

EL FRACASO DEL PROYECTO DE CONSTITUCIÓN CHILENA DE 2022: EL DOBLE DESAJUSTE ENTRE LA AGENDA SOCIAL Y LA AGENDA DE LA CONVENCION

Albert Noguera Fernández*

Resumen

Tras doce meses de trabajo, la Convención Constitucional chilena presentó un proyecto de Constitución que fue sometido a plebiscito para su ratificación popular el 4 de septiembre de 2022. La nueva Constitución que tenía que sustituir el viejo texto de Pinochet de 1980, con sus sucesivas reformas, no pudo, sin embargo, entrar en vigencia tras recibir el rechazo del 61,86 % de votos. Pero ¿cuáles son las causas que hicieron que el texto redactado por una Convención constituida originariamente con un fuerte apoyo popular fuera, finalmente, rechazado por los ciudadanos? Si bien existen múltiples factores de distinta naturaleza que a lo largo de los meses de trabajo fueron deslegitimando la Convención y en los que este texto no puede detenerse, el presente artículo se centrará en el análisis de lo que considera uno de los diferentes motivos que provocaron el rechazo popular al proyecto de Constitución: un doble desajuste entre la agenda social y la agenda de la convención.


Palabras clave: Chile; proceso constituyente; Convención Constitucional; garantismo; Constitución chilena; derecho constitucional.

THE FAILURE OF THE 2022 CHILEAN DRAFT CONSTITUTION: THE DUAL MISMATCH BETWEEN THE SOCIAL AGENDA AND THE AGENDA OF THE CONVENTION

Abstract

After 12 months of work, the Chilean Constitutional Convention presented a draft Constitution which was submitted to a referendum for ratification by the people on 4 September 2022. The new Constitution, intended to replace Pinochet's 1980 text, with its successive reforms, could not, however, come into force on being rejected by 61.86% of votes. Why was the text, drafted by a Convention initially established with considerable outside popular support, finally rejected by the people? Although over the months of work numerous and varied factors, which cannot be covered by this text, gradually discredited the Convention, this article will focus on the analysis of what it considers to be one of the various aspects leading to the people's rejection of the draft Constitution: a dual mismatch between the social agenda and the agenda of the Convention.

Keywords: Chile; Constituent Process; Constitutional Convention; garantism; Chilean Constitution; constitutional law.

* Albert Noguera Fernández, catedrático de Derecho Constitucional en la Universitat de València. albert.noguera@uv.es. [@AlbertNogueraF](https://www.instagram.com/AlbertNogueraF).  0000-0001-9914-2970.

Recepción del artículo: 09.05.2023. Evaluaciones ciegas: 22.05.2023 y 29.05.2023. Fecha de aceptación de la versión final: 07.06.2023.

Citación recomendada: Noguera Fernández, Albert. (2023). El fracaso del proyecto de Constitución chilena de 2022: el doble desajuste entre la agenda social y la agenda de la convención. *Revista Catalana de Dret Públic*, 67, 221-239. <https://doi.org/10.58992/rcdp.i67.2023.4018>

Sumario

1 Introducción

2 El doble desajuste entre la agenda social y la agenda de la Convención

3 La agenda social. ¿Por qué la gente salió a la calle en 2019?

4 La agenda de los convencionales y la academia: el proyecto de constitución de 2022

4.1 El desajuste entre la agenda de los movimientos sociales y la población

4.2 El desajuste entre la agenda de los académicos y la población

4.2.1 Los académicos y la Constitución antigarantista

4.2.2 ¿Por qué el proyecto constitucional chileno no cambiaba el modelo neoliberal?

5 Conclusiones

6 Referencias

1 Introducción

El estallido social de 18 de octubre de 2019 abrió, en Chile, una oportunidad para dejar atrás la Constitución pinochetista de 1980. Ante la violencia de los acontecimientos, el 15 de noviembre, los partidos de la coalición oficialista Chile Vamos y parte de la oposición firmaron el Acuerdo por la Paz Social y la Nueva Constitución, que incluía la convocatoria de un plebiscito para la activación de un proceso constituyente.

Con el objetivo de convocar el plebiscito y habilitar, en su caso, el proceso de redacción de la nueva Constitución, se aprobó en las cámaras la Ley 21.200 de reforma constitucional, de 23 de diciembre de 2019, que incorporó un nuevo capítulo XV titulado “Reforma de la constitución y del procedimiento para elaborar una nueva Constitución de la República” (arts. 127-143).¹

El plebiscito, celebrado el 25 de octubre de 2020, contó con la participación del 50,95 % de los electores y dio la victoria a las opciones “Apruebo” (78,28 %) y “Convención Constitucional” (79 %).² Se abrió así el proceso constituyente.

Los días 15 y 16 de mayo de 2021 se celebraron elecciones para elegir a los 155 convencionales. Los resultados dieron una clara victoria a las fuerzas de izquierda en la Convención que se instaló, el 4 de julio de 2021, en la sede del ex-Congreso en Santiago. Empezaban, así, 12 meses de trabajo al final de los cuales el nuevo proyecto de Constitución fue presentado, el 4 de julio de 2022, al presidente de la República, quien convocó un plebiscito para su ratificación popular, el 4 de septiembre.

La nueva Constitución, redactada por la mayoría de izquierdas y progresista en la Convención, no pudo, sin embargo, entrar en vigencia, tras recibir el rechazo del 61,86 % de votos. El *no* ganó en las dieciséis regiones del país. Pero ¿por qué? ¿Cuáles son las causas que explican que una Convención Constitucional mayoritariamente de izquierdas que empezó con fuerte apoyo popular se fuera deslegitimando a medida que pasaban los meses de su funcionamiento?

Resulta superficial afirmar que ello se debió a que la propuesta de Constitución presentada era demasiado progresista para un país sociológicamente de derechas. El Estudio Nacional de Opinión (Encuesta CEP 88, 2022, p. 25) muestra que, en abril-mayo de 2022, hay más gente que se autoidentifica, claramente, de izquierdas (20 %), que los que lo hacen como de derechas (12 %).³ O que la población fue manipulada por las mentiras de los medios de comunicación. Difícilmente podemos entender las causas del resultado si no se hace un análisis crítico serio acerca de las razones reales de tal resultado.

Cabe mencionar varios grandes límites del proceso que terminaron contribuyendo a una deslegitimación de la Convención y a la incapacidad del texto final de satisfacer las aspiraciones sociales. Diferentes encuestas señalan que la causa principal del voto del rechazo fue “por la forma en que trabajaron las y los constituyentes” (Encuesta CEP 88, 2022, p. 32). Otras las he desarrollado en un texto publicado recientemente (Noguera, 2022). Sin embargo, voy a centrarme, aquí, en lo que considero otro de los motivos que denominaremos el doble desajuste entre la agenda social y la agenda de la Convención.

2 El doble desajuste entre la agenda social y la agenda de la Convención

Fueron varios los análisis que pusieron las causas del rechazo al proyecto de Constitución por su carácter demasiado progresista en un país mayoritariamente conservador. Los titulares internacionales al día siguiente del plebiscito reproducían esta idea: “En Chile fracasó el maximalismo progresista” (Aurenque, 2022), “Chile:

1 Con ello se destrababa la tramitación en el Congreso Nacional de distintos proyectos de ley, originados tanto como moción (parlamentaria) como mensaje (presidencial), que buscaban reformar la Constitución de la República para introducir la realización de un plebiscito nacional: el boletín núm. 7769-07; el boletín núm. 7792-07; el boletín núm. 10014-07; el boletín núm. 10193-07; el boletín núm. 11173-07; el boletín núm. 12630-07, y el boletín núm. 13024-07, siendo este último el único presentado tras el inicio de las protestas en octubre de 2019.

2 El punto 2 del acuerdo fijaba la celebración de un plebiscito con dos preguntas: a) ¿Quiere usted una nueva Constitución? Apruebo o Rechazo. b) ¿Qué tipo de órgano debiera redactar la nueva Constitución? Convención Mixta Constitucional o Convención Constitucional.

3 El estudio puede consultarse en la [página web del Centro de Estudios Públicos](#).

¿un país demasiado conservador para una Constitución progresista?” (Pérez, 2022), “Chile: la Constitución más progresista de la región que no fue y la victoria del Rechazo” (Hayon, 2022), “Chile rechaza la Constitución más progresista del mundo” (Sanza, 2022), etc.

Esta afirmación es cierta solo parcialmente y debe matizarse. La hipótesis que desarrolla este artículo es que el proyecto de texto constitucional fue rechazado, en igual grado, por excesivamente progresista y conservador. Y explico esto.

Lo que quería el conjunto de clases popular-intermedias que, mediante la movilización en 2019, abrieron el proceso constituyente eran trabajos estables y bien remunerados, servicios públicos y derechos sociales de calidad, nuevas políticas sociales redistributivas y equitativas, posibilidades de cumplir sus expectativas de movilidad social y bienestar económico, etc. Pero junto a ello, gran parte de estos sectores, especialmente las clases populares más bajas, no son necesariamente progresistas en varios ítems como pueden ser el feminismo, las teorías de género, los discursos LGTBIQ+, la plurinacionalidad y derechos indígenas, etc.

En este contexto, entender lo que pasó exige analizar el proyecto de Constitución de 2022 en lo que, adaptando una terminología de Kaarlo Tuori (1998), vamos a llamar sus dos capas o niveles: el nivel superficial del texto y el nivel de la estructura profunda de la Constitución.

