

El Programa de Bachelet y el deterioro del Estado de Derecho. Derechos humanos, Estado social y seguridad jurídica.

JULIO ALVEAR TÉLLEZ

Doctor en Derecho

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID.

Director de Investigación y Profesor de Derecho Constitucional

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

RESUMEN: Este trabajo explora el deterioro del Estado de Derecho en la propuesta de Nueva Constitución del Programa de Bachelet. A tales efectos se analizan tres temáticas: los derechos humanos, el Estado Social y la seguridad jurídica.

* * *

1. Introducción

El esquema de Nueva Constitución incluido en el Programa de la Presidenta Bachelet (2014-2018) hace avizorar algunos peligros para la seguridad jurídica, elemento esencial de un Estado de Derecho. Particularmente en materia de derechos humanos y de Estado social.

Como se puede prever, es conveniente elucidar algunas cuestiones previas, a fin de evitar una importante línea de objeciones que se nos podrían formular legítimamente.

En primer lugar, podría pensarse que los “derechos humanos” no pueden entrar en pugna con la seguridad jurídica, y si así ocurre, ésta debe ceder siempre ante el valor deontológico de aquellos.

En segundo lugar, cabe también la posibilidad de que la “seguridad jurídica” sea un “derecho humano”. O para ser más precisos, una de las garantías fundamentales para su efectiva realización. Sin seguridad jurídica, los derechos humanos serían solo un bonito anhelo o una simple veleidad.

En tercer lugar, podría pensarse que el valor “seguridad jurídica” es un término demasiado ambiguo como para servir de referente a los derechos humanos. O a la inversa, que los “derechos humanos” también sufren la misma afección. Al fin y al cabo, son tantos los usos, lecturas e interpretaciones de esta última

categoría que no se sabe a ciencia cierta dónde fijar sus contenidos sin una ulterior precisión, que a su vez puede ser disputada. Pues incluso el fundamento de los derechos humanos –la dignidad– recibe en esta época caótica los significados más contradictorios.

Del Estado social caben análogas problematizaciones. Término ambiguo, inseguro, difícil de asir para los efectos de un paradigma normativo.

Para evitar éstas u otras complicaciones, dividiremos este trabajo en tres partes. En la primera, abordaremos la ambigüedad de las nociones “derechos humanos” y “Estado social” en un ensayo por purificar sus significados. Posteriormente, delimitaremos la noción de “seguridad jurídica” y resaltaremos su importancia. Finalmente explicaremos por qué el Programa de Bachelet al formular propuestas en estas dos zonas termina afectando la seguridad jurídica.

2. Los “derechos humanos” como problema. Esa inhumana igualdad.

Las declaraciones modernas reconocen –como antiguamente lo hacían los fueros y estatutos particulares, aunque ahora en abstracto– bienes personales o asociativos (consagrados como derechos subjetivos o libertades básicas frente al poder estatal) o exigencias de bien común (garantizadas como derechos sociales y congéneres).

Materialmente las declaraciones de derechos humanos amparan espacios jurídicos para desenvolver legítimos derechos de la persona humana sin interferencias del Estado, y promociones públicas de cotas de bienestar que resultan ser expresiones positivizadas de “derechos” antiguamente considerados como “naturales”.

Sin embargo, hablando formalmente, las declaraciones de derechos humanos nos obligan a reconocer un problema. La formulación ambigua de este tipo de derechos ha abierto paso a la ideologización de los bienes humanos básicos. En este sentido, muchos son los estudios (sería extenso citarlos aquí) que problematizan la doctrina en uso de los derechos humanos. Existe preocupación por desvendar las ideologías que han irrigado algunas de sus concepciones, y que se manifiestan en las últimas décadas en materia de libertad, igualdad, educación, sexualidad, y tantas otras.

Centrémonos, por ejemplo, en los derechos de igualdad, en torno a los cuales existen tan deficientes formulaciones. Desde el punto de vista lógico la

“igualdad” es absurda si alguien pretende que no se distinga entre situaciones, categorías o personas que, real o lógicamente, son distintas.

Pero la medida de la igualdad es compleja. Por un lado, hay que constatar que todos los seres tenemos algo en común. Incluso entre entes tan diferentes como un hombre, un gusano o una bacteria encontramos relaciones de semejanza según la perspectiva en que nos situemos para hacer la comparación (comparación en base a la vida, a la corporeidad, etc.). Por otro lado, se ha de afirmar que lo común y lo distintivo cruza toda la estructura de los seres y del pensamiento humano, por lo que cualquier filosofía o planteamiento jurídico que pretenda reducir el mundo a uno de los dos extremos (diferencia total, igualdad absoluta) carece de realismo.

Es tan absurdo imponer diferencias arbitrarias (v. gr., exigir categoría de raza para reconocer los derechos esenciales de la persona humana) como exigir la igualdad niveladora (v. gr., no reconocer a la persona el derecho de propiedad sobre los medios de producción o impedir la educación de más alta calidad).

Lo complejo entonces no está en establecer relaciones de semejanza o semejanza, de igualdad o diferencia, sino en discernir cuál es el criterio razonable para determinar unas u otras atendido el enfoque en que nos situemos.

A este propósito y dada la ideología igualitaria que hoy se promueve en el campo del derecho por parte de ciertos sectores interesados, no es difícil incluso al legislador caer en falacias de falsa analogía al asimilar forzosamente situaciones de semejanzas no relevantes o extender la elasticidad de ciertas categorías ignorando la exigencia de diferencias relevantes. El caso característico es el denominado “matrimonio homosexual”, en donde se ignora la diferenciación y complementariedad de la estructura virilidad/feminidad.

La igualdad encuentra una aplicación significativa en el principio de no discriminación. Este no puede operar razonablemente si se exige una misma medida para dos situaciones que no son análogas, imponiendo el principio de identidad a situaciones que no corresponden. El principio de no discriminación solo tiene sentido cuando existe igualdad de semejanza sobre la base de una analogía fundada en elementos lógicamente relevantes.

La operación lógica de categorizar unos elementos en vez de otros para los efectos de su no discriminación es compleja. Supone no solo una pluralidad de cosas, seres o situaciones a reconocer y comparar, sino además un *tertius comparationis*, esto es, una base, medida o criterio de comparabilidad que siempre alude a un elemento potencial o actualmente existente en las situaciones a relacionar. Este criterio ha de ser racionalmente justificable, definido y permanente y su objeto

es atribuir una titularidad jurídica genéricamente determinada (v. gr., sobre la base del criterio de edad y otros factores de diferenciación complementarios se atribuye la pensión de viudez). El *tertius comparationis* equivale al criterio racional elegido para fundar la igualdad o desigualdad de trato en una relación específica e importa siempre una igualdad proporcional en el marco de lo que los clásicos denominaban justicia distributiva. Es lo que permite emitir un juicio de semejanza o desemejanza concreto (*trato igual, trato distinto*) de acuerdo al criterio de atribución previamente elegido.

