuerza constituyente —que tiene la potencia necesaria para destruir el orden anterior desde el cual emerge, para dar forma a uno nuevo— se oculta tras (o se contiene con) la figura teórica del contrato como acto constitutivo del Estado y de lo político, desconociendo la dimensión política que necesariamente tiene el momento anterior al contrato —en caso de asumir el supuesto teórico del estado de naturaleza— y recluyendo al acto constitutivo de la comunidad a un mero instante, evanescente, hipotético, en cualquier caso, pasado. Para resguardar la estabilidad o, incluso, la continuidad de la sociedad civil que surge tras el pacto, los teóricos contractualistas asumen que los ciudadanos deben realizar una serie de renunciaciones (desde criticar al gobernante hasta renunciar a parte de su libertad), sin las cuales la sociedad civil que surge del contrato no podría subsistir.

Es decir, el contractualismo no puede aceptar la pervivencia del estado de naturaleza en la sociedad civil, en particular de uno de sus elementos característicos: el conflicto. Muy por el contrario, el modelo liberal del Estado que deriva de esta construcción teórica se proyecta hacia/en la modernidad desde la idea de ‘consenso’, invisibilizando la dimensión que puede tener el disenso como valor constitutivo de lo político (Mouffe, 2003: 36-39), en circunstancia que es precisamente este disenso el que más se acerca a la fuerza

constituyente que permite la conformación del Estado, de la propia comunidad política y de su Derecho. Sin embargo, esta sobrevaloración del consenso ha impedido que el contractualismo pueda dar cuenta del tipo de sociedad que efectivamente constituye, dado que su compleja composición es desconocida por una teorización liberal de fundamentos prepolíticos, como lo son los supuestos de estado de naturaleza y del velo de la ignorancia. Este tipo de fundamentaciones, donde el actual estado de desarrollo de las comunidades políticas se justifica a través de un constructo teórico que apela a un momento prepolítico (cuando no apolítico), vuelve a relegar el ‘desorden’ constituyente, el conflicto que al destruir construye, fuera del ámbito de lo constituido. Así, por ejemplo, invisibiliza las condiciones políticas del llamado estado de naturaleza que posibilitaron el contrato: dado que la suscripción del contrato social obedece a una decisión consciente de las personas que esperaban conseguir un fin determinado, este no puede ser concebido como un acto espontáneo ni natural. Se trata de una decisión política (teóricamente) condicionada por las condiciones materiales de existencia que caracterizan al estado de naturaleza y del cual querían salir.

Ocultar esa dimensión política anterior al hito constitutivo del orden vigente (sea el constructo teórico del pacto social o la identificación histórica de un poder constituyente), tiñéndola de un acto o momento racional en el cual concurren sujetos que, en abstracto, son considerados como iguales entre sí, supone invisibilizar también el disenso característico de las complejas sociedades contemporáneas. Esta invisibilización es un arma de defensa de aquel *statu quo* protegido por el ordenamiento jurídico vigente, un Derecho moderno que relega a la ilegitimidad los cuestionamientos críticos que provienen desde la misma fuerza constituyente que, alguna vez, destruyó el orden anterior para dar paso al actual, pero ahora en las más diversas formas de la protesta social. Invisibilizar el disenso, así como reprimir sus manifestaciones, responde a una decisión política, contingente, tomada por quienes están en posición de decidir, que utilizan las reglas vigentes para defender el orden imperante. La invisibilización de este espacio de agenciamiento político o de reivindicación social supone, asimismo, negar la condición de interlocutores de los sujetos en posición de protesta o de crítica, pues “la verdadera apuesta no está en las reivindicaciones explícitas (...), sino en el derecho fundamental a ser escuchados y reconocidos como iguales en la discusión” (Žizek, 2012: 27).

La incapacidad del paradigma jurídico moderno para procesar conceptualmente el punto cero que da origen al Derecho (es decir, clasificarlo dentro del aparato conceptual del contractualismo liberal y de su Estado constitucional), le lleva a situarlo en un lugar primero pre-jurídico (cuando el objetivo es fundamentar teóricamente las nuevas formas institucionales), pero anti-jurídico después (cuando el objetivo es, ahora, defenderlas). Eso supone entender a la Constitución sólo como un conjunto de límites al ejercicio del poder, límites a lo constituido, donde no cabe el “momento excepcional” al que es reducido lo constituyente.

Uno de los mejores ejemplos lo podemos encontrar en cómo la racionalidad del constitucionalismo moderno se aproxima al fenómeno de la protesta social (Mondaca, 2017), utilizando el aparato de coerción estatal para contener todas aquellas manifestaciones públicas, especialmente las que subvierten el sentido común de los espacios públicos, para así asegurar “legalmente la disciplina de los grupos que no dan su consentimiento ni activa ni pasivamente (...) en previsión de los momentos de crisis de mando y de crisis de la dirección, en los cuales se disipa el consentimiento espontáneo” (Gramsci, 2015: 353). Esa concepción de la Constitución y de lo constituyente es, evidentemente, funcional a las actuales relaciones de hegemonía que se construyen desde el paradigma jurídico moderno y que se materializan en una serie de instituciones jurídicas, entre otras, en los derechos fundamentales.

## **ii. El discurso del (des)orden**

El Derecho moderno ha desconocido que sobre la cúspide de la pirámide normativa, al construir una fundamentación autosuficiente, autorreferencial (Mouffe, 2011: 24-25), recurriendo a argumentaciones más o menos sofisticadas desde el plano interno/jurídico/formal (Kelsen, 2002). Sin embargo, existe un vacío que solo puede ser llenado, suficientemente, reconociendo al acto o decisión política que constituye lo jurídico. Me parece que esta deficiencia es una manifestación de la fetichización del Derecho, que se verifica desde su propia fundamentación autorreferencial.

En el paradigma kelseniano, fundamental para la configuración del paradigma jurídico moderno, la validez del ordenamiento jurídico responde a un criterio formal de remisión interna, es decir, que se agota dentro de él: “el fundamento de validez de una norma sólo puede encontrarse en la validez de otra norma” (Kelsen, 2002: 201). De esta manera, toda

reforma a una norma jurídica vigente debe seguir las formas y procedimientos establecidos en otra norma jurídica también vigente, lo que termina generando el colapso de las categorías de legalidad y legitimidad, reduciéndolas a una sola, lo que permite dejar fuera del sistema jurídico toda manifestación política o extra-institucional. La legitimidad, en última instancia, también es formal (íd.: 217-218).

Como la cadena que permite verificar la validez de una norma jurídica no puede ser entendida hasta el infinito, Kelsen presupone la existencia de una norma superior, fundante, hipotética, por sobre el ordenamiento jurídico. La validez de esa Constitución “tiene que ser presupuesta”, es decir, “cuando el sentido subjetivo del hecho constituyente y el sentido subjetivo de los hechos productores de normas cumplidos conforme a la constitución, son interpretados como su sentido objetivo” (2002: 208). Así, la Constitución no puede ser el resultado de una mera invención o de una decisión determinada –como podría serlo en clave schmittiana–, sino de un supuesto, precisamente porque no hay forma (dentro del criterio de validez jurídico formal, interno del ordenamiento jurídico) de reconocer autoridad allí donde no la ha dado una norma jurídica previa: “como 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” (íd.: 202). Se trata de una comprensión muy limitada de lo constitucional que, o bien no alcanza a percibir la complejidad de la vinculación entre derecho y política (Atria, 2006: 56), o bien la omite para consolidar la autonomía del Derecho en su lógica y dinámica interna (Bobbio, 2015), en tanto sistema clausurado frente a la política, y así excluir le necesidad de procesar cualquier objeción al consentimiento espontáneo del paradigma jurídico moderno. Como sea, se consolida esta suerte de alejamiento de lo real del Derecho moderno y, en especial, del constitucionalismo moderno.

Ahora bien, esta lectura kelseniana del poder, que concibe lo constituyente a partir de la autoridad normadora (Kelsen, 2002: 205) emanada de una norma superior cuya validez debe ser presupuesta (íd.: 208) como consecuencia de un acto del pensar y no de la voluntad (íd.: 212), en última instancia lo considera como una fuente externa, trascendente al propio ordenamiento jurídico, resguardando con ello la autonomía de todo el sistema normativo (Negri, 2015: 31-33). Sin embargo, se evidencia una paradoja en Kelsen, respecto del poder constituyente: “considerarlo activo en el interior de toda la vida constitucional pero que, a pesar de esto, resulte absolutamente imposible considerarlo fuente de caracterización o

principio de movimiento de aspecto alguno del sistema” (Negri, 2015: 33). El impacto político, para la articulación de las prácticas políticas a través de las cuales se ejerce poder en la sociedad, parece bastante clara: la consolidación de una concepción moderna de la soberanía – especialmente cuando se identifica al Estado con el Derecho y no con el pueblo– supone su imposición por sobre la democracia, en la medida que “la trascendencia del poder constituyente es su negación” (ídem.: 33).

Al forzar el argumento de la validez del ordenamiento jurídico en clave formalista, Kelsen elude la dificultad de incorporar lo político para la comprensión del fenómeno jurídico, cuestión que es especialmente cuestionable respecto de la Constitución. Sin embargo, esa norma fundante básica se apoya en una cierta comprensión de la costumbre (el principio dinámico del sistema jurídico), en cuya formulación parece evidente la presencia de un criterio de legitimidad material que sostiene a la validez formal de la Constitución y que, no obstante, no es enunciado por Kelsen: el reconocimiento de cierta autoridad que la comunidad asigna a determinados sujetos productores de normas. Aunque afirma que “la instancia constituyente es vista como la autoridad suprema” (Kelsen, 2002: 206), ese criterio de legitimidad se desvanece en el argumento que sostiene la validez formal del resto de las normas jurídicas, desapareciendo, con él, la distinción entre legitimidad y legalidad. Por eso Negri explicita que “el poder constituyente no tiene nada que ver con el proceso de producción de normas” (2015: 33). En definitiva, Kelsen evidencia las tensiones que genera, en el marco del Derecho moderno, la concepción más tradicional (revolucionaria) del poder constituyente, tensiones que neutralizan su potencia transformadora.

Ahora bien, la pretensión de autofundamentación racional del Derecho moderno pareciera tener un fuerte aliado en la fundamentación contractualista del Estado, que precisamente busca domesticar ese momento constituyente en virtud del cual el hombre (*sic*) saldría de su estado de naturaleza. Para proteger su propia estabilidad –y quizá para legitimarse sin tener que reconocer dicha fuerza constituyente anormativa– la oculta tras la pretensión de autofundamentación racional/formal/interna de un Estado que no solo alega su identidad con el Derecho, sino que reclama para sí el monopolio de la creación normativa (Prieto, 2012) y del uso legítimo de la fuerza (aunque desde una formulación racional y abstracta del Estado que responde al paradigma europeo-occidental; Monedero, 2009: 210-213).

Para consolidar dicha pretensión, el paradigma moderno necesita explicitar que lo constituyente no forma parte de lo constituido; en el mejor de los casos, sirve como fundamento político al ordenamiento jurídico vigente, pero desde fuera. Es posible apreciar este esfuerzo teórico y discursivo incluso en quienes comprenden la importancia de la decisión política, como fenómeno, para la configuración del ordenamiento jurídico. Este aparato teórico destinado a proteger el Derecho del *statu quo* de los embates provenientes de lo político, ha intentado invisibilizar la importancia de la decisión política en la configuración de dicho ordenamiento jurídico, especialmente cuando ésta se verifica al margen de las formas jurídicas preestablecidas. Siguiendo la matriz contractualista, es concebido como un algo exterior al Derecho, previo, garantizando con ello la autonomía de este último. Ello explica, por ejemplo, que el concepto moderno de poder constituyente suponga su completo repliegue luego de su manifestación (Noguera, 2017: 36).

Dentro de ese mismo paradigma moderno, en el medio chileno destaca el trabajo desarrollado por Atria quien, apoyándose en Böckenförde (2000), explícitamente ha sostenido que no puede haber poder constituyente sin algo constituido, lo que no ocurre cuando todas las posibilidades de acción quedan abiertas al soberano (2006: 66-67). Se trata de una concepción política del poder constituyente, que entiende que el origen de lo jurídico está en esa decisión soberana, pero no deja de ser una concepción moderna de las categorías en juego: lo constituyente se encuentra en una posición externa y previa al Derecho, pero es entendido desde el orden (jurídico-formal) ya constituido y no desde lo político: “la identificación de la actuación del poder constituyente es siempre y necesariamente *ex post facto*, y está siempre sujeta, en principio, a revisión, a la posibilidad de ser políticamente derrotada” (2006: 66-67); “es lo constituido, al entenderse como constituido, lo que hace constituyente a lo constituyente” (ídem.: 72). A la luz de esta concepción, lo constituyente puede ser catalogado como tal si, en una perspectiva retrospectiva desde lo constituido, es reconocido como constituyente. Atria lo reafirma al señalar que “el poder constituyente no crea lo constituido, si no se retira para que lo constituido pueda ser” (ídem.: 71). Desde una perspectiva lógico-formal, es una propuesta correcta (de hecho, el recurso a Wittgenstein –Investigaciones Filosóficas, § 201– da cuenta de cómo el argumento se sostiene en una proposición lógica antes que política); pero desde una perspectiva política, tiene ciertas implicancias que vienen a neutralizar la potencia transformadora del poder (político organizado del pueblo) constituyente. Hay, en efecto, una contradicción que evidencia las limitaciones del paradigma jurídico moderno para procesar lo

político, cuya fuente bien podría ser la proyección del concepto de soberanía (de la monarquía) en Bodino hacia la revolución (Negri, 2015).

Sin perjuicio de su corrección lógica, creo que es necesario considerar dos elementos que, combinados, podrían darnos luces acerca de la posición en la que queda el constituyente una vez que se verifica su acto político de ruptura respecto del orden anterior. Por una parte, distinguir las dos dimensiones de aquello que constituye: política y jurídico/formal; por la otra, precisar qué grado de repliegue del constituyente se requiere para que, efectivamente, cada una de estas dimensiones se constituya. En definitiva, se trata de precisar qué es aquello que constituye, para luego identificar con precisión qué requiere, necesariamente, de su repliegue para perfeccionar dicha constitución (de alguna manera, Atria ve esta distinción, cuando afirma la naturaleza paradójica del poder constituyente: “sólo es constituyente en la medida en que da origen a lo constituido, y solo puede dar origen a lo constituido si es capaz de negarse, pero no puede negarse”; 2006: 62).

Si la distinción es efectiva, me parece razonable concluir que la constitución de la comunidad política requiere de un tipo de repliegue de la fuerza constituyente distinto a lo que requiere el ordenamiento jurídico para su constitución, precisamente porque detrás de dicho acto constituyente, hay un deseo de afirmación existencial que no desaparece después de él (en esto concuerdan Atria, 2006: 70 y Negri, 2015: 54). Aquí la distinción parece fundamental: si jurídicamente todas las opciones siguen disponibles para el soberano, ciertamente no se ha constituido ningún ordenamiento jurídico que sirva como límite al ejercicio del poder, por lo cual su repliegue se verifica en el campo de lo jurídico-formal, es decir, queda sometido a reglas jurídicas formales. Sin embargo, el soberano siempre tiene la posibilidad de actuar políticamente, es decir, sin consideración a las reglas jurídicas vigentes, especialmente si es para cambiar la Constitución. Desde esta dimensión, es irrelevante si ‘jurídicamente’ todas las opciones siguen disponibles para el soberano o no: simplemente porque no hay forma de que una restricción jurídica sea capaz de excluir dichas opciones y dejarlas fuera de la órbita de decisión política del constituyente, precisamente porque su deseo de afirmación existencial no cesa con el acto constituyente. Así, este segundo tipo de repliegue supone aceptar que la voluntad constituyente subsiste por encima del Derecho (Schmitt, 2003: 94), una suerte de coexistencia que se justifica no solo por la eventualidad de un nuevo momento constituyente,

sino por la posibilidad de reivindicar, permanentemente, la configuración de nuevas relaciones de poder, actualizando las formas de existencia de la comunidad política.

En definitiva, no puede exigirse un repliegue total para la constitución de la comunidad política, precisamente porque el momento constituyente es la máxima reivindicación de una comunidad que demanda determinadas formas de existencia política; hoy, ese nuevo orden se legitima en la (más o menos mediata) participación del pueblo, por lo que su pleno repliegue no permitiría constituir efectivamente a la comunidad, ya que sus futuras manifestaciones contribuyen a ese proceso permanente de construcción de la comunidad política.

Una comprensión política del poder constituyente debe ser formulada desde el presente, recuperando aquellos contenidos propios del contexto histórico revolucionario en el que el término fue acuñado, pero dejando de lado aquellos que responden al aparato teórico moderno que le permitió a la burguesía consolidarse como clase dominante. En tanto categoría de la teoría política, debe servir para habilitar y justificar el ejercicio del poder de quienes, como la burguesía hace más de dos siglos, buscan dotarse a sí mismos de las formas que les den existencia en tanto comunidad política soberana, es decir, libre de dominación externa. Y parece ser que la única forma de conseguir aquello sea abandonando la idea de que lo constituyente se reduce a un momento fundacional, para comprender cómo es que ese acto de afirmación existencial del agente político pervive junto con el ordenamiento jurídico que regula esa forma de existencia política, dejando de lado aquella concepción lineal de la relación constituyente/constituido.

En ese entendido, habría que decir que las paradojas que caracterizan a la teoría del poder constituyente (Atria, 2006: 62) y a la teoría constitucional (ídem.: 70), solo son tales en la medida que el fenómeno sea analizado en clave moderna, es decir, *i.* a partir de una comprensión bodiniana de la soberanía, como unitaria e indivisible, y *ii.* asumiendo una relación lineal donde es lo constituido lo que permite identificar a lo constituyente como tal y no al revés, dejándolo, de esta manera, fuera del sistema jurídico. Me parece que en la intersección entre ambas paradojas se aloja aquel espacio de resistencia que se niega a ser clasificado dentro de los márgenes del paradigma jurídico moderno: la violencia fundacional del ‘momento’ constituyente también puede ser reclamada y ejercida con posterioridad, dentro del marco constituido, cuando (parte de) el pueblo se levanta contra la configuración de



determinadas relaciones de poder y reivindica su derecho a participar del establecimiento de nuevas formas de existencia política, a través de diversas formas de huelga y protesta social.

El Derecho (lo constituido) tiende a criminalizar este tipo de manifestaciones políticas, pues en tanto actos de afirmación existencial, suponen una subversión del sentido del orden vigente y una alteración de las relaciones de poder que éste protege. Así, el Derecho recurre al aparato de represión estatal para criminalizar y reprimir estas manifestaciones, es decir, para contener la potencia transformadora ínsita en un acto político de afirmación existencial que había sido calificado como constituyente, pero retrospectivamente y respecto de hechos del pasado. Por eso se trata de una paradoja aparente, que emana de una concepción ‘constitucionalizada’ del poder constituyente: efectivamente hay una dificultad para procesar lo político/constituyente en el marco del derecho constituido, pero ésta no es el resultado de las limitaciones del derecho constitucional para comprender esa violencia fundacional (como señala Atria, 2006: 71). Por el contrario, más bien parece responder a cómo el poder constituyente ha sido desarticulado y neutralizado a través de distintos dispositivos teóricos, preformando su contenido jurídicamente, constitucionalmente (Negri, 2015: 30-31).

Así, la paradoja se configura, derechamente, como una contradicción entre poder constituyente y ordenamiento jurídico (í.d.: 31) e, incluso, entre poder constituyente y constitucionalismo (í.d.: 39), representación (í.d.: 42) y soberanía (í.d.: 53). Es decir, se trata de una contradicción que emana de las propias bases teóricas de la democracia constitucional, cuyo aparato teórico ha hecho con el poder constituyente lo que el derecho constitucional hace con el ejercicio del poder político: lo limita. Al hacerlo, intenta neutralizar toda forma de praxis social que busque reivindicar, construir, una nueva forma de existencia política para (un sector de) el pueblo, con el fin de proteger la actualmente vigente.

Este aparato teórico del constitucionalismo moderno no logra dimensionar qué implica concebir al poder constituyente en clave existencial. Si una Constitución (entendida como la forma de existencia política de un pueblo y no como las leyes constitucionales que la llevan a la práctica) “se apoya en una decisión política surgida de un *Ser* político, acerca del modo y forma del propio Ser” (Schmitt, 2003: 94), entonces es necesario procesar qué significa que la voluntad política de ese Ser, “implicada en la Constitución no pued[a] reobrar contra su sujeto, ni destruir su existencia política. Al lado y por encima de la Constitución, sigue subsistiendo esa voluntad” (í.d.). El sujeto del poder constituyente “tiene su sentido en la

existencia política” (íd.: 104), la que no se agota con (aquello que el paradigma jurídico moderno denomina) el momento constituyente. Pervive en lo constituido y coexiste con él. Y si bien sus actuaciones normativas dentro del ordenamiento jurídico deberán seguir esos criterios internos de validez formal, sus actuaciones políticas, aquellas a través de las cuales el sujeto político reafirma su existencia como tal, se verifican en planos extra-jurídicos. La acción política es contingente y sus formas impredecibles: procesarla ‘constitucionalmente’ significa, en el fondo, neutralizarla. En consecuencia, el fundamento político del orden vigente, de la Constitución vigente, no puede estar en el pasado constituyente, sino en un presente que también reivindica para sí aquella dimensión constituyente.

Esta existencia política de la voluntad constituyente, que se manifiesta radicalmente en el momento ruptura respecto del orden anterior, es clave para la legitimidad del orden vigente; dejarlo en los extramuros del sistema jurídico puede terminar por erosionar las bases de la convivencia política, precisamente por cuanto en esa voluntad se sostiene la forma de su existencia política: “el poder constituyente debe ser mantenido de alguna manera para evitar que su eliminación se lleve consigo el sentido mismo del sistema jurídico y la relación democrática que debe caracterizar su horizonte” (Negri, 2015: 31). Parece necesario recuperar la dimensión antagonista de lo constituyente, sin olvidar la radicalidad propia de una reivindicación por una nueva ordenación de las fuerzas políticas. En ese sentido, parece razonable que el constitucionalismo moderno (liberal) tenga dificultades para procesar adecuadamente lo constituyente, pues son las mismas dificultades que tiene para procesar lo político (Mouffe, 2003) y es, paradigmáticamente, lo que ha caracterizado al orden chileno desde la Constitución de 1980 (Atria, 2013; Muñoz, 2016). En el fondo, es una teoría concebida para la limitación del poder, no para su habilitación.

Negri propone centrarse en aquello que hace del poder constituyente una categoría inconmensurable para el constitucionalismo: “el concepto de poder constituyente es el acontecimiento constituyente, la posición absoluta del presupuesto una cuestión radical” (2015: 46). Esta radicalidad no se agota en el acto constituyente, no desaparece con la vigencia normal del ordenamiento jurídico; por el contrario, pareciera que se las arregla para desbordar las formas jurídicas que buscan neutralizarla. De alguna manera, el momento/proceso constituyente que se vive en Chile desde 2011 es un intento por radicalizar la discusión pública relativa a la legitimidad de la Constitución (especialmente en lo relativo a aquellas formas de

existencia política atravesadas por los derechos sociales), que el establishment intenta encauzar hacia las formas jurídicas vigentes.

En ese sentido, es muy interesante evidenciar la tensión que se aprecia entre Atria (2006: 70) y Negri (2015: 54): ambos ven el deseo de un acto de afirmación existencial –el deseo de comunidad, en definitiva–, pero mientras Atria concibe el poder constituyente en clave retrospectiva, constitucionalizada, Negri lo hace en clave democrática, como un sujeto que no busca una institucionalidad, sino un ser. Incluso cuando Negri busca una institucionalidad, piensa en un modelo constitucional “que mantenga abierta la capacidad formativa del poder constituyente mismo” (2015: 57), mientras que Atria espera que sea su repliegue lo que permita constituir (2006: 62, 66). Se trata de dos énfasis distintos en el marco del binomio “democracia constitucional”, pero que provienen de paradigmas diferentes: moderno en el caso de Atria, condicionado por la ‘constitucionalización’ del poder constituyente; radical en el caso de Negri, reivindicando las prácticas sociales de autogestión.