Por un lado, definiremos el nivel superficial del texto como la puesta en escena discursiva o retórica del redactado de la Constitución. Esto es, el discurso, prescriptivo o descriptivo, que conforma el redactado del texto y que, en la mayor parte de los casos, conforma solo expresiones de buenos deseos, como las que acuerdan el derecho al trabajo, el derecho a la vivienda, etc., puesto que no establecen quien es el amenazado ni cuál es la sanción en caso de no ser respetados tales derechos.

En este nivel, el proyecto de Constitución plasmó un discurso progresista, que visibilizó e integró, junto a los derechos tradicionales, muchos otros derechos, nuevos o de renovada importancia, que surgen fruto de las demandas de nuevos sujetos colectivos, de la rápida y constante evolución de las sociedades globalizadas y sus nuevas formas de desigualdad y precariedad, y de un renovado interés por derechos que han permanecido sumergidos en la indiferencia de las administraciones públicas. Nos referimos, entre otros, a los derechos de la naturaleza, el derecho a la ciudad, derechos de las diversidades sexo-afectivas o vinculadas a las teorías de género, derecho a la vivienda, de los pueblos indígenas, del colectivo LGTBIQ+, los derechos reivindicados por los feminismos, etc.

Y, por otro lado, definiremos el nivel de la estructura profunda de la Constitución como el que se refiere a un cambio en la estructura económica, política y social fundamental que, a diferencia de cambios a microescala, implican una transformación y ruptura con el viejo modelo económico-político, a través de cambios de fondo que corrijan desequilibrios estructurales fundamentales del apartado productivo y distributivo.

En este nivel, el proyecto de Constitución era poco transformador, sin modificar la base material y estructural del Estado dual neoliberal, ni responder a las seguridades económica, social y pública que la ciudadanía reclamaba.

Lo anterior generó un doble choque o desajuste del proyecto con la agenda popular. Por un lado, chocaba con esta por ser excesivamente progresista en la parte superficial del texto. Y por otro lado, chocaba por ser excesivamente conservadora en la estructura profunda de la Constitución. Fue este doble desajuste el que contribuyó a que la población votara en contra del proyecto, a pesar de continuar manteniendo, como mostraron las encuestas,⁴ su voluntad intacta de aprobar una nueva Constitución que ponga fin al modelo heredado de la dictadura. No puede haber Constitución sin una simbiosis entre Constitución y sociedad. Frente a las construcciones lógico-formales decimonónicas de la Constitución como texto neutral que debía limitarse a establecer procedimientos formales universales sobre la producción jurídica, autores como Karl Loewenstein (1986) o Hermann Heller (1942) afirmaron, ya durante la primera mitad del siglo xx, que las constituciones solo pueden existir y tener eficacia cuando son producto de una relación dialéctica entre

⁴ El 5 de septiembre de 2022, Europa Press publicaba: “El 78 por ciento de los chilenos considera necesaria una nueva constitución, según una encuesta publicada este lunes, al día siguiente del claro rechazo expresado por la ciudadanía en las urnas al proyecto de constitución”. Ver la [noticia](#).

normalidad y normatividad, para usar la terminología de Heller. Esto es, cuando normativizan la realidad social o normalidad real. De lo contrario, una Constitución no puede tener eficacia y, por tanto, existir.

3 La agenda social. ¿Por qué la gente salió a la calle en 2019?

Para captar el significado real del estallido chileno es necesario desplazar el eje de análisis del 18-O de 2019 hacia la marcha del 25 de octubre. Se trató de una concentración pacífica dentro del estallido, considerada como la más grande de la historia del país. Se estima que participaron más de 3 millones de manifestantes en todo Chile.

La organización de la marcha fue espontánea, sin convocantes conocidos, y los participantes fueron un gentío compuesto de individuos pertenecientes a muy distintos sectores sociales, reunidos ocasionalmente en torno a un conjunto muy heterogéneo de demandas pero que, como señala Danilo Martuccelli (2021, p. 17), en ningún caso conformaban un sujeto con identidad colectiva, ni asociación organizacional. ¿Qué llevó, entonces, a toda esta gente tan diversa a coincidir?

La suma en muchos países latinoamericanos y sobre todo en Chile, desde finales de 1980 y la década de 1990, de la reducción de la pobreza, por un lado; y la llegada del neoliberalismo e incentivación del consumo por vía de la generalización del crédito, por otro lado, hizo que las sociedades de la región, y también la chilena, empezaran a representarse a sí mismas como sociedades de clases medias. La tesis de la sociedad de clases medias otorgó a amplios sectores populares un imaginario clasemediero: horizontes de movilidad social, anhelo de distinción por el consumo, pretensión estatutaria, etc.; muchos actores dejaron de percibirse como pobres o de clases populares para percibirse, o en realidad ser descritos e interpelados, como una nueva clase media (Martuccelli, 2021, pp. 17-19). A comienzos del siglo XXI, entre el 60 y el 80 % de los chilenos consideraba pertenecer a la clase media (Franco, León y Atria, 2007, pp. 559-604). El horizonte clasemediero permitió durante años mantener viva la seducción del modelo.

Sin embargo, este imaginario clasemediero terminó, con el tiempo, chocando con una realidad caracterizada por: niveles de empleo y de trabajo inseguro y con salarios bajos; una protección social estatal insuficiente y de poca calidad que obliga a acceder a los derechos sociales a través del mercado, y expectativas de promoción social frustradas. Tradicionalmente, los procesos de construcción de la clase media en la mayoría de países se han hecho en torno al empleo público. Sin embargo, a diferencia de países como Bolivia o Ecuador donde, tras el ascenso al gobierno de Evo Morales en 2006 y Rafael Correa en 2007, se abrió un proceso de modernización de la estructura estatal en la que se da una ampliación burocrática que permitió el acceso y ascenso, dentro de la institucionalidad estatal, de una gran cantidad de jóvenes de clase media con títulos universitarios, creando una nueva clase de trabajadores públicos ascendente, con un buen salario. En Chile, donde durante las últimas décadas el neoliberalismo no ha ampliado sino reducido el sector público (Farías Antognini, 2019; Torche, 2000; Foxley, 1982; French-Davies, 2008), el imaginario de clase media se injerta en asalariados de un sector privado caracterizado por una fuerte flexibilidad. Esta realidad del trabajo acabó reubicando gran parte de los sectores con expectativas de promoción social de lo clasemediero a lo popular. A diferencia de lo que sucedía a inicios del siglo XXI, en 2019, un 58 % de la población se autclasifica en la clase social baja y solo un 37 % en la clase media (Latinobarómetro, 2020, p. 42).

Además, a lo anterior se le suman, entre otros, factores como: la evidencia para grupos crecientes de la población de que la inversión en educación, hecha con el sacrificio familiar, no es una garantía de acceso a buenos trabajos en un país donde estos siguen obteniéndose no por el capital cultural sino por las redes de amistad familiares; el aumento del sobreendeudamiento en una sociedad donde los niveles de ingresos permanecieron moderados; la insuficiencia de las pensiones otorgadas por las AFP⁵ que, por razones demográficas, afecta a un cada vez mayor número de población y cronifica un sentimiento generalizado de desprotección social, etc. Todo ello genera un sentimiento de injusticia colectiva que desmonta el discurso neoliberal.

5 En la década de 1980, se realizó una reforma integral de privatización del sistema de seguridad social, consistente en el reemplazo del mecanismo de reparto, por uno basado en la capitalización individual de fondos, gestionado por financieras previsionales privadas denominadas administradoras de fondos de pensiones (AFP). (Sobre ello, ver: Mesa Lago, 2000; Haindl, 2007).

Por vías plurales se fue desarrollando una creciente similitud de experiencias de vida en la parte intermedia de la estructura social (clases populares, clases intermedias y, especialmente, en los jóvenes), que les lleva a compartir una frustración y un malestar común a medida que fueron tomando conciencia de que las promesas de movilidad social y bienestar que el modelo les había prometido eran falsas. El malestar se construye como una paradoja entre las condiciones y las expectativas (Martuccelli, 2021, pp. 19, 41 y 71). Los ingresos familiares del conjunto de grupos que constituyen este gentío descontento fluctúan entre el salario mínimo y algo por encima del ingreso mediano. Esta escala de ingreso traza diferencias importantes, pero más allá de las cifras y de los subgrupos que existen en su interior, ello no cuestiona el vigor de la gran frontera externa que los une: el sentimiento de frustración, injusticia y malestar con respecto al modelo neoliberal.

Este es, en resumen, el sujeto y las causas que conforman la base del descontento sobre el que emerge el estallido social, la marcha del 25-O de 2019 y el apoyo masivo al proceso constituyente en el plebiscito de octubre de 2020. Lo que el conjunto de estas clases popular-intermedias quieren son posibilidades de cumplir sus expectativas de movilidad social y bienestar. Ello se hace evidente si miramos los datos.

