

¿Nueva Constitución? La ilusión del Poder Constituyente

Julio Alvear Téllez

Doctor en Derecho

Profesor de Derecho Constitucional

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

(CHILE)

El 13 de octubre de 2015 la Presidenta Michelle Bachelet anunció al país el inicio del proceso constituyente.

Nadie duda de la importancia que en la materia tiene la reflexión y el debate académico. Es más, constituyen un ejercicio democrático altamente recomendable. Sin embargo, no parece conveniente avanzar hacia una nueva Constitución sin que ese debate haya alcanzado la cota de madurez necesaria para alcanzar consensos mínimos.

De hecho, el dato más elemental de todos, el que está comandando la totalidad del problema constituyente, es la falta de acuerdo. Una gruesa paradoja, porque la Constitución es precisamente un gran pacto político. Para algunos el debate constitucional es casi innecesario. Para otros, es urgente. Una tras otra, en continua dialéctica, se levantan actitudes conservadoras, reformistas, novadoras y refundacionales, Ni siquiera hay consenso sobre el procedimiento, puesto que la Presidenta solo ha indicado disyunciones abiertas, en su conjunto indefinidas, entre Comisión Bicameral, Convención Constituyente, Asamblea Constituyente o Plebiscito. Del contenido, siendo lo más importante, nada está claro, y pueden augurarse choques irresolutos en las materias más esenciales, como la organización política, el concepto de Estado, las bases del modelo económico, etc.

En el programa de gobierno de la Presidenta Michelle Bachelet se contienen algunas "Reformas de fondo", en las que se encuentra la llamada "Nueva Constitución" (pp. 30-35). No se trata de un proyecto acabado de nueva Constitución sino de ideas inspiradoras de tal propósito, las que en el futuro podrán ser plasmadas por distintas vías, desde una reforma constitucional anclada en el Congreso Nacional hasta una asamblea constituyente de carácter fundante y populista.

En el Mensaje del 21 de mayo del 2015 la Presidenta Bachelet también aborda el tema. Ahí sostiene que "*Chile, por primera vez en su historia, tiene la oportu-*

nidad de construir una Constitución genuinamente republicana y soberana, que sea política y socialmente acordada, que refleje el país que somos hoy, maduro y democrático". Y anuncia para septiembre el inicio de un "proceso constituyente", frase tan oscura en sus proyecciones como imprecisa en sus contenidos.

No analizaremos en esta ocasión el contenido concreto de las innovaciones propuestas en los diferentes ámbitos (derechos fundamentales, garantías, deberes, sistema político, principios socioeconómicos y laicidad del Estado). La evaluación queda para más adelante, cuando la nueva propuesta constitucional en curso haya delimitado sus contenidos concretos.

Lo que nos interesa destacar ahora es el uso del constitucionalismo como mitología política, que entrega a un grupo de hombres de gabinete la facultad de modificar sobre un plano el Estado chileno, su sistema político, su régimen garantístico y los principios constitutivos de la propia sociedad, prometiéndonos la salvación. Es lo que algunos llaman Poder Constituyente, término eufemístico que cubre la posibilidad de uso y abuso de un poder total en materia política.

Para comprender bien las pretensiones de este Poder Constituyente, examinaremos primero su contexto histórico: el constitucionalismo en la era de las ideologías "fuertes". Después evaluaremos su desenvolvimiento en la época contemporánea, tiempos de relatos "débiles". Finalmente mostraremos cómo un poder constituyente de este género es algo absurdo, irracional y destinado al fracaso. Solo lo hemos aceptado por inercia intelectual.

1) El constitucionalismo "fuerte" y su caída.

Los ideólogos del siglo XIX concibieron la Constitución como la forma en que el hombre moderno garantizaría su libertad creando una estructura político-jurídica que le impidiera caer en la anarquía o en el despotismo y le diera estabilidad para el goce de sus derechos. Tal concepción se insertaba, sin embargo, en la creencia demiúrgica de que el hombre podía rehacer los vínculos asociativos y establecer sus propias finalidades políticas *ex nihilo*, desde la nada, a partir del arbitrio de su propia voluntad. La condición para alcanzar la felicidad parecía evidente. Nada de reconocer dependencias previas que paralizaran la imaginación constitucional: ni con Dios, ni con un orden natural y objetivo de justicia, ni con las tradiciones históricas, a las que se les consideró como irracionales. El cientificismo sistémico, el racionalismo y el voluntarismo se constituyeron en los nuevos dioses tutelares: con sus manos la sociedad humana se volvería al fin libre y soberana, pletórica de igualdad y seguridad. El hombre se transformaría en un pequeño dios: autónomo, dueño de su destino, jurídicamente protegido.

Es oportuno recordar que fue severo el pronóstico que formuló el Magisterio Pontificio y la filosofía política cristiana, especialmente la católica, a este anhelo ideológico. Se adujo que si no hay un orden previo que respetar, la organización que impusiera el hombre a través de la Constitución sería esencialmente modificable, y traería dentro de sí el germen de su propia demolición.

Para evitarlo, la imagería constitucional articuló la mayor concentración de poder político y jurídico de la historia. Lo hizo mediante la edificación del Estado, que centralizó en sus manos todo el poder político, jurídico y simbólico de la nación.

Nuestros manuales universitarios de derecho político no se cansan de repetir la cantinela de que antes de la era moderna lo que imperaba era la "tiranía" o el "absolutismo", mientras la Revolución Francesa –esa maldita distorsión de la *civitas* política– nos habría traído la libertad. La percepción de los pensadores coetáneos a dichos eventos es, sin embargo, distinta. En la mayor parte de ellos se reconoce el asombro ante el apareamiento de un poder tan inmenso, centralizado y omnicompreensivo como el Estado y su potestad constituyente. Donoso Cortés habla del poder ubicuo de millones de ojos, oídos y brazos que se cierne sobre cada país¹. Tocqueville denuncia el apareamiento de un poder inmenso y tutelar; un poder absoluto, minucioso, regular y aparentemente benigno, señor, intendente y cajero que se encargará de asegurar los goces y vigilar la suerte de los ciudadanos². Stuart Mill alude al poder ilimitado, opresor y concentrado de cómoda ejecución³. Nietzsche denuncia en el Estado el más frío de todos los monstruos fríos⁴. Marx se refiere al espantoso parásito que envuelve como una membrana el cuerpo de la sociedad y obstruye sus poros⁵, y que el comunismo habría de utilizar tan bien, ampliándolo para fines revolucionarios.

A despecho de tan sombrío pronóstico, el Estado moderno se irguió representando ideas y metas que encubrieron su verdadera naturaleza. Cual nuevo Adamastor se presentó dispuesto a utilizar toda su fuerza al servicio de los ideales ilustrados que, se dijo, eran los del pueblo. El constitucionalismo fijó al respecto una serie de dogmas que dieron legitimidad al monstruo. Había que soportarlo, se proclamó, porque era el único medio de proteger la libertad. La historia se acostumbró a él hasta tal punto que hoy nos parece que la política

¹ Juan Donoso Cortés, Discurso pronunciado en el Congreso el 4 de enero de 1849, en *Obras de don Juan Donoso Cortés, ordenadas por don Gavino Tejado*, Imprenta de Tejado Editor, Madrid, 1854, Vol. III, p. 269.