Lo que se está verificando en Chile sería, precisamente, una manifestación de la “actividad humana transformadora” (Negri, 2015: 55), que busca los canales necesarios para articularse políticamente e impactar en la institucionalidad vigente. Un conjunto de prácticas de resistencia que, articuladas a partir del movimiento estudiantil, reivindica lo político como espacio de innovación, de re-significación de las relaciones de poder existentes. Un movimiento real que reivindica una existencia política presente, constituyente, manifestación de una facultad propia del género humano: “la de construir el ordenamiento político” (id.: 69). A pesar del continuo esfuerzo por someter estas prácticas a las formas institucionales vigentes, es importante considerar que, de alguna manera políticamente relevante para la configuración de la comunidad política como tal, la protesta es una suerte de estado de excepción, donde (una parte de) el soberano decide subvertir el sentido normal de, por ejemplo, el espacio público y destinarlo a la consecución de un objetivo que depende de su decisión política y no de lo establecido por el Derecho. Sin la posibilidad de esa excepción, la propia comunidad política se niega a sí misma, al negar la manifestación de esa voluntad política que demanda un lugar de enunciación fuera del orden constituido, es decir, al negar la manifestación de una –su propia– voluntad constituyente.

En suma, el momento constituyente, concebido como acto revolucionario, rompe con un orden determinado, en una serie de dimensiones que pueden verificarse simultáneamente: jurídica, desde luego, pero también económica, social e, incluso, cultural. En consecuencia, si se trata de un momento efectivamente constituyente, podría dar paso no solo a un nuevo orden jurídico, sino también a uno político; en otras palabras, un momento constituyente exitoso constituye –podríamos decir, principalmente– a la comunidad política y no solo a sus formas jurídicas externas. Desde la perspectiva del fenómeno jurídico-social, la sociedad moderna surge al alero del sometimiento del Derecho a la razón y con el reconocimiento de un catálogo de derechos fundamentales, luego del fin del Antiguo Régimen. Su configuración puede comprenderse desde una doble dimensión: el momento constituyente –revolucionario– da paso a un ordenamiento jurídico que la sociedad reconoce como propio y que, además, le da sentido e identidad a la propia comunidad (sin perjuicio de la eventualidad de los procesos deconstituyentes que pueden avanzar en la dirección contraria, según Pisarello, 2014: 79 ss). En consideración a lo anterior, tiene sentido que en lugar de replegarse completamente, algo de esa fuerza constituyente se conserve junto con las propias formas que ha constituido y que, por lo demás, legitima permanentemente. Ya señalaba Sieyès que un pueblo no podía estar sometido a una Constitución; pero incluso va más allá: no debe estarlo (2007). Es un poder constituyente que no se encuentra institucionalizado, simplemente porque no puede someterse a normas formales que colapsarían si, en un acto político, las desconociera.

Sin embargo, el derecho moderno no está dispuesto a convivir con una fuerza constituyente que no se retira completamente, para lo cual la somete a formas jurídicas que contienen y recubren al poder constituyente, desnaturalizándolo (Negri, 2015: 29). Esas mismas formas jurídicas terminarán, eventualmente, naturalizadas y serán presentadas como intangibles (una suerte de fetichización del Derecho). Ante la posibilidad permanente de una manifestación del constituyente no institucionalizado, el Derecho moderno se defiende oponiéndole un ordenamiento jurídico que reconoce la legitimidad del momento constituyente pasado, pero no si se levanta en su contra. La naturalización de sus contenidos y el ocultamiento del origen de su legitimidad (o la minusvaloración de la voluntad constituyente del soberano), generan un ordenamiento jurídico con pretensiones de autolegitimidad: legitimidad por vía de legalidad (Zagrebelsky, 2004: 19); Aquí se manifiesta la violencia del derecho, que se vuelve contra su propia fuente de legitimidad, para contenerla. Ambos factores son complementados con una tercera estrategia de defensa: condenar como ilegítima cualquier

manifestación sería de un constituyente no institucionalizado que, al cuestionar el ordenamiento jurídico vigente, amenace su continuidad (por ejemplo, criminalizando la protesta social; Gargarella, 2006). Sin embargo, al desconocer su fuente externa de legitimidad y relegar las manifestaciones de lo constituyente fuera de sus propios confines, el Derecho genera las condiciones para su propia destrucción: un orden que se legitima a sí mismo carece de las herramientas suficientes para defender su legitimidad cuando esta es cuestionada por el titular de la soberanía. De esta manera, el pueblo puede desconocer (acto violento, a la vez que legítimo) determinado orden como propio y reemplazarlo, destruyendo al anterior: se constituye un ordenamiento reconocido como propio por una comunidad que, a la vez, ha sido también constituida.

Ese momento de ruptura radical frente al orden vigente que se ha denominado poder constituyente, no desaparece del todo luego de agotar su faz constitutiva; por el contrario, pervive y se proyecta en la institucionalidad que crea, manteniendo la situación anterior al quiebre en el cual el orden convive con el desorden. Pero dentro de los márgenes del ordenamiento jurídico, el poder constituyente quedará relegado como recurso interpretativo o de control de constitucionalidad, pero ya no como aquella potencia transformadora (Negri, 2015: 29). En términos subjetivos, el vínculo entre poder constituyente y derecho de resistencia se desvanece en las formas constitucionales.

Antes y después del quiebre constituyente, orden y desorden forman parte del Estado y son abrazados por el Derecho, simultáneamente. El momento constituyente supone el “triumfo” del desorden respecto del orden anterior, en un momento histórico determinado, dando paso a un orden nuevo. Este quiebre se verifica, en definitiva, por la imposibilidad del orden de satisfacer suficientemente las demandas sociales representadas por el desorden, de donde emana su propia legitimidad. Por ello, el nuevo orden que surge luego del quiebre constituyente debe ser capaz de canalizar la coexistencia, la convivencia junto al desorden legitimante, a riesgo de desaparecer en un nuevo e inevitable quiebre constituyente, en el cual el desorden dará paso a un orden nuevo que sí sea capaz de garantizar la debida coexistencia. La sentencia formulada por Benjamin da cuenta de cómo el orden posterior a la ruptura constituyente termina volviéndose contra sí mismo: “los parlamentos presentan un notorio y triste espectáculo porque no han conservado la conciencia de las fuerzas revolucionarias a las que deben su existencia” (2010: 165).

La pervivencia de ese poder constituyente se verifica, por ejemplo, en el surgimiento de nuevos sujetos políticos durante los siglos XIX y XX, cuyas reivindicaciones han presionado políticamente sobre el paradigma jurídico moderno, forzándolo a reconocer nuevos derechos y a establecer/reconocer nuevas estructuras para las relaciones de poder. Sin embargo, como veremos respecto de los derechos sociales, ese autoritarismo epistémico que forma parte de la razón hegemónica del paradigma jurídico moderno, ha logrado neutralizar estas nuevas pretensiones y contener su potencia transformadora, postergando su efectiva protección hasta el día de hoy.

Aquí el orden instituido despliega, a través del Derecho, toda su violencia, aquella forma mítica de una violencia que, en Benjamin, funda y acompaña al Derecho en todo su despliegue: violencia fundadora y conservadora, desde su instauración arbitraria hasta su mantención (Galende, 2009: 74-75). Aquí el Derecho ejerce una violencia conservadora contra toda manifestación de una fuerza particular, ajena al mismo; es decir, rechaza cualquier otra violencia distinta de aquella que lo configura y que ha sido monopolizada por su legalidad. La mera existencia de una violencia ajena al Derecho pone en riesgo su propia subsistencia, razón por la cual este incluso puede recurrir a la suspensión de su propia legalidad (estado de excepción) para protegerse de aquella. El desafío radica, a mi entender, en que este acto de defensa no solo es nuevamente violento, sino que deriva en una violencia que se ejerce sobre su propia fuente de legitimidad.

### **3. Objetividad y originalismo**

El Derecho moderno cuenta con una serie de dispositivos y categorías conceptuales que están destinadas a (o, al menos, tienen como resultado) la consolidación de una determinada comprensión del fenómeno jurídico, a través de la aplicación e interpretación de las normas jurídicas positivas. La combinación entre positivismo jurídico (ya sea como metodología de estudio, como una teoría del derecho o una de la justicia; Bobbio, 2015: 103-110), formalismo (ya sea como teoría de la justicia, del derecho, de la ciencia jurídica o de su interpretación; Bobbio, 2015: 85-98) y pretensión de objetividad (que he trabajado previamente en Bassa, 2013 y que recojo en los apartados siguientes) termina generando un resultado

bastante claro: la protección de aquella correlación de fuerzas que dio paso a la estructura vigente del Derecho positivo y de las razones que lograron imponerse, en aquel punto originario, en aquel momento contingente que marca la historia de una comunidad política.

Ese ideal de conservación de los contenidos característicos de ese momento originario, que lo trae al presente una y otra vez con cada aplicación o interpretación de su Derecho, se construye desde ese mismo supuesto de la autonomía del sistema jurídico, de su ‘pureza’. Tiene a la base un formalismo que interviene sobre las condiciones de pensabilidad de los objetos y no directamente sobre ellos (Negri, 2015: 392), un formalismo que simplemente quiere decir que se está en contra de los cambios (Bobbio, 2015: 97). Sin embargo, hoy no es pacífico proponer la existencia de un punto de vista que pueda situarse al margen de las prácticas políticas y sociales, en un contexto histórico determinado, desde donde se puedan formular juicios ‘universales’ u ‘objetivos’ (Mouffe, 2003: 78). Lo político, así como lo jurídico, se define dentro de los márgenes de la sociedad y no fuera de ella. Más aún si consideramos que “la objetividad social se constituye mediante actos de poder. Ello implica que cualquier objetividad social es en último término política y que debe llevar las marcas de la exclusión que gobierna su constitución” (ídem.: 112). Para Butler “el formalismo es un producto de la abstracción que requiere su separación de lo concreto, lo cual deja su huella en el trabajo mismo de la abstracción”, que “no puede permanecer rigurosamente abstracta sin exhibir algo de lo que debe excluir para constituirse como abstracción” (2011: 26).

Hoy, estas formas de objetividad han servido para proteger el proyecto constitucional de la dictadura, al perpetuar aquellas decisiones fundacionales que le dan existencia política a la comunidad. Es necesario revisar el sentido que ha tenido esta objetividad, especialmente en la comprensión de lo constitucional, para una habilitación del poder constituyente que esté en condiciones de expresar una voluntad autónoma, no sujeta a las decisiones del pasado. Desde esta perspectiva, el formalismo que ha caracterizado al proceso constituyente empujado desde el actual Gobierno (tanto el complejo diseño para la formulación de las llamadas Bases Ciudadanas<sup>23</sup>, como el contenido del proyecto de reforma al Capítulo XV de la Constitución<sup>24</sup>) pareciera evidenciar que solo se trata de un intento por

---

<sup>23</sup> El itinerario propuesto por el Gobierno está disponible en <http://www.gob.cl/2015/10/13/discurso-de-la-presidenta-de-la-republica-al-anunciar-el-proceso-constituyente/>

<sup>24</sup> Boletín legislativo N° 11.173-07, actualmente en primer trámite constitucional.

reformular las leyes constitucionales, mas no la Constitución, pues no hay una voluntad real de cambiar el orden constitucional vigente, la actual estructura de relaciones de poder.

### ***i. La objetividad como argumento jurídico-político***

La cuestión acerca de si la objetividad es posible en el conocimiento jurídico y cómo se manifiesta aquella desborda las pretensiones del presente trabajo. Por ello, el punto de partida es la diferencia que existe entre el enunciado normativo y la norma, entendiendo por tal el significado que se le atribuye a aquel a través de la interpretación. Así, la objetividad en el conocimiento jurídico se limita a la identificación del tenor literal de la disposición escrita y no a su aplicación; la interpretación supone una transformación del objeto por la subjetividad del intérprete, quien lo hace suyo para después operar intersubjetivamente con el resultado de su proceso cognitivo, que intentará objetivar (Maturana, 2007; respecto de la interpretación jurídica, Quintana, 1994: 89 ss.). Es decir, la aplicación concreta del enunciado normativo supone una construcción argumentativa a partir de la cual el sujeto formula una interpretación determinada e intenta convencer que se trata de la correcta. En este proceso, el sujeto puede ser parcial o imparcial, es decir, puede mostrar diferentes niveles de compromiso con el objeto de estudio, pero no se juega entre más o menos objetivo.

Lo propio puede decirse tanto respecto de la objetividad en las decisiones judiciales como en el trabajo que realiza la doctrina. En cuanto a la primera, puede haber objetividad en el reconocimiento de la decisión en sí misma y de su contenido o estructura argumental, más no en la relación que, en términos de corrección o de verdad, podría existir entre esta y el enunciado normativo a partir del cual se construye. La valoración de las normas aplicadas se encuentra influida por las particularidades del sujeto, toda vez que la pretendida claridad en el proceso de subsunción se difumina en un cada vez más complejo ordenamiento jurídico. Conocida es la vieja propuesta de Dilthey: el intérprete entiende mejor el texto que su autor. Si hasta el contenido de la decisión judicial también permite, según lo señalado previamente, un cuestionamiento a la objetividad de la interpretación. Lo propio respecto de la doctrina: comenzando desde un enunciado normativo común, lo que se dice de él obedece a la combinación de una serie de opciones que el sujeto toma frente a su objeto de estudio (metodológicas, epistemológicas, hermenéuticas, políticas) que condicionan el resultado de su



labor. Así, considerando la importancia de estas opciones en el contenido de su trabajo, es posible afirmar que existe más derecho constitucional en los libros que en la misma Constitución. En efecto, dado que la indeterminación del Derecho es todavía más evidente en la apertura de las normas constitucionales, la interpretación es clave para la concretización de su contenido normativo que, en ningún caso, es autoevidente<sup>25</sup>. Es allí donde se despliega la actual disputa por el sentido, ahora en el marco de un nuevo contexto político y social.

Esta concretización se realiza una vez que el intérprete ha definido su propio lugar de enunciación, el que se forma sobre la base de una serie de materias: opciones metodológicas propias de la disciplina; política contingente; rol del Estado en la sociedad y en la economía; concepciones acerca de la Constitución como norma fundamental, el origen legítimo/ilegítimo de la Carta chilena vigente, el contenido de ciertas instituciones (como la familia, la igualdad o la propiedad), la justicia (distributiva, formal, material); en fin, acerca de la interpretación constitucional: originalista o evolutiva y, quizá de manera muy especial, respecto a cuánto limitar el ejercicio de la soberanía popular en la dicotomía que representa el oxímoron de la democracia constitucional. Cada una de estas materias lleva al jurista, al académico y al docente a definirse frente a las alternativas que ellas contemplan. Lo enunciado precedentemente da cuenta de la multiplicidad de combinaciones posibles a partir del texto constitucional, de las diversas aproximaciones de quien lo estudie y, en definitiva, de cómo estas categorías conceptuales son utilizadas para la protección del orden vigente o, en cambio, para permitir la expresión de los discursos subalternos.

Lo anterior genera resultados diferentes, en tanto que argumentativamente se puede justificar de diversas maneras el texto constitucional vigente. Ello explica, por ejemplo, que no todos interpretemos el artículo 19 N° 1 inciso 2° de la Constitución de la misma forma<sup>26</sup>, ya que no existe consenso sobre si la vida del que está por nacer tiene protección constitucional o solo legal, si se trata de un derecho fundamental o de un interés constitucional, etc. El contenido material de dicho enunciado no es autoevidente. La norma se construye a partir de interpretaciones que, a su turno, contarán con mejores o peores argumentos. El

---

<sup>25</sup> Esta indeterminación de las normas constitucionales puede tener dos lecturas, una que sospecha de la discrecionalidad de los jueces en la interpretación constitucional (Aldunate, 2010) y otra que celebra la garantía de libertad política del legislador en la interpretación constitucional (Hesse, 2011) las que no son, necesariamente, excluyentes entre sí.

<sup>26</sup> El art. 19 N° 1 inc. 2° señala: “la ley protege la vida del que está por nacer”.

contenido de la norma es su interpretación; ni correcta ni incorrecta, sino mejor o peor argumentada, lo que dependerá de las opciones que tome el intérprete. En definitiva, de una interpretación constitucional sólo podría decirse que se sostiene en mejores argumentos que la contraria.

Otro ejemplo de cuán importante es la dogmática nacional para la construcción del ordenamiento constitucional chileno, se encuentra en el artículo 19 N° 21 inciso 2° de la Carta, que establece el estatuto del Estado empresario<sup>27</sup>. La disposición sólo establece una distribución de competencias a favor del legislador para determinar las condiciones en que el Estado podrá desarrollar actividades económicas. La doctrina nacional ha sostenido que se trata de una de las manifestaciones constitucionales del orden público económico, construido a partir del derecho de propiedad y del principio de subsidiariedad; es la doctrina la que dota de contenido material al enunciado normativo y lo configura como un estatuto de orden público y de rango constitucional (Fermendois, 2006: 72-74). Sin embargo, del referido artículo no se desprende ninguno de estos elementos, que tienen (o podrían tener) reconocimiento en otra disposición constitucional (Bassa y Viera, 2012). Si el constitucionalismo chileno concibe el estatuto del Estado empresario como lo hace, se debe exclusivamente a una dogmática constitucional que lo ha interpretado a partir de ciertos principios (subsidiariedad) en desmedro de otros (solidaridad), en respuesta a sus propias opciones políticas.

Esta pretensión de objetividad, propia de la racionalidad moderna que sitúa al objeto fuera del sujeto y que informa a casi todo el Derecho moderno, es funcional a una comprensión liberal de lo jurídico, cuyos principales elementos son la despolitización del fenómeno jurídico, la relativización de la decisión política como origen de las normas e instituciones y la abstracción del sujeto destinatario de todo el ordenamiento, pero muy especialmente de sus derechos. Tras esta pretensión se esconden, asimismo, determinadas estructuras de privilegios asentadas en un determinado *statu quo*: en tanto derecho positivo vigente, será defendido por aquellos cuyo poder político o económico dependa de su estabilidad (Schmitt, 2014: 96-97), a la vez que su contenido será determinado por quienes

---

<sup>27</sup> El art. 19 N° 21 inc. 2° señala: “El Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado los autoriza. En tal caso, esas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que por motivos justificados establezca la ley, la que deberá ser, asimismo, de quórum calificado”.

tengan el poder suficiente para imponer sus propias comprensiones o concepciones acerca del ordenamiento jurídico.

## **ii. El originalismo y su lectura de lo constitucional**

El originalismo es una corriente de la hermenéutica constitucional<sup>28</sup>, propia de la tradición legal angloamericana, que surge como una reacción crítica a la jurisprudencia de la Suprema Corte de Estados Unidos, que durante las presidencias Warren (1953-1969) y Burger (1969-1986) avanzó muy significativamente en el reconocimiento y protección de los derechos de ciertas minorías vulneradas o postergadas, especialmente por razones de raza y género. Concretamente, un sector conservador de la academia constitucional estadounidense le reclamó mayor fidelidad a la intención original de los redactores de la Constitución, acusándole de vulnerar la función que dicho tribunal debe cumplir en una democracia, al crear derechos por vía interpretativa. Hubo un primer originalismo que se manifestó contrario a sentencias emblemáticas de la Corte (como es el caso de *Roe vs. Wade*, de 1973, que se pronunció sobre la interrupción voluntaria del embarazo), que en tanto teoría reactiva y crítica a determinada práctica judicial, fue mutando desde la defensa de la *original intent* hacia un *original meaning*, más preocupado por fortalecer la fidelidad de los jueces a la Constitución antes que, simplemente, de restringir su actuar (Smith, 2011: 711-713; sobre el contenido del originalismo original, Powell, 1985). Esta nueva dimensión del originalismo acepta que se trata de una teoría de interpretación y no de adjudicación constitucional, reconociendo el alto grado de indeterminación de toda Constitución, especialmente en materia de derechos fundamentales (Balkin, 2007; Solum, 2011).

Este originalismo (particularmente el primero, adoptando la forma del criterio 'historia fidedigna del establecimiento de la norma' que contempla el art. 19 del Código Civil<sup>29</sup>) ha tenido ciertas manifestaciones en un sector de la doctrina constitucional chilena que, al reconocer en las Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución (CENC, que

---

<sup>28</sup> He desarrollado previamente estas ideas en Bassa y Aste, 2015: 221-222.

<sup>29</sup> Art. 19, Código Civil: "Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu. Pero bien se puede, para interpretar una expresión obscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma, o en la historia fidedigna de su establecimiento".

sesionó entre 1973 y 1978) la fuente de historia e interpretación fidedigna de la Carta vigente, se situó en una suerte de originalismo metodológico<sup>30</sup>, petrificando el contenido de la Constitución. Sin embargo, es necesario precisar que ello no contó con el nivel de desarrollo teórico que se aprecia en la tradición angloamericana. Esta opción metodológica de parte de la doctrina obedece a cierta concepción de la Constitución y, en consecuencia, a cómo debe interpretarse: que ésta refleja un único contenido normativo correcto posible, que el intérprete puede alumbrar con ayuda de las Actas. Asume que el poder constituyente identificado en la CENC definió el contenido de la Norma Fundamental, el que debe no puede ser alterado vía de interpretación constitucional (Bassa, 2013).

Sin embargo, si aceptamos que la función de la Constitución es garantizar la apertura del sistema democrático, para que en él puedan participar todos los sujetos políticos que confirman la sociedad, en un plano de igualdad y libertad, entonces una norma fundamental no puede reemplazar la discusión política para asegurar la permanencia de determinado proyecto político. Por el contrario, debe garantizar la apertura para permitir diversas concretizaciones del contenido de los enunciados normativos (Hesse, 2011).

El contexto histórico y político de aparición de esta hermenéutica es clave para develar cómo su contenido discursivo pretende contener construcciones alternativas a la racionalidad hegemónica, especialmente cuando se trató de la ampliación de los derechos a sujetos políticos invisibilizados en los orígenes del constitucionalismo norteamericano y moderno. En efecto, cierto sector de la academia norteamericana exigió de la Corte una mayor fidelidad “a la Constitución”, primero a la voluntad de sus redactores y, luego, a su intención, como si estas pudieran ser determinadas con plena prescindencia de los sujetos que la interpretan. Su pretensión, entonces, fue defender un contenido de las decisiones constitucionales –típicamente, de las sentencias de un tribunal–, que no debería variar aun cuando estas decisiones sean tomadas por sujetos distintos, situados en distintos contextos

---

<sup>30</sup> Como ejemplos del uso y abuso de las Actas como fuente de interpretación constitucional, particularmente en materia de derechos fundamentales, los autores Evans, Cea, Verdugo, Silva. La dogmática constitucional más reciente muestra ya una superación de este criterio hermenéutico, a través de su revisión crítica; aunque los cambios culturales llevan un ritmo diferente, ya es posible notar la influencia de autores como Aldunate, Atria, Contesse, Ruiz-Tagle, Zúñiga; cf. Bassa, 2011a: 36. Algo ha dicho, tímidamente, la jurisprudencia constitucional; cabe destacar el voto de minoría de Hernán Vodanovic en la STC 740, así como parte de los razonamientos de las líneas jurisprudenciales que han abierto las SSTC 976 y 1852 (Bassa y Aste, 2015: 230-238).

históricos, discursivos o materiales, proponiendo, en definitiva, una escisión epistémica radical entre sujeto y objeto.

Este “originalismo a la chilena” ha perpetuado una concepción tanto de la Constitución como de su contenido. Este anquilosamiento en torno a las Actas ha impedido que la sociedad participe democráticamente en la construcción de su ordenamiento iusfundamental, tanto en sede legislativa, como en materia de interpretación constitucional, protegiendo el contenido material del proyecto constitucional diseñado durante la dictadura. Al restringir el acceso democrático a “lo constitucional”, se consolida la exclusión de los sujetos subalternos de aquellos espacios en los que se configuran las condiciones o las reglas para la convivencia en sociedad. Con ello, se protege el contenido del modelo vigente, resultado de una determinada correlación de fuerzas políticas que, en determinado momento histórico, favoreció a cierto sector de la sociedad. Así, tal como hace 250 años, “lo constitucional” aún responde a las categorías conceptuales del discurso jurídico burgués, consolidando la situación de subalternidad de los sujetos políticos que emergieron como tal durante los siglos XIX y XX. Este constitucionalismo ha cumplido un papel político indiscutible al reinscribir permanentemente, en las instituciones políticas, aquella relación de fuerzas que emana del Golpe de 1973 (Foucault, 2012: 24-25).