El informe del Latinobarómetro 2021 para América Latina ubica Chile, junto a Argentina, como el país de la región con mayor percepción de injusticia en la redistribución de la riqueza. Solo un 5 % de la población percibe como justa la redistribución existente ([Latinobarómetro](#), 2021, p. 45). Además, este año, el Latinobarómetro (2021, p. 46) midió también, por primera vez, la percepción de justicia que los ciudadanos tienen en el acceso a la salud, la educación y la justicia. Del total de 18 países estudiados, los ciudadanos chilenos son los que mayor injusticia perciben en el acceso a la educación (90 %), justicia (91 %) y salud (93 %). Asimismo, a la pregunta ¿hasta qué punto la seguridad social está garantizada en el país?, realizada en todos los países, Chile es el país con la más baja percepción de todos (20 %) ([Latinobarómetro](#), 2021, p. 61). El propio informe señala, literalmente: “el estallido social de 2019 en Chile, tenía buena parte de su fundamento en esta crítica”.

Al mismo tiempo, ante la pregunta ¿cuál considera Ud. que es el problema más importante en el país?, con respuesta abierta, recogida en el Informe Chile 2020, del Latinobarómetro, los ciudadanos ubican en primer lugar los problemas económicos (desempleo, pobreza, etc.), con un 31 %. Lejos, en segundo lugar se ubica la pandemia, con un 19 %, y la delincuencia, con un 13 %, en tercer lugar ([Latinobarómetro](#), 2020, p. 6).

Pero junto a ello, gran parte de estos sectores, especialmente las clases populares más bajas, no son necesariamente progresistas en ítems como los feminismos, la plurinacionalidad, las teorías de género, etc. Existen, también, varios indicadores que nos permiten fundamentar esta afirmación.

En un estudio del Centro de Estudios Públicos (CEP) de Chile, de noviembre de 2018, se pone de manifiesto que solo el 8,1 % de los hombres y el 6,6 % de las mujeres estaba a favor de cambiar la actual regulación que penaliza el aborto, a excepción de las tres causales fijadas en el artículo 119 del código sanitario, por una despenalización íntegra del mismo, tal como se apuntaba en el artículo 61 del proyecto de Constitución de 2022. Si se analizan estos datos en función del nivel socio-económico, la tasa de opiniones favorables a la despenalización total del aborto es del 12,5 % en el sector socioeconómico alto, pero de solo un 3,9 % en el bajo donde la percepción sobre el aborto es menos favorable. De hecho, del porcentaje de hombres y mujeres que declararon que el aborto debería estar prohibido en toda circunstancia, el 32,1 % pertenece al estrato socioeconómico bajo, superando la cifra de los opositores de nivel socioeconómico alto, que alcanza el 29,8 % (Palma, 2018).

A la vez, no cabe duda que los votantes del rechazo, entre los que se encuentran gran parte de los sectores populares, son muy distintos y tienen preferencias distintas en cuestiones diversas. Sin embargo, la encuesta “[Chile dice. Una radiografía de la sociedad chilena de cara a un nuevo proceso constitucional](#)” (2022, p. 27), publicada por el núcleo constitucional de la Universidad Alberto Hurtado y la consultora Critería, en octubre de 2022, manifiesta que los dos grandes temas que unifican de manera mayoritaria a todos ellos son: la oposición al Estado plurinacional y a la paridad de género en los cargos públicos, ambos aspectos reconocidos por el proyecto constitucional de 2022.

Entender lo anterior es fundamental para comprender lo que aquí llamamos la no correspondencia entre la agenda social y la agenda de la Convención Constitucional y los académicos presentes en ella.

4 La agenda de los convencionales y la academia: el proyecto de constitución de 2022

La existencia de un doble desajuste entre la agenda o preferencias sociales, que hemos explicado en el apartado anterior, y la agenda de los movimientos sociales y académicos presentes en la Convención acabó generando un proyecto constitucional percibido por la población como excesivamente progresista en la parte superficial del texto y excesivamente conservador en la estructura profunda de la Constitución. Esta visión del texto por parte de los ciudadanos es un factor más que permite entender su voto mayoritario en contra del proyecto. Detengámonos en ver cuál era esta agenda de los movimientos sociales y los académicos, por qué entran en choque con la agenda social y por qué genera un texto excesivamente progresista y conservador a la vez.

4.1 El desajuste entre la agenda de los movimientos sociales y la población

El nivel superficial del texto se refiere, hemos dicho, a la puesta en escena discursiva o retórica del redactado de la Constitución. Esto es, el discurso, prescriptivo o descriptivo, que conforma el redactado del texto. Al igual que ya había pasado en las asambleas constituyentes boliviana (2006-2009) y ecuatoriana (2007-2008), en Chile los convencionales que integraron la Convención no eran, en su mayoría, militantes de un único partido político clásico con un proyecto político-constitucional integral, sino la agregación de múltiples personas provenientes de diversas luchas ecologistas, feministas, indígenas, urbanas, antirracistas, LGTBIQ+ etc. que históricamente han sufrido represión o exclusión y que veían en la Constitución una oportunidad de visibilizar sus reivindicaciones como grupo. La mención explícita de cada uno de ellos y de sus derechos cumple aquí una función integradora. No cabe duda que la naturaleza del sujeto constituyente acaba determinando el contenido de la Constitución (Noguera, 2017).

Parte de las coaliciones presentadas a las elecciones constituyentes chilenas, como la de los Independientes por una Nueva Constitución, etc. eran candidaturas meramente instrumentales no programáticas o la suma de individualidades independientes y, por tanto, sin proyecto político definido. De los 155 miembros, 48 convencionales provenían de listas independientes a los partidos (31 %) y 40 más fueron elegidos en papeletas de partidos en los que no militaban, ascendiendo el porcentaje de independientes al 57 %. Así mismo, si incluimos en ese grupo los 17 escaños reservados para pueblos originarios con demandas parciales pero no integrales, el porcentaje de independiente se eleva al 67 % y el número de convencionales que militan en partidos políticos se reduce a solo 50.

Ello explica que, tal como sucedió en las recientes constituciones aprobadas en décadas recientes en América Latina, junto a la referencia a derechos sociales clásicos como la educación, la sanidad o la seguridad social, la carta de derechos del proyecto de Constitución chilena fuera un texto extenso y rico en referencias a nuevos derechos –derechos de la naturaleza (art. 103), derecho a la ciudad (art. 52), derecho a la conectividad digital y a un espacio digital libre de violencia (arts. 86 y 89), derecho a la vivienda (art. 51), reconocimiento del trabajo doméstico (art. 49), derecho al cuidado (50), derecho a una muerte digna (art. 68), etc.– y derechos de colectivos y grupos sociales históricamente desaventajados o excluidos –derechos de los pueblos y naciones indígenas (arts. 34, 65, 66, 79, 100, 102), derecho a la autodeterminación de género (arts. 64), derechos de las personas con discapacidad (art. 28), derechos de las personas neurodivergentes (art. 29), derechos del pueblo tribal afrodescendiente (art. 93), etc.–. Se trataba, en este sentido y sin duda, de la Constitución con mayores referencias a los llamados nuevos derechos de las redactadas hasta el momento.

La inclusión de todo este listado de derechos, el uso de un lenguaje inclusivo con expresiones como “mujeres, hombres, diversidades y disidencias sexuales y de género” cada vez que se refería a las personas; artículos como el 67.3 que afirmaban que “el Estado reconoce la espiritualidad como elemento esencial del ser humano”; o el 64.1, que fijaba el derecho de cada persona de autodeterminarse con respecto a sus características sexuales, identidad y expresiones de género, nombre y orientaciones sexoafectivas; el reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos, etc. fueron amplificadas y ridiculizadas por los medios de comunicación de la derecha, generando el primer choque entre la agenda de los movimientos sociales incluida en el proyecto y la de una parte importante de los sectores populares no necesariamente progresistas en varios de estos ítems y para quienes el texto era excesivamente progresista.

Pero a ello debemos sumar otro aspecto. Las constituciones de Bolivia y Ecuador acompañaron su listado de derechos de un sistema de garantías jurisdiccionales y políticas (Noguera, 2009), así como de una profunda

transformación del modelo económico de Estado (Morales, Serrano y Montero, 2008), que contribuyen a poder hacerlos efectivos. No obstante, la influencia de los juristas académicos con presencia en la Convención chilena provocó que esto no fuera así en este último caso. El proyecto constitucional de 2022 no dotaba a los derechos de garantías, ni imponía ninguna transformación real en el modelo económico neoliberal, lo que convertía los derechos sociales en meros injertos retóricos fallidos (Gargarella, 2013, pp. 37-58) en el interior de un modelo que se mantenía neoliberal. Este fue el segundo desajuste entre la propuesta de la Convención y las preferencias sociales, en este caso, por tratarse de un texto excesivamente conservador.

4.2 El desajuste entre la agenda de los académicos y la población

Como en todo proceso constituyente, también en Chile existen determinados círculos de académicos provenientes de las facultades de Derecho que jugaron, ya sea como convencionales elegidos o como asesores, un papel influyente.

Un seguimiento de las publicaciones científicas que en los años previos a la Convención se realizaron en el país sobre temas constitucionales, permite realizar un mapa de quienes fueron estos académicos. Según datos aportados por Claudio Fuentes (2021, p. 168), entre 2015 y 2020 se editaron 35 libros sobre la cuestión constituyente en Chile, la mayor parte de las cuales son compilaciones. Los autores con mayor número de participaciones en estas publicaciones, la mayoría juristas, son: Francisco Zúñiga (10), Jaime Bassa (7), Fernando Atria (6), Claudio Fuentes, José Francisco García, Pablo Ruiz-Tagle, Patricio Zapata (5), Arturo Fermandois, Francisco Soto, Miriam Henríquez (4), Domingo Lovera, Eric Palma, Gabriel Salazar, Lucas Sierra, Sebastián Soto, Constanza Salgado, Christian Viera (3) y Javier Wilenmann (2). Si tenemos en cuenta la participación de académicos como expositores en eventos públicos sobre la cuestión constitucional, durante el mismo periodo, los nombres son prácticamente los mismos.