² Alexis de Tocqueville, *Democracia en América*, (traducción de Raimundo Viejo Viñas), Akal, Madrid, 2007, II, VI, V, 877 y II, IV, VI, p. 88.

³ John Stuart Mill, *Sobre la libertad*, (traducción de Josefa Sainz Pulido), Aguilar, Buenos Aires, 1954, I, p. 20.

⁴ Friedrich Nietzsche, *Así habló Zaratustra*, II, 11, *Del nuevo ídolo*.

⁵ Karl Marx, *El dieciocho brumario de Luis Bonaparte*, citado por Bertrán de Jouvenel, *Los orígenes del Estado moderno. Historia de las ideas políticas del siglo XIX*, (traductor Gerardo Novás P.), Emesa, Toledo, 1977, p. 58.

y la misma libertad serían imposibles sin este poder estatal que tiende a la configuración total de la sociedad. Sin ir más lejos, en libros como *El Otro Modelo*, que sustenta ideológicamente el Programa de la Presidenta Bachelet, el Estado figura como la llave de la “buena nueva” para oponerse al “orden neoliberal”⁶.

Y nos habituamos asimismo a sus dogmas justificantes, de tal manera que después de dos siglos se les expone como panacea de toda organización política y se les enseña como artículos de fe. Caso típico es el principio democrático y popular de sabor rousseauiano que inspira la propuesta de “Nueva Constitución” del programa de Bachelet. Reza así: *“El logro de una Nueva Constitución exigirá de todas las autoridades instituidas una disposición a escuchar e interpretar la voluntad del pueblo. La Presidencia de la República y el Congreso Nacional deberán concordar criterios que permitan dar cauce constitucional y legal al proceso de cambio; y que permitan la expresión de la real voluntad popular en el sentido de los cambios”* (p. 15).

Tanto la noción de “pueblo”, como su “escucha” e “interpretación” (no hay traducción sin traductores), o la “voluntad popular” que para ser “real” solo admite ser expresada en el “sentido de los cambios”, son susceptibles de diversas estrategias políticas, paradigmáticas incluso en el estilo al uso de la Revolución Francesa o de la bolchevique, por poner dos ejemplos.

De cualquier modo, si se atiende a la dimensión instrumental de estos dogmas, se descubre que no fueron sino mediaciones engañosas de una razón constructivista y planificadora cuya finalidad tráfuga pasó por imponer la estatalidad como camisa de fuerza a las sociedades. Como tales funcionaron a la manera de principios organizativos, pero también como promesas hacia el futuro.

El constitucionalismo como movimiento histórico-ideológico –racionalismo, voluntarismo, liberalismo– prometió que el hombre se liberaría en el plano colectivo de todo orden trascendente, pues no habría más normas, sociedad y gobierno que los que el hombre mismo consintiera a través del pacto social.

Esta promesa de liberación ínsita al constitucionalismo en sus fuentes filosóficas más agudas –Rousseau, Kant, etc.– permite enfocar este movimiento como manifestación del proyecto moderno de divinización de la voluntad humana encarnado en el poder secularizador y constructivista del Estado.

Empero, la desproporción entre las promesas de la modernidad política (divulgadas como realidad por la mitología constitucional) y la realidad del cons-

⁶ Fernando Atria, Guillermo Larraín, José Miguel Benavente, Javier Couso, Alfredo Joignant, *El Otro modelo. Del orden neoliberal al régimen de lo público*, Debate, Santiago, 2013, especialmente pp. 125-170 y 192-198. Hacemos este comentario, salvando la gran valía intelectual y humana de los autores, algunos de quienes conocemos y estimamos en mucho.

titucionalismo implantado es de tal envergadura, que impulsados a hacer un balance, el débito supera en mucho al crédito.

El hecho de constituir a la vez una realización consumada y una promesa incumplida otorga a los dogmas del constitucionalismo un carácter ambiguo. Muchos se refieren a sus promesas como si ya fueran realizaciones históricas. Nos encontramos en la hora de la deontología y la axiología constitucional convertida en realidad por un ejercicio de impúdica y desnuda retórica. El constitucionalismo, en lo que tiene de idílico, se asemeja a una tragicomedia: los dogmas del constitucionalismo se cumplen porque así lo dice la Constitución.

De todos modos, el aspecto mesiánico del constitucionalismo ya no tiene cultivadores serios. Los ídolos del constitucionalismo “fuerte” han caído uno por uno. No sólo porque todos sus dogmas sin excepción han sido objeto de irreversibles cuestionamientos a nivel teórico, sino también porque su realización ha contrastado con las premisas que le servían de justificación. Ni la soberanía popular, ni la separación de poderes, ni la representación electoral ni el culto a los derechos humanos cumplen con la misión para la cual fueron elaboradas.

Achacarle estos defectos a la Constitución de 1980, como parecen hacer los constitucionalistas de la Presidenta Bachelet, es, por ello, sumamente engañoso, como veremos a continuación.

2) El paso en falso del proceso constituyente de Bachelet: no reconocer el constitucionalismo “débil”.

Ya no hay lugar para los dogmas del constitucionalismo fuerte, salvo en ciertos ambientes de la demagogia caudillista latinoamericana. Por ello, la pregunta que hoy debemos hacernos es qué tipo de constitucionalismo se construye ante nuestros ojos. La respuesta parece sencilla: el constitucionalismo “débil”, porque las promesas de la organización perfecta, representativa y liberadora ya no tienen visos de poder ser cumplidas, ni en Chile ni en Occidente. Lo que importa ahora no es la tensión progresiva hacia míticos sueños, sino algo mucho más modesto y sensato: que el pacto que implica toda Constitución funcione de acuerdo a los hábitos políticos del pueblo al que va a regir. Y que se garanticen los derechos superiores de la persona humana, la familia y las asociaciones intermedias.

Todo proceso constituyente que no se enmarque dentro de estos límites está destinado al fracaso. Los tiempos no están para poderes constituyentes omni-comprendivos y totales. Por una razón incluso técnica: todas las Constituciones escritas vigentes –en particular las que han seguido el modelo de Europa conti-

mental– sufren análogas disfuncionalidades, una *desorganización constitucional* lenta, pero cada vez más amplia, y que anotamos a continuación.

– El fenómeno de la desconstitucionalización.

La desconstitucionalización es una tendencia que se agudiza en los regímenes políticos contemporáneos⁷. Expresa situaciones disímiles, de las que cabe destacar, para efectos de nuestra perspectiva, la derogación sociológica de normas constitucionales:

“El incumplimiento, la desnaturalización o la violación reiterados de reglas constitucionales, no sancionados por los custodios de la supremacía constitucional, puede provocar en determinados casos la abrogación sociológica, por desuetudo, de las normas en cuestión. Según situaciones que varían de país en país, es factible que tramos significativos de la constitución queden así desconstitucionalizados. En homenaje a la verdad, cabe constatar esas exclusiones de reglas constitucionales, más allá de lo lamentable que sea el proceso de desconocimiento de cláusulas de la ley suprema”⁸.

– “Desmontaje de la Constitución”.