Incluso, en el contexto de una democracia constitucional, una norma fundamental no puede cerrar el sistema a la discusión política para proteger determinado proyecto político. Sin embargo, la interpretación constitucional ha garantizado la permanencia del proyecto político de la dictadura, anclando el debate democrático en el contenido de las Actas de la CENC. Con ello se replica la forma en que la razón hegemónica contiene la potencia transformadora, constituyente, que surge desde el mundo subalterno.

Así, por ejemplo, las dos reformas más significativas a la Constitución vigente, de 1989 y 2005, modificaron el modelo original, eliminando parte de los enclaves autoritarios destinados a salvaguardar el régimen político diseñado originalmente. Como consecuencia del proceso de reformas constitucionales que se desató en 1989, la Carta vigente parece estar más cerca del modelo de Constitución de las democracias occidentales que del diseñado por la dictadura. Las reformas constitucionales han desarticulado la tutela militar sobre el sistema político, así como las principales instituciones a través de las cuales se implementó, tanto en la dimensión orgánica de la Carta como en el diseño del sistema de protección de derechos

(aunque los elementos nucleares del sistema económico y político se mantienen a través de la leyes orgánicas constitucionales, que ha excluido ciertas materias del debate público). Sin embargo, el mismo originalismo profundizó la fuerte crisis de legitimidad de la Constitución, que es percibida como un proyecto impuesto autoritariamente, no como el resultado de una deliberación o, al menos, de una práctica política democrática.

En este fenómeno, se verifica una disputa por el sentido de lo constitucional, donde la propia interpretación cumple un papel fundamental, al contribuir en el cierre de las prácticas institucionales para proteger el *statu quo*. La aplicación de todo método de interpretación constitucional se fundamenta en un teoría constitucional previa, muchas veces implícita, que resulta decisiva para el resultado de la interpretación. En efecto, la adopción de un determinado método no es una decisión neutra y avalorativa, sino que obedece a una finalidad determinada: que dicho proceso de interpretación llegue a cierto resultado (Bassa, 2011b: 285-286).

Desde esta perspectiva, este originalismo a la chilena no solo es un método de interpretación, sino la manifestación de una teoría constitucional previa y subyacente, que obedece a determinada concepción de la Carta en tanto norma jurídica: la Constitución como el testamento político de la dictadura. Dicha concepción asume que el poder constituyente – que esta doctrina identifica en la CENC– ya ha definido el contenido de la Norma Fundamental y los intérpretes deben respetarlo incondicionalmente. Como el contenido de la Carta ya habría sido definido por el titular de la soberanía, no corresponde alterar el contenido de dicha decisión a través de la interpretación. Así, la doctrina constitucional mayoritaria había afirmado que la única forma legítima de interpretar la Constitución debe atender a los criterios y parámetros propios del momento histórico identificado como constituyente. Aquí hay mucho más que un empobrecimiento en el desarrollo dogmático de la disciplina a través de una interpretación cognoscitivista<sup>31</sup>. Se trata de una determinada teoría de la interpretación constitucional que utiliza la pretendida objetividad de la norma como un argumento político para obligar a los detractores del proyecto constitucional construido en la década de 1970.

---

<sup>31</sup> Atria (1998: 371-372) acusa tempranamente la falta de un desarrollo de la dogmática constitucional chilena como un elemento que mella la independencia del Tribunal Constitucional, principalmente debido al permanente recurso a la Actas como fuente de interpretación de la Constitución.

Se trata de una manifestación típica, que muestra cómo la razón hegemónica de la modernidad se protege de los embates o revisiones críticas surgidas desde sectores políticos o sociales distintos: allá, para proteger un proyecto político ligado al triunfo burgués por sobre el clero/nobleza; acá, para proteger una manifestación concreta de dicho proyecto, en la lucha contra los avances de los sujetos populares durante el siglo XX en Chile.

#### **4. Un sujeto sujetado**

Aunque la producción material ha abandonado el modelo fordista hace un buen tiempo, dando paso a una etapa “postfordista”, lo cierto es que el constitucionalismo dominante sigue anclado a un modelo fordista, es decir, a la fabricación repetida y mecánica tanto del Derecho constitucional como de la forma en que contribuye a la reproducción de la vida social (De Cabo, 2014: 76). Ello ha alejado significativamente al constitucionalismo de su medio social, “con un discurso desfasado respecto de lo que en la realidad ocurre y, en consecuencia, de lo que está en juego” (í.d.: 10); al recurrir al mismo aparato teórico, tecnificado dentro del paradigma jurídico moderno (por ejemplo, al constitucionalizar al poder constituyente; Negri, 2015: 30-31), no ha sido capaz de proporcionar respuestas adecuadas a una nueva realidad social.

Dentro de ese aparato teórico, el tipo de sujeto que ha construido el constitucionalismo moderno se encuentra en crisis, tanto desde la abstracción de su formulación, como de aquellas características provenientes de cierto particular burgués que fue universalizado. La atomización contemporánea de la subjetividad (cuestión que se escapa a los márgenes del presente trabajo) ha generado tipos de sujetos que se resisten a ser clasificados dentro del paradigma jurídico moderno, donde los procesos de subjetivación dicen más de esos nuevos sujetos que las declaraciones normativas de un sujeto abstracto. Estamos en presencia de algo así como “sujetos sujetados”, condicionados por las categorías jurídicas modernas, dominantes, cuyas condiciones de existencia vital impiden, por ejemplo, un ejercicio emancipatorio de los derechos humanos, a pesar de ser, formalmente, derechos de titularidad universal. Entre estas categorías jurídicas modernas, la igualdad ante la ley y los derechos sociales aparecen como aquellos derechos con mayor potencia transformadora o emancipatoria. Sin embargo, sus pre-condiciones de posibilidad (individualistas) traban dicha

expectativa. Destruir esta potencia emancipatoria requiere de la manifestación de una voluntad que afirme ese acto político de afirmación existencial de los sujetos actualmente en posiciones de subalternidad, en el marco de un proceso (efectivamente) constituyente. Asimismo, requiere de una renovación de las categorías teóricas del constitucionalismo, que se debe dejar interpelar por (a la vez que interpretar) las nuevas formas de prácticas sociales, del trabajo y del capital (De Cabo, 2014: 77). Esta crisis del constitucionalismo, en tanto aparato protector del *statu quo* social (Negri, 2015: 70), solo puede ser resuelta en la medida que se deje apropiar por las nuevas formas de subjetividad y, en consecuencia, de existencia política.

### **i. Subalternidad y derechos sociales: colonización de discursos jurídicos**

El fenómeno de la *subalternidad* refiere a un conjunto de sujetos cuya acción ha sido ignorada por una historiografía elitista, la que ha centrado su estudio en una suerte de macro historia ligada a las instituciones gubernamentales de poder y a quienes las dirigen. A través de estas opciones metodológicas, la historiografía tradicional ha contribuido a constituir y consolidar un determinado discurso de verdad, que ha sido presentado como oficial, invisibilizando tanto a aquellos sujetos que no pertenecen a dicha oficialidad como a sus demandas y reivindicaciones. Por el contrario, es obviada su pertenencia a una estructura de relaciones sociales y políticas diferente de aquella que da pie a la historia oficial; una estructura de relaciones que obedece, en definitiva, a una materialidad distinta. En cambio, se invisibiliza su condición de sujeto subalterno en el contexto de las relaciones política hegemónicas.

Estas narrativas oficiales llevan implícitas una serie de relaciones de dominación, que monopolizan el *locus* de enunciación del mundo sensible. Originalmente, los estudios poscoloniales se levantan críticamente contra el eurocentrismo epistemológico, con el fin de promover un pensamiento a partir de los saberes relegados y subalternizados no ya como búsqueda de lo auténtico sino como una manera de pensar críticamente la modernidad desde la diferencia (Soto, 2013: 181). Su finalidad podría ser descrita como un intento por recuperar el lugar de enunciación de los sujetos postergados, sus historias y sus relaciones materiales, para así posibilitar que la conciencia que cada sujeto (y cada comunidad) tiene de sí mismo, constituya las herramientas necesarias para la construcción de su propia identidad.



Así, el objetivo no consiste en disputar la verdad enunciada desde las posiciones tradicionales de poder; tampoco en controvertir el contenido del discurso de verdad construido, por ejemplo, a través de la historiografía tradicional. Por el contrario, busca reivindicar la posición de aquellos sujetos postergados, especialmente respecto de su capacidad de enunciación. La consecuencia podrá ser una conceptualización epistemológicamente distinta (una, por ejemplo, no euro centrista, en el caso de los estudios poscoloniales) que permita revisar críticamente los discursos de verdad asociados a la historiografía tradicional y, eventualmente, disputar sus contenidos. Pero su objeto principal no es la disputa del discurso de verdad, sino la ruptura del monopolio del lugar de enunciación, para así visibilizar la multiplicidad de sujetos hasta entonces ignorados.

En efecto, esta subalternidad se verifica en un período denominado *postcolonial*, en el cual persisten “fragmentos de las lógicas y de los dispositivos de explotación y de dominio que caracterizaron el proyecto colonial moderno de Occidente” (Soto, 2013: 174), donde los elementos constitutivos de dichas relaciones políticas y sociales configuran un presente que comparte ciertos rasgos con dicho pasado hegemónico. El constitucionalismo moderno y su aparato teórico forma parte de ese presente marcado por el monopolio del eurocentrismo, principalmente en lo que refiere a las instituciones que configuran el ejercicio del poder y a la forma en que son reconocidos y protegidos los derechos de las personas. Se trata de un aparato conceptual tributario de las revoluciones burguesas, cuyo contenido ha sido fijado al alero de dichos triunfos, consolidando una perspectiva particular de la vida en común y sometiendo a los grupos subalternos, a aquellos que no responden a ese eurocentrismo, a relaciones políticas de dominación, en las que sus necesidades no son igualmente protegidas por el aparato estatal. Esas relaciones de dominación perviven, aun cuando ya hubiera terminado, formalmente, el proyecto colonial. A su vez, este tipo de relaciones mantiene en la marginalidad a ciertos grupos de sujetos, cuya acción es ignorada por aquella historiografía elitista y excluida, asimismo, de todo discurso de verdad (Foucault, 2012).

Sin embargo, aquella postergación e invisibilización no los priva, en tanto sujetos, de su propio lugar de enunciación, aunque sí limita sus capacidades para tomar plena conciencia del mismo. La crítica a dicha situación, surgida en un contexto de cambios sociales globales, nos invita a pensar desde “un paradigma postcolonial que desconstruya las relaciones de dominio implícitas en las diversas narraciones” (Soto, 2013: 178), para lograr un

desplazamiento del *locus* de enunciación desde los saberes hegemónicos hacia los saberes relegados y subalternizados. El *postcolonialismo* defenderá la necesidad de romper con el eurocentrismo epistemológico, evidenciando el desafío de revisar las reglas coloniales y pensar el presente desde el sur global (Santos, 2010), en tanto lugar de enunciación de saberes relegados. Finalmente, lo que está en juego son las relaciones de poder y la propia configuración de una sociedad.

Pensar el presente sin las categorías epistémicas dominantes no es simple, por cuanto requiere subvertir los cánones intelectuales más tradicionales, aquellos a través de los cuales se ha consolidado determinada relación de dominación, que permitieron la postergación de saberes que ahora deben buscar su propio lugar de enunciación. El desafío consiste en hablar desde la materialidad particular que caracteriza al sujeto y a los sujetos postergados, tomando conciencia de ella y de la dimensión performativa de su materialidad en la construcción del conocimiento. Dicha materialidad configura las relaciones de dominación, que han sido consolidadas a través de los discursos de verdad enunciados desde una posición de explotación. Por tanto, condiciona y ha condicionado la comprensión que el sujeto tiene de sí mismo, invisibilizando el *locus* desde el cual debiera enunciarse aquel saber relegado. Sin embargo, será desde esa misma materialidad que los saberes relegados podrán ser enunciados, en la medida que los sujetos tomen conciencia de la posición (subalterna) que les ha sido asignada en el entramado de relaciones sociales de poder.

Cómo pensar la potencia transformadora de un momento constituyente presente, o el valor emancipatorio que podría tener el catálogo de derechos fundamentales, desde la materialidad, sin replicar la violencia epistémica contra la cual se acciona y sin caer en la simplificación de categorías universales que presuponen un conocimiento neutral (liberal) del mundo, construido a partir de categorías abstractas. Los efectos de la dominación epistémica se encuentran enraizados en la propia autocomprensión de los sujetos relegados; sus saberes, así como sus respectivos lugares de enunciación, se encuentran condicionados por una determinada relación de dominación. Enunciar un nuevo saber supone romper con dicha relación de dominación, denunciando tanto las bases epistémicas de los saberes dominantes como su propio autoritarismo, que desconoce la importancia de otras epistemes. En definitiva, recuperar la propia subjetividad.

Se trata de una propuesta epistemológica que proyecta sus efectos más allá de las fronteras propias de la dicotomía *colonialismo-anticolonialismo*, por cuanto permite evidenciar el carácter relegado de diversos saberes y discursos, cuya enunciación ha sido postergada a un ámbito de relaciones caracterizadas por la explotación y la dominación. En este contexto, el discurso moderno de los derechos ha jugado un papel fundamental en la configuración de determinado discurso de verdad en torno a las necesidades e intereses que estas categorías jurídicas buscan proteger o garantizar. Especialmente polémica ha sido la incorporación de reivindicaciones sociales en el discurso de los derechos liberales, que se han formalizado a través de las categorías típicas de las revoluciones burguesas: los derechos individuales.

Ahora bien, en tanto categoría jurídica, los derechos sociales dan cuenta de cómo se ha configurado una determinada forma de enunciación de saberes, siguiendo un patrón epistemológico similar al que podemos identificar en los estudios de la subalternidad. Estos derechos no escapan a las dificultades asociadas a un saber relegado, cuyo lugar de enunciación (la necesidad de garantizar determinadas condiciones materiales de existencia) se encuentra completamente subordinado a un saber dominante: el paradigma de los derechos individuales.

En efecto, el actual discurso de los derechos nace en el contexto de las luchas contra las monarquías europeas absolutas, lideradas por la burguesía, entre los siglos XVII y XVIII. Sus bases teóricas se remiten a un contractualismo iusnaturalista y racionalista, que se construye desde un supuesto que ha hegemonizado el discurso de los derechos en los últimos doscientos años (García de Enterría, 2001; Barcellona, 1998): que las personas cuentan con derechos naturales de titularidad universal, provenientes de un hipotético estado de naturaleza anterior a la constitución de la sociedad civil y que, en consecuencia, se oponen al Estado en la medida que son anteriores y superiores a este. Al Estado le corresponde reconocer estos derechos y garantizar su ejercicio, desde el deber de protección de la libertad individual.

Sin perjuicio que la consolidación de los derechos individuales contribuyó a generar las condiciones de posibilidad para los derechos sociales, el *locus* de enunciación de este discurso de los derechos es la sociedad burguesa, que reivindica la protección de sus propios intereses, pero argumentando su condición de derechos naturales y universales. Así, son elevados a tal categoría la propiedad privada, la igualdad ante la ley, la seguridad personal y la libertad individual, entre otros intereses directamente vinculados a las demandas que la burguesía opuso al poder político hegemonizado, hasta entonces, por la nobleza. En el marco

del proceso histórico de consolidación de la posición hegemónica de la burguesía –la Revolución Industrial del siglo XIX– surge un nuevo agente político, con nuevas necesidades y demandas: el proletariado. Progresivamente, este nuevo sujeto comenzará a levantar sus propias reivindicaciones contra el poder político, con el fin de obtener reconocimiento normativo y satisfacción de aquellas necesidades que emanan de una nueva materialidad, que configura un nuevo lugar de enunciación para un discurso no hegemónico. Sin embargo, a pesar de que surge desde un nuevo lugar de enunciación, que responde a la configuración de determinada materialidad vital hasta entonces inexistente, este nuevo sujeto adopta las formas discursivas del sujeto anterior, precisamente aquel contra el cual levanta sus reivindicaciones: las formas del discurso de los derechos.

La paradoja es evidente: nuevas reivindicaciones que responden a una nueva materialidad que, a su vez, configura un nuevo lugar de enunciación frente a la materialidad burguesa, son enunciadas a través de las formas constitutivas del discurso característico de la sociedad burguesa. Podríamos decir que el discurso proletario nació colonizado por el discurso hegemónico burgués de los derechos, a pesar de que se levantaba, precisamente, en su contra. Y no ha logrado sacudirse de ello.

El surgimiento de la categoría jurídica de los derechos sociales fue enfrentado por el despliegue de un importante dispositivo de control discursivo, en virtud del cual se negó la condición de derechos a estas demandas, levantadas a través del discurso de los derechos. Luego de más de un siglo de enfrentamientos discursivos entre promotores de los llamados derechos sociales y defensores de las concepciones tradicionales de los derechos liberales, el panorama muestra que no se ha avanzado prácticamente nada. En el plano de la representación simbólica de la realidad a través del discurso, la oposición dialéctica sigue exactamente igual; desde la perspectiva de la satisfacción concreta de aquellas necesidades asociadas a estos derechos, la contingencia de un presente marcado por la idea de “crisis económica” muestra que, incluso, es posible advertir retrocesos en su protección.

En efecto, las lógicas políticas y sociales propias del capital han logrado colonizar los derechos sociales, categorías preferentemente proletarias, primero bajo la estabilidad que aportó el Estado de bienestar, que también contribuyó a neutralizar el conflicto social, abandonando la dimensión socio económica de la crítica y de la protesta (De Cabo, 2014: 28), luego al concebir los derechos sociales en clave estrictamente individual (es decir, no como

aquello que la sociedad le debe a sus integrantes, sino como lo que cada uno tiene derecho a exigir) y, finalmente, a través de la naturalización de la clave costo/beneficio, tan característica de la gubernamentalidad neoliberal. La proyección de estos derechos, típicamente ejercidos contra el Estado, no se ve del todo clara, pues el surgimiento de las prácticas de lo común suponen un incremento progresivo de la participación colaborativa y organizacional por parte de las comunidades de base, con la consecuente pérdida de confianza en el (y de potencia del) Estado como instrumento de transformación social (De Cabo, 2017: 16). Sin embargo, los recientes movimientos sociales en Chile han evidenciado la ausencia de un estatus socio económico mínimo asegurado, por lo que la protesta ha comenzado a incorporar una crítica hacia el aspecto material del modelo social y no solo a sus aspectos formales.

Esta suerte de tensión discursiva<sup>32</sup> –entre *i.* derechos que surgen desde sectores determinados de una sociedad, cuyo *ii.* reconocimiento normativo responde a un discurso teórico que los justifica desde la universalidad y *iii.* sectores sociales cuyas especificidades los sitúan al margen de dicha universalidad– evidencia la distancia que existe entre el paradigma jurídico de la modernidad y la forma en que las especificidades en las condiciones materiales de vida de las personas determinan el ejercicio de los derechos que el ordenamiento jurídico declara proteger. Un análisis contingente de la realidad jurídico-política debe evidenciar los límites de la objetividad y de la universalidad en el campo social, específicamente respecto de los derechos de las personas.

El marco desde el cual discurre esta tensión no puede ser otro que el actual paradigma socio-político y su eventual crisis de legitimidad. El análisis relativo al reconocimiento y protección de los derechos, así como de las formas discursivas que justifican su reconocimiento normativo, debe realizarse desde la actual etapa del capitalismo tardío. El modelo de acumulación capitalista ha marcado no solo la teoría política de los últimos siglos, sino que ha configurado un determinado modelo jurídico para la regulación del ejercicio del poder, conocido como constitucionalismo moderno, o bien, democracia constitucional. La Constitución de la modernidad es –como no puede ser de otra manera– la Constitución del capitalismo, categorización que afecta a todas sus instituciones, incluidos los derechos. Un

---

<sup>32</sup> Los cuatro párrafos que siguen forman parte del trabajo desarrollado en Bassa y González (2018): “Objetividad e interpretación constitucional. Hacia una crítica del discurso jurídico y filosófico de la modernidad”, actualmente en arbitraje para su publicación.

estudio riguroso de los componentes del paradigma jurídico de la modernidad (entre ellos, los derechos, la interpretación jurídica) debe considerar el tipo de sociedad del cual es tributario y la forma como esta se ha construido.

Aunque la tensión dialéctica que, todavía, acompaña a nuestro paradigma jurídico radica en el binomio capital/trabajo, esta no se limita a las clásicas formas de opresión y explotación sobre el proletariado como sujeto político. Los tiempos que corren dan cuenta del surgimiento de diversas categorías de sujetos que se encuentran en condiciones de subalternidad, pero que parecen persistir en esa situación de marginalidad respecto de la universalidad moderna que caracterizó al proletariado y a la protección de sus derechos.

La consolidación de la dominación política de los titulares del capital respecto del proletariado (base del tejido social europeo durante el siglo XIX) y que se proyecta hacia los nuevos sujetos subalternos del presente, generó una división prácticamente radical entre el discurso económico y el político (de la que también es tributaria la separación entre derecho y moral), que ocultó la dimensión económica de las garantías políticas conquistadas por las revoluciones burguesas. Al separar el origen económico de los derechos reconocidos normativamente, se invisibilizó la forma en que la dimensión económica de la vida de los titulares de esos derechos incide en el ejercicio de los mismos, consolidando una episteme universalista en desmedro de las subjetividades propias de cada sujeto político. Asimismo, ello generó una suerte de totalitarismo epistemológico, pues la forma de dar contenido a los derechos, de conocerlos, ha sido monopolizada por la dimensión esencialista del paradigma jurídico de la modernidad, marcada por ese sacrosanto momento prepolítico que caracteriza a las distintas teorías contractualistas. Con eso, se cierra el círculo de la formulación teórica de los derechos y de su pretensión universalizadora: los derechos no emanan del conflicto político que caracteriza a una sociedad, sino que son anteriores tanto al conflicto como a la propia sociedad y sus formas de organización.

Por otro lado, durante décadas y desde distintas perspectivas, gran parte del constitucionalismo se ha esforzado por extender la categoría de derechos a aquellos de carácter social; yo mismo no he estado libre de esta tentación/colonización (Bassa, 2007). Pero los esfuerzos han sido infructuosos o, como mucho, los resultados han sido marginales, sin presentar avances siquiera proporcionales a los esfuerzos empeñados en la tarea. El error se asienta en una doble dimensión.

Por un lado, la dogmática se ocupó con ahínco de estos temas jurídicos; sin embargo, no tuvo las herramientas cognitivas y discursivas necesarias para enfrentar el deterioro progresivo de las condiciones materiales de ejercicio de los llamados derechos sociales. Si ninguno de los actores que integran esta oposición discursiva quiere empeorar la posición de los derechos sociales, entonces la discusión ontologizante acerca de su condición de derechos, deviene en irrelevante, precisamente porque asume el mismo *a priori* antropológico de los derechos: el hombre (*sic*) abstracto como destinatario universal.

Por otro lado, la defensa discursiva de lo social, desde los derechos, se construye con las categorías conceptuales propias de los derechos individuales, en circunstancias que son intereses colectivos cuya satisfacción requiere del concurso de la colectividad, evidenciando los efectos de la exitosa colonización del discurso hegemónico liberal. Lo social representado por los derechos sociales no se juega en la dialéctica Estado/individuo, originalmente destinada a garantizar espacios de libertad y de indemnidad a las personas frente al poder estatal. Ella obedece al sujeto histórico que crea esta categoría conceptual: la burguesía, un grupo social adinerado que, para consolidar su poder político y sus actividades económicas, necesitaba limitar y constreñir al Estado.