Si bien, en la Convención constitucional, la derecha contó, en su corriente más conservadora, con el apoyo de profesores como Arturo Fermandois o Sebastián Soto⁶ y, en su corriente más liberal, con Lucas Sierra y José Francisco García, entre otros. Fueron el Partido Socialista (PS) y el Frente Amplio (FA), que conformaban los colectivos más grandes dentro de la Convención y eran actores centrales en los pactos que permitían la aprobación del articulado, quienes crearon equipos de asesores más amplios y con mayor grado de incidencia en la redacción de articulado de las comisiones.

El PS creó un equipo de asesores dirigido y coordinado por el profesor de Derecho Constitucional Francisco Zúñiga, militante y referente en temas constitucionales para este partido. En 2015 Zúñiga había presidido ya la Comisión de Constitución del comando de campaña de Michelle Bachelet y colaborado en la redacción del proyecto de Constitución que la presidenta Bachelet presentó al Congreso en 2018, antes de terminar su mandato, pero que nunca fue aprobado.

A la vez, el equipo técnico académico del FA estaba integrado tanto por algunos de los propios convencionales, como Jaime Bassa, Christian Viera⁷ o Fernando Atria, profesores de Derecho Constitucional los dos primeros y de Teoría del Derecho el tercero, así como por un equipo de contenidos integrado por asesores, articulados principalmente alrededor de Atria. Entre ellos estaban Constanza Salgado, Javier Wilenmann o Domingo Lovera.⁸ Todos estos académicos, tanto los del PS como los del FA, compartían el hecho, teóricamente

6 Soto fue integrante de la Secretaría Técnica de Participación Popular de la Convención, que seguía las directivas de la Comisión de Participación Popular. Además, participó como expositor invitado en la Comisión de Armonización. Tras el fracaso, en el plebiscito de septiembre de 2022, del proyecto de Constitución y la apertura de un nuevo proceso constituyente, regulado mediante Ley núm. 21533, de 17 de enero de 2023, que “modifica la Constitución con el objeto de establecer un procedimiento para la elaboración y aprobación de una nueva Constitución”, Soto fue designado por el Senado como miembro de la Comisión Experta del Proceso Constitucional, a propuesta del partido de derechas Evópoli, ocupando la vicepresidencia de la misma.

7 Bassa fue el primer vicepresidente de la Convención Constitucional de junio de 2021 a enero de 2022. Y Viera fue coordinador de la Comisión 6 (Sistema de Justicia, órganos autónomos de control y reforma constitucional).

8 A parte de colaborar con el equipo de asesores del Frente Amplio y de participar como expositor invitado en la Comisión de Derechos Fundamentales, donde abordó el derecho a reunión; tras la victoria del Rechazo en el plebiscito constitucional y la firma de un pacto entre el gobierno de Gabriel Boric y la derecha para abrir un nuevo proceso constitucional, Lovera fue nombrado por la Cámara de diputados a propuesta de Revolución Democrática, partido integrado dentro del Frente Amplio, como miembro de la Comisión Experta del Proceso Constitucional, uno de los tres órganos encargados de participar en la elaboración de una nueva Constitución.

hablando, de defender un proyecto de constitucionalismo débil antigarantista que, a través de su influencia política y técnica dentro de la Convención, lograron imponer en el proyecto finalmente aprobado.

4.2.1 Los académicos y la Constitución antigarantista

En el léxico jurídico-político, se ha denominado garantismo a aquel modelo de Derecho dirigido a la garantía de los derechos subjetivos por medio de la preeminencia del Poder Judicial y los jueces constitucionales por encima del legislativo. Como es conocido, uno de los máximos exponentes del constitucionalismo garantista ha sido, desde las décadas de 1980 y 1990, Luigi Ferrajoli. Este no presenta su teoría del garantismo, únicamente como un modelo normativo, sino también como un proyecto político (Ferrajoli, 2000, p. 176; 2004, p. 917; 2014, pp. 135-231; Carbonell, 2005, p. 189). Pues bien, la posición de los citados académicos chilenos que formaron parte del equipo de asesores del PS, así como de la bancada del FA o de su equipo de contenido, era abiertamente antigarantista, enfocando su crítica al garantismo desde varias perspectivas.

En un artículo escrito por el coordinador del equipo técnico del PS, Francisco Zúñiga, en octubre de 2015 (Zúñiga y Cárcamo, 2015, pp. 219-237), este diferencia entre lo que, tomando los conceptos de un texto de J.A. García Amado (2007, pp. 239-249), denomina “neoconstitucionalismo” y “constitucionalismo positivista”. Al neoconstitucionalismo, cuyo origen explica como una sobre-reacción del constitucionalismo europeo de la segunda posguerra mundial a la instrumentalización del positivismo legalista por parte del nazismo, lo define como “un entramado doctrinal que tiene como trasfondo político la creciente desconfianza frente al legislador parlamentario y la correlativa fe en virtudes taumatúrgicas de la judicatura”. Por el contrario, define al constitucionalismo positivista como aquel otro “entramado doctrinal que tiene un fundamento político, cual es la defensa de la prioridad del legislador democrático y, con ello, de la soberanía popular”.

Definidos ambos términos, Zúñiga lanza un duro ataque contra el neoconstitucionalismo y el activismo jurisprudencial asociado a este, que imperó en cortes constitucionales de países como Colombia durante la década de 1990 y parte de la del 2000 (Noguera, 2009a, pp. 129-161). Entre otras cosas, afirma:

El activismo judicial asociado al neoconstitucionalismo podrá ser de ‘derecha’ (complaciente con el poder) o de ‘izquierda’ (crítico del poder); pero da lo mismo: es una patología grave del sistema político democrático, en que los jueces sin legitimidad democrática (y sin responsabilidad política) sustituyen a los poderes democráticos, y al pueblo mismo.

Partiendo de la idea de que “entre el neoconstitucionalismo-activismo judicial y el sistema político democrático existe una relación inversa”, este autor defiende un modelo basado en la centralidad del legislativo y la ley como fuente del derecho, definiendo la Constitución no como la norma jurídica suprallegal y superior del ordenamiento, sino como “el conjunto de las normas que regulan las relaciones entre el Estado y los ciudadanos y que expresan los valores y principios que informan a todo el ordenamiento” entre las cuales las leyes deben tener un papel preponderante (Zúñiga y Cárcamo, 2015, p. 227 y 230).

Así mismo, en diciembre de 2019, Bassa y Viera, convencionales del FA con un peso importante en la Convención, coordinaron, junto a J.C. Ferrada, un libro, *La Constitución que queremos* (2019), donde trazan las líneas maestras de lo que debería ser la nueva Constitución. En él escriben junto a otros de los citados asesores. Entre ellos, Constanza Salgado, quien se incorporó a la Comisión 6 de Sistema de Justicia como asesora permanente del FA, y Domingo Lovera, quien también colaboró con el equipo de contenido del FA. Todos ellos formulan, desde distintas perspectivas, un proyecto ideológico constitucional abiertamente antigarantista.

Por un lado, Salgado (2019, pp. 221-222) escribía en su capítulo dedicado al derecho a la educación, que la idea de la “doctrina progresista” de mostrar que los derechos sociales tienen la misma importancia que los derechos civiles defendiendo su accionabilidad judicial es equivocada. “El énfasis en los derechos sociales como derechos exigibles ante los tribunales es equivocado” y debe rechazarse, señala, por dos razones.

La primera es que a pesar de que la pretensión de los que defienden la justiciabilidad de los derechos sociales es otorgar instrumentos para que los sectores más desaventajados puedan proteger sus derechos, existiría una evidente desconexión entre esta pretensión teórica y la práctica empírica. La realidad muestra, afirma, que la

justiciabilidad de los derechos solo termina favoreciendo a las clases medias y altas de la sociedad, pero no a las populares, quienes no tienen una cultura de exigencia de sus derechos a través de mecanismos judiciales.

Y, la segunda, es que el énfasis en la exigibilidad judicial de los derechos sociales es equivocado porque, según afirma, los derechos sociales apelan a exigencias de justicia distributiva no conmutativa o correctiva y, por tanto, el centro de su eficacia debe estar en el Parlamento, no en los tribunales. La dimensión verdaderamente social, esto es, la dimensión verdaderamente característica de los derechos sociales es, señala, la distributiva. Es decir, aquella dimensión, propia de la instancia parlamentaria, que nos obliga a pensar y debatir colectivamente como hemos de distribuir recursos escasos para satisfacer necesidades y proteger intereses que consideramos que forman parte esencial de nuestro bienestar como ciudadanos. Pero no la propia de los tribunales, que se enmarcaría, por el contrario, en una lógica que obedece a criterios de justicia conmutativa o correctiva, en la medida que razonan sobre la base de derechos subjetivos y resuelven demandas individuales.⁹ Los tribunales no serían, entonces, instituciones aptas para implementar una repartición verdaderamente igualitaria de bienes como la salud, la educación y otros que son objeto de derechos sociales, puesto que cuando un derecho social se exige ante un tribunal pierde su carácter social y se transforma en una demanda que, para ser conocida por la judicatura, debe ser presentada como una demanda individual.