Werner Kägy ha acuñado el término para significar el declive de la función informadora de la norma constitucional, fruto del decaimiento general de la fuerza motivadora de las normas. *“Importan casos de desviaciones o aberraciones normativas, ya que la regla en sí no queda afectada, aunque sí su eficacia”⁹.*

Entre los síntomas del fenómeno, Sagüés, glosando a Kägy, destaca:

- a) El “derecho de emergencia” oculto en la noción de “constitución extraordinaria o de emergencia”, que desvincula al operador gubernativo de los controles y responsabilidades previstos.
- b) Delegación de competencias legislativas, y “concesión de plenos poderes” al Poder Ejecutivo, confiriéndole un “poder constitucional exorbitante”.
- c) “Fuga hacia las cláusulas generales” o utilización de conceptos jurídicos indeterminados (“conceptos-válvula”) para evitar la aplicación de preceptos constitucionales precisos.

⁷ Una acertada síntesis en Nestor Pedro Sagüés, *El concepto de “desconstitucionalización”*, en La Ley, Buenos Aires, 13 abril 2007. Más ampliamente, Id., *Cultura constitucional y desconstitucionalización*, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Año XVI, Montevideo, 2010, pp. 97-108.

⁸ Id., *“El concepto de “desconstitucionalización”*, cit., p. 3.

⁹ *Ibid.*, pp. 3-4.

- d) Recurso a la “adaptación de la Constitución” como estrategia de evasión de las directrices constitucionales.
- e) Identificación entre el ordenamiento populista y el derecho¹⁰.

– “Desvalorización” de la Constitución.

En su clásica *Teoría de la Constitución*¹¹, Loewenstein aborda la cuestión de su “desvalorización”. Descrita como una especie de fatiga de material del sistema, se tipifica cuando los operadores jurídicos conscientemente incumplen algunas de las disposiciones de la Carta Fundamental, contando con la solidaridad o la indiferencia de la población.

Sagüés destaca a este propósito:

“Karl Loewenstein plantea el problema de la “desvalorización” de la constitución escrita preferentemente en el ámbito de las constituciones que denomina normativas, esto es, de las cumplidas u obedecidas en una proporción aceptable.

En concreto, define esa desvalorización como un episodio signado por dos acontecimientos. El primero es la “falta de observancia consciente de la constitución”, por parte de los detentadores del poder constitucional. Y acaece cuando una disposición constitucional de tipo esencial no es deliberada y consecuentemente aplicada o realizada. La norma constitucional sigue formalmente vigente, pero permanece como lex imperfecta, o letra muerta, “en contradicción con la supuesta obligatoriedad inalienable de la ley fundamental”. Ello es así porque la efectivización de la norma perjudicaría a los operadores de la constitución¹².

El segundo factor que coadyuva a la desvalorización de la constitución es la “erosión de la conciencia constitucional” en la sociedad, vale decir, la pérdida de prestigio de la constitución en la comunidad, suceso que para nuestro autor es muy frecuente: “la masa de la población ha pedido su interés en la constitución,

¹⁰ Nestor Pedro Sagüés, *Ibid.*, pp. 4-5, con citas al trabajo de Werner Kägy, *La Constitución como ordenamiento jurídico fundamental del Estado. Investigaciones sobre las tendencias desarrolladas en el moderno Derecho Constitucional*, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 54 ss., 62, 137 y ss., 144. No hemos reproducido en cursiva a Sagüés porque en ocasiones alteramos la redacción.

¹¹ Karl Loewenstein, *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 2ª ed., pp. 222-231.

¹² “Esta patología, explica Loewenstein, se produce algunas veces (i) incumpliendo prohibiciones constitucionales (por ejemplo, el rearme japonés, interdicto por la constitución de 1946; la concesión de delegaciones legislativas parlamentarias en el poder ejecutivo, en la constitución francesa de 1946), o (ii) no realizando deberes constitucionales (algo que hoy llamaríamos inconstitucionalidad por omisión: la falta de lanzamiento de la Corte Constitucional italiana durante ocho años, por desacuerdos entre los partidos políticos acerca de los jueces que cabía designar; y la ausencia de ley reglamentaria de la vida interna de los partidos políticos en Alemania Federal, durante un lapso prolongado, a pesar de las previsiones de la ley fundamental de 1947). En otros casos, (iii) se adoptan medidas que la constitución no contempla (por ejemplo, en Suiza, durante bastante tiempo, las “resoluciones federales urgentes”). El listado es simplemente enunciativo”. Nestor Pedro Sagüés, *Ibid.*, p. 6.

*y ésta, por tanto, su valor efectivo para el pueblo. Esto es un hecho indiscutible y alarmante". Existen, eso sí, distintos grados de desapego y de indiferencia hacia la constitución, que en casos extremos pueden llegar hasta la hostilidad constitucional. Lograr la "revitalización de la conciencia constitucional" en el pueblo puede en ciertos casos resultar una misión harto difícil, que demanda acercar al pueblo a su constitución o acercar la constitución al pueblo, mediante la reforma constitucional"*¹³.

Dos cosas hay que destacar aquí. En primer lugar, la constatación de Loewenstein de que *"es un hecho indiscutible y alarmante que la masa de la población ha pedido su interés en la constitución, y ésta, por tanto, su valor efectivo para el pueblo"*. Lo que en la época del autor podía ser relativizado a este o aquel país, es hoy un fenómeno universal. En nuestros días la constitución es una cantera de la que sacan materiales sólo los especialistas, dentro de una lógica peculiar, con reglas asimismo particularizadas, fijadas por tribunales también especiales. Hay una desconexión sociológica y cultural entre el llamado poder constituyente originario (el pueblo) y la norma constitucional que se supone es su fuente. De ahí que el proceso de reforma constitucional –también en manos de especialistas, y con sus propios embrollos, según veremos– tampoco sea la solución.

En rigor, la desvalorización de la constitución se debe a su naturaleza racionalista y voluntarista. Tarde o temprano la artificialidad entra en disonancia con la naturalidad y la historicidad. Sólo en la medida en que una constitución recoja las tradiciones peculiares y los hábitos políticos materiales de cada pueblo, es que puede ser valorada en el plano orgánico. La política es por excelencia el campo de acción de la virtud de la prudencia, no de la geometría.

– "Falseamiento" de la Constitución.

Hauriou ideó el término para designar la modificación o mutación encubierta de los enunciados formales de la constitución política. Los modelos característicos de falseamiento son dos: la aprobación de normas legales ordinarias opuestas a la constitución, pero no declaradas inconstitucionales por los órganos de control de la constitucionalidad, y las prácticas y costumbres, en particular de los órganos gubernativos y administrativos, contrarias a la carta fundamental¹⁴.

En un sentido más sustantivo, Sánchez Agesta considera que cabe dentro del *falseamiento* constitucional el establecimiento de una constitución cuyo contenido es inepto para articular una sociedad¹⁵. Lo que muchas veces lleva al *fraude* constitucional, pues permite manipular las normas para obtener

¹³ *Ibíd.*, pp. 5-6.

¹⁴ Maurice Hauriou, *Principios de derecho público y constitucional*, Reus, Madrid, pp. 331-2. Para su glosa, de la que nos servimos, Nestor Pedro Sagüés, *Ibíd.*, p. 7.

¹⁵ Sánchez Agesta Luis, *Principios de Teoría Política*, 3ª ed. (Madrid 1970), Editora Nacional, págs. 341/2.

determinados objetivos ideológicos o de destrucción, utilizando para ello la capacidad del Estado.