Aquí hay algo que frecuentemente se olvida. El juicio de igualdad nunca es absoluto. Si así fuera, la igualdad se confundiría con la identidad y perdería sentido cualquier referencia de comparación real: no cabe comparar lo igual, sino lo igual en un sentido y lo distinto en otro. Por ello, el juicio de igualdad es siempre relativo: solo se refiere a un aspecto determinado –común y relevante– entre dos o más personas o situaciones, que ha sido previamente determinado como base de comparabilidad dentro de la categoría elegida.

Hay que tener, en consecuencia, mucho cuidado en la medida de la igualdad. Y en los derechos que se fundan en dicha medida. Pues no todo discurso sobre la igualdad puede estar respaldado por el derecho. La igualdad que niega las legítimas y razonables diferencias que existen entre los seres humanos, sean naturales (de inteligencia, de talento, de fuerza, etc), sean positivas (de educación, de renta, etc.), es, por principio, una igualdad antijurídica, pues es una igualdad injusta. Tan injusto es diferenciar entre iguales como igualar situaciones relevantemente diferentes¹.

Y en esta última afectación cae muchas veces el lenguaje de los derechos humanos instrumentalizado por ideologías igualitarias, sean generales, educacionales, económicas o de corte sexista. Pues una cosa es fundar ciertos derechos en la igualdad natural del hombre y otras muy distinta es articular presuntos derechos en torno a una igualdad *inventada* por éste u otro grupo de ideólogos de moda, por la que se pretende negar, destruir y sustituir la antropología humana, siempre diferenciada. Acabar, por ejemplo, con la selección en la educación, por exigencia de un pretendido derecho a la igualdad, atenta contra el sentido primigenio del desenvolvimiento cultural humano y contra la realidad de las distintas capacidades y talentos de los que están dotados los hombres.

No basta por tanto hablar de “derechos humanos” para entender que realmente estamos promoviendo y defendiendo los derechos de la persona humana. Es

¹ Sobre los absurdos lógicos de la igualdad igualitaria, ALVEAR TÉLLEZ, Julio, “*Hecha la ley, hecha la trampa: Un análisis de los errores de la legislación “antidiscriminación” (Y algunos comentarios acerca del proyecto de ley que establece medidas contra la discriminación)*” (con COVARRUBIAS, Ignacio), en *Revista Actualidad Jurídica*, Año XIII, n° 26, 2012, pp. 9-30

preciso definir el ámbito donde aplicamos este lenguaje. Pues es perfectamente posible encontrar casos en que se invocan “derechos humanos” para afectar paradójicamente bienes humanos básicos. De ahí la posibilidad planteada en este trabajo de que los “derechos humanos” atenten contra la seguridad jurídica. En materia de igualdad o libertad, ello es característico, según ejemplificaremos, en el Programa de Bachelet.

3. El Estado social como categoría ambigua.

La crisis del Estado contemporáneo ha traído como consecuencia una *defección* y un *exceso*². El Estado se caracteriza hoy por una gran inacción en asuntos propios de bien común (protección de la familia, incentivo subsidiario a la educación, garantía de seguridad ciudadana) y, por otro lado, por un grave intervencionismo o hipertrofia en sus funciones públicas, sea para controlar aspectos contingentes de la vida en común, sea para ahogar la iniciativa privada. Muchas veces utiliza para ello los instrumentos normativos del Derecho Administrativo.

Anota Pérez Luño que el tránsito del Estado liberal al Estado social de Derecho ha comportado una presencia creciente de los órganos administrativos en diferentes sectores de la sociedad civil. Pero el aumento de las consiguientes prestaciones y servicios públicos que distingue al *Welfare State* ha tenido su costo en términos de erosión del principio de legalidad, por cuanto la multiplicación de las intervenciones normativas del Estado se realiza, las más de las veces, por vía de medidas o providencias administrativas. Las clásicas “leyes formales” (*Rechtsgesetze*) se han visto reemplazadas paulatinamente por “leyes medida” (*Massnahmegesetze*)³.

El Estado social de Derecho que había legitimado su omnipresente intervencionismo en función de un ambicioso programa de bienestar y emancipación, se halla hoy desbordado por sus propios compromisos, siendo ésta una de las causas de la crisis del modelo político. La falta de respuesta estatal a las exigencias sociales o la demora con la que las más apremiantes son atendidas contribuye a crear un clima de inseguridad en la eficacia de la respuesta política a las aspiraciones y necesidades de la sociedad.

En este sentido, autores como Bobbio o Habermas han reconocido que el actual modelo político ha sido incapaz de llevar a la práctica las promesas de la moder-

² Sobre la crisis del Estado nacional, la literatura es conocida. Por todos, MANENT, Pierre, *La Raison des nations* (Paris, Gallimard, 2006) pássim y MANENT, Pierre, *Les métamorphoses de la cité* (Paris, Flammarion, 2010), pp.356-401.

³ PÉREZ LUÑO, Antonio, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución* (Madrid, Tecnos, 1990), pp. 223 ss.

nidad (de felicidad social), como sus teóricos anunciaron, y no ha respondido adecuadamente a las demandas sociales, de ahí sus enormes crisis de confianza y la tendencia a resolver los conflictos con la fuerza y no con el Derecho⁴.

El Programa de Bachelet está atrasado en este punto unos cincuenta años. Toma como panacea un modelo de Estado –el Estado social– exitoso hasta mediados de la década de los setenta en Europa, pero que hoy se encuentra en plena crisis. No solo financiera, sino de credibilidad, en parte por el peso de la excesiva estatalidad.

No niego, sin embargo, que en Chile haya que dar respuestas a las justas demandas por una mejora en las condiciones comunes de acceso y de calidad a los bienes humanos básicos: educación, salud, medicamentos, trabajo, vivienda, transporte, urbanización sustentable, etc. Solo constato que el paradigma del “Estado social” sufre hoy de muchas disfuncionalidades que sería irresponsable y ciego no considerar. Y que asumido como modelo de organización política, sin contrapesos ni rectificaciones, puede convertirse fácilmente en una amenaza para la seguridad jurídica. Tratándose del Estado, la misma mano que nos da de comer es la que nos exige intromisión, disciplina y obediencia a sus dictados.