Por el contrario, esa dimensión de lo social que hoy sigue siendo enunciada desde los derechos sociales, se juega en la dialéctica democracia/individualismo, lo que nos obliga a repensar ambos elementos del binomio. La lucha por el sentido que acompañó a las revoluciones burguesas se hizo desde el individuo como sujeto abstracto y para la protección de ciertos intereses y necesidades; la lógica discursiva se agota en él y en cómo el discurso de los derechos lo protege del abuso del poder estatal: los derechos al servicio de la libertad negativa, determinada por las condiciones materiales de existencia, a la vez que insensible a ellas. Ese paradigma epistémico es, lo sabemos, pilar fundamental del liberalismo político y del capitalismo económico (MacPherson, 2005; De Cabo, 2014). Sin embargo, lo social desborda dicho modelo, reivindicando el valor de la democracia como un espacio discursivo para el despliegue de aquello que ha sido invisibilizado por la hegemonía del individualismo: la materialidad de los distintos tipos de sujetos destinatarios (en abstracto) de los derechos y la forma en que la democracia no se agota en su formulación liberal (el gobierno de la mayoría), sino que debe incorporar aquellos sujetos que surgieron durante los siglos XIX y XX, permitiendo el gobierno de quienes son, en efecto, mayoría: los comunes, considerando cómo

se configuran esas formas de agenciamiento político y social. Finalmente, es la práctica política lo que define qué nos debemos unos a otros y no desde preconcepciones ontológicas acerca de los derechos.

Esa lectura de lo social tensiona el paradigma hegemónico, en cuanto reivindica un lugar de enunciación propio, alterno, abriendo las puertas para pensar aquello que todavía llamamos derechos sociales, pero ahora en clave materialista y no esencialista, desde las prácticas sociales y no desde las categorías abstractas. Es un espacio de resistencia a la matriz hegemónica con la que se clasifica la realidad, desde las categorías de los derechos individuales. Pero al cambiar la dialéctica desde la cual se juega lo social e incorporar una revisión crítica de la democracia, podemos ver cómo la razón hegemónica de la modernidad anula la potencia transformadora (e, incluso, emancipatoria) de un momento constituyente, cuando este no se juega dentro de los cánones burgueses, eurocéntricos, liberales. Cuando “la mayoría” no se configura de acuerdo a los criterios de la democracia formal, sus reivindicaciones son colonizadas, postergadas, invisibilizadas por la hegemonía imperante, neutralizándola. Así, pareciera que es aquella concepción hegemónica de la relación entre universal y particular la que ha comenzado a disiparse, transitando desde la hegemonía a la dominación<sup>33</sup>, dada la ausencia de ese consentimiento espontáneo y la necesidad creciente de recurrir al aparato de represión estatal para enfrentar a los movimientos sociales que han levantado cada vez más reivindicaciones destinadas a disputar el sentido de ese universal.

Los derechos podrían ser instrumentos emancipatorios que operen en favor de las clases subalternas y no solo una manifestación de la colonización occidental moderan. Ello supone pensar estas relaciones sociales más allá del paradigma jurídico moderno, que ve los derechos como categorías abstractas que se predicán del sujeto individual. Para Mouffe, “pensar de un modo pluralista requiere cuestionar la idea de la universalidad de los derechos humanos como es generalmente entendida” (2011: 133). Buscar equivalentes funcionales que permitan garantizar la dignidad de las personas desde las prácticas características de cada

---

<sup>33</sup> Es interesante constatar cómo se ha recurrido a la negación como dispositivo discursivo destinado a consolidar una posición de poder e impedir que los derechos sociales sean parte de una nueva Constitución (en sentido político, no jurídico/formal). Entre otros, valga referir como ejemplo a Jorge Correa Sutil, quien acuñó la idea de “entrarle a la Constitución con goma y no con lápiz”, la que fue rápidamente abrazada por constitucionalistas de derecha, como José F. García. Cfr.: <http://www.latercera.com/voces/la-constitucion-de-bachelet/> Pareciera que se trata de “enemigos” a los que es necesario destruir (o, al menos, impedir su ingreso a la Constitución) y no adversarios con los que es necesario y deseable convivir (Mouffe, 2003: 114-115).



comunidad y cultura, no solo en clave liberal, individual, egoísta. En efecto, la historia muestra que “las políticas de derechos humanos han estado al servicio de los intereses económicos y geopolíticos de los Estados capitalistas hegemónicos” (Santos, 2009: 515), cuestión que se puede predicar no solo en las relaciones entre países, sino también entre clases, “en la prioridad otorgada a los derechos civiles y políticos sobre los económicos, sociales y culturales, y en el reconocimiento del derecho a la propiedad como el primero y, durante muchos años, el único derecho económico” (id.: 516).

En un proceso constituyente, los derechos cumplen una función crucial, pues la discusión en torno a su reconocimiento y garantía constitucional conlleva una discusión relativa a la forma en que se estructuran las relaciones sociales a través de las prácticas que se articulan en torno al ejercicio de esos derechos. Por ello es tan importante abrir el espacio para el despliegue de la voluntad constituyente, para la manifestación de ese acto de afirmación existencial que permita pensar los derechos desde prácticas sociales emancipatorias, desde la contingencia de su ejercicio, y no desde categorías abstractas pensadas para la satisfacción de otro tipo de intereses, en otro tipo de relaciones sociales. En definitiva, los derechos humanos constituyen “un terreno moldeado por relaciones de poder, en el cual tiene lugar una lucha hegemónica; de ahí la importancia de dar lugar a una pluralidad de interpretaciones legítimas” (Mouffe, 2011: 134-135) y no cerrar el lugar de enunciación a quienes se arrogan la autoridad de la voz experta, como ha sucedido con los constitucionalistas en el actual proceso constituyente.

De esta manera, la tensión discursiva trabada en torno al reconocimiento y garantía de los derechos sociales evidencia cómo desde un discurso hegemónico ya consolidado (los derechos de libertad) se configura un exterior constitutivo (un *ellos*) al que se le niega la pertenencia a un *nosotros* universal y naturalizado que, a su vez, emana de una concepción prepolítica de los derechos individuales. Así, la categoría ‘derechos’ es reservada a cierto tipo de intereses, mientras es negada a otros. Este antagonismo entre derechos, que los divide y clasifica entre derechos de libertad y derechos sociales, permite que cierto constitucionalismo reserve la categoría de fundamentales a los primeros, en desmedro de los segundos<sup>34</sup>; en

---

<sup>34</sup> Por todos, Gómez, 1993: 84: “Si los derechos humanos o esenciales se extienden sin límite a los de primera, segunda y tercera generación y así sucesivamente, la teoría del mercado como asignador de los recursos y la teoría de las decisiones públicas pierden sentido”.

desmedro, en definitiva, de aquel exterior que permite la constitución de la categoría hegemónica. La necesidad de trazar esta frontera derridiana, significa una contradicción con su retórica universalista, así como una dificultad insalvable para la adecuada comprensión de la dimensión política tanto de la constitución como del sistema de derechos, por parte del paradigma jurídico moderno, de raíz liberal contractualista (Mouffe, 2003: 60). Cuando cierta particularidad (por ejemplo, los derechos de libertad) asume una función universal estructurante dentro del campo discursivo de lo político, se verifica una relación hegemónica donde dicha particularidad, como significante amo, asume la representación de la totalidad que le resulta inconmensurable. Laclau y Mouffe la han llamado una “universalidad contaminada” (2011: 13), por cuanto existe una tensión irresoluble entre lo particular y lo universal (por ejemplo, entre los derechos sociales como categoría particular, y los derechos fundamentales como categoría general).

Una *nueva* constitución requiere repensar dicha frontera y reconfigurar las formas de existencia política, pues se trata de un asunto que desborda la retórica de la inclusión social: el desafío no es ‘incluir’ a los sectores desaventajados o sometidos en el sistema de dominación, sino redistribuir el poder político asociado a las actuales condiciones de acumulación que caracterizan a este sistema de dominación. Para estos efectos, los derechos sociales son un buen ejemplo del fracaso en las políticas de focalización e inclusión social en un país como Chile, pues los ‘excluidos’ bordean el 90% de la población. En efecto, detrás de los derechos hay procesos históricos de construcción política y social, donde muchos de ellos fueron concebidos sobre la base de la exclusión de otros sujetos (Mouffe, 2003: 38). La actual configuración de los derechos sociales por el constitucionalismo moderno responde a una articulación hegemónica que no incluye al sector de la población cuyas necesidades e intereses buscan protección a través de ellos, lo que justifica la necesidad de una nueva articulación del poder, ahora desde las clases subalternas que han sido postergadas de la hegemonía actualmente vigente y de su particular concepción del sentido común universal. Respecto de los derechos sociales, es posible afirmar que “la comprensión de un término general no consiste en aprehender una teoría, sino que coincide con la capacidad de utilizarla en distintas circunstancias” (id.: 86).

En este sentido, puede ser interesante incorporar las propuestas de diálogo intercultural (Santos, 2009: 513 ss.) y trasladarlas a un diálogo entre clases sociales en el marco de

un proceso constituyente. En un cierto sentido, la pretensión de universalidad que se aprecia en el diálogo entre culturas se encuentra también presente en la relación entre los distintos tipos de derechos, dada la hegemonía de un paradigma individualista, liberal y burgués. Superar la imposición de una tradición por sobre otra requiere abrir la determinación de los contenidos de estos derechos a las prácticas sociales en los cuales se ejercen y no cerrarlo a preconcepciones abstractas, procesadas por expertos.

Los (todavía) llamados derechos sociales son un ejemplo de la derrota de los discursos subalternos, del mismo modo en que lo es el proceso constituyente diseñado por el Gobierno de Michelle Bachelet (2014-18). Los recientes procesos de cambio político que tensionaron ese gran “consenso al centro” que siguió al fin de la Guerra Fría, reflejan cómo estos discursos subalternos aún buscan su espacio, se levantan desde sus propias subjetividades, contra el modelo hegemónico y sus lógicas liberales, que empujan al sujeto hacia la objetividad que se esconde tras el sujeto abstracto moderno. Esa objetividad es un pilar fundamental de la razón jurídica de la modernidad, integrante de una especie de dispositivos de control que configuran las formas para el ejercicio del poder.

## **ii. Igualdad y diferencia<sup>35</sup>**

La pretensión de titularidad universal de los derechos –cuyos enunciados normativos teorizan en torno a un sujeto universal y abstracto que se reduce a la categoría moderna de *persona*– genera efectos contradictorios, precisamente porque su formulación teórica prescinde de las condiciones materiales de existencia para la configuración conceptual de la institución *derechos*. En efecto, la preconcepción antropológica desde la que se configura la noción de sujeto moderno (De Cabo, 2010; Barcellona, 1996) condiciona la forma en que se concretiza la titularidad de los derechos, evidencia lo que las formas discursivas de la modernidad ocultan: la garantía efectiva de los derechos no se materializa a través de la declaración universal de su titularidad, sino que a través de su ejercicio material. Esta constatación permite comprender dos situaciones invisibilizadas por el discurso jurídico

---

<sup>35</sup> El presente apartado sigue el trabajo desarrollado en Bassa y González (2018): “Una revisión crítica de la universalidad en el discurso de los derechos, desde el valor epistémico de la diferencia”, actualmente en arbitraje para su publicación.

moderno de los derechos: *i.* por qué quienes no satisfacen la preconcepción antropológica del sujeto moderno siguen demandando la realización del discurso emancipatorio de la modernidad, recurriendo al discurso de los derechos (sociales) para reivindicar la satisfacción de sus necesidades más básicas y la protección de sus intereses, todavía pendientes, y *ii.* cómo es que el ejercicio efectivo de los derechos declarados universales ha derivado en la constitución de verdaderos privilegios, precisamente para aquellos individuos que sí satisfacen la preconcepción antropológica desde la cual se ha configurado el sujeto moderno y, por tanto, sí gozan de ellos. En otras palabras, dada la imposibilidad de garantizar el estándar material mínimo requerido para el ejercicio de los derechos, la universalidad de su titularidad queda vaciada de contenido, configurándose como una quimera para la gran mayoría de la población, mientras que como privilegio para ciertas minorías, fenómeno que ha sido estudiado bajo las categorías de subciudadanía y sobreciudadanía (Medici, 2013).

La única forma de garantizar de manera efectiva los derechos constitutivos del discurso jurídico moderno, especialmente su pretensión de universalidad, es reivindicando el valor de la diferencia (Nietzsche, 2011) entre los seres humanos, haciendo efectiva su garantía desde ese lugar que dota de identidad al sujeto y a las comunidades que integra. La igualdad jurídica puede ser entendida como una de las grandes contribuciones del paradigma jurídico de la modernidad. Sin embargo, la pretensión universal que constituye tanto al sujeto moderno como a sus derechos no tiene correlato alguno en el mundo material en el cual esos derechos están llamados a ser ejercidos. Las personas nos desenvolvemos de diferentes maneras en dicha materialidad, de modo tal que la única forma de garantizar que todos podamos ejercer los derechos, satisfaciendo mínimamente la pretensión universal de las declaraciones normativas que los consagran, es reivindicando el valor de la diferencia tanto en la constitución de cada ser humano como en el ejercicio de los derechos. Dada la evidente brecha entre las formas discursivas del orden jurídico y las prácticas que ese mismo orden configura, tanto la universalidad de los derechos como el carácter abstracto del sujeto moderno podrían ser considerados como complejos dispositivos de dominación cultural, que actúan mediante la apropiación de los discursos de verdad con pretensiones de objetividad, cuya episteme, luego de devenir en hegemónica, excluye a las múltiples formas de subjetividad contemporánea, las que quedan relegadas a un reconocimiento parcial de su participación social.

La promesa de la modernidad es una promesa de liberación para el ser humano, que se construye a través de un discurso político contractualista y de raigambre iusnaturalista, que reivindica la existencia de derechos pre estatales, provenientes de un supuesto estado de naturaleza, anterior a la constitución de la sociedad civil. La potencia emancipatoria que tiene ese discurso es elocuente: en el estado de naturaleza, todas las personas son portadoras de los mismos derechos, sin importar lo que hasta ese momento era determinante: su posición concreta en una sociedad radicalmente estamentalizada, como lo era durante el Antiguo Régimen. Una vez constituida la sociedad civil, todas las personas mantendrán los mismos derechos, los que deberán ser reconocidos y protegidos por una sociedad civil que se configura, teóricamente, con ese mismo objetivo. En un contexto histórico de configuración del Estado moderno y de superación de una sociedad estamental, marcada por los estatutos jurídicos particulares, el discurso de los derechos tiene una potencia emancipatoria indiscutible, por cuanto constituye la punta de lanza que termina con el sistema de privilegios recogido por el ordenamiento jurídico y, además, para revisar críticamente los fundamentos teóricos que justificaron la soberanía de la monarquía absoluta, revisión que dio paso a la configuración progresiva, un par de siglos después, de la soberanía popular. Se trata de una disputa por el sentido que se atribuye a las relaciones sociales y al ejercicio del poder.

Sin embargo, el fundamento igualitario constitutivo de esa propia potencia emancipatoria contiene, paradójicamente, el germen para la configuración de un discurso moderno opresivo, cuya promesa emancipatoria solo llega a un sector privilegiado de la sociedad y que tendrá una proyección muy problemática sobre el propio sistema de protección de los derechos de las personas, fuente de importantes conflictos durante los siglos posteriores. En efecto, al menos dos factores condicionan la forma en que se despliega la dimensión igualitaria del discurso moderno/contractualista de los derechos de las personas: *i.* la preconcepción antropológica que configura un sujeto abstracto como titular de dichos derechos, y *ii.* la comprensión de dicho sujeto como uno universal.

La concepción de los individuos como sujetos iguales se basaba en una retórica que declaraba la pretensión de terminar con la sociedad estamental y sus estatutos jurídicos particulares (nobleza, clero, hombres libres, mujeres, esclavos, etc.). Era, en efecto, una estrategia discursiva destinada a terminar con la hegemonía del clero/nobleza y situar a los integrantes de esta nueva clase comerciante en un plano de igualdad respecto de los integrantes

de cualquier otro estamento, no en tanto integrante de una nueva categoría de sujeto (burgués), sino en tanto persona. Para ello, era fundamental reivindicar el valor de la persona en abstracto, para lo cual se concibió este supuesto teórico del *estado de naturaleza* que, si bien sitúa a todas las personas como portadores de los mismos derechos, de paso despolitiza las relaciones sociales, eliminando el conflicto como campo en el cual han de ser ejercidos, y del cual surgen, los propios derechos. Así, la posición de noble, burgués o esclavo era, en teoría, irrelevante para el reconocimiento de derechos que se definían por su igual titularidad.

Sin embargo, el altísimo nivel de abstracción necesario para crear ese nuevo *hombre* al cual le predicaban las declaraciones universales, configuró una categoría *universal*, cuyo contenido fue concretado según la estructura de las fuerzas políticas luego de la revolución. Dicho *universal* surge desde la nueva hegemonía burguesa, proyectando la preconcepción antropológica del hombre blanco propietario (McPherson, 2005) sobre él y excluyendo, en la práctica, a una serie de subjetividades postergadas, las que rápidamente devinieron en subalternas. A poco andar, el siglo XIX da cuenta no solo del éxito (económico y político) que la revolución supuso para la burguesía, sino también del fracaso de su discurso emancipatorio y universalista: la crisis de legitimidad de lo que se vino a llamar el Estado liberal/formal de Derecho, que evidencia cómo las grandes mayorías sociales, esos comunes invisibilizados por el discurso revolucionario, estaban materialmente impedidos de ejercer los derechos que el ordenamiento jurídico les reconocía bajo la fórmula de la universalidad. Son el exterior constitutivo del hombre burgués, y si bien ya no pesaba sobre sus futuros la predeterminación de una sociedad estamental, siguieron sometidos a la misma situación de dominación, ahora por un nuevo *señor* y, paradójicamente, siendo titulares de sus mismos derechos.

Así, la dimensión igualitaria del discurso emancipatorio de la modernidad solo se desplegó formalmente, limitado a la declaración normativa de los nuevos catálogos de derechos. En sus orígenes, sirvió para emancipar a la burguesía del clero/nobleza, reemplazando aquella hegemonía por la suya propia. Luego de más de dos siglos de desarrollo y normalización del discurso de los derechos –radicalizado después de la Segunda Guerra Mundial–, cabe preguntarse si ha logrado desplegar su dimensión emancipatoria respecto de aquellos sujetos que devinieron en subalternos ante la consolidación burguesa o si, por el contrario, el discurso del *universal* sigue siendo dominado por aquella primera preconcepción antropológica del hombre blanco propietario.

La irrupción contemporánea de nuevas subjetividades trae aparejado un nuevo paradigma ontológico. Por una parte, es necesario analizar las viejas estructuras discursivas de la racionalidad clásica y, por otra, reivindicar la diferencia entre los seres humanos, con el objeto de re-negociar los límites de aquella universalidad excluyente, que todavía rige en el actual sistema político y su modelo de reconocimiento y protección de derechos. Para ello, es necesario revisar el concepto de *hegemonía* propia del paradigma posmoderno y contrastarlo con la idea de una universalidad objetiva verificada, supuestamente, fuera de los límites de lo social.

Actualmente, el paradigma jurídico moderno enfrenta una nueva crisis de legitimidad, en una encrucijada política que tensiona a la democracia representativa, caracterizada por la irrupción de nuevas subjetividades excluidas de la consolidada episteme moderna (Standing, 2011), devenida en hegemónica. Una apertura de las categorías epistémicas que permita dar cuenta de las particularidades y complejidades que presentan las sociedades contemporáneas, podría contribuir a superar la marginación que genera la abstracción del sujeto construido por el discurso moderno de la igualdad. Para enfrentar estos desafíos teóricos, que tienen un inmediato correlato en cómo las personas ejercen sus derechos y cómo estos son garantizados por la Constitución, es necesario determinar y explicitar los esencialismos en los que descansan los discursos hegemónicos en la interpretación constitucional de los derechos fundamentales y los efectos en su ejercicio concreto.

Autores como Laclau, Mouffe, Butler y Žižek, en un esfuerzo intelectual considerable para los estudios sobre las dinámicas hegemónicas y sobre los límites de toda universalidad, han re-actualizado las premisas clásicas del marxismo (las identidades políticas como identidades colectivas y el antagonismo como elemento consustancial a la sociedad), en un proceso de re-apropiación de aquella tradición intelectual, actualizando las discusiones ante la irrupción de nuevas subjetividades divergentes entre sí, es decir, incorporando diversas formas de antagonismos sociales en la conformación de lo político y no solamente aquellos que emanan del factor clase social. Asimismo, la política posmoderna promueve la politización de la economía, lo que supone revisar críticamente cómo superar la dominación que se verifica en el seno de las sociedades capitalistas (Laval y Dardot, 2015: 282 ss).

Contrario a esta pulsión antiesencialista, la universalidad clásica –aquella que configuró el discurso de los primeros siglos de la modernidad– emerge de una apropiación discursiva de la verdad política, donde un elemento particular asume una función universal

estructurante dentro de un campo discursivo, como lo es el político-constitucional. A través de este fenómeno, que Laclau y Mouffe denominan *point of capture* o significante amo (2011: 11-12), una determinada concepción particular presenta su propia interpretación del fenómeno social, como si se tratara de una descripción objetiva y, por tanto, no política. Con ello, ese *particular* deviene en hegemónico y su interpretación de lo social se universaliza, naturalizando una parcialidad y consolidando un cuadro de exclusión respecto de particulares alternativos, que pudieron haber estado en pugna en el momento histórico, dando paso a la consolidación hegemónica de un discurso particular. Sin embargo, otros particulares quedan confinados a los extramuros de la normalidad, del universal, al que sirven de exterior constitutivos; el *ellos* que permite la existencia de un *nosotros*.

Una revisión crítica de la forma en que se despliega el discurso jurídico hegemónico supone desmarcarse completamente de la concepción clásica, esencialista, por dos razones: *i.* porque es necesario asumir que existe una indecibilidad estructural de un particular sobre la universalidad, por cuanto existe una limitación estructural del ser humano para aprehender la realidad en su completa y compleja dimensión; esa indecibilidad supone que la universalidad es inconmensurable para la particularidad, y *ii.* porque ese discurso universalista, que emana de las teorías contractualistas, oculta el papel de lo político en la configuración de lo social, higienizando un discurso de los derechos tributario de intereses particulares. La universalidad y su relación con lo político se da, necesariamente, dentro de los límites de lo social, por lo que resulta teóricamente imposible explicar una universalidad contingente fuera de ellos –como pretende todo el paradigma jurídico moderno, así como el propio discurso de los derechos.

Esta concepción antiesencialista asume que, en la sociedad, “los actores sociales ocupan posiciones diferenciales en el interior de aquellos discursos que constituyen el tejido social” (Laclau y Mouffe, 2011: 13). La re-articulación de las premisas básicas de la democracia moderna, en este nuevo sentido, nos permite lograr acuerdos en base a la diferencia y al antagonismo estructural que se da en la dimensión social y que crean fronteras internas dentro de la sociedad y de su dimensión política, re-estructurando la noción de igualdad en la que descansa la democracia y re-planteando los límites de la racionalidad política en los que descansa el paradigma jurídico de la modernidad. Ahora bien, asumiendo que la sociedad se construye en base a la diferencia y al antagonismo estructural de los agentes sociales, toda



objetividad se ve amenazada y revelada en sus límites: “los antagonismos no son relaciones objetivas sino relaciones que revelan los límites de toda objetividad” (Laclau y Mouffe, 2011: 14). Por consiguiente, la sociedad se construye en torno a límites que son antagónicos, lo que cierra toda posibilidad de un último consenso.

Se trata de una imposibilidad conceptual, pues una universalidad fuera de lo social y político supone que la consecución del fin último de la sociedad es también su desaparición (Laclau y Mouffe, 2011: 18; Mouffe, 2003: 35-50). Por el contrario, la realización de los intereses sociales se da en la construcción de un discurso contra-hegemónico que pueda ser una alternativa a la racionalidad vigente, violenta, a la que se ven expuestos los grupos desaventajados y excluidos del discurso hegemónico universalizado. En esa tensión, el discurso de los derechos sociales lleva siglo y medio tratando de consolidarse, pero recurriendo a categorías conceptuales ajenas.