Al respecto se pueden dar tres ejemplos recientes:

a) Constitución de la República Bolivariana del Venezuela (1999)¹⁶.

En el preámbulo de la constitución venezolana aparece el nombre de Dios al lado del "Libertador Simón Bolívar"¹⁷ y del "poder creador" del pueblo. Subyace una inspiración política compleja en la que concurren cinco relatos: el relato *moderno* de la soberanía popular en toda su radicalidad (es la voluntad humana la que construye *ex novo* el orden político)¹⁸; el relato *patriótico* que afirma que la construcción de las naciones americanas es fruto de la lucha contra el dominio hispano; el relato *indigenista* que sostiene que los pueblos aborígenes, por ser tales, son modelo de virtudes humanas; el relato *postmoderno* que legitima la llamada "multiculturalidad" disgregadora como única condición válida de coexistencia social; y el relato *colectivista-socialista*, que reivindica el papel del Estado en la "refundación de la República" y en la distribución de bienes y servicios para el cumplimiento de los ideales humanitarios colectivos¹⁹.

Todos estos relatos se entrecruzan a la hora de concretarse en disposiciones constitucionales. Los ideales modernos de libertad e igualdad se cultivan desde lo que se supone que es el proyecto de un Bolívar mítico²⁰. El indigenismo primitivo alimenta con radicalidad la multiculturalidad posmoderna y vicever-

¹⁶ La Constitución venezolana fue publicada el 30 de diciembre de 1999. Edición digital en: <<http://www.constitucion.ve/documentos/ConstitucionRBV1999-ES.pdf>>.

¹⁷ El nombre de Dios a título de invocación; la imagen de Simón Bolívar a título de modelo histórico político y moral, como veremos en seguida.

¹⁸ El art. 5 de la Constitución establece la soberanía popular: "*La soberanía reside intransferiblemente en el pueblo, quien la ejerce directamente en la forma prevista en esta Constitución y en la ley, e indirectamente, mediante el sufragio, por los órganos que ejercen el Poder Público. Los órganos del Estado emanan de la soberanía popular y a ella están sometidos*". *Ibidem*.

¹⁹ Dice el preámbulo: "*El pueblo de Venezuela, en ejercicio de sus poderes creadores e invocando la protección de Dios, el ejemplo histórico de nuestro Libertador Simón Bolívar y el heroísmo y sacrificio de nuestros antepasados aborígenes y de los precursores y forjadores de una patria libre y soberana; con el fin supremo de refundar la República para establecer una sociedad democrática, participativa y protagónica, multiétnica y pluricultural en un Estado de justicia, federal y descentralizado, que consolide los valores de la libertad, la independencia, la paz, la solidaridad, el bien común, la integridad territorial, la convivencia y el imperio de la ley para esta y las futuras generaciones; asegure el derecho a la vida, al trabajo, a la cultura, a la educación, a la justicia social y a la igualdad sin discriminación ni subordinación alguna; promueva la cooperación pacífica entre las naciones e impulse y consolide la integración latinoamericana de acuerdo con el principio de no intervención y autodeterminación de los pueblos, la garantía universal e indivisible de los derechos humanos, la democratización de la sociedad internacional, el desarme nuclear, el equilibrio ecológico y los bienes jurídicos ambientales como patrimonio común e irrenunciable de la humanidad; en ejercicio de su poder originario representado por la Asamblea Nacional Constituyente mediante el voto libre y en referendo democrático...*". *Ibidem*.

²⁰ Art. 1., Inc. 1, segunda parte.- "*La República Bolivariana de Venezuela ... fundamenta su patrimonio moral y sus valores de libertad, igualdad, justicia y paz internacional en la doctrina de Simón Bolívar, el Libertador*". *Ibidem*.

sa, y ambos dan sabiduría al colectivismo socialista²¹. Todo lo cual se promueve y difunde desde el poder político.

El péndulo de la modernidad política que se mueve entre individuo y Estado se detiene en este último. La República por ser democrática es apodóticamente libre²². La libertad, como ideal político, se realiza por sí misma en la voluntad general hipostasiada en la decisión del Estado. Los derechos individuales y el respeto por la dignidad humana se cultivan en *el ejercicio democrático de la voluntad popular destinada a la construcción de una sociedad justa*²³.

²¹ El Capítulo VI establece los "Derechos Culturales" (y educativos) y el Capítulo VIII los "Derechos de los Pueblos Indígenas" (Arts. 119-124), ambos concebidos principalmente como derechos sociales, a los que el Estado da satisfacción a la vez que fomenta. Son derechos con una instrumentalización evidente para la causa de la multiculturalidad y del colectivismo socialista.

Sobre los derechos culturales se estipula:

Art. 100.- "Las culturas populares constitutivas de la venezolanidad gozan de atención especial, reconociéndose y respetándose la interculturalidad bajo el principio de igualdad de las culturas. La ley establecerá incentivos y estímulos para las personas, instituciones y comunidades que promuevan, apoyen, desarrollen o financien planes, programas y actividades culturales en el país, así como la cultura venezolana en el exterior ...".

Art. 101.- "El Estado garantizará la emisión, recepción y circulación de la información cultural. Los medios de comunicación tienen el deber de coadyuvar a la difusión de los valores de la tradición popular y la obra de los o las artistas, escritores, escritoras, compositores, compositoras, cineastas, científicos, científicas y demás creadores y creadoras culturales del país...". *Ibidem*.

Sobre los derechos indígenas se dispone:

Art. 121.- "Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y desarrollar su identidad étnica y cultural, cosmovisión, valores, espiritualidad y sus lugares sagrados y de culto. El Estado fomentará la valoración y difusión de las manifestaciones culturales de los pueblos indígenas, los cuales tienen derecho a una educación propia y a un régimen educativo de carácter intercultural y bilingüe, atendiendo a sus particularidades socioculturales, valores y tradiciones".

Art. 119.- "El Estado reconocerá la existencia de los pueblos y comunidades indígenas, su organización social, política y económica, sus culturas, usos y costumbres, idiomas y religiones, así como su hábitat y derechos originarios sobre las tierras que ancestral y tradicionalmente ocupan y que son necesarias para desarrollar y garantizar sus formas de vida. Corresponderá al Ejecutivo Nacional, con la participación de los pueblos indígenas, demarcar y garantizar el derecho a la propiedad colectiva de sus tierras, las cuales serán inalienables, imprescriptibles, inembargables e intransferibles de acuerdo con lo establecido en esta Constitución y en la ley".

Art. 122.- "Los pueblos indígenas tienen derecho a una salud integral que considere sus prácticas y culturas. El Estado reconocerá su medicina tradicional y las terapias complementarias, con sujeción a principios bioéticos".

Art. 123.- "Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y promover sus propias prácticas económicas basadas en la reciprocidad, la solidaridad y el intercambio; sus actividades productivas tradicionales, su participación en la economía nacional y a definir sus prioridades ...". *Ibidem*.

²² Art. 1.- "La República Bolivariana de Venezuela es irrevocablemente libre e independiente ... Son derechos irrenunciables de la Nación la independencia, la libertad, la soberanía ...". *Ibidem*.