4. La seguridad jurídica.

La “seguridad jurídica” suele ser mal entendida. En nuestro país es habitual hacerla equivalente a “seguridad del ordenamiento jurídico”, cuando en realidad el acento se dirige a la seguridad de la persona y de la sociedad, respecto de la cuales la seguridad del ordenamiento jurídico tiene solo carácter instrumental.

Este aserto puede verificarse al examinar la base latina del término “seguridad”. En efecto, “*securitas*” evoca la necesidad que tiene cada ser de cuidarse a sí mismo. Pero la tarea, a la vez tan simple y tan compleja, de “*cuidarse*” (cuidado en el ser y en el obrar) lleva la necesidad de una ulterior precisión. Tratándose del ser humano, que vive en sociedad, requerimos saber *de qué* o *de quién* nos hemos de cuidar y *a quién* vamos a atribuir la función primordial o subsidiaria de protección.

Por su parte, el adjetivo “*securus*” denota la condición de vivir “sin temor” o “despreocupado”. El Diccionario de la Real Academia Española lo define como lo “*libre y exento de todo peligro, daño o riesgo*”, o como lo “*cierto, indubitable y en cierta manera infalible*”, y como equivalente a “*certeza, seguridad, confianza*”.

⁴ BOBBIO, Norberto, “*La crisis de la democracia y la lección de los clásicos*”, en AA.VV., *Crisis de la Democracia* (Barcelona, Ariel, 1985), pp. 13 ss. y HABERMAS, Jürgen, “*La modernidad: un proyecto inacabado*”, en *Ensayos políticos* (Barcelona, Península, 1988), pp. 279 ss.

La definición antecedente de la RAE es susceptible de una amplísima aplicación. De hecho, en el lenguaje coloquial se utiliza la palabra “seguridad” de una manera difusa para un sinúmero de actividades que connotan esa cualidad negativa de “*estar exento de daño o riesgo*” o ese aspecto más positivo de “*certeza*” respecto del futuro.

En términos de una reacción activa de defensa, se ha proyectado la seguridad a diversos géneros de operación: seguridad nacional, seguridad pública, seguridad ciudadana, seguridad urbana, incluso seguridad en la red.

Antonio-Enrique Pérez Luño, en su estudio sobre la seguridad jurídica, constata las múltiples y heterogéneas facetas del vocablo: seguridad personal, seguridad ciudadana, seguridad del empleo, seguridad en el trabajo, seguridad social, seguridad del tráfico negocial, etc.⁵

La noción científica de seguridad jurídica, sobre cuya delimitación existen serias discrepancias, ha conservado a lo largo del tiempo, un núcleo de común acuerdo. Los autores que se han dedicado con detención a su análisis suelen distinguir en ella una dimensión objetiva y otra subjetiva. En el Derecho anglosajón se reserva, a veces, el término *legal security* o *public safety* para indicar la primera, y *certainty of law* para señalar la segunda. En el Derecho italiano se prefiere hablar en general de “*certezza del diritto*” para abarcar ambos elementos, al igual que en el Derecho germano que los expresa con el vocablo “*Rechtssicherheit*”.

Desde el punto de vista técnico, el principal desafío de la conceptualización de la seguridad se ha verificado en la ardua tarea de concretar con un nivel de precisión suficiente sus elementos integrantes necesarios⁶.

Gustav Radbruch destaca, entre otros elementos, la necesidad de que el Derecho positivo sea *estable*⁷. Fuller, junto a la estabilidad, recalca la *claridad* en la formulación del contenido de las normas⁸. El profesor Guzmán Brito prefiere hablar de *univocidad* de las normas, que suman claridad, precisión e inteligencia, evitando controversias de interpretación, que operan como si multiplicaran las normas para un mismo caso⁹. Nuestro Jorge Millas adiciona la existencia de normas de configuración de lo lícito y de lo ilícito¹⁰.

⁵ PÉREZ-LUÑO, Antonio-Enrique, *La Seguridad Jurídica* (Barcelona, Ariel, 1991) p. 7.

⁶ Un estudio de todos estos elementos en ALVEAR TÉLLEZ, Julio, “*El concepto de seguridad jurídica y su deterioro en el Derecho Público chileno*”, en *Revista Actualidad Jurídica*, Año VIII; n° 16, 2007, pp. 143-170.

⁷ RADBRUCH, G., *Introducción a la Filosofía del Derecho* (México, Fondo de Cultura Económica, 1965) pp. 40-41.

⁸ FULLER, L., *La moral de derecho* (México, Trillas, 1967) p. 43.

⁹ GUZMÁN BRITO, Alejandro, “*La seguridad y la ciencia jurídica a través de la historia del Derecho*”, in *Derecho y Seguridad Jurídica*, Colección Seminarios N° 6, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 1983, p. 56.

¹⁰ MILLAS, Jorge, *Filosofía del Derecho* (Santiago, Editorial Universitaria, 1961) p. 246.

Esta dimensión de la seguridad jurídica en la que destaca la estabilidad, la claridad y la prefiguración puede ser traducida, como hace Perez Luño, en las clásicas *lege manifesta, lege promulgata, lege previa y lege perpetua*¹¹.

a) *Lege manifesta*. Las normas que componen el ordenamiento jurídico, incluida la que formulan derechos fundamentales, deben ser comprensibles, y han de evitar las expresiones ambiguas, equívocas u oscuras. La claridad normativa requiere “una tipificación unívoca de los supuestos de hecho que evite, en lo posible, el abuso de los conceptos vagos e indeterminados, así como una delimitación precisa de las consecuencias jurídicas. Con ello se evita la excesiva discrecionalidad de los órganos encargados de la aplicación del Derecho”¹².

Este requisito, en realidad, es un elemento consecuencial a una cualidad imprescindible de toda norma, incluida la que enuncia derechos humanos: la racionalidad. Según la famosa definición de Santo Tomás, toda ley (hoy diríamos, toda norma general autoritativa) es una *ordinatio rationis*, una ordenación de la razón.¹³ Una norma irracional es un desorden, un elemento espurio del sistema jurídico, que modernamente, vía consideración de arbitrariedad, difícilmente podría pasar el test de constitucionalidad. Una norma irracional no es propiamente ley jurídica, sino más bien violencia: “*non habet rationem legis, sed magis violentiae*”¹⁴.

Pero hay que tener cuidado con la noción de “irracional”. Una norma jurídica no es irracional solo porque sea defectuosa, discutible o insuficiente en razón de su fin. También adquiere tal carácter cuando es contraria a la razón, es decir, cuando es *torpe* (notoriamente inmoral o injusta), *perniciosa* (contraria al bien común, por el alto grado de inadecuación a la realidad social) e *imperita* (cuando debiendo asumir reglas propias de un arte o técnica no lo hace o lo hace distorsionadamente)¹⁵. Obviamente es irracional asimismo cuando la norma es *ilógica, contradictoria o absurda*.