Llegados a este punto, parece ser que sólo la superación de dicho discurso hegemónico permitirá construir las bases teóricas y discursivas necesarias para el efectivo reconocimiento y protección de los intereses y necesidades de las clases subalternas –aquel *ellos* respecto de la preconcepción antropológica moderna–, que hasta ahora han recibido el nombre de *derechos* sociales. Sin esta superación, las reivindicaciones sociales asociadas a la protección de estos derechos no encontrarán espacio en las actuales formas discursivas de la cultura jurídica hegemónica.

El constitucionalismo se ha construido sobre ciertas abstracciones de la subjetividad, que permiten las condiciones y garantías para el intercambio, también abstracto, de mercancías (De Cabo, 2014: 80), pero que dicen cada vez menos de los problemas en concreto que configuran las relaciones sociales y de poder. Este tipo de abstracción, eventualmente, están comenzando a perder su necesidad ante el surgimiento de nuevas formas de materialidad concreta, nuevas prácticas sociales asociadas al surgimiento de lo común (De Cabo, 2017: 15), espacios donde se reivindica una forma de materialidad que se resiste a ser clasificada bajo la abstracción de los derechos individuales del hombre egoísta.

Lo abstracto depende, fundamentalmente, de lo concreto (así como la formalidad abstracta del enunciado normativo depende de la materialidad que regula), de modo tal que “las categorías por las cuales podemos acceder al mundo son continuamente re-hechas por el encuentro con el mundo que ellas facilitan” (Butler, 2011: 28). Si consideramos que el ser social

(y su dimensión política inherente) se encuentra en constante devenir, lo propio sucede con nuestras categorías cognitivas, considerando que el acto de conocer impacta en la realidad conocida, estas categorías van haciendo y deshaciendo aquel objeto que ha de ser transformado. Este universal denominado “concreto” es un giro epistémico que asume a la realidad fenoménica como elemento fundamental de la universalidad hegemónica moderna, donde el reconocimiento mutuo en la facticidad social que a su vez permite la transformación continua y permanente de la realidad de cualquier comunidad humana en diversas direcciones, comunidad que es explicada, en términos remotos y concretos, por una costumbre, por lo que la práctica consuetudinaria condiciona, de variadas formas, la sustancia universal. En consecuencia, el individuo en su quehacer individual, incluso inconscientemente, realiza un trabajo universal.

Laclau profundiza los lineamientos de la universalidad y los riesgos políticos de una concepción estática de lo universal, considerándola imposible, pero necesaria (2011: 82-83). Es imposible por cuanto siempre es una particularidad que no puede explicar, ni aprehender, una universalidad que le es inconmensurable; y necesaria, porque en su persecución se pueden resolver una serie de problemas parciales y más concretos. Así, la lucha discursiva por un universal es ideológica, antagónica, inclusiva/excluyente, pudiendo llegar a extremos incluso violentos para el posicionamiento de un particular. Para Žižek, la universalidad abre y cierra, simultáneamente, el espacio para cuestionar las inclusiones y exclusiones, para re-negociar sus límites, como parte de la constante lucha ideológica y política por la hegemonía. Analiza el ejemplo de los derechos humanos universales como discurso hegemónico forjado desde la revolución francesa y que tiene plena vigencia en nuestra estructura política actual, cuyas inclusiones y exclusiones no son fijas y consustanciales con la universalidad profesada, sino que contiene una lucha político-ideológica por negociar y re-definir los límites de lo que es considerado como universal y cuáles son las exclusiones estructurales de las que se vale. Según la noción desdoblada de Hegel, la universalidad subyacente a la noción de derechos humanos puede ser también desdoblada, por un lado, en un campo cerrado, conquistado o muerto (universalidad abstracta) y, por el otro, en un campo que es abierto (universalidad concreta), donde se negocian los límites de la noción hegemónica.

En efecto, la universalidad pasa a ser concreta cuando tematiza las exclusiones en las cuales se funda. Por consiguiente, la tarea concreta y contingente hacia una política contra-

hegemónica consiste, precisamente, en “explorar las mutaciones fundamentales en la lógica misma del funcionamiento de la universalidad en el espacio socio-simbólico” (Zizek, 2011: 110). El desafío consiste en trazar genealógicamente las inclusiones y exclusiones en que descansan las nociones clásicas de la racionalidad moderna (v.gr., derechos fundamentales), para de-construir sus argumentos en miras a un desenmascaramiento de la razón hegemónica predominante en la institucionalidad chilena (Bassa, 2013) y permitir, así, la construcción de discursos contra hegemónicos.

Un retorno de lo excluido (los derechos sociales) permite levantar discursos políticos reivindicativos y re-negociar los límites de los discursos hegemónicos predominantes (derechos individuales), re-articulando la relación entre poder, saber y verdad que tan propio de la cultura jurídica occidental. Una de las dimensiones más estratégicas para consolidación de las minorías dominadoras se verifica en el razonamiento jurídico y su relación con la realidad que es interpretada.

En esa re-negociación, la igualdad ante la ley, categoría constitutiva del aparato filosófico del constitucionalismo moderno, puede ser revisada a la luz de la diferencia como elemento constitutivo del principio democrático y así superar aquella igualdad construida a partir de las categorías jurídicas (abstractas) de sujeto y norma, fundamentales para el proceso de legitimación de una sociedad de radical desigualdad material. Este tipo de igualdad formal, reverso de la libertad moderna, solo es posible bajo las condiciones de dominación que la hicieron posible en primer lugar (Foucault, 2012: 130). En un proceso constituyente, las condiciones que hacen posible que aquella voluntad política pueda constituir nuevas relaciones de poder, se encuentran atravesadas por la forma en que el orden constitucional reconoce y protege el valor de la igualdad. Ello requiere superar lo que parece ser una característica del paradigma jurídico moderno, la igualdad como privilegio, y comprender que “la igualdad no se presenta como un derecho inalienable sino en el sentido –absolutamente fundamental– de que es la condición de posibilidad del proceso constitutivo” (Negri, 2015: 415). Aquel acto político de afirmación existencial debe ser la manifestación de la libertad de los sujetos, la que solo puede darse entre sujetos iguales, donde esa igualdad no depende de pre-concepciones abstractas, sino que emana de la práctica social: una categoría constitucional que se deja interpelar por una sociedad plural, diversa y compleja.

La noción de diferencia –en contraposición con la igualdad universalizada por el discurso liberal-burgués– forma parte de la crítica nietzscheana a la modernidad, que ha retomado la visión *agonista* del fenómeno político (Mouffe, 2003: 95-118). A través de la universalización del sujeto moderno, el discurso liberal-burgués ha socavado progresivamente la irreductible singularidad en la que los seres humanos cultivan su individualidad y sus potencialidades. La enajenación del ser humano, como una relación concreta con su mundo, no es sino producto de la racionalización de la realidad por parte de la producción capitalista y que tiene como consecuencia la privación de la capacidad transformadora que el trabajo, el trabajador y la propia persona posee. La igualdad formal se asienta en la pretensión de objetividad de la episteme jurídica moderna, con un discurso totalizante y cuyo efecto concreto es la homogenización del individuo y, en particular, de la subjetividad moderna (García de Enterría, 2001: 34 ss.; De Cabo, 2010: 58 ss.).

La historia del siglo XX confirma esa pérdida de sentido vaticinada por Nietzsche (2011: 31), en que la intolerancia totalitarista y los abusos de la razón provocan la eclosión del Estado constitucional de Derecho –en un contexto marcado por luchas de clases cada vez más complejas– la enajenación del trabajador, la moral del egoísmo liberal y, en general, los abusos de la racionalidad capitalista avanzada; todo aquello en perjuicio de la actividad transformadora de la historia y de la vida, donde el ser humano ha de explotar su desarrollo y bienestar. En este sentido, la crítica a la racionalidad de las estructuras políticas se formula desde la materialidad de las condiciones particulares de los sujetos llamados a exigir el cumplimiento de los derechos reconocidos por el Estado moderno; materialidad donde predomina la exuberancia de subjetividades y tipos sociales diversos a la preconcepción antropológica del hombre libre e igual. Para comprender los presupuestos de la racionalidad moderna y sus consecuencias en la protección de los derechos fundamentales, es necesario abordar las emergencias históricas que consolidan las epistemes que operan y prevalecen dentro de una determinada cultura. Un sujeto situado, ya no abstracto.

Como hito cumbre de la historia universal, la revolución francesa simboliza el advenimiento de la burguesía capitalista europea en el ejercicio del poder político, a través del discurso de los derechos (García de Enterría, 2001: 26 ss.). El cambio de paradigma es evidente, dado que la transición desde la escisión kantiana del sujeto/objeto a una nueva unidad contenida en el espíritu absoluto de la filosofía de Hegel, supuso una ruptura, no sólo

en la estructura política, sino también en el ámbito de la filosofía, que contribuyó a la consolidación del poder político burgués. En el ámbito de la filosofía, Hegel ya no se detiene ante una *cosa en sí* fuera de lo cognoscible para explicar la realidad. Por el contrario, la filosofía del espíritu se apropia de la totalidad de la realidad, en tanto desenvolvimiento histórico dialéctico de la nueva unidad que encarna el hombre. A pesar de ser el primero que se preocupa por la historia humana en su conjunto, Hegel seguía formando parte de ese idealismo alemán ilustrado que Marx criticará (no es la consciencia la que determina la vida, sino que es la vida la que determina a la conciencia; Marx, 1968: 26). Su reflexión no asume un sujeto preconcebido idealmente, sino que se preocupa del ser humano desde la sustancia histórica concreta desde donde transforma la realidad (es decir, conocer como una actividad humana, no como simple contemplación). Asimismo, Marx es consciente de que la estructura de la política económica se traduce en una dominación burguesa en términos de clase que, desde la revolución, controla tanto el poder político como los mecanismos jurídicos institucionalizados que permiten perpetuar dicha dominación, amparado en un nuevo discurso que enaltece a la razón, valorada como vehículo para la libertad (Marcuse, 2015: 16), cuya manifestación más concreta es el surgimiento del Estado de Derecho y de la codificación.

Bajo ese panorama, el fin del siglo XIX y el transcurso del siglo XX se desenvuelve, fundamentalmente, bajo una *emergencia* concreta: la complejización de las condiciones materiales de existencia al alero del desarrollo del capitalismo, así como la progresiva irrupción de nuevos sujetos políticos en el campo de lo social. En este tránsito se evidencian los abusos de la racionalidad liberal-burguesa y las consecuencias políticas sobre la vida social y el conocimiento, dado que la nueva hegemonía es ejercida por grupos minoritarios dentro de la vasta dimensión social, quienes satisfacen la preconcepción antropológica de la modernidad: un hombre blanco, propietario, pero maquillado tras las declaraciones de derechos universales (MacPherson, 2005: 264 ss.; Barcellona, 1996: 89 ss.). En este sentido, la modernidad apelaba a una noción de igualdad que podríamos considerar reactiva, dada la distancia epistémica que existió en su momento entre los agentes de la sociedad feudal y los demás estamentos, una diferencia histórica irresoluble.

La igualdad universal declarada no fue más que una pretensión de igualación, que devino en la homogeneización del sujeto político, como si sólo hubiera uno, base a su vez para la legitimación de condiciones de existencia radicalmente desiguales. La emergencia de la

diferencia ontológica como un foco de conflictividad propio del campo de significación de lo social, nos permite entender que la pretensión universalista que encarna la visión moderna de los derechos fundamentales resulta contraproducente, dado que *i.* cristaliza un concepto puramente formal y abstracta de “hombre” titular de derechos humanos universales y *ii.* dicha concepción descansa sobre una preconcepción antropológica rígida que opera desde una episteme hegemónica, ideológicamente conservadora.

## CAPÍTULO III. CÓMO CONSTITUIR: LA LUCHA POR EL UNIVERSAL

### 1. Nueva Constitución y la lucha por el universal

Entre 1973 y 1990, un sector de la sociedad se organizó para imponer una visión particular de manera extra-institucional, para lo cual reclamó estar actuando en nombre de toda la sociedad, incluso arrogándose el ejercicio del poder constituyente<sup>36</sup>. El éxito de su tarea se proyectó sobre la sociedad chilena durante cuatro décadas, pero lo cierto es que la legitimidad de aquello que se constituyó ha ido decreciendo: otras partes de ese todo han comenzado a cuestionar y a desconocer aquella pretensión formulada entre 1973 y 1990, materializada en la Constitución de 1980 y parcialmente aceptada entre 1988 y 1990.

Sin embargo, el sentido que podemos darle al concepto moderno de poder constituyente, dada la vigencia del principio democrático, es que una sociedad tiene el derecho de definirse a sí misma como tal. Hoy, la sociedad chilena parece estar disputado el contenido de lo que hasta ahora era tomado por universal: una constitución originada en una decisión política de la dictadura y validada por los consensos de la transición. Con una intensidad creciente que alcanza un punto cúlmine en 2011, una nueva parte del todo rechaza el lugar que le ha sido asignado y se levanta, reclamando su propia identificación con el todo (Zizek, 2012: 26). Un nuevo particular se ha levantado, disputando el sentido de aquel universal que constituye su condición de posibilidad.

---

<sup>36</sup> Decreto Ley N° 128, 12 de noviembre de 1973. Art. 1°: La Junta de Gobierno ha asumido desde el 11 de Septiembre de 1973 el ejercicio de los Poderes Constituyente, Legislativo y Ejecutivo. Art. 3°. El Poder Constituyente y el Poder Legislativo son ejercidos por la Junta de Gobierno mediante decretos leyes con la firma de todos sus miembros y, cuando éstos lo estimen conveniente, con la de el o los Ministros respectivos. Las disposiciones de los decretos leyes que modifiquen la Constitución Política del Estado, formarán parte de su texto y se tendrán por incorporadas en ella.

Ese universal que ahora se disputa es la Constitución, entendida como la forma de existencia política de una comunidad, emanada de una decisión política impuesta y cuya legitimidad hoy se desconoce. Se trata de una reivindicación constituyente, que se juega en el campo de lo que Zizek llama “la verdadera política”: mientras quienes levantan dicha reivindicación buscan resignificar el universal ‘constitución’ existente, sus detractores intentan contenerla mediante una estrategia discursiva muy clara: presentar dicha pretensión como si solo se trata de la manifestación de intereses particulares, gremiales, reducida a una élite académica o cultural (2012: 46); fue el caso del movimiento #MarcaTuVoto que, durante la campaña presidencial de 2013, enfrentó exactamente esas críticas por parte de integrantes de la institucionalidad estatal. La lucha por la hegemonía consiste, en efecto, en dotar de contenido a significantes diversos, redefinirlos y apropiarse de su universalidad; una universalidad ideológica que recoge el conflicto entre dos contenidos particulares: el dominante y el popular (ídem.: 16-18). Se trata de un proceso de reapropiación de los conceptos básicos del aparato teórico del constitucionalismo (poder constituyente, diferencia, igualdad) de gran complejidad, considerando que se verifica en un contexto de consolidación de la colonización capitalista, que ha deformado casi todos los ámbitos del saber (De Cabo, 2014: 73).

Las alternativas existen, están en el mundo de lo social, y pueden ser propuestas desde la hermenéutica de lo particular (ídem.: 98), como lo es la diferencia y la consideración a las condiciones materiales de existencia para hablar de igualdad y derechos. Pero esta disputa por el universal también se verifica contra el discurso del fin de la historia constitucional, pues parecen no haber alternativas a las actuales formas de organizar el ejercicio del poder (dentro y fuera del aparato estatal). Por eso el objetivo de una voluntad constituyente, en el contexto de las sociedades contemporáneas, no puede ser sustituir un origen por otro: el desafío parece estar en la recuperación del presente como fuente de legitimidad de lo constitucional lo que obliga, por tanto, a disputar el repliegue de la fuerza constituyente que demanda el paradigma jurídico moderno para constituir (*supra* Cap. II.2.ii).

No obstante estas dificultades, parece consolidarse un cuestionamiento social a un orden constitucional global, vehiculado, especialmente en Chile, en clave de derechos sociales y de mayor participación política y económica. No se trata de demandas sectoriales, elitizadas o meramente culturales. Lo que está en juego es la configuración de nuevas formas de relaciones sociales, que van mucho más allá de una simple demanda por más fondos públicos o por un



nuevo sistema de financiamiento a la salud o a la educación. Se trata de implementar cambios en relaciones sociales que han estado marcadas por el modelo de acumulación capitalista que caracteriza a la Constitución de 1980, especialmente en aquella dimensión material que determina las formas de existencia política de la comunidad. Así, la crítica al modelo constitucional se levanta como un espacio de resistencia a lo establecido (De Cabo, 2014: 16) y permite pensar horizontes futuros.

Para comprender cómo se traba la disputa por el universal en el contexto de un proceso constituyente, es necesario notar cómo la episteme del Derecho moderno se encuentra más cerca del paradigma feudal pre-moderno que del paradigma de la actitud crítica que caracteriza a la Ilustración: “el hilo que puede ligarnos de esta manera a la *Aufklärung* no es la fidelidad a unos elementos de doctrina, sino más bien la reactivación permanente de una actitud; es decir, de un *ethos* filosófico que podría caracterizarse como crítica permanente de nuestro ser histórico” (Foucault, 2011: 86). En efecto, el pensamiento dominante en el paradigma jurídico moderno es el dogmático, por fundarse en elementos que se presentan como ajenos a la razón del sujeto que opera con la norma positiva vigente (De Cabo, 2014: 22-23). Ese dogmatismo –que ha condicionado la cultura jurídica y constitucional chilena; Bassa, 2013– contribuye a la generación de ciertas condiciones que, en la práctica, impiden que las manifestaciones de la crítica sean procesadas pacíficamente por el Derecho vigente, que debe recurrir a los dispositivos de coerción estatal para reprimirlos; tal es el caso, de la criminalización de la protesta social, representación no solo de cómo se enfrenta la falta de consentimiento espontáneo ante la hegemonía vigente, sino también de las incapacidades del constitucionalismo moderno para reconocer el valor político de la acción colectiva y procesar la protesta de una manera respetuosa con los derechos individuales y colectivos en juego (Mondaca, 2017: 117 ss.) y del consenso conflictual que caracteriza a la democracia (Mouffe, 2011: 129). Eso demuestra la vigencia de la crítica de Negri (2015: 30-31), en la medida que la ‘constitucionalización’ de lo constituyente, en definitiva, lo neutraliza, precisamente porque el constitucionalismo moderno es un aparato teórico pensado para limitar el ejercicio del poder, no para habilitarlo (según lo ya señalado en Cap. II.2.ii). Su formulación es lapidaria contra la criminalización: “allí donde la anomalía no consigue hacerse hegemonía, la alternativa a la utopía es reducida al acto brutal del uso de la fuerza: este es el fundamento cínico de la desfiguración fascista del poder constituyente” (ídem., 401).

El constitucionalismo moderno logra imponer una determinada relación entre universal y particular, que identifica al burgués con la nación como un todo (Foucault, 2012: 190), de modo tal que, en adelante, los nuevos sujetos políticos que surgen con el devenir de los siglos XIX y XX tratarán de disputar dicha relación, a través de la demanda por nuevos derechos y nuevas relaciones sociales. Es lo que parece estar ocurriendo en Chile desde 2011. Sabemos que la lucha actual ya no tiene la forma de una guerra armada sino de “una rivalidad, una tensión hacia la universalidad del Estado” (ídem.: 193): el proceso constituyente se enmarca en esa lucha y enfrenta a los sujetos privilegiados por la actual estructura de relaciones de poder (que proyecta su particularidad sobre la universalidad del Estado) y quienes buscan subvertir esas relaciones de poder.

\* \* \*

Llegados a este punto, habiendo trabado el conflicto entre la razón hegemónica del paradigma jurídico moderno y las reivindicaciones constituyentes —entre “el” universal y las razones particulares— parece necesario revisar cómo justificar/formular esos discursos que reivindican lo particular, desde la materialidad en que se disputa la pretensión de universalidad del Derecho moderno. Para eso, revisaremos el significado del cambio epocal que acompaña a la construcción del paradigma jurídico moderno, incorporando algunos elementos que permitirían realizar una lectura del Derecho desde una episteme materialista, para luego revisar cómo se ha tensionado dicho paradigma en las luchas del presente y terminar revisando, en el caso concreto del proceso constituyente en Chile, cómo enfrentar el desafío sobre la habilitación de la voluntad constituyente, para establecer una nueva forma de existencia política de la comunidad.

## **2. El Derecho desde una episteme materialista**

Las *Tesis sobre Feuerbach* contienen elementos para una teoría del conocimiento, cuyo eje central es la comprensión marxiana de la *praxis* como una “actividad sensorial” del sujeto. Marx afirma que a través de esta actividad, el sujeto no conoce una “realidad objetiva” plenamente externa respecto de sí mismo, sino que puede transformarla a través de su propia

actividad práctica. De esta forma, los sujetos no son concebidos como meros agentes cognoscentes de una realidad anterior y superior a ellos (teoría del conocimiento característica del idealismo que se manifiesta en conceptos tales como “la cosa en sí” o “la idea absoluta”), sino como agentes transformadores de dicha realidad, donde la práctica sensorial del sujeto le lleva a concebir una realidad determinada.

Esta actividad sensorial es mucho más que una mera contemplación (Tesis 5 y 1), ya que la subjetividad es entendida como un factor constitutivo del “objeto” del conocimiento. Critica derechamente a Feuerbach, ya que sin perjuicio que incorpora la contemplación sensorial en sus reflexiones, “no concibe la sensoriedad como una actividad sensorial humana práctica” (Tesis 5). En las Tesis, el acto de conocer es concebido como una proyección de la subjetividad en aquello que se dice conocer: un mundo sensorial que, en consecuencia, no existe como tal con independencia del sujeto que conoce, sino que se encuentra condicionado por la propia subjetividad; su configuración conceptual depende del sujeto y de la proyección de su propia subjetividad. Con estas conceptualizaciones, Marx explora una superación de la dicotomía “objeto/sujeto” en el acto de conocer, pero sin aceptar las matrices hegelianas, en virtud de las cuales “la verdad residía en el proceso mismo de conocer” (Engels, 1997: 16), donde “lo que el hombre conoce del mundo real es precisamente el contenido discursivo de éste, aquella que hace del mundo una realización gradual de la idea absoluta, la cual ha existido en alguna parte desde toda la eternidad, independientemente del mundo y antes que él” (í.d.: 35). El giro al materialismo es radical: “la refutación más contundente de estas extravagancias, como de todas las demás extravagancias filosóficas, es la práctica, o sea, el experimento, la industria” (í.d.: 36). Incluso más: “la materia no es producto del espíritu: el espíritu mismo no es más que el producto supremo de la materia” (í.d.: 40), donde esa materia es el hombre, la sociedad en la que habita y el tipo de relaciones sociales que construye. Marx reivindica la potencia creadora del trabajo vivo; ahí está la potencia para crear, por ejemplo, Derecho (Negri, 2015: 65, 410).

La posición del sujeto que observa/transforma la realidad, lo hace desde una posición material en el mundo y en las relaciones sociales que condiciona el resultado de su observación/transformación. Por eso, es clave considerar esa materialidad del sujeto que observa, pues desde ahí se transforma la realidad, en el sentido que se encuentra condicionada la observación. Marx concibe la subjetividad en una doble dimensión: una subjetividad

práctica, que puede ser comprobada empíricamente y que precede a la segunda dimensión, la de una subjetividad teórica. De hecho, las circunstancias en las cuales se desarrolla la vida de las personas no son un dato objetivo e inmodificable; por el contrario, se encuentra a disposición de su propia intervención, toda vez que “son los hombres, precisamente, los que hacen que cambien las circunstancias” (Tesis 3).