Por esta razón, la garantía de los derechos sociales ha de solucionarse mediante la promulgación, en los parlamentos, de legislación que garantice el acceso universal a los derechos sociales. Así, los derechos sociales constituyen un criterio de distribución de los recursos disponibles (Atria, 2014, p. 56), pero no mediante sentencias judiciales, pensadas para la corrección de infracciones que afectan a casos individuales, mas no para la implementación del principio de justicia distributiva. Ello no significa, añade, que no deba haber espacio para la justicia administrativa, para el reclamo, por ejemplo, por la no entrega de prestaciones debidas, o por la infracción de derechos que las leyes reconocen una vez que se han creado instituciones que encarnan derechos sociales. En efecto, una vez que se ha establecido legalmente un sistema sanitario o educacional, es del todo necesario establecer el derecho a reclamar ante los tribunales en caso de infracción o de incumplimiento (Salgado, 2019, p. 222).

Por otro lado, Domingo Lovera, siguiendo la misma línea, en su capítulo “Derechos sociales en la nueva Constitución: el constitucionalismo transformador”, define este último como aquel “cuya comprensión de los derechos, antes que limitar al Estado, busca habilitarlo para que actúe, es decir, para que el legislador determine y configure un marco jurídico que los reconozca (a los intereses que la comunidad política considera valiosos) como derechos”. El constitucionalismo transformador, señala, “no equivale, como suele afirmarse desinformadamente en el escenario nacional, a la definición total de una nueva sociedad”. “Antes que ofrecer una suerte de anteproyecto acabado para la transformación o de delinear procesos específicos para alcanzarla, lo que este constitucionalismo hace es establecer un conjunto de derechos, instituciones y principios que guían el cambio social. Aspiraciones orientadas a desafiar prácticas arraigadas de exclusión sin prescribir una visión comprensiva de lo que es una sociedad justa” (Lovera, 2019, pp. 124-125).

Junto a Salgado y Lovera, el libro de Bassa, Ferrada y Viera incorpora otro capítulo de Enzo Solari, jurista de la Universidad Católica de Valparaíso, quien, si bien no formó parte formalmente del equipo ni del PS ni del FA, ubicamos dentro del mismo círculo de académicos progresistas.¹⁰ Se trata de un capítulo titulado “Un constitucionalismo débil para Chile”, que va en la misma dirección que el resto de textos del libro. En él se reproduce la clásica crítica de las teorías de la objeción contramayoritaria contra el control judicial de constitucionalidad (Lambert, 1921; Bickel, 1962; Waldron, 1999 y 2006; Lenta, 2004). En contraposición a la concepción sustantivista de la democracia defendida por Ferrajoli, Solari parte de una concepción procedimentalista de la misma defendida por autores como Hampshire (1989), Walzer (1981) o Waldron (1999).

⁹ Los planteamientos de Salgado son similares a los planteados, previamente, por Fernando Atria (2016, pp. 189-216 y 269-271).

¹⁰ El capítulo de Solari que aquí referimos aparece como parte del documento “Lineamientos y propuestas para una nueva Constitución”, firmado por 12 centros de estudio del país y entregado a los convencionales para que fuera considerado en la elaboración de la Constitución. El documento fue recogido y adoptado como insumo por la propia Convención Constitucional que lo publicó en su web.

Ferrajoli diría que lo que determina que una decisión sea democrática o no, no es el procedimiento, sino el resultado. Que la mayoría de la población, por el procedimiento parlamentario legítimo, decida vulnerar derechos a la minoría no es democrático. Los derechos son esferas de lo “no decidible”, diría Ferrajoli (Ruiz Miguel, 2013, p. 211). En cambio, Solari (2019, p. 363) afirma lo contrario. El procedimiento de decisión parlamentario democrático no garantiza la justicia sustantiva de los resultados decididos, sin embargo, presupone la legitimidad del propio procedimiento, que en realidad se justifica en último término como manifestación del derecho a una igual autonomía de todos los ciudadanos para decidir sobre los asuntos colectivos. Y ello justifica que la voluntad democrática parlamentaria deba imponerse sobre la voluntad de jueces no electos sin legitimidad democrática.

En este sentido, y de acuerdo con este planteamiento, Solari plantea como propuesta la institucionalización de un control de constitucionalidad “deferente” y “débil”, para desencadenar el país de lo que llama un Tribunal Constitucional competencialmente hipertrofiado, capturado por operadores políticos y caracterizado por un nivel de argumentación precario.

Deferente quiere decir basado en el principio *in dubio pro legislatore* y donde la carga de la prueba corresponde sobre el que alega la inconstitucionalidad de la norma. Fundamentándose en la propuesta que James B. Thayer elaboró a finales del siglo XIX, Solari defiende la doctrina según la cual conviene contar con una presunción de constitucionalidad en favor de los actos legislativos y administrativos, en el sentido de que la declaración de inconstitucionalidad se considera como una especie de “categoría sospechosa” que requiere de una argumentación fundada en razones notorias e incontrarrestables de la irracionalidad de la norma revisada. Citando a Thayer (2013, p. 119), Solari afirma: “los tribunales nunca deberían poder declarar la nulidad de una ley a menos que la nulidad y la invalidez se demuestren más allá de una duda razonable” (2019, p. 368).

Y *débil*, en el sentido de los llamados modelos de *weak-form judicial review*, imperantes en el Reino Unido, Canadá y Nueva Zelanda. A diferencia de los modelos de *strong-form judicial review* en que las decisiones del Tribunal Constitucional son de obligado acatamiento por el resto de poderes,¹¹ en el primer modelo la revisión constitucional se basa en un diálogo interorgánico¹² entre jueces y legislador, donde los jueces mantienen cierto control de constitucionalidad protector de los derechos pero reservando la última palabra institucionalmente hablando al Parlamento, que será el que decidirá, en última instancia, si asume la invalidación, la incompatibilidad o la interpretación alternativa del juez.

La participación, directa o indirecta, de tales académicos del PS y del FA en la Convención y en el proceso de redacción del proyecto de Constitución provocó que sus planteamientos, contrarios al garantismo, acabaran moldeando el contenido del proyecto en un sentido abiertamente antigarantista. La preeminencia de un modelo de constitucionalismo débil antigarantista se manifestó en el texto de tres maneras: 1) el no reconocimiento de la aplicabilidad directa de los derechos y el abandono de su eficacia a la voluntad del legislador; 2) el establecimiento de un control constitucional deferente, y 3) el vaciamiento de la justicia constitucional por vía del no reconocimiento del recurso de amparo ni del control abstracto de inconstitucionalidad.

1) El no reconocimiento de la aplicabilidad directa de los derechos y el abandono de su eficacia a la voluntad del legislador

La ampliación del principio de aplicabilidad directa de los derechos, no solo a los derechos civiles y políticos sino también a los sociales, fue una de las novedades introducidas por las constituciones aprobadas en las últimas décadas en la región andina conformadoras del llamado nuevo constitucionalismo latinoamericano. Este es un principio destinado a garantizar que todos los derechos que aparecen en la Constitución, independientemente de si han sido desarrollados legislativamente o no, sean directa e inmediata exigibles ante los tribunales que deben garantizar su eficacia. Su objetivo es evitar que la falta de desarrollo legislativo de los derechos no menoscabe el ejercicio de los mismos. Lo contrario de los derechos directamente aplicables son los derechos de libre configuración legislativa, esto es, que su realización depende de lo que el legislador de turno decida hacer o no con ellos, sin que puedan imponérsele mayores límites o vínculos al respecto.

11 Sobre la diferenciación entre *strong-form judicial review* y *weak-form judicial review*, ver Tushnet (2003, pp. 353-379).

12 Para una teorización del llamado diálogo interorgánico, puede verse Zurn (2007).

En el caso del proyecto chileno, si bien incorpora, como hemos señalado, un amplio listado de derechos (del artículo 17 al 113), no incluye la aplicabilidad directa de los mismos. La no inclusión de este principio no fue un olvido, sino una opción deliberadamente prevista y acorde con la idea de que es en el Parlamento, mediante la legislación, y no en los tribunales donde deben garantizarse los derechos.

En este sentido, tras listar los derechos y al final del texto, el proyecto constitucional establece un largo capítulo con 57 disposiciones transitorias, entre las que se establecen los plazos para la presentación de proyectos de ley por parte del presidente de la República y para la aprobación de la ley en el legislativo. Pero, mientras no se dictaran estas leyes, la cual cosa no hubiera resultado fácil teniendo en cuenta la composición de mayorías y minorías en las cámaras, donde la capacidad de bloqueo de la derecha hubiera imposibilitado el cumplimiento de los plazos fijados, la disposición transitoria segunda establecía que “toda la normativa vigente seguirá en vigor mientras no sea derogada, modificada o sustituida, o bien, mientras no sea declarada contraria a la Constitución por la Corte Constitucional de acuerdo con el procedimiento establecido en esta Constitución”. De acuerdo con ello, la entrada en vigor de la Constitución no hubiera implicado, de manera inmediata, ningún cambio con respecto al régimen anterior en lo referido a los derechos y su legislación que se hubiera mantenido vigente e intacta.