Por otro lado, la insuficiencia en el uso del lenguaje normativo se opone también a la seguridad jurídica en la medida en que hace de la interpretación jurídica una operación extremadamente problemática. De ahí que San Isidoro de Sevilla enunciara como requisito esencial de la norma jurídica el que sea clara (*manifesta quoque*) para que a nadie induzca a error por su oscuridad (*ne*

¹¹ PÉREZ-LUÑO, Antonio-Enrique, *La Seguridad Jurídica* (Barcelona, Ariel, 1991) pp. 24-26.

¹² PÉREZ-LUÑO, Antonio-Enrique, *La Seguridad Jurídica* (Barcelona, Ariel, 1991) p. 24.

¹³ TOMÁS DE AQUINO, Santo, *Suma Teológica* I-II, q.90, a.4.

¹⁴ TOMÁS DE AQUINO, Santo, *Suma Teológica* I-II, q.93 a.3 ad.2.

¹⁵ HERVADA, Javier, *Lecciones propedéuticas de Filosofía del Derecho* (Pamplona, Eunsa, 1992) pp. 363-369. Esta clasificación de Hervada la presentamos meramente con fines introductorios, pues no nos parece del todo clara. Lo pernicioso y lo torpe puede quedar incluido en una noción más amplia, la de norma injusta, la que a su vez comprende varias especies. Sobre la ley injusta, Santo Tomás, *Suma Teológica* I-II, q.93, a.3 y q.95, a.2.

aliquid per obscuritatem in captione contineat)¹⁶. Las normas han de ser “*chiare e precise*”, como decía Beccaria.

Carlos Santiago Nino ha tipificado, siguiendo a Ross y a Hart, algunos de los problemas de interpretación del lenguaje jurídico más notorios:

- i) Ambigüedades semánticas, que van desde la homonimia accidental hasta la distinta significación producida por el uso metafórico de una palabra.
- ii) Imprecisiones, que incluyen desde la simple vaguedad hasta las palabras de textura abierta.
- iii) La carga emotiva del lenguaje.
- iv) La fuerza de las oraciones.
- v) Las dificultades en la promulgación de las normas¹⁷

b) *Lege promulgata*. Es un principio de viejo abolengo. El príncipe de la escolástica española, Francisco Suárez S.J., nos legó una de sus más célebres traducciones: “*lex est commune praeceptum, justum ac stabile, sufficienter promulgatum*”. Con ello quiso decir que no basta que la ley contenga normas jurídicas generales, justas y estables, sino también ha de ser objeto de suficiente promulgación, a fin de que su existencia vinculante sea constatada formalmente por la autoridad pública, e intimada a través de signos sensibles a los ciudadanos, con el objeto de que sea convenientemente conocida y obedecida¹⁸. El profesor Eduardo Soto Kloss llama a esta faceta “*seguridad jurídica/certeza o seguridad jurídica/conocimiento*” y la define como “*la posibilidad de conocimiento cierto por parte de los destinatarios del ordenamiento jurídico de las normas que lo configuran, y de los derechos y obligaciones que derivan de las relaciones jurídicas que tales normas crean, modifican o extinguen*”¹⁹.

c) *Lege previa*. Es fundamental que las normas prescriban en orden a las conductas futuras, de tal manera que los ciudadanos conozcan de antemano las consecuencias jurídicas de sus actos y las calificaciones jurídicas de la ley.

La previsibilidad de las leyes, junto a la prefijación de las conductas normadas, ha sido una de las premisas básicas del Estado moderno²⁰. Certeza jurídica, información, previsibilidad de las consecuencias jurídicas y libertad de acción formarían así una secuencia. El profesor Soto Kloss habla a este propósito de la “*seguridad/intangibilidad*” que define como “*el respeto total y cabal de los efectos*

¹⁶ ISIDORO DE SEVILLA, San, *Etymologiae* V, XXI, 1.

¹⁷ NINO, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del Derecho* (Barcelona, Ariel, 1987) pp. 259-272.

¹⁸ SUÁREZ, Francisco S.J., *Tractatus de Legibus ac de Deo Legislatore*, Libro I, Cap.12, 2. Vid. también Libro I, Cap. 11 y Libro III Caps. 15 y 16.

¹⁹ SOTO KLOSS, Eduardo, “*Seguridad jurídica e interpretación en el Derecho Público Chileno*”, in *Derecho y Seguridad Jurídica*, Colección Seminarios N° 6, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 1983, p. 94.

²⁰ PÉREZ-LUÑO, Antonio, op. cit., p. 25.

jurídicos adquiridos en virtud de título válido (ley, acto unilateral o convención), o de los derechos fundamentales reconocidos y garantizados por la Constitución"²¹.

d) *Lege perpetua*, es decir, la estabilidad del Derecho, lo que es presupuesto básico para generar confianza en su contenido. Innumerables instituciones se relacionan con esta cualidad: los derechos adquiridos, la irretroactividad, la cosa juzgada, etc. En nuestro medio, el profesor Soto Kloss habla de "*seguridad/permanencia*" o "*seguridad/estabilidad*", y la define como "*la permanencia o estabilidad de las normas jurídicas que integran el ordenamiento y sobre todo de los efectos jurídicos que de ellas derivan o se siguen*"²².

El conjunto de cualidades precedentes proyectadas al Derecho Público da como resultado la certeza jurídica, que es la convicción que tienen los ciudadanos de que el sistema jurídico tutela sus derechos de un modo eficaz en las diversas áreas normativas, y en el evento de que éstos sean amenazados o violados, el imperio del Derecho será restablecido del modo preestablecido por el mismo sistema. De esta manera, la proyección sobre las conductas futuras en torno a los límites de lo permitido, prohibido e imperado es un motivo razonable para determinar libremente la propia conducta en sociedad.

Lo ideal es que a la seguridad objetiva corresponda la seguridad subjetiva, a través de un proceso normal de mediación institucional. Sin embargo, puede suceder que diversos factores vengán a establecer una solución de continuidad entre estas dos facetas de la seguridad. Un país, por ejemplo, puede consagrar de manera suficiente los derechos fundamentales, pero estos pueden resultar deturpados en la práctica por las autoridades políticas o judiciales (por ejemplo, mediante interpretaciones elusivas, restrictivas o tergiversadoras). O más aún, los mismos derechos pueden ser formulados de manera confusa o ambigua en textos normativos, a fin de ser operados ulteriormente por una minoría en el poder, en función de ideologías que resulten perjudiciales para los bienes humanos básicos.