A partir de estas concepciones, cobra especial relevancia el tipo de relaciones materiales que se verifican en una sociedad, pues desde aquellas se conciben/construyen las condiciones materiales de existencia de las personas y se derivan, en consecuencia, sus instituciones fundamentales. La combinación de ambos conceptos, es decir, el acto de conocer en tanto actividad sensorial y la modificación de las circunstancias materiales por parte de la propia actividad humana, recibe el nombre de “práctica revolucionaria” (Tesis 3). Esta posibilidad de transformar “el mundo” (Tesis 11), (creo que) debe ser entendida desde este contexto: la posibilidad que tienen ciertos agentes<sup>37</sup> para comprender la práctica social y el tipo de relaciones que derivan de ella y revisar críticamente sus instituciones constitutivas, para así poder cambiar las circunstancias que configuran a determinado tipo de sociedad constituida por sus prácticas sociales y no solo por sus integrantes individualmente considerados.

Ahora bien, la posición del sujeto en tanto agente cognoscente/transformador encuentra cierto sustento en la radicalización que Marx (y Engels) hacen de uno de los elementos centrales de la filosofía hegeliana: la dialéctica. Si la concepción del mundo como procesos, antes que como objetos terminados, donde cosas y conceptos experimentan cambios ininterrumpidos, es radicalizada, siempre tendremos “la conciencia de que todos los resultados que obtengamos serán forzosamente limitados y se hallarán condicionados por las circunstancias en las cuales los obtenemos” (Engels, 1997: 77). Caen, en consecuencia, las remisiones a categorías abstractas y absolutas, puesto que todo tendrá, aun cuando ello se verifique en un futuro más o menos cercano, un valor relativo. La vieja metafísica, condicionada por el contexto del conocimiento científico acerca de la naturaleza (que Engels

---

<sup>37</sup> La Tesis 11 hace explícita mención a “los filósofos”. Sin embargo, creo que es posible afirmar que Engels depura el concepto y afina la crítica hacia (el concepto que él tiene de) los filósofos post hegelianos: sostiene que en la Alemania de los tiempos de Feuerbach, “las cátedras de filosofía eran monopolizadas por pedantes eclécticos aficionados a sutilezas” (1997: 46). Cierra formulando una dura crítica a la actividad disciplinar, que podría mantener su vigencia respecto a la cienciometría actual: “en el campo de las ciencias históricas, incluida la filosofía, ha desaparecido de raíz, con la filosofía clásica, aquel antiguo espíritu indomable, viniendo a ocupar su puesto un vacío eclecticismo y una angustiada preocupación por la carrera y los ingresos, rayana en el más vulgar arribismo” (1997: 108).

llama la filosofía de la naturaleza, 1977: 82), sucumbiría ante tres nuevos descubrimientos: la célula como unidad originaria de los organismos, la transformación de la energía y la teoría de la evolución.

Esta concepción acerca de la actividad cognitiva de carácter sensorial y de la sociabilidad radical del ser humano, es ejemplificada por Marx en materias tales como la educación, la religión y la actividad de los filósofos. A su vez, Engels (1997) hace una interesante proyección de las Tesis y las lleva unos pasos más allá, al explicar cómo la materialidad de las relaciones de poder que se construyen a partir del sistema de producción condiciona el contenido de las construcciones sociales, reforzando el ejemplo de la religión abordado por Marx e incorporando al ordenamiento jurídico en su reflexión en clave materialista. El eje central, según veremos en los puntos siguientes, radica en que (los estudiosos/cultores de) ambas instituciones se esforzarían por ocultar su origen material, en un doble sentido: en la medida que estas instituciones derivan de cierto tipo de relaciones y prácticas sociales, materiales y no ideales, y que son serviciales a aquellas relaciones que las constituyeron, especialmente a los intereses que logran transformar en “interés general” aquellos intereses particulares que, resolviendo una pugna respecto de otros, logran imponerse en determinado momento histórico.

Esta revaloración de la función de la subjetividad en la construcción y transformación del mundo se complementa con la propia concepción del mundo que formula este materialismo: una concepción de la naturaleza y de la historia que no responde a idealismos preconcebidos, desechando todo idealismo que no sea compatible o coherente con los hechos verificados, en la naturaleza o en la historia, y no con una correlación de hechos imaginaria. Una vez formulada esta concepción materialista del mundo, se aplicará a todos los campos del saber (Engels, 1997: 73).

El materialismo propuesto por Marx y Engels busca romper con todas aquellas consideraciones metafísicas con las cuales ciertos pensadores vinculan los fenómenos que forman parte de la sociedad civil, ya sea que deriven de aquellos residuos fantásticos de fe, o bien, de cualquier otra construcción, reflexiones o creencias personales de un autor u otro. En ese vínculo entre las concepciones filosóficas y la sociedad, figuran categorías tales como la cosa en sí, la idea absoluta, el derecho natural, etc. Su propuesta es reemplazar estas categorías, en todas las disciplinas (filosofía, historia, religión, derecho), por el estudio de la práctica social,

de las condiciones materiales que configuran aquella humanidad socializada de la que se preocupa este nuevo materialismo (Tesis 10), pues es en la sociedad, en su práctica, en su configuración de las relaciones sociales, donde se construyen todos los objetos estudiados por las diversas disciplinas. En consecuencia, el contenido de las instituciones fundamentales de todas ellas, no se encuentra determinado por preconcepciones ideales y metafísicas, sino por la propia estructura de las relaciones materiales de la sociedad, ni siquiera de los individuos que la componen (Tesis 7).

Las bases de su materialismo, de este reclamado nuevo materialismo en oposición a uno viejo más cercano al realismo, se construyen desde una concepción del sujeto cognoscente como un agente de transformación de la realidad y de sus propias circunstancias, junto con vincular toda construcción de la persona y, muy especialmente, de la sociedad con las condiciones materiales en la que se verifican sus relaciones humanas. En razón de esta combinación, Engels pone especial énfasis en la necesidad de escudriñar no solo las motivaciones que llevan a los hombres a realizar los actos que realizan, sino a identificar las fuerzas motrices que se encuentran detrás de esos móviles por los que actúan las personas en la historia, en especial “aquellos que mueven a grandes masas, a pueblos en bloque, y, dentro de cada pueblo, a clases enteras” (1977: 88).

En definitiva, concentrarse en el estudio de las fuerzas que actúan detrás de los móviles a los que responden las voluntades individuales, las causas históricas se transforman en dichos móviles; estas preguntas marcarían la principal diferencia con el antiguo materialismo (Engels, 1977: 86). Los móviles de las personas siempre pasan por sus cabezas, pero cómo esta los procesa depende mucho de sus circunstancias materiales.

Respecto del contenido del fenómeno jurídico y constitucional, es importante señalar que todas las luchas políticas son luchas, en última instancia, económicas, en la medida que estas giran en torno a la emancipación económica que deriva de la crítica hacia los modelos de producción vigentes en cada momento histórico y en cada sociedad concreta. De ello dan cuenta, en sus respectivos momentos históricos, tanto el nacimiento como el levantamiento de la burguesía y del proletariado, estrechamente dependientes de los modos de producción. Si esto es así, el elemento central para la configuración de las relaciones sociales y de las propias condiciones materiales de las personas no es el Estado, es la sociedad civil, “el reino de las relaciones económicas” (Engels, 1977: 92): Estado y régimen político son factores subalternos,

que están condicionados a la estructura de relaciones (económicas) de poder constitutivas de una sociedad en particular (en ello, una Constitución cumple una función clave, al juridificar determinadas estructuras de poder). En este punto, la separación respecto de Hegel es total: la *praxis* de la sociedad, tan presente en las Tesis, adquiere una dimensión fundamental para la revisión crítica de la concepción tradicional (moderna) del Estado y de la ley: las necesidades de la sociedad civil no se transforman en leyes generales por efecto de la razón ilustrada, pero deben (hacerse) pasar por la voluntad del Estado para cobrar vigencia general, al punto que “en la historia moderna la voluntad del Estado obedece, en general, a las necesidades variables de la sociedad civil, a la supremacía de tal o cual clase, y, en última instancia, al desarrollo de las fuerzas productivas y de las condiciones de intercambio” (íd.: 93).

Sin embargo, este Estado que obedece a las condiciones materiales de la sociedad en la que surge, experimenta el proceso de fetichización, independizándose de la sociedad que lo ha creado. La clase dominante, aquella cuya voluntad logró ser expresada como si fuera la voluntad general del Estado, crea rápidamente una nueva ideología, en la cual el poder del Estado, ahora independiente de la sociedad, se vuelve contra ella en defensa del enemigo interno y externo. Ahora, con un poder político independiente de la sociedad (y, en consecuencia, de las relaciones de poder que explican su surgimiento), el Estado borra de la sociedad la conciencia de toda relación con los hechos económicos, que desaparece totalmente. Este resultado se logra gracias a los políticos profesionales y a los teóricos del derecho público y privado, quienes pretenden “que la forma jurídica lo sea todo, y el contenido económico nada” (íd.: 97). El Derecho es utilizado, en consecuencia, como una herramienta al servicio de ciertas relaciones de poder (económico) presentes en la sociedad, aquellas que lograron imponer su voluntad, para luego representarla como la voluntad del Estado.

Desde esta perspectiva, el pensamiento jurídico-crítico es clave, en la medida que, planteándose desde supuestos materiales, trata de evidenciar y contrarrestar la función que ejerce el Derecho en la sociedad capitalista. Desde bases materialistas, el despliegue de una fuerza constituyente debe superar esa neutralización que opera desde el paradigma jurídico moderno, específicamente respecto de dos cuestiones que invisibiliza: el control político efectivo que se ejerce, en una sociedad concreta, sobre las fuentes de producción de las normas jurídicas y la forma como el formalismo consigue la despolitización efectiva del Derecho, al separarlo de la sociedad, de lo real (De Cabo, 2014: 45).

En efecto, detrás del fenómeno jurídico –y, especialmente, del paradigma constitucional hegemónico– se manifiesta una importante fetichización de los conceptos jurídicos, que permite esconder la huella que explica su formulación, así como el tipo de relaciones sociales ínsitas en ellos; se trata de un fenómeno que impacta profundamente la comprensión de los derechos fundamentales y cuyo principal efecto ‘fantasmagórico’ se verifica respecto de los derechos sociales. En efecto, estas categorías jurídicas se les aparecen a sus destinatarios revestidas con ropajes individualistas, que les impiden comprender cómo estos derechos configuran relaciones sociales que consolidan una posición de exclusión y subalternidad, en lugar de garantizar condiciones materiales de existencia. Los derechos, de manera similar a como Marx concibió la mercancía, son percibidas como unas cosas naturales dotadas de extrañas propiedades sociales (*El capital*, libro I, cap. I.4).

Esta fantasmagoría se consolida en el aparato teórico del constitucionalismo moderno, por ejemplo, en la forma como se resuelven conflictos entre derechos fundamentales. Desde el paradigma jurídico moderno, un conflicto entre derechos es comprendido y procesado en abstracto, como un desafío para la configuración teórica de las categorías en disputa (Aldunate, 2008: 269-280) y no como la manifestación de conflictos que emanan de una determinada estructura de relaciones políticas o sociales que involucran a determinadas clases sociales o a sus integrantes. Así, ese conflicto es trasladado del campo de lo social al campo jurídico-formal, consolidando la fetichización de los derechos: la relación social adquiere la forma fantasmagórica de una relación entre conceptos jurídicos y la única forma en que estos conceptos puedan concurrir en dicha relación como si fueran iguales, es desprovistos de las radicales desigualdades sociales que representan, es decir, como categorías abstractas.

Sin embargo, la abstracción propia del sujeto moderno y de sus derechos individuales va, progresivamente, cediendo espacio ante el proceso de fragmentación social que caracteriza a un presente no unitario. Ello ha ido dando paso al surgimiento de nuevas formas de prácticas sociales, conocidas bajo la idea de lo común. Sobre la relación entre estas nuevas formas sociales y los viejos derechos, se ha llegado a afirmar que “en el Común y en el Derecho del Común, ya no hay lugar para el protagonismo del sujeto y sus derechos” (De Cabo, 2017: 15). La forma en que la materialidad de las relaciones sociales ha recuperado su protagonismo ha abierto espacio para el surgimiento de prácticas sociales contra hegemónicas



que buscan sus espacios de resistencia, evidenciando las huellas de los derechos individuales que se habían mantenido ocultas. Es en este sentido que Foucault con acierto ha señalado, respecto de los derechos: “no preguntar a los sujetos cómo, por qué y en nombre de qué derechos pueden aceptar dejarse someter, sino mostrar cómo los (derechos) fabrican las relaciones de sometimiento concretas” (2012: 44-45).

Para el constitucionalismo crítico, ello supone abrir una vieja interrogante: “si un mecanismo destinado inicialmente a configurar la hegemonía puede actuar de manera contrahegemónica” (De Cabo, 2014: 13). Una respuesta favorable a la manifestación de la fuerza constituyente debiera comenzar por situar al derecho –y al derecho constitucional en especial– como una ciencia social que forma parte y es intervenida por la realidad social, más aún en el contexto de sociedades complejas, fragmentadas y con un creciente espacio extra-sistema que alberga, cada vez más, aquellas contraconductas que se niegan a ser clasificadas, procesando esas prácticas y discursos que disputan el contenido hegemónico de las relaciones sociales de manera tal que sea posible proyectar otras posibilidades (Mouffe, 2011: 25) y no solo las contempladas en la norma jurídica vigente. Una dogmática consecuente con la realidad debiera evitar que a través del Derecho Constitucional se oculte y eluda el conflicto social, mostrando que el Derecho también es un lugar del conflicto (ídem.: 73-74).

La ley, en definitiva, no es un armisticio; surge de una batalla concreta: es el triunfo de unos y la sumisión de otros. Un constitucionalismo que salga de su estancamiento y se acerque a la realidad social (que se ocupe, por tanto, de habilitar la potencia constituyente y no de neutralizarla bajo las formas del derecho), debiera ser capaz de procesar que, en palabras de Foucault, “las leyes son trampas: no son en absoluto límites del poder, sino instrumentos de poder; no medios de que reine la justicia, sino herramientas para velar por ciertos intereses” (2012: 96).

### **3. Para constituir, la pregunta es cómo**

Nueva Constitución significa, ciertamente, una nueva estructura de las relaciones de poder, una nueva forma de existencia política de la comunidad. Se trata de un proceso lento

que no se agota en uno o dos actos más o menos ritualizados. Requiere de un aprendizaje por parte de una comunidad cuya subjetividad ha estado marcada por el proyecto político de la dictadura. Asimismo, parece necesario un sujeto capaz de protagonizar formas de agenciamiento político que se configuren desde sus prácticas sociales, es decir, al margen de las categorías teóricas constitutivas del paradigma jurídico moderno. Una forma de poder originario que se levante como contrapoder, en una acción subjetiva constituyente capaz de resolver la actual crisis de legitimidad en favor del autogobierno, aunque ello signifique romper con las formas que, actualmente, determinan la existencia política de la comunidad (Negri, 2015: 70, 385).

Quizá las claves de dicha configuración estén en la materialidad de las comunidades locales y sus respectivas formas de articulación. Como sea, construir un poder constituyente democrático supone vincularlo a la política desde lo social, desde la sociedad, y no desde el individuo abstracto y aislado. Prácticas constituyentes desde lo concreto, ya no desde lo abstracto. En el caso chileno, determinar cómo hacerlo requiere, a mi juicio, revisar dos cuestiones: *i.* qué se ha conseguido con la vía reformista iniciada en 1989 y *ii.* qué podríamos conseguir con una asamblea constituyente.

### ***i.* El agotamiento de la vía reformista**

El momento constituyente chileno se desarrolla en un presente particularmente complejo, que combina una serie de dificultades que amenazan su éxito. Ciertamente, existen ciertos elementos procedimentales asociados a la iniciativa de la actual presidencia, que impulsa un “proceso constituyente” que contempla etapas de participación ciudadana y de su respectiva sistematización, junto a una etapa que lo enlaza con los mecanismos institucionales de reforma constitucional; esta última tiene una doble dimensión: una reforma habilitante al Capítulo XV de la actual Constitución y un proyecto de reforma total sustitutiva del texto vigente<sup>38</sup>. Este proceso impulsado –con muchísimas dificultades, por el Gobierno de Bachelet– es una de las manifestaciones más sofisticadas que hemos visto de la llamada “vía reformista”, que se ha

---

<sup>38</sup> El itinerario propuesto por el Gobierno está disponible en <http://www.gob.cl/2015/10/13/discurso-de-la-presidenta-de-la-republica-al-anunciar-el-proceso-constituyente/>

desplegado en Chile desde 1989. Uno podría preguntarse si la mayor sofisticación de esta nueva iniciativa gubernamental tiene la potencia suficiente para subsanar las carencias que la vía reformista ha presentado hasta ahora, especialmente considerando sus manifestaciones más importantes: 1989 y 2005. También es posible preguntarse si acaso la vía reformista no tendrá por objeto escondido la desarticulación de la demanda constituyente, mal que mal, la tendencia a la unificación de las clases subalternas se rompe constantemente por la iniciativa de los grupos dirigentes (Gramsci, 2015: 439-440).

Estas preguntas suponen analizar, en conjunto, *i.* los elementos del itinerario propuesto, *ii.* las características del actual momento político y *iii.* su eventual potencia transformadora/constituyente.

Simplificando el diseño, podemos decir que el itinerario contempla dos grandes etapas: una de participación ciudadana y otra institucional. Mientras el objetivo de la primera fue abrir canales de participación para que la ciudadanía pudiera discutir en torno a los contenidos constitucionales y realiza sus propias propuestas, la segunda pretendía canalizar dichos contenidos dentro de la institucionalidad estatal y materializarlos en una nueva constitución. En un contexto de profunda desconfianza hacia las instancias tradicionales de representación política, que abarcan tanto a los órganos del Estado como a los partidos políticos (entre otros, por cierto), se invitó a la ciudadanía a organizar cabildos locales auto convocados (que debía funcionar conforme a un formato bastante rígido), cuyas propuestas serían recogidas en cabildos provinciales y luego regionales. A través de plataformas digitales de irregular funcionamiento –y observados por un Consejo Ciudadano cuyo compromiso con la participación ciudadana fue, en el mejor de los casos, errático<sup>39</sup>–, cada cabildo formuló sus propuestas. En principio, la sistematización de dichos contenidos sería la base de un proyecto de nueva constitución presentado por el Gobierno al Congreso Nacional, cuya concreción dependerá de lo que decida la instancia constituyente, que, a su vez, dependerá de lo que el propio Congreso decida respecto de la reforma al Capítulo XV de la Constitución vigente.

De estas dos últimas decisiones políticas depende todo el “proceso constituyente” impulsado por el Gobierno: de que el Congreso Nacional decida la reforma al Capítulo XV y habilite un mecanismo de reforma constitucional (vía asamblea constituyente, convención

---

<sup>39</sup> <http://www.elmercurio.com/blogs/2017/01/23/48295/Final-poco-feliz-de-etapa-constituyente.aspx>

constituyente, congreso nacional o plebiscito) y, en conjunto, se pronuncie respecto del proyecto de sustitución constitucional que le presentará el Ejecutivo. El quórum fijado por la Presidenta de la República es de dos tercios de diputados y senadores en ejercicio, es decir, el quórum de reforma constitucional más alto que contempla el texto constitucional vigente. Dadas las actuales formas de representación política vigentes en Chile, si no hay una virtual unanimidad en los dos grandes bloques con representación parlamentaria, no habrá ninguna reforma significativa al actual texto –que, básicamente, responde al proyecto político de la dictadura, más las modificaciones de 2005 que lo hacen menos vergonzoso para un país democrático–, por lo que seguirá vigente. Así, el desenlace del “proceso constituyente” no dependerá de una decisión tomada por el pueblo soberano, sino de aquellas formas de representación política diseñadas para 1980 y vigentes desde 1990; las mismas formas que no han sido suficientes para salvar el permanente cuestionamiento a la legitimidad de la Constitución, que no han enfrentado con éxito la cuestión constitucional. La historia constitucional reciente ha demostrado que esas formas de representación política no pueden dar más de lo que ya han dado en la solución de la cuestión constitucional, sea porque se encuentran amarradas a un diseño institucional antidemocrático, o bien porque no representan a aquellos sectores de la sociedad que demandan un nuevo ordenamiento constitucional. Es decir, o bien no pueden encabezar un proceso constituyente por estar sometidos a formas institucionales neutralizadoras o, simplemente, no quieren, pues modificar las actuales estructuras de poder supone cuestionar sus propias posiciones de privilegio, asentadas en esas estructuras.

Ello configura, al menos, dos tipos de aproximaciones, desde las cuales es posible cuestionar la potencia constituyente que esta nueva versión de la vía reformista podría tener. En primer lugar, se configura una limitación epistémica, dadas las evidentes dificultades que han presentado los actores políticos tradicionales para formular o proponer nuevas representaciones simbólicas de la realidad, para sostener nuevos discursos de lo constitucional que permitan hacer frente a la constante crisis de legitimidad que alimenta a la cuestión constitucional. Las formas discursivas que acompañan la vía reformista son las mismas desde 1989, tanto por parte de quienes han defendido las reformas como por quienes se han opuesto a ellas, pues las condiciones materiales desde la cual son formuladas, así como el tipo de relaciones políticas entre representantes y representados que ellas reflejan, siguen siendo las mismas desde el fin de la dictadura. Integran el actual sentido común de lo constitucional en

Chile, una concepción hegemónica que impide ver las alternativas posibles (Zizek, 2012). Las decrecientes tasas de participación electoral, la escasa densidad y renovación ideológica de los partidos políticos, así como la elitización de la actividad política y la ausencia de renovación en las élites gobernantes, dan cuenta de ello.

No hay razones que permitan prever la emergencia de nuevas formas discursivas por parte de quienes *i.* ya han formulado las que podían formular, y *ii.* no han incorporado la representación de nuevos sujetos o actores políticos. Así, este problema epistémico se conecta con uno político, precisamente porque existe un agotamiento de las posibilidades que los actores tradicionales tienen para conocer/comprender/representar la realidad, lo que se traduce en una crisis en las formas tradicionales de representación política. En los tiempos que corren, y dado el contexto de sociedades complejas y de masas, ello no implica una renuncia a la representación política, pero sí parece indicar que las clásicas formas de representación de la democracia del siglo XX ya no son capaces de canalizar las demandas que emanan de una sociedad cuyos sujetos políticos se han complejizado radicalmente en las últimas décadas. La crítica ciudadana contra la representación política no se dirige contra toda forma de representación política ni, por cierto, contra ella en abstracto. Dicha crítica ciudadana representa una denuncia contra las actuales prácticas de representación política, que han sido monopolizadas por ciertos sectores minoritarios de la élite y que han subvertido el sentido de las instituciones representativas, poniéndolas a disposición de sus propios intereses particulares.

Así, y en segundo lugar, es posible identificar una limitación política a la potencia transformadora, o propiamente constituyente, de esta nueva vía reformista propuesta por el Gobierno. Se ha normalizado la idea de que ciertas reformas estructurales requieren de ‘grandes acuerdos’ entre los actores políticos, que les den viabilidad. La famosa política de los consensos, aquella que caracterizó al período de transición o de post dictadura, fenómeno político que implicó algo más que la renuncia a ciertas identidades ideológicas de los partidos de izquierda<sup>40</sup> y forzó una suerte de “gran consenso al centro”, caracterizando la pretensión del fin de las ideologías. Se ha afirmado que si no hay un tal gran acuerdo, los cambios

---

<sup>40</sup> A este respecto, se ha señalado que “the Chilean Socialist party, as part of the governing Concertación coalition, has played a key role in constructing consent and disarticulating dissent among the popular classes to neo-liberal hegemony in democratic Chile. This is the result of their co-optation into the neo-liberal historic bloc formed during the Pinochet dictatorship, of which the Concertación is the democratic political face” (Motta, 2008: 320).

responderían al mero voluntarismo de la coalición gobernante o, peor, del mandatario “de turno”. Este tipo de afirmaciones exigen revisar qué quiere decir *consenso*, respecto de qué materias este puede ser deseable o necesario y cuál es la finalidad política que podría esconder quien lo invoca (casi siempre como límite a una decisión democrática). En efecto, el consenso puede ser razonable respecto de las instituciones políticas básicas, aquellas que permiten una convivencia democrática. Sin embargo, las especificidades de su implementación, así como los énfasis en la distribución de los costos y riquezas de la vida en sociedad, generalmente están sujetos a la política contingente, aquel espacio de deliberación y disputa entre proyectos políticos alternativos que luchan por la adhesión popular. Es decir, una sociedad puede garantizar estabilidad democrática cuando sus instituciones básicas han sido debidamente consensuadas y se ha garantizado el espacio necesario para la disputa democrática. Cerrar ambas instancias bajo el argumento del consenso genera dos grandes tipos de efectos: *i.* impone la protección del *statu quo* (siempre construido sobre la exclusión de alternativas) y *ii.* debilita la democracia al anular la regla de mayoría para la toma de decisiones (vacando de contenido tanto el disenso como la propia democracia). El resultado es la “reificación de la identidad del pueblo, al reducirlo a una de sus muchas formas de identificación posibles” (Mouffe, 2003: 64).