2) El establecimiento de un control constitucional deferente

En sintonía con el planteamiento de primacía de la soberanía parlamentaria por encima de la voluntad de los jueces, el proyecto constitucional incorporaba también, explícitamente, el antes referido principio de *in dubio pro legislatore* y según el cual debe partirse siempre de una presunción de constitucionalidad en favor de los actos legislativos y administrativos. De manera que la declaración de inconstitucionalidad por parte de los tribunales debe quedar restringida a casos donde la nulidad y la invalidez se demuestren más allá de una duda razonable.

Dentro del capítulo X (Órganos autónomos constitucionales), la sección dedicada a la Corte Constitucional se inicia, con el artículo 377, señalando:

La Corte Constitucional es un órgano encargado de ejercer la justicia constitucional para garantizar la supremacía de la Constitución, de acuerdo con los principios de deferencia al órgano legislativo, presunción de constitucionalidad de la ley y búsqueda de una interpretación conforme con la Constitución. Sus resoluciones se fundan únicamente en razones de derecho.

Además, el artículo 382.2 añade: “La Corte Constitucional solo podrá acoger la inconstitucionalidad o la inaplicabilidad de un precepto cuando no sea posible interpretarlo de modo de evitar efectos inconstitucionales”.

3) El vaciamiento de la justicia constitucional por vía del no reconocimiento del recurso de amparo ni del control abstracto y directo de inconstitucionalidad

Siguiendo con la misma lógica señalada hasta aquí según la cual el espacio de garantía de los derechos no son los tribunales sino el legislativo, el proyecto constitucional tampoco reconocía el recurso de amparo para la protección de los derechos fundamentales, cuya protección se limitaba a la posibilidad de acudir mediante un recurso preferente y sumario a la justicia ordinaria. Ni el control abstracto y directo de constitucionalidad. Vaciano, de esta manera, al Tribunal Constitucional de sus funciones y reduciéndolo a poco más que una instancia de resolución de conflictos entre poderes y órganos constitucionales.

El capítulo II del proyecto se titulaba “Derechos fundamentales y garantías” y se dividía internamente en tres apartados: un primero donde se recoge el listado de derechos; un segundo sobre nacionalidad y ciudadanía; y un tercero llamado “Acciones constitucionales” donde se incluían las garantías de los derechos.

Entre estas garantías no existe el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, solo se contempla la opción de llevar a cabo reclamos ante la justicia ordinaria por la infracción de los derechos que las leyes regulen. El apartado 1 del artículo 119 señala:

Toda persona que, por causa de un acto o una omisión, sufra una amenaza, perturbación o privación en el legítimo ejercicio de sus derechos fundamentales, podrá concurrir por sí o por cualquiera en su nombre ante el tribunal de instancia que determine la ley.

El apartado 5 dice “no podrá deducirse esta acción contra resoluciones judiciales”. Y el apartado 6 concluye: “La apelación en contra de la sentencia definitiva será conocida por la corte de apelaciones respectiva”. Se trata de una acción preferente y sumaria que solo será procedente, dice el texto, cuando la persona afectada no disponga de otra acción, recurso o medio procesal para reclamar de su derecho.

Tampoco se reconocía en el texto el control abstracto directo de constitucionalidad operado, tradicionalmente, a través del recurso de inconstitucionalidad, figura que no existe en el proyecto chileno. El artículo 381 establecía las atribuciones de la Corte Constitucional, otorgándole la resolución de dos tipos de acciones: cuestiones de inaplicabilidad y declaraciones de inconstitucionalidad a raíz de las primeras. En ningún caso, no puede haber declaración de inconstitucionalidad de un precepto por parte de la Corte Constitucional si previamente no existe una o más sentencias, en el marco de procedimientos ordinarios, donde se haya procedido a la inaplicabilidad del mismo, con lo cual el control es siempre concreto e indirecto.

A parte de estas, se atribuyen a la Corte Constitucional funciones de resolución de conflictos entre poderes y órganos constitucionales.

En resumen, el antigarantismo constitucional del proyecto chileno no fue un descuido ocasionado por las prisas, sino una opción político-ideológica promovida por determinados académicos presentes en la redacción, que introdujeron sus planteamientos teóricos en el texto, sin tener en cuenta los efectos que ello pudiera tener en la realidad material del país. En la práctica, este modelo implicaba que la nueva Constitución no fuera capaz de generar ninguna ruptura con el régimen neoliberal vigente y, por tanto, de cumplir con las demandas sociales que llevaron al estallido social de 2019. Esto genera el segundo choque o desajuste entre la agenda social y la agenda de la Convención plasmada en el proyecto constitucional final.

4.2.2 ¿Por qué el proyecto constitucional chileno no cambiaba el modelo neoliberal?

Si bien hay que entender que este modelo antigarantista nace de una motivación democratizadora y bienintencionada, en tanto que trata de impedir que el Tribunal Constitucional chileno, caracterizado por una trayectoria conservadora, pueda bloquear e imponer su voluntad sobre cambios legislativos dictados en un sentido progresista, en realidad, es una propuesta que, en lo teórico, parte de una visión liberal-individualista e idealista de la realidad que no entiende la complejidad del Estado. Y, en la práctica, convierte los derechos constitucionales en mero papel mojado y desactiva la capacidad del proyecto para transformar el modelo neoliberal precedente.

Empecemos por lo teórico. Si nos fijamos en los dos argumentos de Salgado, antes señalados, para fundamentar tal propuesta, podemos ver que se fundamentan en una visión liberal-individualista e idealista de la realidad que no entiende la complejidad ni de la sociedad ni del Estado.

Por un lado, afirmar que la posibilidad de justiciabilidad de los derechos solo favorece a las clases medias y altas, pero no a las populares porque no tienen cultura de exigencia de derechos a través de mecanismos judiciales, es continuar percibiendo las relaciones sociales a partir de la obsoleta idea atomista y civilista clásica del “hombre contra hombre” e ignorar la realidad de las múltiples formas de organización de lo colectivo que existen en el presente. La idea atomista y civilista clásica del derecho como mera “relación intersubjetiva”, propia del siglo XIX, percibe los individuos como un conjunto de piezas autónomas y aisladas individuales donde el hecho de que un pobre nunca se encuentre en una situación de plena igualdad de recursos con un poderoso le impide disputar jurisdiccionalmente sus derechos, de manera que acaba abandonando esta vía y perdiendo la cultura de la litigación. Sin embargo, la manera que los sectores populares tienen, desde hace décadas, para satisfacer sus intereses no es la vía individual del “hombre contra hombre”, sino optar por su conformación en sujetos colectivos, por la vía de la organización comunitaria o de lo que G. Cotturri llamó el “hombre más hombre”, que es la que les permite situarse colectivamente en condiciones de igualdad para enfrentar jurídicamente a los poderosos, lo que implica cambios en los sujetos o partes litigantes de referencia (Barcellona y Cotturri, 2009, p. 148).

La combinación entre organización popular colectiva y posibilidad de exigibilidad jurisdiccional de los derechos ha permitido, en muchos países, conseguir importantes avances de derechos por la vía de los tribunales. Son varios los autores (De la Torre Rangel, 2006, pp. 99-129; De Sousa Santos, 2009, pp. 542-612) que a pesar de reconocer el carácter siempre hegemónico del derecho en tanto que este consiste, precisamente, en la realización de la justicia dentro del orden político-social, es decir dentro de la estructura de dominación y en función suya, no por ello niegan la posibilidad de poder, en ocasiones, utilizarlo en un sentido contrahegemónico. Podemos diferenciar distintos usos contrahegemónicos del derecho en función de quien lo ejerza: el positivismo de combate (Rosa de Andrade, 1998, pp. 46-48) ejercido por los abogados, organizaciones sociales o ciudadanos; la jurisprudencia de insurgencia (Tigar y Levy, 1978) o uso alternativo del Derecho (Barcellona y Cotturri, 2009) ejercido por los jueces.

Y por otro lado, creer que las legislaturas estatales tienen siempre una vocación democratizadora y un compromiso con los derechos, mientras la jurisdicción manifiesta siempre un nulo compromiso con la idea de derechos y el principios de igualdad, es: a) tener una visión ideal de los parlamentos según la cual estos serían, por naturaleza, un espacio distributivos de igualdad, y b) una visión ahistórica ajena a la complejidad del fenómeno estatal y a la materialidad histórico-concreta de las luchas.

Los espacios desde los que las clases populares han llevado a cabo procesos de democratización y ampliación de derechos son siempre cambiantes en función del momento histórico. Estos transitan entre el espacio político-institucional (el Legislativo y el Ejecutivo), el jurisdiccional y el social. La articulación entre estos espacios es cambiante en función de las fuerzas sociales que emergen en cada momento y cómo estas se relacionan con los espacios institucionales. La relación entre legislación, jurisdicción y ciudadanía se reordena históricamente.