5. Programa de Bachelet: peligros en derechos humanos, Estado social y seguridad jurídica.

El Programa de Gobierno de la Presidenta Michelle Bachelet (2014-2018)²³ tiene zonas oscuras, peligrosas. Mucho habría que decir sobre la Reforma

²¹ SOTO KLOSS, Eduardo, "*Seguridad jurídica e interpretación en el Derecho Público Chileno*", in *Derecho y Seguridad Jurídica*, Colección Seminarios N° 6, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 1983, p. 96.

²² SOTO KLOSS, Eduardo, "*Seguridad jurídica e interpretación en el Derecho Público Chileno*", in *Derecho y Seguridad Jurídica*, Colección Seminarios N° 6, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 1983, p. 95.

²³ PROGRAMA DE GOBIERNO DE MICHELLE BACHELET (2014-2018), Octubre 2013.

Educacional (pp. 16-21) y la Reforma Tributaria (en sus ideas primigenias, pp. 24-27). Pero ya han sido objeto de ingentes análisis en el debate nacional. En este trabajo nos centraremos en la propuesta de Nueva Constitución (pp. 30-35). No como proyecto general de cambio, sobre el que existen importantes contribuciones. Sino, más particularmente, en tres materias que pocos se han atrevido a enfrentar: derechos humanos, Estado social y seguridad jurídica.

I. En el ámbito de los derechos humanos, queremos destacar cinco problemas:

5.1) En cuanto a su estructura conceptual, hay una peligrosa inclusión del estándar internacional de los derechos humanos como referente último de significación y aplicación. Dice el Programa de Bachelet:

*“La Carta Fundamental debe reconocer el **máximo valor** a los principios y convenciones internacionales que reconocen los derechos de la persona humana. Es deber de los órganos del Estado respetar, promover y asegurar, en todos sus niveles de protección, el pleno ejercicio de los derechos humanos, propendiendo a su **progresividad, expansividad y óptima realización posible**”²⁴.*

*“El catálogo de derechos que debe reconocer la nueva Constitución Política deberá sustentarse básicamente en el desarrollo de las normas y principios consagrados en las **declaraciones** y convenciones de derechos humanos establecidos en el ámbito internacional”²⁵.*

Reconocer el “máximo valor” a los principios y convenciones internacionales de derechos humanos abre las puertas para una riesgosa aplicación: que el sistema constitucional de los derechos humanos quede subordinado al sistema internacional sin las mediaciones de peculiaridad cultural, de tradición republicana y de deferencia interpretativa propias de un Estado soberano.

Este “máximo valor” incluye el desarrollo no solo de las convenciones de derechos humanos, sino también de las “declaraciones”, y con la conocida cláusula de progresividad, que impone al Estado el deber de dilatar su realización. En su conjunto, existe aquí el riesgo de perder la posibilidad de modulación aplicativa y de control interpretativo del derecho internacional de los derechos humanos de cara a nuestra realidad nacional.

Traspassando los límites de lo jurídico, este modelo permite la explotación política de la doctrina de los derechos del hombre, particularmente en lo que se refiere a la Convención Americana de Derechos Humanos. Conocida es la unilateralidad

²⁴ PROGRAMA p.30.

²⁵ PROGRAMA pp. 30-31.

con que la Corte Interamericana de Derechos Humanos maneja la interpretación de dicho instrumento en función del avance del “progresismo jurídico” en muy diversas materias (derecho a la vida, ideología de género, aborto, libertad de expresión, propiedad privada)²⁶. El cuadro que se retrata a futuro no puede ser más perjudicial: que la interpretación de los derechos fundamentales quede capturada por un grupo de jueces extranjeros, representativos de un solo sector de la sociedad, que impone a los demás su propia visión del hombre y de la sociedad.

5.2) En cuanto a los derechos de libertad, se incluye, por primera vez, la matriz, en apariencia tan halagüeña, de la autonomía moral de las personas y el libre desarrollo de la personalidad:

“La Nueva Constitución Política debiera basarse por consiguiente en los valores de la dignidad de la persona; de la libertad, de la igualdad y de la solidaridad; estableciendo en plenitud un sistema democrático que reconozca el pluralismo propio de las sociedades democráticas modernas y, con ello, la autonomía moral de las personas y su libre desarrollo de la personalidad”²⁷.

Las dos últimas categorías han sido aplicadas por la Corte Constitucional Colombiana para favorecer el consumo “mínimo” de narcóticos, la eutanasia y el aborto, eludiendo incluso la letra del texto constitucional²⁸.

Y es que “autonomía moral de las personas” y “libre desarrollo de la personalidad” suelen hacerse equivalentes no a la libertad de la persona humana, sujeto encarnado y finito, sino a una poderosa y sugerente imagen: la de la emancipación del individuo de toda norma, bien o deuda no creada por el propio consentimiento (real o supuesto). Con ello se asimila la libertad, de vertiente tan profunda, a la pura, simple y exterior *libertad negativa*.

El peligro de estas dos categorías es que permite al lenguaje de los derechos humanos proclamar en abstracto espacios declamatorios cada vez más amplios para la *libertad negativa*, prescindiendo de las realidades previas que sustentan, delimitan y hacen posible la libertad humana, en el ámbito político y jurídico. Se cae así en una visión mitológica de la libertad jurídica, dado que ésta, en cuanto facultad, no puede, de *iure*, tejerse fuera del ámbito de las relaciones y deberes externos y concretos que la van vinculando a hechos o realidades objetivas.

²⁶ Algunos casos ejemplares sobre la parcialidad e ideologización de la Corte: FERRER, Alvaro, DOMINGUEZ, Carmen, ROMERO, Alejandro, BUSTAMANTE, Reynaldo, *Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Atala Riffo y niñas vs. Chile: razones para afirmar la nulidad del proceso y la sentencia*, en *Derecho Público Iberoamericano*, Año I, N°1, octubre 2012, pp.201-239; PAÚL, Alvaro, *La Corte Interamericana in vitro: comentarios sobre un proceso de toma de decisiones a propósito del caso Artavia*, en *Derecho Público Iberoamericano*, Año I, N°2, abril 2013, pp. 303-345.

²⁷ PROGRAMA p. 30.

²⁸ ORDOÑEZ, Alejandro, “Personalismo, libre desarrollo de la personalidad y disolución del bien común”, en *Verbo* (Madrid) Año L n° 509-510, noviembre-diciembre 2012, pp. 753-778.

Una ajustada aplicación de esta concepción de libertad se encuentra en los llamados “derechos sexuales”. Dice el programa de Bachelet:

“Derechos sexuales y reproductivos. *El derecho a la identidad sexual, la orientación sexual y los derechos sexuales y reproductivos de las personas*”²⁹.