Art. 2.- "Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación ... la libertad, ... la igualdad, ..., la democracia, ... la preeminencia de los derechos humanos, ... y el pluralismo político". *Ibidem*.

Art. 6.- "El gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y de las entidades políticas que la componen es y será siempre democrático, participativo, electivo, descentralizado, alternativo, responsable, pluralista y de mandatos revocables". *Ibidem*.

²³ Art. 3, inc. 1.- "El Estado tiene como fines esenciales la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad, el ejercicio democrático de la voluntad popular, la construcción de una sociedad justa y amante de la paz, la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo y la garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes reconocidos y consagrados en esta Constitución". *Ibidem*.

b) Constitución de la República del Ecuador (2008)²⁴.

En el preámbulo se celebra la *Pacha Mama*, como si fuera una realidad viva de la que depende la nación ecuatoriana. Se diría que se establece un Estado de inspiración confesional panteísta y mítica si no fuese por la posterior invocación al Dios de los cristianos, inmediatamente sofocada por la referencia a las *diversas formas de religiosidad y espiritualidad* que supuestamente conformarían la tradición ecuatoriana²⁵. Otro ingrediente es la identificación de los objetivos políticos del Estado con la herencia de unas supuestas luchas históricas contra el colonialismo y la dominación capitalista rumbo a la creación de una nueva construcción política que traerá la felicidad a los ecuatorianos²⁶.

c) Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia (2009)²⁷.

El preámbulo de esta constitución alude, con claros tintes míticos neopaganos e indigenistas, a una suerte de edad de oro en la que los hombres habrían vivido en plena armonía con la madre tierra, hasta que los *funestos colonizadores* destruyeron ese mundo de ensueño²⁸. Desde entonces, el pueblo boliviano ha sostenido una sublevación anticolonial, una lucha popular de liberación, contra las estructuras malévolas heredadas de la civilización occidental, cuyo resultado positivo ha sido, al fin, la creación de un *nuevo Estado*, de sabor mesiánico²⁹,

²⁴ La nueva Constitución de Ecuador fue aprobada el 28 de septiembre del 2008 por la vía de un referéndum.

²⁵ "Nosotras y nosotros, el pueblo soberano del Ecuador
Reconociendo nuestras raíces milenarias, forjadas por mujeres y hombres de distintos pueblos,
Celebrando a la naturaleza, la Pacha Mama, de la que somos parte y que es vital para nuestra existencia,
Invocando el nombre de Dios y reconociendo nuestras diversas formas de religiosidad y espiritualidad".
<http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf>

²⁶ "Como herederos de las luchas sociales de liberación frente a todas las formas de dominación y colonialismo,
Y con un profundo compromiso con el presente y el futuro,
Decidimos construir

Una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el sumak kawsay;

Una sociedad que respeta, en todas sus dimensiones, la dignidad de las personas y las colectividades;

Un país democrático, comprometido con la integración latinoamericana –sueño de Bolívar y Alfaro–, la paz y la solidaridad con todos los pueblos de la tierra". Ibídem.

²⁷ La Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia fue aprobada vía referéndum el 25 de enero del 2009. La edición digital en: <<http://www.presidencia.gob.bo/download/constitucion.pdf>>.

²⁸ "En tiempos inmemoriales se erigieron montañas, se desplazaron ríos, se formaron lagos. Nuestra amazonia, nuestro chaco, nuestro altiplano y nuestros llanos y valles se cubrieron de verdes y flores. Poblamos esta sagrada Madre Tierra con rostros diferentes, y comprendimos desde entonces la pluralidad vigente de todas las cosas y nuestra diversidad como seres y culturas. Así conformamos nuestros pueblos, y jamás comprendimos el racismo hasta que lo sufrimos desde los funestos tiempos de la colonia". Ibídem.

²⁹ "El pueblo boliviano, de composición plural, desde la profundidad de la historia, inspirado en las luchas del pasado, en la sublevación indígena anticolonial, en la independencia, en las luchas populares de liberación, en las marchas indígenas, sociales y sindicales, en las guerras del agua y de octubre, en las luchas por la tierra y territorio, y con la memoria de nuestros mártires, construimos un nuevo Estado.

Cumpliendo el mandato de nuestros pueblos, con la fortaleza de nuestra Pachamama y gracias a Dios, refundamos Bolivia. Honor y gloria a los mártires de la gesta constituyente y liberadora, que han hecho posible esta nueva historia". Ibídem.

a través del cual las reivindicaciones supuestamente indígenas se transmutan en los valores colectivistas de la faceta socialista de la Modernidad política³⁰. El dogma de la soberanía popular se une a la planificación estatal para ejecutar autoritativamente los objetivos establecidos, en un fondo de cuadro en el que se vuelve patente la aceleración del proceso de descristianización del país.

El Estado boliviano se funda en el pluralismo agnóstico y relativista en todos los ámbitos de la actividad humana³¹, a tal punto que establece como deber no sólo el reconocimiento, sino también la promoción de las múltiples *espiritualidades* de los *pueblos originarios*³². Aparentemente antiliberal, la Constitución es, en realidad, pugnazmente liberal a la hora de multiplicar la reactivación de las individualidades grupales divergentes sin puntos de unión en torno a bienes que trasciendan el despliegue de la subjetividad. Ello la lleva a reconocer la *autoidentificación cultural* como derecho fundamental³³ así como a establecer treinta y siete idiomas oficiales³⁴.

La ideología liberal se conjuga con el ímpetu planificador del laicismo estatal.

– El problema de la Constitución como sistema.

El sistema constitucional supone que los cambios que se introducen a la legalidad deben guardar una estricta sistematicidad y armonía. Pero hoy vivimos en una selva de leyes donde en la práctica se hace imposible tal garantía. El

³⁰ "Un Estado basado en el respeto e igualdad entre todos, con principios de soberanía, dignidad, complementariedad, solidaridad, armonía y equidad en la distribución y redistribución del producto social, donde predomine la búsqueda del vivir bien; con respeto a la pluralidad económica, social, jurídica, política y cultural de los habitantes de esta tierra; en convivencia colectiva con acceso al agua, trabajo, educación, salud y vivienda para todos.

Dejamos en el pasado el Estado colonial, republicano y neoliberal. Asumimos el reto histórico de construir colectivamente el Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, que integra y articula los propósitos de avanzar hacia una Bolivia democrática, productiva, portadora e inspiradora de la paz, comprometida con el desarrollo integral y con la libre determinación de los pueblos.

Nosotros, mujeres y hombres, a través de la Asamblea Constituyente y con el poder originario del pueblo, manifestamos nuestro compromiso con la unidad e integridad del país". *Ibidem*.

³¹ Artículo 1. "Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías. Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país". *Ibidem*.

³² Lo que se realiza especialmente en la educación: Artículo 86.- "En los centros educativos se reconocerá y garantizará la libertad de conciencia y de fe y de la enseñanza de religión, así como la espiritualidad de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, y se fomentará el respeto y la convivencia mutua entre las personas con diversas opciones religiosas, sin imposición dogmática. En estos centros no se discriminará en la aceptación y permanencia de las alumnas y los alumnos por su opción religiosa". *Ibidem*.

³³ "Artículo 21. Las bolivianas y los bolivianos tienen los siguientes derechos: 1.- A la autoidentificación cultural". *Ibidem*.