La sedimentación social y cultural de grandes reformas estructurales requiere estabilidad en el tiempo; para ello, la disposición a consensuar es fundamental. Sin embargo, esgrimirlo como un requisito habilitante del proceso constituyente no es más que un recurso retórico falaz, que pretende desarticular la reivindicación por una nueva constitución: *i.* el primer acuerdo necesario para el proceso constituyente no se refiere a los contenidos de una eventual nueva constitución, sino a la necesidad de contar con una; se trata de una decisión preliminar que le corresponde tomar al pueblo soberano, por ejemplo, a través de un plebiscito habilitante<sup>41</sup>, y *ii.* ese gran consenso relativo a la necesidad de contar con una nueva constitución podría, eventualmente, faltar en las cúpulas dirigenciales (cuestión que es, por cierto, discutible); sin embargo, la ciudadanía respalda mayoritariamente la necesidad de una nueva constitución, como lo han demostrado todas las mediciones y encuestas realizadas en los

---

<sup>41</sup> Tal era el objeto del proyecto de reforma constitucional presentado por la mayoría de los Diputados en ejercicio, cuya tramitación fue obstaculizada por el entonces Ministro del Interior, Jorge Burgos. Boletín N° 10.014-17.

últimos años (al menos mientras las encuestas incorporaron dicha pregunta), algunas referenciadas previamente.

Se trata de una limitación política a la potencia transformadora de un proceso constituyente, precisamente porque este recurso retórico ha sido utilizado por quienes, sistemáticamente, se han opuesto a todo cambio constitucional –entorpeciendo la deliberación democrática en torno a la cuestión constitucional y defendiendo, como regla vigente por defecto ante la falta de ‘acuerdo’, el proyecto constitucional de la dictadura–, logrando así contener las iniciativas impulsadas por la vía reformista. Esa capacidad de contención que han mostrado los defensores de la Constitución de Pinochet se mantiene vigente, articulándose a través de instituciones políticamente neutralizadas, por ejemplo, a través del quórum de dos tercios para la reforma constitucional. Recurrir a una forma en desmedro de otras siempre implica una decisión política, que se asienta en una exclusión que no reconoce la diversidad de formas en que puede verificarse el juego democrático (Mouffe, 2003: 87). Incorporar este elemento en el itinerario da cuenta de cómo la vía reformista se agotó y que no es capaz de dar más de lo (poco) que ya dio, pues no es ni ha sido capaz de reconfigurar las relaciones de poder en la sociedad; es más, ni siquiera tiene la capacidad de plantearse dicho objetivo.

Ambas aproximaciones críticas a la vía reformista que se ha seguido desde 1989 y que se presenta como agotada, derivan en la necesidad de una apertura radical de la participación política, a aquellos que han sido sistemáticamente excluidos, postergados de incidir en la solución de la cuestión constitucional. Esa apertura supone incorporar las formas de participación política del pueblo soberano en la definición de los contenidos de una nueva constitución, habilitando el ejercicio del poder sin buscar una solución racional definitiva (Mouffe, 2003: 107). Ese pueblo (los pueblos) lleva varios años movilizado en defensa de una serie de demandas ciudadanas, entre las que destaca la asamblea constituyente como una vía de solución a la cuestión constitucional, instancia que podría establecer nuevas formas democráticas para el ejercicio del poder político (tanto el que se ejerce en el plano institucional como en la sociedad).

En definitiva, este agotamiento evidencia que todos los esfuerzos desplegados hasta ahora solo han apuntado a lo que Schmitt llamó las leyes constitucionales. Desde 1989, el constitucionalismo chileno ha acompañado a la clase política en un persistente y testarudo recurso a las formas del derecho constitucional para enfrentar la crisis de legitimidad de la

Constitución vigente. Este constitucionalismo ha tenido serias dificultades para procesar la potencia constituyente en clave política y contribuir a que se manifieste, libre y democráticamente, su voluntad de constituir. Sus esfuerzos han estado destinados a contener la reivindicación social por una nueva constitución política a través de las formas del derecho constitucional: lo hicieron con las leyes de reforma constitucional de 1989 y 2005 y lo están haciendo ahora en 2017. Sin embargo, esta dificultad (que no es privativa del constitucionalismo chileno o de sus académicos) representa las limitaciones propias de una doctrina jurídica que no es concebida como una ciencia social, alejada de la realidad, del presente; una doctrina que, cegada por el poder de reforma, ha dejado morir al poder constituyente. Es el resultado de su comprensión de lo constituyente desde lo constituido, de su pretensión de regular jurídicamente el poder constituyente, bloqueando su temporalidad constitutiva: “el constitucionalismo es una doctrina que solo conoce el pasado, es una referencia continua al tiempo transcurrido, a las potencias consolidadas y a su inercia, al espíritu replegado; en cambio, el poder constituyente es siempre tiempo fuerte y futuro” (Negri, 2015: 40), por lo que el enfoque constitucionalista tiene poco que contribuir para solucionar la crisis de lo constituyente.

La historia del poder constituyente a lo largo de las grandes revoluciones muestra un fenómeno que parece estar presente en el actual momento constituyente en Chile: una “crisis de la relación entre potencia productiva de la sociedad y legitimación del Estado” (Negri, 2015: 385). Ahí pareciera estar la continuidad histórica de un poder constituyente que responde a la necesidad de racionalizar el poder, pero no a través de una decisión que se agota en su propio tiempo de enunciación, sino de prácticas sociales que expresen un proyecto político de emancipación social, continuas, que reivindiquen el presente como fuente de legitimidad de sus propias formas de existencia política. Una decisión constitutiva que termine con un diseño institucional radicalmente abstraído de las relaciones sociales y de poder, que enfatiza en las formas de argumentación antes que en las prácticas sociales (Mouffe, 2003: 109-110).

Las dificultades del constitucionalismo (chileno) para procesar lo constituyente evidencian la ausencia de las categorías necesarias para comprender cuál es la decisión fundamental que establece la forma de nuestra existencia política y qué es necesario para habilitar la constitución de una nueva; en esa tensión, la configuración de una subjetividad



alternativa, cuya voluntad política sea capaz de exteriorizar un acto de afirmación existencial, es clave. Sin embargo, es necesario tener presente que este agotamiento afecta a las estrategias jurídicos-formales que se han orquestado desde el Estado para legitimar la Constitución; pero pareciera que no estamos frente a un agotamiento de las estructuras de poder que caracterizan al sistema político y social vigente. Es decir, estamos en un momento constituyente que no se verifica o manifiesta ante el vacío de poder (como ha pasado con las revoluciones históricas), sino ante la crisis de una determinada red de relaciones de poder político-financiera actualmente vigente (Noguera, 2012: 166-167). El poder tradicional, monista y concentrado, ha sido sustituido por “un poder disperso ejercido a través de una multiplicidad de prácticas (normativas) que interactúan en la misma sociedad alrededor de un consenso: la reproducción del capitalismo” (ídem.: 172). En este nuevo consenso, hay un elemento clave para su continuidad que, en los actuales tiempos de crisis, pareciera cuestionar el consentimiento espontáneo de uno de los factores fundantes del orden hegemónico vigente: los derechos sociales. Aquí parece abrirse un espacio para la decisión constitutiva de una nueva forma de existencia política, pues la creciente conciencia crítica en torno a la relaciones sociales cotidianas que se construyen desde las formas jurídicas que actualmente tienen los derechos sociales en concreto, está generando las condiciones que hacen posible cuestionar los dogmas y mitos más característicos de este sentido común imperante.

## **ii. Asamblea Constituyente**

La solución a la actual crisis de lo constitucional no es un nuevo texto jurídico, sino nuevas formas para el ejercicio del poder político, tanto el que se ejerce a nivel de las instituciones del Estado, como el que se ejerce a nivel de la sociedad y su soberanía popular. En definitiva, nuevas prácticas para el ejercicio autónomo de la soberanía popular, que permitan pensar lo constitucional en clave dinámica, desde un poder que sólo existe en acto (Foucault, 2012: 23) y no estáticamente, como si el fenómeno constitucional se agotara en el diseño institucional, olvidándose del impacto de las prácticas sociales en la configuración del poder político. Eso sí daría paso a una nueva forma de existencia política. Para poder abordar el desafío constituyente que se configura en esta etapa del desarrollo político del país, será necesaria la articulación entre las diversas demandas ciudadanas que, de manera explícita o no,

confluyen en la necesidad de una nueva constitución que les dé viabilidad. Muchas de estas reivindicaciones emanan de la radical mercantilización de diversos espacios de la vida – educación, salud, seguridad social, trabajo, medio ambiente–, avalada por el soporte ideológico de la Constitución vigente y sus normas de amarre.

Si llegamos a tener una nueva constitución –donde *nueva* significa una reordenación de las fuerzas políticas–, este debiera ser la consecuencia del proceso y no su puntapié inicial. En ese sentido, si bien una asamblea constituyente podría significar una contribución importante en ese proceso –según cómo se lleve, claro–, lo importante es la forma en que los sujetos políticos comienzan a rearticularse, construyendo nuevas formas para su agenciamiento político, transformando las relaciones de poder a las que están sometidos: “nada en la sociedad cambiará si no son transformados también los mecanismos de Poder que funcionan fuera y a lo largo de los aparatos del Estado, al nivel de cada minuto de la vida cotidiana” (Noguera, 2012: 174). Para ello, me parece fundamental considerar la diferencia entre la Constitución Política del Estado y la constitución política del pueblo: podría cambiar la forma como se ejerce el poder político en las instituciones del Estado, desarticulando aquellos enclaves autoritarios que han neutralizado la potencia transformadora de la soberanía popular; pero no tendrá ningún impacto si las relaciones de poder en el seno de la sociedad conservan sus estructuras actuales. Una nueva constitución debe surgir de nuevas prácticas sociales y políticas, prácticas emancipatorias, pues “la práctica política no puede ser concebida como algo que simplemente representa los intereses de unas identidades previamente constituidas; al contrario, se tiene que entender como algo que constituye las propias identidades y que, además, lo hace en un terreno precario y siempre vulnerable” (Mouffe, 2003: 113).

A este respecto, parece claro que los mismos actores que ya fracasaron en su pretensión constituyente en 2005, no pueden decir nada distinto de lo que ya dijeron. Sus formas de representación simbólica de la realidad se encuentran configuradas, ineludiblemente, a partir de las relaciones materiales de poder político y económico que los condicionan en tanto sujetos, en tanto agentes políticos. Su sistemática inclinación por recurrir a la institucionalidad diseñada en dictadura, esperando poder desplegar una potestad constituyente que genere una *nueva* Constitución (v.gr., 2005), demuestra que sus capacidades de comprensión del contexto normativo e institucional están condicionadas no solo por esa misma institucionalidad, sino por las relaciones de poder a la que ella es funcional. Sólo la

incorporación de nuevos agentes políticos, nuevos tipos de sujetos capaces de sostener discursos diferentes de los hegemónicos, que provengan de otros contextos materiales y no solo de los sectores privilegiados, dará paso a una forma distinta de representación simbólica – o podríamos decir *constitucional*– de la realidad. Aquí la clave está, efectivamente, en la forma. La forma *es* el fondo: si no se establece un mecanismo que garantice una efectiva participación de la ciudadanía en la definición de los contenidos de una nueva constitución (especialmente de los grupos subalternos, que han sido postergados de esta discusión), asegurando una participación igualitaria en condiciones de imparcialidad, el resultado será el mismo de 2005: una norma (eventualmente) mejor técnicamente, quizá con uno o dos enclaves autoritarios menos, pero no será una Carta *nueva*, ni logrará superar su endémico déficit de legitimidad.

La historia constitucional reciente muestra cómo una serie de intentos por democratizar el texto de 1980 han contribuido marginalmente en dicho objetivo, fracasando en el objetivo principal: obtener una constitución legítima. La única forma de obtener un resultado distinto de la tónica que marcan las últimas tres décadas, es otorgándole voz a formas alternativas de representación simbólica de la realidad, es decir, a sectores de la sociedad que han sido sistemáticamente excluidos de un espacio de decisión política que, en principio, corresponde al *pueblo* en tanto titular del poder político originario, de la soberanía. Lo que parece claro es que sin un acto constitutivo, uno que inicie un proceso propiamente constituyente, no habrá nueva constitución. Muy probablemente, dicho acto requiera de un hecho pedagógico previo, capaz de generar un proceso de reflexión crítica en torno a ese consenso espontáneo que sostiene, a nivel cultural, a la hegemonía vigente, una movilización social que contribuya a la construcción de nuevas identidades políticas. Sin el despliegue de esa magnitud política que emane de un nuevo sujeto del poder constituyente, no habrá nueva constitución: es tarea del sujeto constituyente organizar y gestionar el tránsito de lo viejo a lo nuevo, consolidando su acto en una Constitución (Noguera, 2017: 28); esta no es tarea del sujeto constituido.

Sin perjuicio que se trata de categorías abstractas e indeterminadas, que nos reconducen a conceptos universales que bien podrían ser catalogados de vacíos, lo cierto es que esta lógica discursiva permite evidenciar cómo este tipo de decisiones han estado residenciadas, por décadas, en estrechos círculos de poder: una clase política cada vez más alejada de la realidad política y social que legitima el ordenamiento jurídico y el sistema político

que, en nuestro nombre, administran. Sus formas discursivas, condicionadas por sus condiciones materiales de vida, su situación de privilegio en la sociedad, atravesada por la trampa de un mal entendido consenso que inmoviliza, han fracasado en su pretensión constituyente en el pasado y, si se mantienen las lógicas políticas que han imperado hasta el momento, volverán a fracasar hoy. De hecho, sus condiciones de legitimidad han empeorado progresivamente en los últimos años, disminuyendo gravemente la confianza que la ciudadanía deposita en sus representantes, lo que solo puede confirmar el fracaso de una vía que ya no puede arrogarse legitimidad para constituir.

Desde esta perspectiva, en tanto mecanismo para darnos una *nueva* Constitución, la asamblea constituyente cumple con ciertos estándares que no se satisfacen por igual en las principales alternativas que se han propuesto: Congreso Nacional, convención constituyente o comisión de expertos<sup>42</sup>. En efecto, la AC permite incorporar en este proceso de decisión política, a agentes políticos que no tienen una participación regular en el funcionamiento de las instituciones públicas, que tienen otras concepciones del mundo y ven las relaciones políticas que en él se verifican desde una realidad distinta, precisamente por la posición relativa que tienen en ellas. Este mecanismo posibilita una forma de agenciamiento político que podría traspasar las barreras de la clase gobernante, posibilitando que nuevos sectores del pueblo, de la comunidad política, formen parte de la decisión constituyente. Ese incremento en el nivel de participación, en el estándar democrático del proceso, *podría* generar una constitución *nueva*, en la medida que dé cuenta permita incorporar al proceso constituyente prácticas políticas que reflejen la participación de nuevos agentes y que, como resultado de ello, se tome una decisión política distinta de aquellas que toman, regularmente, los representantes de la soberanía popular, por ejemplo, al legislar. El mandato que recibiría una AC, distinto de aquel que recibe el Congreso Nacional para legislar, provendrá de un pueblo movilizado en la búsqueda de nuevos objetivos, que nunca antes en la historia de Chile ha logrado conseguir: incidir en el contenido del marco fundamental de convivencia democrática decidiendo, libremente, sobre su estructura institucional y sobre la configuración de las relaciones de poder de las cuales participa. Sin embargo, la clave está en cómo enfatizar los distintos tipos de prácticas sociales y no, como se ha señalado previamente, en las formas de argumentación, exactamente al revés al

---

<sup>42</sup> Una buena representación de las distintas propuestas que han sido formuladas recientemente en Fuentes y Joignant (2015).

diseño propuesto por el actual Gobierno. Son las prácticas y juegos del lenguaje los que consolidan la identificación individual y colectiva con las formas y el valor de la democracia, no con afirmaciones trascendentalistas (Mouffe, 2003: 84 ss.).

Las actuales relaciones de poder político que se verifican en la sociedad no serán transformadas por quienes se han visto directamente beneficiadas por ellas. No es posible esperar de estos agentes políticos –que han devenido en privilegiados como consecuencia de las prácticas políticas e institucionales que se han desarrollado desde 1988 a la fecha–, una decisión efectivamente transformadora de las actuales relaciones de poder. La única posibilidad para que el actual proceso constituyente sea uno *constituyente* y no una manifestación más de la vía reformista, depende de que en él participen aquellos sujetos políticos que han estado relegados a posiciones de subalternidad.

No podemos olvidar que la legitimación democrática de todo ordenamiento jurídico emana de un proceso político constitutivo, cuyo contenido se proyecta hacia lo constituido, pero no se agota en él. En este sentido, la asamblea constituyente como mecanismo para la elaboración de una nueva constitución es el único mecanismo suficiente para garantizar su legitimidad, en la medida que pueda representar simbólicamente aquel hito de deliberación política radical, necesario para que la comunidad política se constituya a sí misma como tal y, de paso, reconozca como propio al ordenamiento que emana del proceso. Esa necesidad emana no solo de la crisis de legitimidad que arrastra el actual ordenamiento constitucional, sino del agotamiento de la vía reformista para hacerle frente. En otras palabras, es necesario desbordar el pensamiento sobre el poder constituyente, ir más allá de la concepción del poder que reduce la soberanía a un acto de decidir sobre sí mismo y complementarlo con una comprensión del poder como dominación, “captar el poder por el lado del extremo cada vez menos jurídico de su ejercicio” (Foucault, 2012: 33), precisamente ahí donde los derechos sociales son constitutivos de determinado tipo de relaciones sociales, ocultas tras las categorías jurídicas abstractas, donde se hacen efectivas las prácticas de dominación de un grupo por sobre los otros, especialmente en condiciones tan neoliberalizadas para el ejercicio de estos derechos (Ruiz, 2015).

Todo momento constituyente pone fin a un orden determinado, en una serie de dimensiones eventualmente simultáneas: desde luego jurídica, pero también económica, social e, incluso, cultural. Una decisión efectivamente constituyente no solo da paso a un nuevo

orden jurídico, sino también político y cultural. Un poder constituyente emancipatorio supone iniciar una reforma cultural, también desde la autogestión y desde fuera del aparato estatal, que permita configurar nuevas formas de organización política; iniciar un período de “doble poder” que desencadene lo que Gramsci llama una crisis orgánica en las actuales formas de dominación hegemónicas (Noguera, 2012: 175-178). En otras palabras, un momento constituyente exitoso constituye –podríamos decir, principalmente– a la comunidad política, a partir de nuevas formas para su agenciamiento político, y no solo en relación a sus formas jurídicas externas.

Por ello, la concepción de la Constitución como la forma jurídica del poder sigue respondiendo a una aproximación parcial, precisamente porque deja fuera la dimensión constitutiva de las relaciones de poder en la propia sociedad y de las formas de agenciamiento político –no institucional– del poder soberano del pueblo(s), ese que se verifica en sus prácticas políticas. La legitimidad del derecho se explica desde esta doble dimensión: el momento constituyente da paso a un ordenamiento jurídico que el pueblo soberano está dispuesto a obedecer porque *i.* lo reconoce como el resultado de una decisión política propia y, *ii.* a través de esa decisión le da sentido e identidad a la comunidad misma. Es esta, precisamente, una de las principales carencias del ordenamiento constitucional actual, pues está diseñado no solo para neutralizar la institucionalidad política, obstaculizando una efectiva representación política del titular de la soberanía, sino también para desarticular al pueblo(s) como agente político.

Sin embargo, es importante hacer una prevención: comprender el poder desde su extremo menos jurídico, es decir, allí donde se verifican las prácticas sociales, supone revisar una de las dimensiones más características de la hegemonía del Estado y del Derecho: el paradigma soberanista. Hemos dicho ya que una nueva Constitución significa una reconfiguración de las relaciones de poder en la sociedad, sostenidas por nuevos discursos y prácticas de saber, lo que sólo será posible en la medida que los grupos subalternos logren subvertir el sentido de los dispositivos estatales de control, desde sus propios aparatos de formación y acumulación de saber, desde sus propias prácticas. Eso también requiere de formas institucionales que habiliten, *ex novo*, esa decisión, así como de una teoría de lo constitucional que sea funcional a dicha habilitación, es decir, que contribuya a la comprensión del poder/saber ya no en clave de soberanía, sino de dominación, que se dirija a estudiar y

teorizar sobre las funciones de los operadores materiales y su funcionalidad para la consolidación del orden hegemónico, así como las formas de sometimiento y los distintos sistemas sociales a través de los que opera (Foucault, 2012: 38). En definitiva, estudiar los dispositivos de saber que hacen posible la dominación, “la fabricación de los sujetos más que la génesis del soberano: ese es el tema central” (id.: 45).

Es en ese sentido que me parece relevante comprender cómo han operado quienes se oponen a una nueva constitución en Chile, por ejemplo, al afirmar que no existe una relación directa entre el procedimiento de elaboración de una Constitución y sus contenidos, invitándonos a la sensatez de discutir lo (que ellos consideran como lo) “realmente importante”: los contenidos de la futura Constitución Política. Esa aproximación formalista emana de sujetos asentados en las posiciones de privilegio configuradas por el actual orden constitucional, que sólo piensan en las modificaciones jurídicas a la Constitución, pero se resisten a comprender que su legitimidad pasa por reconfigurar las relaciones de poder en la sociedad. Por eso la vía reformista, principalmente empujada por este tipo de actores, se encuentra agotada: ella no será capaz de encauzar un proceso de transformación de las actuales relaciones de poder, precisamente porque se articula a partir de ellas.

La forma es el fondo, en efecto. No porque el mecanismo de elaboración sea, en abstracto, más importante que los contenidos resultantes, sino porque el mecanismo determina, en concreto, los sujetos y agentes políticos que participarán de la elaboración de la nueva Constitución; serán ellos quienes determinen sus contenidos. Eludir la discusión sobre la forma, o peor, afirmar que la forma es secundaria frente a la necesidad de priorizar la definición de los nuevos contenidos, genera un efecto político muy evidente: se impone, como regla por defecto, el mecanismo que ha sido utilizado hasta ahora para reformar la Constitución, eludiendo la potencia transformadora del momento constituyente. Existe una relación evidente entre forma y fondo, en especial cuando la forma que se promueve supone una apertura radical a una participación y deliberación ciudadana sin precedentes en la historia institucional chilena.

La forma es el fondo, porque quienes participen en el proceso constituyente y en la decisión política de dar paso a una nueva constitución, decidirán sobre la estructura de las relaciones de poder en las cuales ellos mismos participan. Si de esa decisión solo participan quienes hoy se ven privilegiados por esas relaciones de poder, ellas no se verán afectadas, por

lo que quienes están en posiciones de subalternidad, o de dominación, se mantendrán en ellas. Solo una apertura radical a la participación de las clases subalternas en el momento constituyente, puede dar paso a una nueva constitución. Así, me parece razonable concluir que: *i.* si la Constitución es un espacio normativo para la configuración de relaciones de poder entre los sujetos que forman parte de la comunidad política, y si *ii.* en la configuración de dicho instrumento esos mismos sujetos participan y deliberan activamente en condiciones suficientes de libertad, igualdad e información, entonces, *iii.* es razonable esperar que el instrumento resultante intente establecer relaciones de poder más coherentes con lo que dichos sujetos considerarían justas y en las cuales estarían libremente dispuestos a participar, sin que eso suponga verse obligados a aceptar una relación de sometimiento o de subalternidad.