Ya se sabe cuán próximo es el paradigma de los derechos reproductivos al aborto. Queremos apuntar aquí a lo más conceptual: este tipo de derechos se funda en un subjetivismo que se desvincula de la realidad para los efectos de la exigibilidad jurídica, y convierte la voluntad propia en padrón exclusivo del derecho. Su potencial nihilista es clarísimo para las instituciones jurídicas más estables ligadas al matrimonio y a la familia.

Al respecto, anota Vicente Verdú: *“Antes se decía la verdad os hará libres, pero en estos tiempos se ha visto que ella ata. Habitamos un reino donde convalidada la verdad con la falsificación, la especulación pasa a ser un natural modo de vida. El sexo ahora se transforma en género. Antes se hablaba de sexo masculino y de sexo femenino como polos de definición, hoy bajo el reino del género pueden entrar todos los grados y mixturas hasta parecer de poco gusto caracterizar a alguien de hombre/hombre y mujer/mujer. El título se crea imaginativamente sin que exista una realidad anterior. Todos seríamos fusiones, creaciones culturales, construcciones permeables, propensas a la mixtura y a la transfiguración”*³⁰.

Ya nos hemos referido en otro trabajo a la ideología de género³¹. Precisemos aquí que esta doctrina fue adoptada –al igual que el aborto– como una especie de norma política mundial por la Conferencia de las Naciones Unidas de Pekín el año 1995, bajo la fórmula de *perspectiva del género o de igualdad de sexos*³². Su potencial disolutorio es inmenso, pues pretende imponer la deconstrucción de las identidades naturales del sexo biológico, psicológico, y sociológico. Todas las diferencias asignadas a los “roles” bipolares deben desaparecer por discriminatorias (varón-mujer, niño-niña, madre-padre, marido-esposa, etc.).

5.3) Los derechos de igualdad. Ya nos han aparecido en el punto anterior, vinculados paradójicamente al desenvolvimiento de la libertad. En el Programa de Bachelet también se trata a la igualdad como un “derecho” a nivelar hacia abajo o como un derecho a tratar las diferencias complementarias como si

²⁹ PROGRAMA p. 32.

³⁰ VERDÚ, Vicente, *El capitalismo funeral* (Barcelona, Anagrama, 2009) pp. 32-33.

³¹ ALVEAR TÉLLEZ, Julio, “La sentencia de la CIDH en el caso Atala: Una iniciativa para el adoctrinamiento en ideologías radicales. Notas breves a la sentencia del 24 de febrero del 2012”, en *Revista Actualidad Jurídica*, Año XIII, n° 26, 2012, pp. 577-587.

³² Un análisis de las técnicas de difusión y del perfil ideológico de los “consensos” de las conferencias de Naciones Unidas en la materia, PEETERS, Marguerite A., *Los “expertos” de la ONU imponen su ley* (Madrid, Rialp, 2011) y ROCCELLA, Eugenia; SCARAFFIA, Lucetta, *Contro il cristianesimo. L’ONU e l’Unione Europea come nuova ideología* (Piemme, Casale Monferrato, 2005).

fueran unidades idénticas. En estos dos ámbitos, se encara el problema de la igualdad mediante la intromisión activa del Estado.

En este punto, el Programa es bastante radical. Veamos lo que establece en materia de familia:

*“La mujer y el hombre gozan de los mismos derechos y el Estado debe promover la realización efectiva y real de la igualdad de derechos. Se debe promover la igualdad de derechos y obligaciones entre mujeres y hombres dentro de la familia en relación con las tareas domésticas y el cuidado de los hijos e hijas. La **acción permanente del Estado debe instar a la modificación de los patrones socioculturales de conducta que mantienen estereotipos, prejuicios y prácticas** basadas en la idea de inferioridad o superioridad de algunos de los sexos.*

Las medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre hombres y mujeres no se considerarán discriminación arbitraria”³³.

Que el Estado se arroge la competencia para “promover la realización efectiva y real de la igualdad de derechos” al interior de la familia es un exceso, digamos funcional. La familia precede al Estado y sus finalidades las posee independientemente de lo que éste decida. Por otra parte, la composición de la familia se articula sobre la base de la complementariedad, no de la identidad. Femenino-masculino son los dos modos en que el ser humano compone su personalidad desde el orden ontológico sexual, que no está marcado solo por lo genital, sino también por lo biológico, psicológico, temperamental y cultural. En razón de la complementariedad de lo femenino-viril nacen los distintos oficios que asumen –en situación modélica– esposa/esposo, padre/madre, hijo/hija. En este punto, debe negarse de entrada la supuesta potestad del Estado para inmiscuirse en la conformación natural de la familia, según lo que el Poder político venga a entender por “igualdad” y “desigualdad”.

A mayor abundamiento, es un grave abuso de poder consagrar “la acción permanente del Estado” para “instar a la modificación de los patrones socioculturales de conducta que mantienen estereotipos, prejuicios y prácticas” en materia de igualdad. Quienes gobiernan el Estado no tienen derecho alguno a imponer padrones socio-culturales a la población. En la teoría democrática que los autores del programa dicen profesar, es el Estado quien representa al pueblo a través de sus gobernantes y no a la inversa. Además, desde el ángulo del Poder constituyente, tan invocado por los diseñadores de este bosquejo constitucional, el Estado no ha recibido ni puede recibir el mandato para convertirse en tutor de la población.

³³ PROGRAMA, p.31

5.4) Los derechos económicos. Sobre la propiedad privada y la libertad económica, el Programa afirma lo siguiente:

*“La Nueva Constitución junto con reconocer el derecho a la propiedad privada, debiera contemplar la idea de que la propiedad obliga y que su uso debe servir al mismo tiempo al bien común. En esa línea, se requiere **reconocer que la función social** del derecho a la propiedad privada y a la herencia **delimitará su contenido, de conformidad a la ley**”³⁴.*

*“Se debe garantizar la libre iniciativa económica privada, **con las limitaciones establecidas en la ley**”³⁵.*

La mención a la función social parece tramposa, pues en el presente régimen constitucional ya está consagrada. ¿Por qué reformularla de nuevo? Simplemente porque el Programa de Bachelet profesa una filosofía de la sospecha respecto de la propiedad. De ahí que la diferencia entre el actual estatuto del artículo 19 n° 24 y el que se nos propone redunde en perjuicio de aquella.

En efecto, en el actual sistema la función social no queda entregada al albur del legislador. El constituyente ha tipificado cinco criterios para delimitar su alcance (cuanto exijan los intereses generales de la nación, la seguridad nacional, la utilidad y salubridad pública y la conservación del patrimonio ambiental). El legislador está sujeto entonces al control constitucional de realización de estos criterios si pretende ejercer la operativa limitadora de la función social. Nada de esto ocurre en la actual propuesta. La función social aparece como una opción más del legislador. De un legislador ordinario, desprovisto de cualificación de quórum. Por simple mayoría se puede limitar la propiedad privada en razón de una función social peligrosamente genérica.