³⁴ Artículo 5. "1. Son idiomas oficiales del Estado el castellano y todos los idiomas de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, que son el aymara, araona, baure, bésiro, canichana, cavineño, cayubaba, chácobo, chimán, ese ejja, guaraní, guarasu'we, guarayu, itonama, leco, machajuyaikallawayá, machinerí, maropa, mojeño trinitario, mojeño ignaciano, moré, mosetén, movima, pacawara, puquina, quechua, sirionó, tacana, tapiete, toromona, uruchipaya, weenhayek, yaminawa, yuki, yuracaré y zamuco". *Ibidem*.

fenómeno de la descodificación³⁵ y la expansión de los sedicentes “subsistemas” legales han colocado en entredicho la concepción del ordenamiento jurídico como sistema³⁶.

– *La reforma a la Constitución: vehículo del malestar constitucional.*

El mecanismo de reforma constitucional fue creado para adaptar la carta fundamental a las nuevas exigencias o realidades de un modo formal, previsible y controlado, sin perder su ideario y su conjunción sistémica, signos de su estabilidad consubstancial. Sin embargo, la frecuencia con que viene siendo utilizado el mecanismo revela que la Constitución muta de manera descontrolada. En principio, ya no puede asegurar la estabilidad de sus propias normas. Se hace presente un malestar difuso acerca de su bondad y eficacia configuradora. Lo que puede llevar a una consecuencia desorientadora: una Constitución que permanentemente está rehaciendo sus propias partes es desde el punto de vista diacrónico una *contradictio in terminis*.

Algunos ejemplos hispanoamericanos sirven para ilustrar este aserto.

- i) Chile: La Constitución chilena entró en vigencia el 1 de marzo de 1981. Ha sido objeto hasta la fecha de veintisiete leyes de reforma constitucional: desde la ley 18.825 del 17 de agosto de 1989 hasta la ley 20.414 del 4 de enero del 2010
- ii) México: La Constitución mexicana fue publicada el 5 de febrero de 1917, y ha conocido sesenta y nueve reformas, que enunciamos solamente por los años: 1921, 1923, 1927, 1928, 1929, 1931, 1933, 1934 (dos reformas), 1935, 1937, 1938, 1940 (dos reformas), 1942, 1943, 1944, 1945, 1946, 1947, 1948, 1949, 1951, 1952, 1953, 1960, 1961, 1962, 1963, 1965, 1966, 1967, 1969, 1971, 1972, 1974, 1975, 1976, 1977, 1978, 1979, 1980, 1981, 1982 (dos reformas), 1983, 1985, 1986, 1987, 1988, 1990, 1992, 1993, 1994, 1995, 1996, 1997, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003, 2004, 2005, 2006 (dos reformas), 2007, 2008, 2009.
- iii) Uruguay: La Constitución uruguaya fue sancionada el 24 de noviembre de 1967 y aprobada plebiscitariamente el 27 de noviembre del mismo año. Ha conocido cuatro paquetes de reformas también plebiscitadas: la del 26 de noviembre de 1989, del 26 de noviembre de 1994, del 8 de diciembre de 1996 y del 31 de octubre de 2004.

³⁵ Es de referencia el libro de Natalino Irti, *La edad de la descodificación*, José María Bosch, Barcelona, 1992.

³⁶ Una interesante evaluación del problema en Alejandro Nieto, *Crítica de la razón jurídica*, Trotta, Madrid, 2007, pp. 113-351.

- iv)** Panamá: La Constitución data del 11 de octubre de 1972 y ha sido reformada en tres ocasiones: los años 1978, 1983 y 1993.
- v)** Nicaragua: La Constitución Política de la República de Nicaragua fue aprobada el 19 de noviembre de 1986 y publicada el 30 de abril de 1987. Ha sido objeto de reformas en ocho oportunidades, las más amplias por la ley n° 192 del 4 de julio de 1995 y la ley n° 330 del 19 de enero del 2000.
- vi)** Colombia: La Constitución Colombiana del 4 de julio de 1991 ha sido modificada en once años sucesivos: 1993, 1995, 1996, 1997, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003, 2004 y 2005.

– El problema de la interpretación constitucional.

En la concepción moderna del ordenamiento jurídico, la interpretación ha sido un expediente imprescindible para salvar el hiato que existe entre la norma general, que normalmente responde a un diseño racionalista, y la realidad del caso concreto. Lo que de suyo abre la problemática –tan temida– de la indeterminación de la solución justa, en la medida en que afecta al dogma de la seguridad jurídica.

En materia constitucional, la seguridad jurídica no existe. Es una afirmación que no puede desmentirse si se mira el funcionamiento de la jurisprudencia constitucional, anclada en metodologías sucesivas no previstas, que dan cuenta de una infinidad de reglas no consensuadas, tendentes todas a disociar el texto constitucional de cualquier previsibilidad razonable.

En algunos casos, el problema viene del texto mismo: los conceptos jurídicos indeterminados o las instituciones tipos abundan en las Constituciones, abriendo las puertas a las concreciones de significados y soluciones jurisdiccionales que pueden ser no solo dispares sino que opuestas y hasta contradictorias. Un mismo texto puede amparar las situaciones más disímiles.

En otras ocasiones, el embarazo tiene su origen en la necesidad de adaptar la Constitución a supuestas o reales situaciones políticas, sociales, éticas, culturales o económicas, utilizando para ello los espacios interpretativos a que deja lugar el texto, sin necesidad de recurrir a la reforma constitucional³⁷.

³⁷ La discusión en torno al mal denominado “matrimonio homosexual” es un caso característico que se viene planteando en diversos países europeos y americanos. En Chile, con fecha siete de enero del 2011, el Tribunal Constitucional admitió a trámite el requerimiento para declarar inaplicable el artículo 102 del Código Civil y el artículo 80 de la Ley de Matrimonio Civil en aquella parte que establecen que el matrimonio debe ser contraído entre un hombre y una mujer. Lo que el matrimonio secularmente siempre ha sido, de acuerdo con su propia naturaleza y su finalidad, y en concordancia con el régimen

A este propósito, García de Enterría ha confeccionado un balance de los riesgos de la justicia constitucional:

- i) La responsabilidad del Tribunal Constitucional parece ser demasiado amplia, de excesivo peso para el sistema político y jurídico, al extremo de que cualquier deficiencia en su funcionamiento viene a poner virtualmente en crisis el sistema entero³⁸.
- ii) Existe una tensión evidente entre la política y el derecho que repercute en la labor del Tribunal Constitucional, condicionando políticamente su interpretación. Lo que a su vez abre una serie de cuestionamientos:

“¿Los graves problemas políticos que se someten a la decisión del tribunal pueden resolverse con los criterios y los métodos de una decisión judicial? ¿El Tribunal Constitucional es una verdadera jurisdicción o un órgano político que decide políticamente bajo capa de sentencias? ¿Es que los problemas políticos (y los problemas de principio sometidos a la presión social de tantas atmósferas) son susceptibles de judicializarse, de reconducirse a soluciones jurídicas con parámetros preestablecidos, como es lo propio de todo litigio procesal?”³⁹.

- iii) La fuente epistemológica de la interpretación constitucional no parece ser el texto de la carta, sino la propia elección de criterios del Tribunal Constitucional.