Así, por ejemplo, si bien durante parte del siglo xx, la reivindicación, lucha y ampliación de los derechos de ciudadanía estuvo estrechamente ligado a la actividad de las formas organizativas del Trabajo (sindicatos y partidos) en el ámbito político-institucional del Legislativo y el Ejecutivo. Lo político era el campo de conquista y defensa de los derechos. En la medida que, en muchos países, los partidos políticos se convirtieron en meras maquinarias electorales sin identificación de clase que cuando gobiernan devienen en meros administradores de reformas estatales neoliberales de carácter internacional, estos ya no son estructuras generadoras de derechos sino de desmantelamiento de derechos y creación de desigualdad y exclusión. En estos supuestos, el espacio donde la conciencia colectiva ubica la posibilidad de hacer efectivos la democracia y los derechos dejó de ubicarse en lo político para desplazarse hacia lo jurisdiccional. Esto es, los tribunales a través de sentencias que protejan los derechos constitucionales de los ciudadanos frente a la ley (Rodotà, 2014, pp. 63-69). Lo jurisdiccional se conformó en el único campo desde el que oponerse a unos poderes que ya no encarnan ninguna lógica democrática. Ello ha alterado, en muchos sitios, la relación entre legislación, jurisdicción y ciudadanía produciéndose una reordenación de funciones entre ellos que ha llevado a los jueces a tener que asumir la función representativa de los ciudadanos a pesar de que su legitimidad no deriva directamente de una investidura procedente de la soberanía popular. Se trata de lo que Maurizio Fioravanti (2009, p. 32) llamó un “proceso de disociación entre política y Constitución” que convierte esta última cada vez menos en el resultado de la acción política y más en el de la acción jurisdiccional.

Con ello no quiero decir que eso sea siempre así. Simplemente, afirmo que es absurdo partir de abstracciones ideales ahistóricas según las cuales la redistribución y el principio de igualdad provendrían solamente del Legislativo y no de la Judicatura, o a la inversa. Al igual que la sociedad civil, el Estado es también un espacio atravesado por la lucha de clases donde su compleja organización institucional hace que el centro de poder desde el que una clase lanza sus ataques contra la otra sea cambiante en función de la coyuntura política. Así como las mayorías parlamentarias son coyunturales, las mayorías ideológicas en los altos tribunales y de relación de conflicto o subordinación al poder político también. Creer que el Legislativo es siempre democratizador y la Judicatura, regresiva, es no comprender la complejidad del fenómeno estatal como espacio atravesado por múltiples correlaciones de fuerzas en transformación continua y donde se condensan materialmente un cúmulo de relaciones, articulaciones y luchas sociales contradictorias y cambiantes entre sí.

Pero es que, además, esta visión tampoco tiene ningún sentido si bajamos a lo histórico-concreto de la realidad política chilena en el marco de la cual se instituye esta propuesta.

El día 21 de noviembre de 2021, coincidiendo todavía en pleno periodo de trabajo de la Convención, se celebraron elecciones presidenciales y legislativas. En las legislativas, celebradas el mismo día de la primera vuelta de las presidenciales, la coalición con más votos, en ambas cámaras, fue la derecha Chile Podemos Más, seguida del Nuevo Pacto Social, coalición integrada por partidos de la vieja Concertación. Estos resultados mostraban un Poder Legislativo nada proclive a apoyar transformaciones progresistas de calado.

En este contexto, la suma de la no aplicabilidad directa de los derechos constitucionales reconocidos y delegación de su eficacia y garantía a un supuesto futuro desarrollo normativo por parte de un legislativo sin mayorías progresistas claras, con: a) la no existencia de cláusula derogatoria y el principio de conservación de las leyes, y b) el mantenimiento de la vieja superestructura estatal; desactivó cualquier potencial transformador del proyecto de Constitución y dificultó enormemente cualquier tipo de ruptura con el viejo neoliberalismo.

A diferencia del resto de constituciones donde se incluye una cláusula derogatoria, esta no aplica en el caso del proyecto chileno que establece la continuidad de toda la legislación anterior. Todo proceso constituyente, también el chileno, surge para llevar a cabo una ruptura del *continuum* temporal, un punto cero del tiempo social que ponga fin al pasado. Además, parece difícil poder defender la supremacía constitucional y la fuerza normativa de la nueva Constitución si esta no pudiera imponerse sobre las normas preconstitucionales que la contradicen. Precisamente por todo esto, es usual en los textos constitucionales la incorporación de la denominada cláusula derogatoria. Mediante ella se manifiesta la preeminencia del texto constitucional sobre las leyes previas que entran en contradicción con ella, quedando éstas últimas, automáticamente, derogadas. Incluso, en el caso de aquellas constituciones que no contengan ninguna disposición derogatoria expresa, autores como Manuel Aragón (1981, pp. 185-205) han sostenido que la derogación del derecho anterior que se le opone viene impuesta, automáticamente, por la fuerza normativa del texto fundamental.

No obstante, el proyecto constitucional chileno optó, al contrario, por constitucionalizar el principio de conservación de las leyes. No solo no incluyó la cláusula derogatoria en su redactado sino que estableció, explícitamente, en su disposición transitoria segunda: “Toda normativa vigente seguirá en vigor mientras no sea derogada, modificada o sustituida, o bien, mientras no sea declarada contraria a la Constitución por la Corte Constitucional de acuerdo con el procedimiento establecido en esta Constitución”.

A la vez, se establece también que el desarrollo de la nueva legislación que sustituya la anterior debe realizarse dentro del viejo marco institucional preconstitucional, con el procedimiento legislativo preconstitucional y con las mayorías preconstitucionales en los órganos. De acuerdo con lo establecido en la Ley 21200 de reforma constitucional, el artículo decimocuarto transitorio del proyecto mantenía en vigencia el Poder Ejecutivo y Legislativo, elegido con anterioridad a la, en su caso, aprobación de la Constitución, y retrasaba la entrada en vigor del nuevo texto en esta parte, hasta el 2026. Los gobernadores regionales y los consejeros regionales también se mantenían hasta 2025.

Así mismo, el artículo octavo transitorio mantenía en vigencia el viejo procedimiento legislativo preconstitucional hasta el 11 de marzo de 2026. Un procedimiento caracterizado por la exigencia de mayorías calificadas y, tradicionalmente, denunciado por la izquierda como uno de los enclaves antidemocráticos de la vieja Constitución (Atria, Salgado y Wilenmann, 2017; Atria, 2015). También se mantienen en todos sus cargos todas las autoridades de los órganos autónomos y tribunales especiales (artículo cuarto transitorio) designados por el anterior gobierno de derechas.

En resumen, el retraso de la entrada en vigor parcial de la Constitución, el mantenimiento de la vieja superestructura estatal hasta 2025 o 2026 y la permanencia de toda la legislación neoliberal preconstitucional hasta que no existiese de nueva aprobada por un Legislativo que difícilmente lo hubiera podido hacer debido a la capacidad de bloqueo de la derecha en su interior, tiene dos consecuencias importantes con respecto a lo que aquí nos referimos: en primer lugar, relativiza la idea de ruptura inherente, desde sus orígenes, a la noción de Poder Constituyente. Y, en segundo lugar, desactivaba cualquier posibilidad del entonces recién elegido gobierno progresista de Gabriel Boric, de llevar a cabo ningún tipo de despliegue transformador de la Constitución de 2022 que pudiese tocar algún privilegio a los sectores político-económicos dominantes.

El proyecto no presentaba ninguna opción de derogar, en el corto plazo, las leyes neoliberales preconstitucionales. Ni siquiera por la vía del artículo 158, que permitía a un grupo de personas, equivalente

al 5 % del último padrón electoral, poder presentar una iniciativa de derogación total o parcial de una o más leyes “promulgadas bajo la vigencia de esta Constitución” para que sea votada mediante referéndum nacional. Con lo cual se excluyen también las viejas leyes preconstitucionales.

Todo lo anterior, sin duda, frustró gran parte de las esperanzas de cambio que la población había depositado en la Convención desde sus inicios, dando lugar a lo que hemos llamado el segundo desajuste entre la agenda social y el proyecto de Constitución aprobado, considerado en este aspecto excesivamente conservador.

5 Conclusiones

Hasta aquí, la hipótesis que desarrolla este artículo es que una de las causas que motivaron la victoria del rechazo en el plebiscito de septiembre de 2022 fue lo que ha llamado un doble desajuste entre la agenda social y la agenda de la Convención.

Como punto de partida, se ha analizado como lo que quería el conjunto de clases popular-intermedias que abrieron, en 2019, el proceso constituyente, eran trabajos estables y bien remunerados, servicios públicos y derechos sociales de calidad, nuevas políticas sociales redistributivas y equitativas, posibilidades reales de cumplir sus expectativas de movilidad social y bienestar, etc. Pero junto a ello, gran parte de estos sectores no son necesariamente progresistas en varios ítems como pueden ser el feminismo, las teorías de género, los discursos LGTBIQ+, la plurinacionalidad, etc.

En este contexto, el proyecto de Constitución aprobado por la Convención constitucional y sometido a plebiscito, se caracterizó:

Por un lado, por constitucionalizar en el nivel superficial del texto un amplio listado de derechos y referencias vinculados a las reivindicaciones de los nuevos sujetos y movimientos sociales surgidos a raíz de los complejos procesos de diferenciación colectiva por razones diversas (de género, de orientación e identidad sexual, etnias, indígenas, etc.) acontecidos en nuestras sociedades, durante las últimas décadas, y de los que surgen nuevas y plurales identidades y demandas legítimas y justas. El hecho de que una parte importante de los sectores populares no sean necesariamente progresistas en estos ítems fue aprovechado por la derecha para ridiculizar, en redes y medios de comunicación, esta parte del texto, favoreciendo la creación de un primer desajuste entre la agenda o aspiraciones sociales y la agenda o texto finalmente aprobado por la Convención. Este es un desajuste que viene dado por el carácter profundamente progresista de la Constitución.