Análogas consideraciones hay que hacer respecto de la libertad económica. En el actual régimen constitucional las limitaciones aparecen como regulaciones legales acordes con la naturaleza de cada actividad económica. La propuesta del Programa de Bachelet es más abierta. La lectura del texto lleva a creer que la limitación legal se desobjetiviza, haciendo posible eventualmente el criterio de la sola voluntad del legislador.

5.5) El “Estado laico”. El Estado laico suele ser presentado por la cultura política contemporánea como algo en extremo positivo, en función del reconocimiento de la libertad de conciencia, de creencias y de religión. Históricamente, sin embargo, se percibe todo lo contrario. El Estado moderno ha sido la construcción de poder más gigantesca que ha conocido la historia. Y para

³⁴ PROGRAMA p.32.

³⁵ PROGRAMA p.32.

consolidar ese poder necesitaba domesticar y someter a la autoridad espiritual o moral que le hacía de contrapeso. En los países católicos, esa autoridad era representada por la Iglesia. De ahí que, a partir de la Revolución Francesa, el Estado nacional y soberano tendiera a reivindicar el laicismo en la vida pública, en las leyes, en la educación y en los símbolos históricos. El Estado requería dominar el poder moral y simbólico de los ciudadanos para alcanzar la última y definitiva etapa de su omnipotencia, ahora en la dimensión ética y simbólica. Curiosamente, es este último elemento el más sujeto a la crisis por la que hoy atraviesa el Estado moderno en la textura de la posmodernidad o tardo-modernidad, según se quiera.

El Programa de Bachelet escamotea esta problemática. Y plantea la consolidación del Estado laico propio de otras épocas. Como si necesitáramos la configuración de un Estado total, dueño de la moral (a través del control de la educación) y de la historia (a través del control de los símbolos referenciales).

Dice el documento:

*“La Nueva Constitución, junto con reafirmar la separación entre el Estado y las Iglesias, y la **neutralidad del Estado frente a la religión**, con el pleno respeto por las creencias religiosas y éticas de las personas, y la práctica del culto; **garantizará la igualdad entre las distintas confesiones religiosas**.*

*Asimismo, deberán **suprimirse** de la ley y de las reglamentaciones relativas a poderes del Estado **toda referencia a juramentos, libros o símbolos de índole religiosa**”³⁶.*

*“Una **Constitución laica y pluralista** debe garantizar a todos el derecho a la libertad de conciencia y a la libertad de cultos **con igualdad de tratos para todas las iglesias**”³⁷.*

La reivindicada “neutralidad del Estado frente a la religión” no existe. Por dos razones. La primera, de orden conceptual. Definirse como neutral en la materia significa adoptar una posición con un cierto contenido religioso o irreligioso. Puede ser neutralidad como *no reconocimiento* de una religión, como *no conocimiento* (agnosticismo), como *neutralización* (agnosticismo militante) o como *negación pragmática* de su existencia (ateísmo práctico). En todos los casos, el Estado no es neutral.

La segunda razón es de naturaleza histórica. Chile, como todos los países hispanoamericanos, no ha profesado ni profesa cualquier “religión” en abstracto, sino

³⁶ PROGRAMA p. 34.

³⁷ PROGRAMA p. 31.

el cristianismo. Quiérase o no, Chile es una sociedad mayoritariamente cristiana. La reivindicación de un Estado laico, que prohíbe la referencia pública a libros, símbolos o juramentos religiosos, supone un desajuste entre la organización político-jurídica de una nación y su conformación religioso-sociológica. Los menos –los que no adhieren al cristianismo– imponen desde el poder su visión atea o agnóstica a los más. No hay nada menos neutral que esta operación.

Asimismo, la “igualdad de trato” respecto de las “iglesias”, además de ignorancia del lenguaje de las ciencias eclesiásticas (“iglesia” no es lo mismo que “culto” o “confesión”) busca dañar la situación histórica y sociológica de la Iglesia Católica, así como de las confesiones protestantes mayoritarias y consolidadas. No se puede tratar a la Iglesia, que levantó toda una civilización también en nuestro país, de igual manera que la más extravagante y novel confesión religiosa que se empuja en la espalda de la ley de libertad religiosa. El papel sociológico e histórico de una religión (dejamos de lado el papel veritativo por no ser este el lugar para entrar en la cuestión) hacen parte de una justa “igualdad de trato”, como sucede, por ejemplo, en el régimen constitucional alemán o español.

5.6) Derechos sociales y colectivos. Los analizaremos a propósito del Estado social.

II. Sobre el Estado social destacamos seis aspectos:

Al Estado social el Programa de Bachelet dedica sendos párrafos en distintos lugares. Lo hace directamente, a propósito de la garantía de los derechos sociales, económicos, culturales y colectivos, o de los derechos de participación.

Lo ordenaremos de la manera siguiente:

a) Noción de Estado social: *“En la Constitución Política se deberá reconocer bajo esta cláusula que el Estado no sólo es un sistema de potestades, sino un conjunto de deberes de “buen Gobierno” y **de satisfacción de necesidades públicas** que son consustanciales a la legitimidad misma del Estado y del Poder. Se funda en la dignidad, libertad e igualdad de las personas, así como los **principios participativo, pluralista y de solidaridad**”.*

*“Se trata, ante todo, el Estado social de un Estado de Derecho, fundado en el principio de legalidad y en el respeto de derechos fundamentales, de suerte que la fuente y medida de toda autoridad sea el Derecho mismo. El Estado social es un Estado democrático, en que el poder electoral reside en el pueblo y su ejercicio se verifica en el poder a través de instituciones, procedimientos y **técnicas representativas y participativas**”.*

*“Finalmente, el Estado social es un **Estado de garantías**, que protege el goce efectivo de derechos económicos, sociales y culturales”³⁸.*

b) Estado social y su relación con el reconocimiento de los derechos sociales: *“La Nueva Constitución deberá consagrar un Estado social y democrático de derecho, **que asume los derechos económicos, sociales y culturales** como verdaderas obligaciones de la actividad estatal, para **asegurar mínimos de igualdad social** para un disfrute efectivo de todos los derechos”³⁹.*