“¿De dónde extrae el TC sus criterios de decisión supuesto que él interviene justamente en el momento en que se comprueba una insuficiencia del texto constitucional? Aunque se pretenda aplicar el texto constitucional, la historia demuestra que los TC ejercitan en la práctica un verdadero amending power, en los términos del juez americano Marlan, esto es, un poder de enmendar o revisar la CP, o al menos de suplementarla, de construir preceptos universales nuevos, que ni pudieron estar siquiera en la intención de los constituyentes”⁴⁰.

- iv) El poder asignado al Tribunal Constitucional plantea un problema de legitimidad democrática en la medida que un puñado de votos de jueces no electos popularmente puede arrumbar las decisiones de las cámaras legislativas.

constitucional chileno en materia de familia, corre ahora el riesgo de mutar su esencia según lo dictamine la jurisprudencia. Una institución protegida por la Constitución pasa a ser interdicta en uno de sus atributos esenciales por la misma Constitución, sin siquiera variar su texto.

³⁸ Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Thomson Civitas, Navarra, 2006, 4ª ed., pp. 167-168.

³⁹ p. 168.

⁴⁰ *Ibíd.*, p. 168.

Al respecto, pregunta García de Enterría:

“¿Cuál es la fuente del formidable poder del Tribunal Constitucional y –más grave aún– de su legitimidad democrática? El criterio de unos cuantos hombres puede prevalecer sobre lo expresado por la mayoría de la asamblea legislativa, representante directo del pueblo?”⁴¹.

La cuestión se complica si se aborda el fenómeno del *judicial activism*. Ya no se trata de discurrir acerca de la competencia formal de los jueces constitucionales sobre la legislación. Nos desviamos ahora hacia el “gobierno de los jueces” que se arrojan la competencia material de revisar la política legislativa usurpando los poderes que pertenecen al Congreso, como afirma Frankfurter.

La nación no debe tolerar, declama Berger, *“el espectáculo de un tribunal que pretende aplicar los mandatos constitucionales cuando de hecho los está revisando de acuerdo a la preferencia de una mayoría de jueces que busca imponer su voluntad a la de la nación”*⁴².

- v) La interpretación constitucional opera, en realidad, en el vacío de significado determinado del texto constitucional. En la línea de la auto-justificación de las propias decisiones, las posibilidades de abuso son infinitas.

*“La Constitución no puede ser el fundamento de la decisión sobre su propio contenido. La decisión que resuelve las dudas sobre el contenido de una determinación constitucional no puede deducirse del propio contenido dudoso. El Tribunal Constitucional en realidad completa, determina, más que aplica la Constitución. Contra el abuso de la forma legislativa se organiza el abuso de la forma judicial”*⁴³.

- vi) La Constitución contiene principios generales susceptibles de las interpretaciones más diversas. Y no solo porque sean en sí mismo amplios. También debido a que en son susceptibles de diversa intelección⁴⁴. A lo que hay que agregar su variabilidad. Todo lo cual se finiquita en una extrema incertidumbre acerca de su número y naturaleza. Sobre

⁴¹ *Ibíd.*, pp. 168 y 177.

⁴² Citado en *Ibíd.*, p. 181.

⁴³ *Ibíd.*, p. 172.

⁴⁴ La igualdad constitucional contempla, por ejemplo, diversas categorías. Y entre ellas o al interior de ellas hay significaciones incompatibles entre sí. *Vr. gr.*, Santiago Sánchez distingue entre igualdad como valor, como principio y como derecho, criticando la raíz ideológica y la formulación oscura de las dos primeras en la Constitución española. Santiago Sánchez González, *En torno a la igualdad y a la desigualdad*, en Santiago Sánchez González (coord.), *En torno a la igualdad y a la desigualdad*, Dykinson, Madrid, 2009, pp. 15-28. En *ibíd.*, pp. 27-28 critica la igualdad igualitaria como práctica y meta de los poderes públicos, mientras en la misma obra otra autora defiende dicho concepto como base de las medidas de acción positiva: María Salvador Martínez, *Las medidas de acción positiva. Principio de igualdad y derechos fundamentales*, en Santiago Sánchez, *op. cit.*, pp. 30-55, especialmente 31-36.

el tópico, García de Enterría habla de un solo gran principio, Nogueira, de muchos⁴⁵.

Es interesante constatar que García de Enterría ha formulado con agudeza las objeciones precedentes a la justicia constitucional, con abundantes citas de sus mejores exponentes. Empero, le parece que el compromiso del Tribunal Constitucional con los valores del Estado de Derecho es consubstancial a su propio diseño. Y que los métodos de interpretación constitucional pueden ser expresados en padrones objetivos y razonables que impidan la arbitrariedad. Por lo demás, la democracia rectamente entendida no se confunde con el misticismo jacobino del asambleísmo popular, sino con la protección de los derechos fundamentales de mayorías y minorías⁴⁶.

De cualquier manera, los cultivadores del derecho constitucional dan cuenta del problema que ocasionan las variables de la justicia constitucional. Y ninguno ha podido, hasta donde llegan nuestros conocimientos, hacerse cargo de la objeción central: *la falta de seguridad de que lo que dice la Constitución sea realmente lo que dice*. En este sentido, la interpretación constitucional supera en mucho la función canónica que el positivismo clásico asignó a la interpretación jurídica, anclada en el valor de la seguridad jurídica. Y desde esta perspectiva, las seis objeciones arriba mencionadas, en cuanto reflejan la propia dinámica de la jurisdicción constitucional, tienen un valor inexpugnable.

Lo anterior se confirma cuando se avalúan los métodos de interpretación constitucional o los modelos de resolución de conflicto. No hay al respecto nada estable. Son muchos los métodos y el arbitrio de escogerlos queda en manos de los jueces y de las modas intelectuales⁴⁷. Es una afirmación que no puede

⁴⁵ García de Enterría resalta la importancia del principio de interpretación conforme a la Constitución, dándole un valor amplísimo. García de Enterría, op. cit., pp. 101-127. Nogueira, quien cita al jurista español, se refiere a él como uno más entre trece, que serían los siguientes: (i) Postulado de la interpretación conforme a la Constitución; (ii) Principio de supremacía de la Constitución; (iii) Principio de la unidad de la Constitución; (iv) Principio de la fuerza normativa de la Constitución; (v) Postulado del efecto útil; (vi) Postulado de la concordancia práctica; (vii) Postulado de la eficacia integradora de la Constitución; (viii) Postulado de la corrección funcional; (ix) Postulado de la interpretación conforme al derecho internacional; (x) Postulado de primacía o prevalencia de los derechos humanos; (xi) Postulado de racionalidad y razonabilidad; (xii) Principio de proporcionalidad o prohibición del exceso; (xiii) Postulado de prudencia o interpretación previsor. Humberto Nogueira Alcalá, *Enfoques sobre interpretación constitucional y jurisdicción constitucional*, en Asociación Chilena de Derecho Constitucional, *Temas Actuales de Derecho Constitucional. Libro homenaje al Profesor Mario Verdugo Marinkovic*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2009, pp. 155-186. De suyo, la mera existencia de trece principios (¿por qué no una cifra menor o mayor?) vuelve complejísima la labor interpretativa, agudizando la subjetividad del intérprete y el alejamiento del texto constitucional como marco normativo de significado unívoco.