El desafío es aceptar que lo político se juega dentro de los bordes de lo social y no fuera de ellos, por lo que su configuración debe ser determinada desde la construcción de lo social (Negri, 2015: 389). La formulación de estructuras políticas y jurídicas emancipatorias solo puede verificarse desde la potencia creadora de la sociedad, no de sus grupos privilegiados que aprovechan la crisis de las instituciones constitucionales para garantizar la protección del *statu quo*. Construir desde las prácticas sociales (Mouffe, 2003: 84) supone discutir la forma primero y entregar a ese mecanismo la decisión relativa a los contenidos, sin condicionar el ejercicio de la voluntad soberana del pueblo(s) con preconcepciones que emanan de las actuales posiciones de privilegio.

La forma es el fondo porque la subjetividad del sujeto constituyente se construye, precisamente, al constituir: “el método no es solo constitutivo, sino constituyente” (Negri, 2015: 404).

En otras palabras, dado que la Constitución es una de las manifestaciones normativas más significativas del poder (político, pero también económico, social y cultural) de una sociedad, su configuración por una comunidad política (teóricamente) titular de ese poder pero (materialmente) sometida al mismo, debiera dar paso a una configuración donde pueda hacerse efectiva una distribución social del poder político, especialmente cuando su acumulación resulta hoy evidente (es por esta razón que la crisis actual de la política no es respecto a la representación democrática, sino a cómo las actuales prácticas de representación han sido cooptadas por cúpulas dirigenciales, que las han manipulado para la acumulación de poder político en su favor). Esa nueva configuración en las relaciones de poder solo podrá ser



efectiva si la decisión constituyente acoge las formas sociales de participación que caracterizan a las clases subalternas, las mismas que hasta ahora han sido marginadas por la implementación de la vía reformista.

En efecto, no habrá nueva Constitución mientras se siga forzando el uso de las formas constitucionales vigentes, pues estas responden, precisamente, a la relación de fuerzas que es necesario superar. Una Constitución no es, por cierto, un más o menos complejo armazón jurídico; es, antes que todo, una relación de fuerzas que no puede restablecerse desde la nada: “para llegar al momento constituyente que se trata de recuperar, es preciso hacerlo mediante el reconocimiento y el restablecimiento de una relación de fuerza fundamental. Se trata de introducir una constitución que sea accesible no por el restablecimiento de viejas leyes sino por algo que sea una revolución de las fuerzas, revolución en el sentido, precisamente, de que se trata de pasar de la noche a la aurora, del punto más bajo al punto más alto” (Foucault, 2012: 166).



## CONCLUSIONES

El constitucionalismo moderno, esa teoría del actual modelo de organización política que surge luego del éxito de las revoluciones burguesas y se consolida en sus formas actuales durante la segunda mitad del siglo XX, tiene por objetivo limitar el poder a través de un más o menos complejo sistema jurídico, que busca canalizar su ejercicio a través de ciertas formas que lo institucionalizan. En coherencia con el paradigma jurídico moderno, este constitucionalismo acentúa en demasía la dimensión jurídico-normativa de la Constitución en desmedro de su dimensión política, precisamente ante la necesidad (de la burguesía revolucionaria) de someter el poder a las formas del Derecho. Este desbalance trae como consecuencia la imposibilidad del constitucionalismo moderno para procesar adecuadamente la idea del poder constituyente, el que también termina siendo sometido a los marcos teóricos y normativos del derecho constitucional. Así, se asume que es lo constituido lo que hace a lo constituyente, renunciando a la posibilidad de pensar un constitucionalismo que habilite el ejercicio del poder político y no uno que solo lo limite.

Estas limitaciones –que, incluso, han sido vistas como el resultado de una franca contradicción entre constitucionalismo y poder constituyente– forman parte de un paradigma mayor que proyecta sus elementos configuradores sobre él. La combinación entre ciertas dimensiones de formalismo jurídico (específicamente respecto de los criterios de validez de las normas jurídicas) y la pretensión de objetividad del discurso jurídico y la interpretación del Derecho, ha generado ciertos rendimientos que contribuyen a neutralizar la potencia transformadora de aquel poder político que emana de las prácticas sociales, especialmente de aquellas que podrían estar en condiciones de subalternidad o que reivindican espacios de resistencia que se niegan a ser clasificados por el paradigma hegemónico vigente. En concreto, revisamos cómo ciertos elementos de este aparato teórico han generado efectos adversos en la consagración de la igualdad ante la ley y en el reconocimiento y protección de los derechos sociales: mientras la igualdad ante la ley se ha configurado a partir de la abstracción de un

sujeto universal que ha borrado aquellos elementos que constituyen la identidad de las personas y de sus comunidades, los derechos sociales han perdido todo el potencial emancipatorio que emana de categorías jurídicas (que deberían estar) destinadas a intervenir en las condiciones materiales de existencia de las personas, al ser colonizados por el discurso liberal individualista.

Ambos factores contribuyen a configurar el marco teórico de referencia del constitucionalismo, como uno que protege el estado actual de relaciones políticas y sociales, aquel que surge de –y responde a– conflictos y batallas libradas en el pasado. Su imposibilidad para procesar la idea de poder constituyente de una forma que permita habilitar las manifestaciones de poder político y encauzar aquella potencia transformadora que surge de las prácticas sociales para que intervenga en el orden establecido es, finalmente, una limitación epistémica. Su marco teórico solo conoce lo constituido, es funcional al aparato jurídico que protege el *statu quo* social; no es funcional al poder constituyente, por lo que prefiere dejarlo fuera de los márgenes del derecho constitucional. Su discurso (especialmente el académico) presenta estas formas constitucionales como si no fuera posible pensar en una alternativa a la relación constituyente/constituido; y, si es necesario, cuenta con el apoyo del aparato de coerción estatal para reprimir manifestaciones disidentes. Es una clara manifestación de la consolidación de una hegemonía (Gramsci, 2015).

En definitiva, la racionalidad moderna es incompatible con la subjetividad constituyente; aquella es el cálculo del individuo egoísta y aislado, cuya clave de inteligibilidad es el formalismo trascendental, abrazado por el paradigma jurídico moderno y, muy especialmente, por el constitucionalismo (Negri, 2015: 409).

Sin embargo, existe una relación simbiótica entre poder constituyente y conflicto político: cuando el paradigma jurídico moderno intenta erradicar este último (por ejemplo, a través de diversas manifestaciones de formalismo jurídico), también erosiona las bases de legitimidad del ordenamiento jurídico y de la propia convivencia en sociedad. Puede ser un elemento que explique la persistente ilegitimidad de la Constitución chilena: más que una norma jurídica redactada en dictadura, es la configuración de una determinada estructura de relaciones sociales que responde a una decisión que no puede ser reconducida a un acto de afirmación existencial propio de la comunidad política. Es decir, esta comunidad se encuentra constituida a través de una decisión política y de determinadas formas que no reconoce como

propias. Su voluntad constituyente no se ha manifestado ni –gracias a la razón hegemónica del constitucionalismo chileno y de las especiales reglas constitucionales que caracterizan al proyecto político de la dictadura– puede manifestarse en orden a materializar una decisión emancipatoria que permita cambiar la actual estructura de relaciones de poder.

Podemos apreciar esta limitación en las mismas dificultades que ha enfrentado la reivindicación constituyente en las últimas décadas en Chile, especialmente durante el presente Gobierno (2014-2018): la demanda social por una nueva Constitución nunca ha sido procesada por la institucionalidad de una manera que permita, efectivamente, modificar las actuales formas de existencia política de la sociedad. A través de una estrategia orquestada desde 1989, la demanda por una nueva Constitución ha sido canalizada/neutralizada a través del poder de reforma constitucional, radicado en el orden jurídico constituido, protegiendo con ello el orden político y social. Desde 2015 se encuentra en desarrollo lo que he considerado la manifestación más sofisticada de la agotada vía reformista: un complejo proceso constituyente, dirigido con poca convicción desde el Ejecutivo, que viene a reafirmar lo hecho en 1989 y 2005: la neutralización del poder constituyente, diluido en las formas del poder constituido, en las formas del derecho constitucional.

Esta perspectiva de presente, situada, nos permite evidenciar no solo el agotamiento de la vía reformista propuesta por la institucionalidad chilena, sino también comprender las limitaciones propias del constitucionalismo como teoría del poder constituido para incorporar lo constituyente dentro de lo constitucional, configurando dicha fuerza desde las prácticas sociales que buscan manifestar una voluntad emancipatoria y no desde el orden establecido para la protección del *statu quo*, no desde lo constituido.

Parece necesario abrir las categorías de lo constitucional de modo tal que lo político –ese acto de afirmación existencial de una comunidad que quiere constituirse, libre y democráticamente, como tal– no sea relegado a un momento de ruptura fundacional y excluido de las formas jurídicas que habilitan el poder político, sino que pueda ser incorporado desde el reconocimiento de diversas prácticas sociales desde las cuales se ejerce poder político y que, en una relación conflictual, buscan actualizar las condiciones vigentes de la existencia política.

Podríamos afirmar que el poder constituyente es conflicto político, de modo tal que cada vez que alguna de las manifestaciones del conflicto es resuelta en un sentido o en

otro, se está incorporando un nuevo elemento a la forma de existencia política de la comunidad, modificándola, actualizándola. Con Mouffe y Negri, lo constituyente no tiene por qué ser concebido desde lo constituido, desde el ordenamiento jurídico, sino desde la dimensión política y conflictual de la realidad social, precisamente porque lo constituyente pierde su fuerza transformadora. Pareciera ser esa la razón de reconducir la demanda constituyente, sistemáticamente desde 1989, a las formas propias del derecho constitucional: no solo porque el proyecto político de la dictadura ha colonizado espacios más allá de sus propios adherentes, sino porque en las formas de lo constituido, en las formas del derecho, se termina de diluir la potencia constituyente.

En ese sentido, la crisis de legitimidad que aqueja al orden constitucional chileno solo puede ser efectivamente resuelta abriendo radicalmente el espacio a la participación social en la decisión constituyente e incorporando en el diseño institucional a aquellas formas de poder que emanan de las prácticas sociales. A pesar de la insistencia que ha mostrado la institucionalidad para enfrentar la crisis, ésta no se juega en el contenido de las reglas constitucionales, sino en la estructura de las relaciones políticas y sociales que le dan existencia a la comunidad. Es por eso que el recurso al poder de reforma –constituido– ha sido y seguirá siendo infructuoso, pues este está diseñado, precisamente, para la protección del orden vigente.

Se necesita una teoría de lo constitucional que contribuya a generar las herramientas necesarias para habilitar la manifestación de la voluntad constituyente allí donde esté. Especialmente considerando que el poder no se detenta a través de instituciones teóricas y abstractas, sino que se ejerce en un complejo entramado de relaciones políticas, parece necesario recurrir a epistemes no esencialistas que permitan habilitar la disputa por el contenido de ese universal que actualmente identificamos en la Constitución de 1980 y, a la vez, considerar una perspectiva materialista del fenómeno jurídico para incorporar la manifestación de esa voluntad constituyente desde las prácticas sociales a partir de las cuales se realizan, cotidianamente, los actos de afirmación existencial de los sujetos políticos que configuran esta comunidad.

Hasta ahora, queda la impresión que el constitucionalismo moderno carece de las herramientas teóricas necesarias para emprender este desafío, precisamente porque es funcional al poder constituido, no al constituyente. En esas carencias, la institucionalidad

chilena seguirá fracasando al recurrir al poder de reforma para enfrentar la crisis de lo constitucional.





## BIBLIOGRAFÍA CITADA

1. Aldunate, Eduardo (2010): “Aproximación conceptual y crítica al neoconstitucionalismo”, *Revista de Derecho*, U. Austral de Chile, vol. 21 N° 1: 79-102.
2. Aldunate, Eduardo (2008): *Derechos fundamentales* (Santiago, LegalPublishing).
3. Atria, Fernando (2013): *La Constitución tramposa* (Santiago, LOM).
4. Atria, Fernando (2006): “Sobre la soberanía y lo político”, en *Derecho y Humanidades*, Universidad de Chile, N° 12: 47-93.
5. Atria, Fernando (1998): “El Tribunal Constitucional y la objeción democrática”, *Revista Chilena de Derecho*, P. Universidad Católica de Chile, vol. 20 N° 2-3, tomo I: 367-378.
6. Balkin, Jack (2007): *Original meaning and Constitutional Redemption* (Yale Law School, Faculty Scholarship Series, paper 227).
7. Barcellona, Pietro (1996): *El individualismo propietario* (Madrid, Trotta).
8. Bassa, Jaime (2015a): “Proceso constituyente en Chile: símbolos, mecanismos, contenidos”, en Chia, E. y Quezada, F. (eds.): *Propuestas para una nueva Constitución (originada en democracia)* (Santiago, Instituto Igualdad, Universidad de Chile, Friedrich Ebert Stiftung): 69-81.
9. Bassa, Jaime (2015b): “Expectativas y desafíos del proceso constituyente chileno”, en Facuse, N. y Navia, C. (eds.): *Chile en tiempos de reforma. Una mirada generacional para la construcción de un nuevo ciclo político* (Santiago, Instituto Igualdad, Friedrich Ebert Stiftung): 25-33
10. Bassa, Jaime (2013): “La pretensión de objetividad como una estrategia para obligar. La construcción de cierta cultura de hermenéutica constitucional hacia fines del siglo XX”, en *Estudios Constitucionales*, U. de Talca, año 11 N° 2: 15-46.
11. Bassa, Jaime (2007): *El Estado constitucional de Derecho. Efectos sobre la constitución vigente y los derechos sociales* (Santiago, Lexis Nexis).
12. Bassa, Jaime y Aste, Bruno (2015): “Mutación en los criterios jurisprudenciales de protección de los derechos sociales al trabajo y a la salud en Chile”, en: *Revista Chilena de Derecho*, P. Universidad Católica de Chile, vol. 42 N° 1: 215-244.
13. Bassa, Jaime y Salgado, Constanza (2015): “Bases constitucionales del proceso constituyente, II: Principios y mecanismos para una Asamblea Constituyente”, en: Fuentes, C. y Joignant, A. (eds.), *La solución constitucional* (Santiago, Catalonia): 251-266.
14. Bassa, Jaime y Viera, Christian (2012): “Un nuevo giro hermenéutico de la Corte Suprema en la aplicación del recurso de amparo económico”, en: *Revista de Derecho*, Universidad Católica de Valparaíso, vol. 37: 661-683.
15. Benjamin, Walter (2010): “Para una crítica de la violencia”, en *Ensayos escogidos* (Buenos Aires, El Cuenco de Plata).

16. Bobbio, Norberto (2015): *Ius naturalismo y positivismo jurídico* (Madrid, Trotta).
17. Böckenförde, E.-W. (2000): “El poder constituyente del pueblo: un concepto límite del derecho constitucional”, en *Escritos sobre el Estado de Derecho y la democracia* (Madrid, Trotta): 159-180.
18. Butler, Judith (2011): “Replantear el universal: La hegemonía y lo límites del formalismo”, en: *Contingencia, Hegemonía, universalidad. Diálogos contemporáneos en la izquierda* (Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica): 19-50.
19. Clavero, Bartolomé (2007): *El orden de los poderes. Historias constituyentes de la trinidad constitucional* (Madrid, Trotta).
20. Contreras, Pablo y Coddou, Alberto (2014): “Nueva Constitución y asamblea constituyente: la experiencia de ‘Marca Tu Voto’”, en *Anuario de Derecho Público* (Santiago, U. Diego Portales): 121-139.
21. De Cabo, Carlos (2017): *El común. Las nuevas realidades constituyentes desde la perspectiva del constitucionalismo crítico* (Madrid, Trotta).
22. De Cabo, Carlos (2014): *Pensamiento crítico, constitucionalismo crítico* (Madrid, Trotta).
23. De Cabo, Carlos (2010): *Dialéctica del sujeto, dialéctica de la Constitución* (Madrid, Trotta).
24. Engels, Friederich (1997): *Ludwing Feuerbach y el fin de la filosofía clásica alemana* (Barcelona, Debarris).
25. Errejón, Íñigo y Mouffe, Chantal (2015): *Construir pueblo. Hegemonía y radicalización de la democracia* (Barcelona, Icaria).
26. Fermandois, Arturo (2006): *Derecho Constitucional Económico* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile).
27. Foucault, Michel (2012): *Hay que defender la sociedad* (Madrid, Akal).
28. Foucault, Michel (2011): “Qué es la Ilustración”, en *Sobre la Ilustración* (Madrid, Tecnos).
29. Fuentes, Claudio y Joignant, Alfredo (2015): *La solución constitucional. Plebiscitos, asambleas, congresos, sorteos y mecanismos híbridos* (Santiago, Catalonia).
30. Galende, Federico (2009): *Walter Benjamin y la destrucción* (Santiago, Metales Pesados).
31. Galli, Carlo (2011): *La mirada de Jano. Ensayos sobre Carl Schmitt* (México, Fondo de Cultura Económica).
32. García de Enterría, Eduardo (2001): *La lengua de los derechos. La formación del derecho público europeo tras la Revolución Francesa* (Madrid, Alianza Editorial).
33. Gargarella, Roberto (2006): “El derecho a la protesta social”, en *Derecho y Humanidades*, Universidad de Chile, N° 12: 141-151.
34. Gómez Bernal, Gastón (1993): “Constitución, derechos esenciales y tratados”, en *Dogmática Constitucional y Derechos Humanos*, Cuadernos de Análisis Jurídico (N° 27).
35. Gramsci, Antonio (2015): *Antología* (Madrid, Akal).
36. Guastini, Riccardo (1999): *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho* (Barcelona, Gedisa).

37. Hesse, Konrad (2011): “Concepto y cualidad de la Constitución”, en *Escritos de Derecho Constitucional* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales): 33-56.
38. Hobsbawm, Eric (2007): *La era de la revolución. 1789-1848* (Buenos Aires, Crítica).
39. Kelsen, Hans (2002): *Teoría pura del Derecho* (México DF, Porrúa).
40. Kojève, Alexandre (1999): *La dialéctica del amo y del esclavo en Hegel* (Buenos Aires, Fausto).
41. Laclau, Ernesto y Mouffe, Chantal (2011): *Hegemonía y estrategia socialista. Hacia una radicalización de la democracia* (México DF, Fondo de Cultura Económica).
42. Laclau, Ernesto (2011): “Identidad y hegemonía. El rol de la universalidad en la constitución de lógicas políticas”, en *Contingencia, Hegemonía, universalidad. Diálogos contemporáneos en la izquierda* (Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica): 51-94.
43. Lagos Escobar, Ricardo (2005): *Firma Constitución 2005. Palacio de La Moneda. 17 de septiembre de 2005* (Santiago, Ministerio Secretaría General de Gobierno, Imprenta Maval).
44. Laval, Christian y Dardot, Pierre (2015): *Común* (Barcelona, Gedisa).
45. MacPherson, C. B. (2005): *La teoría política del individualismo posesivo. De Hobbes a Locke* (Madrid, Trotta).
46. Marcuse, Herbert (2015): *Razón y revolución* (Madrid, Editorial Alianza).
47. Marx, Karl (1968): *La ideología alemana* (Montevideo, Ediciones Pueblos Unidos).
48. Medici, Alejandro (2013): “Nuevo constitucionalismo latinoamericano y filosofía política: la necesidad de un pensamiento situado y crítico para refundar nuestras bases constitucionales”, en *Debates Urgentes*, año 2 N° 3: 57-73.
49. Mondaca Garay, Daniel (2017): *Entre escudos y barricadas. La tensa relación entre constitucionalismo y protesta social* (tesis para optar al grado de Magíster en Derecho; Escuela de Derecho, Universidad de Valparaíso).
50. Monedero, Juan Carlos (2009): *El gobierno de las palabras. Política para tiempos de confusión* (Madrid, Fondo de Cultura Económica).
51. Motta, Sara (2008): “The Chilean Socialist Party (PSCH). Constructing consent and disarticulating Dissent to Neo-liberal Hegemony in Chile”, *The British Journal of Politics & International Relations*, vol. 10 (2): 303-327.
52. Mouffe, Chantal (2011): *En torno a lo político* (Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica).
53. Mouffe, Chantal (2003): *La paradoja democrática* (Barcelona, Gedisa).
54. Muñoz, Fernando (2015): *Hegemonía y nueva constitución. Dominación, subalternidad y proceso constituyente* (Valdivia, Ediciones UACH).
55. Negri, Antonio (2015): *El poder constituyente. Ensayo sobre las alternativas de la modernidad* (Madrid, Traficantes de Sueños).
56. Nietzsche, Friedrich (2011): *Más allá del bien y del mal* (Madrid, Edimat Libros).
57. Noguera, Albert (2017): *El sujeto constituyente. Entre lo viejo y lo nuevo* (Madrid, Trotta).

58. Noguera, Albert (2012): *Utopía y poder constituyente. Los ciudadanos ante los tres monismos del Estado neoliberal* (Madrid, Sequitur).
59. Palma, Eric Eduardo (2008): “De la Carta otorgada de 1980 a la Constitución binominal de 2005”, en *Derecho y Humanidades*, Universidad de Chile, N° 13: 41-66.
60. Pisarello, Gerardo (2014): *Procesos constituyentes. Caminos para la ruptura democrática* (Madrid, Trotta).
61. Powell, Jefferson (1985): “The Original Understanding or Original Intent”, *Harvard Law Review*, vol. 98: 885-948.
62. Prieto Montt, Manuel José (2012): “Una invitación al pluralismo legal”, *Revista de Derecho*, U. Austral de Chile, vol. 25 N° 1: 25-45.
63. Ruiz, Carlos (2015): *De nuevo la sociedad* (Santiago, LOM).
64. Santos, Boaventura de Souza (2009): *Descolonizar el saber, reinventar el poder* (Montevideo, Ediciones Trilce).
65. Santos, Boaventura de Souza (2009): *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho* (Madrid, Trotta).
66. Schmitt, Carl (2003): *Teoría de la Constitución* (Madrid, Tecnos).
67. Sieyès, Emmanuel (2007): “¿Qué es el tercer Estado?”, en *Escritos y discursos de la Revolución* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales).
68. Smith, Peter J. (2011): “How Different Are Originalism and Non-Originalism?”, *Hastings Law Review*, vol. 65: 707-736.
69. Solum, Lawrence (2011): “What is originalism? The evolution of contemporary originalist theory” en: *Social Science Research Network*. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1825543>
70. Soto Carrasco, David (2013): “Cruces y fronteras: aproximaciones al latinoamericanismo desde la teoría postcolonial”, en Moscoso, Pedro, Silva, Karina y Tessada, Vanessa (eds.), *Pensar Iberoamérica. Historia, memoria y nuevas tramas regionales* (Valladolid, Eds. Universidad de Valladolid): 173-186.
71. Standing, Guy (2011): *El precariado. Una nueva clase social* (Barcelona, Pasado y Presente).
72. Vattimo, Gianni (1994): *El fin de la modernidad. Nihilismo y hermenéutica en la cultura posmoderna* (Barcelona, Gedisa).
73. Zagrebelsky, Gustavo (2004): “La ley, el Derecho y la Constitución”, en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 24 N° 72: 11-24.
74. Zizek, Slavoj (2012): *En defensa de la intolerancia* (Madrid, Sequitur).
75. Zúñiga, Francisco (2016): “Propuesta inicial sobre potestad constituyente”, en Sierra, Lucas (ed.): *Propuestas constitucionales* (Santiago, Centro de Estudios Públicos)
76. Zúñiga, Francisco (2015): “La potestad constituyente y la nueva Constitución”, en Fuentes y Joignant (eds.): *La solución constitucional* (Santiago, Catalonia): 187-203.
77. Zúñiga, Francisco (2007): “Vieja-Nueva Constitución”, en *Estudios Constitucionales* (Centro de Estudios Constitucionales de Chile, U. de Talca), vol. 5 N° 1: 349-370.