Y, por otro lado, por no constitucionalizar en el nivel de la estructura profunda de la Constitución, una ruptura con el modelo neoliberal imperante. La suma de la no aplicabilidad directa de los derechos sociales reconocidos y delegación de su eficacia y garantía a un supuesto futuro desarrollo normativo por parte de un legislativo sin mayorías progresistas claras, con: a) la no existencia de cláusula derogatoria y el principio de conservación de las leyes y b) el mantenimiento de la vieja superestructura estatal; desactivaban cualquier potencial transformador del proyecto de Constitución. Ello generó un segundo desajuste entre la agenda o aspiraciones sociales y la agenda o texto finalmente aprobado por la Convención. En este caso, por tratarse de un texto excesivamente conservador.

Este doble desajuste entre la agenda social y la agenda de la Convención fue uno de los diferentes motivos que condujo a la victoria del rechazo del proyecto de 2022, a pesar de mantenerse intacta, en la mayoría de la sociedad chilena, la voluntad de aprobación de una nueva Constitución que superase el texto pinochetista.

6 Referencias

- Aragón, Manuel. (1981). La sentencia del Tribunal Constitucional sobre leyes relativas al régimen local, anteriores a la Constitución. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1, 185-206.
- Atria, Fernando. (2014). *Derechos sociales y educación: un nuevo paradigma de lo público*. LOM.
- Atria, Fernando. (2015). *La Constitución tramposa*. LOM.

- Atria, Fernando. (2016). *La forma del derecho*. Marcial Pons.
- Atria, Fernando, Salgado, Constanza, y Wilenmann, Javier. (2017). *Democracia y neutralización. Origen, desarrollo y solución de la crisis constitucional*. LOM.
- Aurenque, Diana. (2022, 5 de septiembre). En Chile fracasó el maximalismo progresista. *El País*.
- Barcellona, Pietro, y Cotturri, Giuseppe. (2009). *El Estado y los juristas*. Ediciones Coyoacán.
- Bassa, Jaime, Ferrada, Juan Carlos, y Viera, Christian (eds.). (2019). *La Constitución que queremos. Propuestas para un momento de crisis constituyente*. LOM.
- Bickel, Alexander M. (1962). *The least dangerous branch: The Supreme Court at the bar of politics*. Yale University Press.
- Carbonell, Miguel. (2005). La garantía de los derechos sociales en la teoría de Luigi Ferrajoli. En Miguel Carbonell (ed.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli* (pp. 171-210). Trotta.
- Centro de Estudios Públicos. (2022). [Encuesta CEP 88](#). CEP.
- De la Torre Rangel, Jesús Antonio. (2006). *El derecho como arma de liberación en América Latina. Sociología jurídica y uso alternativo del derecho*. CENEJUS/Facultad de Derecho de la UASLP.
- De Sousa Santos, Boaventura. (2009). *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*. Trotta.
- Farías Antognini, Ana. (2019). *Políticas sociales en Chile. Trayectoria de inequidades y desigualdades en distribución de bienes y servicios*. Universidad Alberto Hurtado.
- Ferrajoli, Luigi. (2000). *El garantismo y la filosofía del derecho*. Universidad Externado de Colombia.
- Ferrajoli, Luigi. (2004). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Trotta.
- Ferrajoli, Luigi. (2014). *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*. Trotta.
- Fioravanti, Maurizio. (2009). Per una storia della legge fondamentale in Italia: dallo Statuto alla Costituzione. En Maurizio Fioravanti (ed.), *Il valore della Costituzione. L'esperienza della democrazia repubblicana* (pp. 3-40). Laterza.
- Foxley, Alejandro. (1982). *Experimentos neoliberales en América Latina*. [Colección Estudios Cieplan, 7].
- Franco, Rolando, León, Arturo, y Atria, Raúl. (2007). *Estratificación y movilidad social en América Latina*. LOM.
- French-Davies, Ricardo. (2008). *Entre el neoliberalismo y el crecimiento con equidad. Tres décadas de política económica en Chile*. CEPAL, LOM.
- Fuentes, Claudio. (2021). *La transición inacabada. El proceso político chileno 1990-2020*. Catalonia.
- García Amado, Juan Antonio. (2007). Derechos y pretextos. En Miguel Carbonell (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo* (pp. 237-264). Trotta-IIIJ/UNAM.
- Gargarella, Roberto. (2013). Injertar derechos sociales en Constituciones hostiles a ellos. *Papeles de Relaciones Ecosociales y Cambio Global*, 122, 37-57.
- Haindl, Erik. (2007). *Chile y su desarrollo económico en el siglo XX*. Andrés Bello.
- Hampshire, Stuart. (1989). *Innocence and Experience*. Harvard University Press.

- Hayon, Alejandra. (2022, 6 de septiembre). Chile: la Constitución más progresista de la región que no fue y la victoria del Rechazo. *Página 12*.
- Heller, Hermann. (1942). *Teoría del Estado*. Fondo de Cultura Económica de España.
- Lambert, Edouard. (1921). *Le gouvernement des juges*. L.G.D.J.
- Latinobarómetro. (2020). [Informe Chile](#). PNUD.
- Latinobarómetro. (2021). [Informe América Latina](#). PNUD.
- Lenta, Patrick. (2004). Democracy, rights disagreements and judicial review. *South African Journal on Human Rights*, 20(1), 1-31. <https://doi.org/10.1080/19962126.2004.11864807>
- Loewenstein, Karl. (1986). *Teoría de la Constitución*. Ariel.
- Martuccelli, Danilo. (2021). *El estallido social en clave latinoamericana*. LOM.
- Mesa Lago, Carmelo. (2000). Desarrollo social, reforma del Estado y de la seguridad social, al umbral del siglo XXI. *Serie Políticas Sociales*, 36, CEPAL.
- Morales, Teresa, Serrano, Alfredo, y Montero, Alberto. (2008). *Organización económica del estado en la nueva constitución política del Estado*. Enlace.
- Noguera, Albert. (2009a). El constitucionalismo de los derechos: apuntes sobre la nueva Constitución ecuatoriana de 2008. *Revista Vasca de Administración Pública*, 83, 117-148.
- Noguera, Albert. (2009b). ¿Independencia o control? Los derechos sociales y los esfuerzos del ejecutivo por el control de la corte constitucional en Colombia. *Revista de Estudios Políticos*, 143, 129-161.
- Noguera, Albert. (2017). *El sujeto constituyente. Entre lo viejo y lo nuevo*. Trotta.
- Noguera, Albert. (2022). ¿Qué ha pasado en Chile? Lecciones de un proceso constituyente fallido. *Boletín del Grupo de Trabajo Crítica jurídica y conflictos sociopolíticos*, 14. CLACSO.
- Palma, Tamy. (2018, 8 de diciembre). Encuesta CEP: solo 6% de las mujeres apoya el aborto sin restricciones. *La Tercera*.
- Pérez, Marta. (2022, 10 de septiembre). Chile: ¿un país demasiado conservador para una Constitución progresista? *Ara*.
- Rodotà, Stefano. (2014). *El derecho a tener derechos*. Trotta.
- Rosa De Andrade, Lédio. (1998). *O que é direito alternativo?*. Obra Jurídica.
- Ruiz Miguel, Alfonso. (2013). Ferrajoli y la democracia. *Anuario de Filosofía del Derecho*, 29, 193-213.
- Sanza, Alba. (2022, 5 de septiembre). [Chile rechaza la Constitución más progresista del mundo](#). *Atalayar*.
- Thayer, James. (2013). Origen y alcance de la doctrina estadounidense del derecho constitucional. *Contextos*, 6.
- Tigar, Michael E., y Levy, Madeleine R. (1978). *El Derecho y el ascenso del Capitalismo*. Siglo XXI.
- Torche, Aristides. (2000). Pobreza, necesidades básicas y desigualdad. En Felipe Larraín y Rodrigo Vergara (ed.), *La transformación económica de Chile* (pp. 544-603). Centro de Estudios Políticos.
- Tuori, Kaarlo. (1998). *Positivismos crítico y derecho moderno*. Fontamara.
- Tushnet, Mark. (2003). Forms of judicial review as expressions of constitutional patriotism. *Law and Philosophy*, 22(3-4), 353-379.

Waldron, Jeremy. (1999). *Law and disagreement*. Clarendon Press.

Waldron, Jeremy. (2006). The core of the case against judicial review. *The Yale Law Journal*, 115(6), 1346-1406.

UAH-Criteria (2022). [*Chile dice. Una radiografía de la sociedad chilena de cara a un nuevo proceso constitucional*](#). UAH-Criteria.

Walzer, Michael. (1981). Philosophy and democracy. *Political Theory*, 9(3), 379-399.

Zúñiga, Francisco, y Cárcamo, Roberto. (2015). ¿Inconstitucionalidad de normas constitucionales?: un caso de constitucionalismo abusivo. *Revista Derecho Público Iberoamericano*, 7, 219-237.

Zurn, Christopher F. (2007). *Deliberative democracy and the institutions of judicial review*. Cambridge University Press.