⁴⁶ *Ibíd.*, pp. 187-208. Ante el problema de la legitimidad democrática del Tribunal Constitucional, los esfuerzos conceptuales para arribar a una respuesta positiva son heroicos. Vid., v. gr., Luis Prieto Sanchís, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003, pp. 137-174.

⁴⁷ Un panorama sintético pero enjundioso en Soledad Bertelsen Simonetti, *Métodos de solución de conflicto entre derechos fundamentales*, Cuadernos del Tribunal Constitucional, Santiago de Chile, 2010, n° 42, pp. 13-108.

desmentirse si se mira el funcionamiento de la jurisprudencia constitucional, anclada en metodologías sucesivas no previstas, que dan cuenta de una infinidad de reglas no consensuadas, tendentes todas a disociar el texto constitucional de cualquier previsibilidad razonable.

3) Brevemente: la ilusión del Poder Constituyente.

Recapitemos lo que acabamos de decir. Tiempos del constitucionalismo débil. Los síntomas de la referida desorganización constitucional se están produciendo en todas las constituciones. Ejemplos recurrentes son la exclusión sociológica de las reglas constitucionales (Sagüés le llama “desconstitucionalización”), el declive de su función informadora a través de diversas formas de “desmontaje” constitucional (Kägy), la “desvalorización” observada hace décadas por Loewenstein, la modificación o mutación encubierta de los enunciados formales de la Constitución (lo que Hauriou identifica como “falseamiento” constitucional), el eclipse de la Constitución como sistema y la reforma constitucional recurrente como vehículo del malestar o desapego institucional. Y más específicamente, la hermenéutica constitucional, donde la seguridad jurídica ya no existe.

Sin embargo, tras el proceso constituyente de Bachelet vuelve a aparecer el voluntarismo racionalista y su siempre fracasado intento de construir la comunidad política desde cero. Como si el tiempo no hubiera dejado atrás el constitucionalismo “fuerte”. Recordemos nuevamente las palabras de la Presidenta Bachelet: *“Chile, por primera vez en su historia, tiene la oportunidad de construir una Constitución genuinamente republicana y soberana”*. ¿Por primera vez?

Cualquiera que sea la interpretación que pueda darse a las palabras de la Presidenta Bachelet, una cosa es imprescindible en estos tiempos de constitucionalismo débil: hay que oponerse al mito del Poder Constituyente. No es esto una invitación al inmovilismo. Supone, al contrario, dos ejercicios sumamente racionales: primero, reducir a su justa medida la función normativa que puede esperarse de un texto constitucional. Segundo, reconocer lo que hemos avanzado institucionalmente y en materia de derechos fundamentales, a fin de acordar la mejor respuesta del Derecho a los problemas presentes, muchos de los cuales, como el descrédito institucional que nos agobia, no tienen, por cierto, su fundamento esencial en la Constitución de 1980, sino en la falta de virtudes republicanas, en el desarraigo político que ocasiona la partitocracia, y en las malas leyes.

Cuando se anuncia una nueva Constitución que resuelva nuestros problemas institucionales se olvida que el Poder Constituyente no puede crearla tal como

se espera. Quienes así hablan, permítasenos la insistencia, actúan como si aún viviéramos en la época del constitucionalismo fuerte. Gueso error.

Recordemos que el Poder Constituyente es una categoría diseñada por el abate Sieyès en 1789, al calor de la Asamblea Constitucional francesa. En su época condensó, como ya aludimos, la más alta aspiración política del racionalismo dieciochesco: rehacer una nación desde cero por medio de normas ideales reputadas "perfectas", elaboradas por expertos intérpretes de la razón universal y de la voluntad popular. Tan expertos, que desde sus despachos formulaban recetas de gobierno y declaraciones de derechos como quien escribe recetas de cocina.

El resultado fue desastroso. Ninguna Constitución ideal se avino con el país real. Solo incertidumbre. En tan solo diez años, Francia conoció cuatro constituciones "perfectas" en el papel: la de 1791, del año I (1793), del año III (1795) y del año VIII (1799). Mientras tanto, la milenaria estabilidad política y jurídica del antiguo reino cayó por los suelos hasta el advenimiento de Napoleón, quien a su vez también estableció una constitución tras otra: la del año X (1802) y del año XII (1804), abrogadas asimismo a los pocos años. Es el precio de no respetar la Constitución histórica, como ha recordado en nuestro medio Bernardino Bravo.

Sacar a colación el proceso constitucional francés, un auténtico paradigma, no deja de ser oportuno. Hoy como ayer, el mito del Poder Constituyente tiene mucho de ilusorio. Permite iniciar el proceso de dar y quitar constituciones de papel como si la realidad pudiera contenerse dentro del léxico jurídico. Basta con imaginar el mejor de los mundos posibles, que ya cabe en la Constitución. Es lo que Gaxotte denomina la "buena república", o Derrida "la democracia para otro día". Garantizar constitucionalmente a las generaciones presentes fórmulas de buen gobierno o derechos realizables a cuenta de un futuro que nunca llega.

La Constitución puede asegurar la representación política, pero si no hay prestancia y pulcritud en los representantes el texto queda en nada. La salud puede consagrarse como derecho justiciable, pero si el país no es capaz de producir infraestructura adecuada o recursos humanos, tecnológicos y materiales suficientes, solo tendremos un bonito enunciado lingüístico. Podemos incluso hablar de educación de calidad, pero a ella no llegaremos mientras la cultura, incluso la urbanidad, vayan en retroceso.

También el Poder Constituyente se asocia a un peligro de sabor totalitario. En su tiempo, los jacobinos lo transformaron en un poder demiúrgico, un poder total, que no reconocía ni libertad ni propiedad previa. Un poder además permanente y estable destinado a poner en jaque a los poderes constituidos.

Pocos son los que hoy en día evocan esta faceta totalitaria del Poder Constituyente. Muchos la cubren evocando el consenso o la participación popular. Pero lo cierto es que no es un problema de número, sino de alcance: si realmente se cree que el Poder Constituyente es refundacional, que puede hacer tabla rasa de nuestro actual régimen de derechos y de gobierno, aun de aquellas bases que nos han llevado al desarrollo y a la posesión pacífica de libertades concretas, entonces lo único cierto, constitucionalmente hablando, es la incertidumbre. Cabría preguntarse si el país le ha dado al Poder Constituyente competencia tan desmedida.

4) Conclusión

En el debate sobre el proceso constituyente y la “nueva Constitución” hay que insistir en lo peligroso que resulta adoptar una concepción totalitaria y mesiánica del Poder Constituyente, al que se le atribuye la fortuna de producir un texto que llamamos Constitución, del que se esperaría la regeneración ideal de nuestra sociedad política y la superación primera de casi todos los problemas que nos agobian (en lo institucional, en lo garantístico y en lo “valórico”). Este poder constituyente es un mito de la época de los constitucionalismos fuertes y está condenado a producir constituciones ilusorias en sus expectativas e inciertas y engañosas en su protección jurídica.

Las constituciones son hoy algo mucho más modesto y a la vez pragmático: pactos sociales y políticos que deben asegurar la institucionalidad del país y respetar los derechos superiores de la persona humana, de las familias y asociaciones.