*“Corresponde también al Estado garantizar el derecho a la **educación, al trabajo, a la vivienda, a la protección de la salud, a la seguridad social, el derecho de las personas con discapacidad y de la tercera edad, el derecho al goce del medio ambiente libre de contaminación**. Se reconoce el **derecho a la cultura**, entendido tanto como el derecho a bienes culturales como al patrimonio cultural. El Estado deberá promover la ciencia y la investigación científica y técnica en beneficio del interés nacional”⁴⁰.*

c) Derechos de participación política y social: *“La Nueva Constitución debe garantizar el **derecho a la participación política y social** en las diferentes áreas de la vida nacional como garantía del orden político e institucional y como derecho incluyente de los **grupos históricamente excluidos** de los espacios de toma de decisiones públicas”⁴¹.*

d) Derechos colectivos: *“Chile, en cuanto nación, es indivisible y pluricultural. Chile incluye a los **pueblos indígenas**, quienes gozan de identidad y cultura propia”.*

*“Los **derechos colectivos** se relacionan con el medio en que viven estos pueblos y en el uso de sus recursos, y el derecho a conservar, desarrollar y fortalecer su identidad, lengua, instituciones y tradiciones sociales y culturales”⁴².*

e) Deber de no ser individualista: *“En materia de deberes constitucionales, la Nueva Constitución debe hacerse eco de la fórmula de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, que sitúa a las personas y sus grupos no sólo frente al Estado, sino frente a la comunidad en que viven, de suerte **que los deberes superen concepciones individualistas** que niegan la necesidad de la cooperación y la solidaridad social”⁴³.*

³⁸ PROGRAMA p. 33

³⁹ PROGRAMA p. 32.

⁴⁰ PROGRAMA p. 33.

⁴¹ PROGRAMA p. 32

⁴² PROGRAMA p. 32

⁴³ PROGRAMA p. 33

f) Tribunal Constitucional. *“La Nueva Constitución debe hacerse cargo de que el Tribunal Constitucional es una institución contra mayoritaria, pues tiene el poder de contrarrestar (sic) decisiones democráticas”.*

“Para ello, se propone una nueva generación del Tribunal Constitucional desde los poderes públicos democráticos, sin injerencia de la Corte Suprema, en número impar, eliminando el voto dirimente o de calidad de su Presidente”.

“Con la finalidad de racionalizar el rol contra mayoritario del Tribunal, se requiere reordenar sus competencias, fortaleciendo su comprensión como tribunal, resolviendo conflictos, por lo que se hace imperioso suprimir las competencias de control preventivo de constitucionalidad de normas, tanto del control preventivo obligatorio como facultativo. Asimismo, el Tribunal Constitucional tendrá una nueva competencia consultiva para, a petición de cualquiera de las cámaras, examinar la necesidad de adecuación del derecho interno con motivo de la aprobación parlamentaria de tratados internacionales de derechos humanos”⁴⁴.

Exploremos los textos precedentes punto por punto:

a) Noción de Estado social. Definir al Estado no solo como “sistema de potestades”, sino también por su finalidad de “buen gobierno” y de “satisfacción de las necesidades públicas” es propio de una cosmovisión política pre-positivista. En el derecho indiano, por ejemplo, el “buen gobierno” era un padrón efectivo de legitimidad del poder, particularmente cuando el poder político asumió la satisfacción activa de las necesidades de la comunidad. La referencia es bastante interesante a este título, y refleja hasta qué punto la crisis del Estado contemporáneo ha hecho mella incluso en los círculos más cercanos a la Nueva Mayoría.

Resulta, sin embargo, del todo incoherente con la visión anterior que el Estado pretenda hacer un “buen gobierno” satisfaciendo las “necesidades públicas” con los solos principios “participativo, pluralista y de solidaridad”. Con lo que se quiere decir que el Estado no entregará primariamente a los ciudadanos la tarea de asumir dicha satisfacción. Pues si es verdad que estos principios están bien formulados, también lo es que deban ser coordinados y encausados por la subsidiariedad, de la que hay nula mención.

Es desde el Poder, y solo con él y en él, que el Programa de Bachelet busca satisfacer las necesidades públicas. La participación se da, en consecuencia, solo por decisión de arriba, no por necesidad de abajo. De ahí que la asunción de “técnicas participativas”, además de las “representativas”, en la gestión del

⁴⁴ PROGRAMA pp. 34-35.

poder, tengan en realidad, un alcance muy limitado. Se trata, por así decirlo, de una participación “oficial”, susceptible de ser capturada o eludida fácilmente por quienes manejan los resortes del poder del Estado.

Lo mismo dígame del “Estado de garantía” que “protege el goce efectivo de los derechos económicos, sociales y culturales”. La tentación de la pregunta incómoda viene inmediatamente a la cabeza: ¿con qué financiamiento? ¿No sería mejor contar con el auxilio de los particulares, y en el caso de que ellos no pudieran hacerlo razonablemente, contar entonces con el influjo rector y esta vez protector del Estado? Una vez más se echa de menos el principio de subsidiariedad. No por una razón ideológica, sino de simple viabilidad del Estado social.

Al final, el Estado social del Programa de Bachelet se define mediante tres características: satisfacción de las necesidades públicas, con modos de gestión del poder participativos, y con garantía jurídica del goce efectivo de los derechos sociales, económicos y culturales que se formulan en torno a tales necesidades. Da la impresión, sin embargo, que las grandes simpatías de los redactores de estos textos van por las técnicas de derecho administrativo que establezcan la prestación directa por parte del Estado de la satisfacción de los bienes sociales involucrados. De lo contrario, no se justifica la ominosa negativa a incluir en este punto el principio de subsidiariedad, como sí lo hace el derecho europeo, tan celoso del Estado social.

b) Estado social y su relación con el reconocimiento de los derechos sociales. El documento enumera una serie de derechos sociales o facultades congéneres, que desde un punto de vista amplio se incluyen en la nomenclatura “derechos sociales, económicos y culturales”. Preocupan dos cosas. En primer lugar, cómo dar efectivo cumplimiento al goce de tales derechos sin infraestructuras adecuadas ni gestión eficiente en torno a ellas. Falta aquí una definición notable, por lo menos en materias esenciales (educación, salud, transporte, vivienda) que evite cantar loas a estos derechos en la textura de una pura utopía. Para ello, el concurso privado parece ser imprescindible, probablemente bajo el modelo de una mejor regulación que la que hoy existe. “Mejor” regulación no significa “más” regulación, sino la garantía de servicios de calidad y acceso común, prestados por privados o directamente por el Estado, según los casos.

El segundo problema dice relación con la inclusión de una cláusula ideológica adosada a la realización de los derechos sociales. En la lectura de la socialdemocracia europea, éstos tienen como finalidad “asegurar la igualdad social”. En la lectura de la derecha social germana –que fue quién implantó el modelo después de la Segunda Guerra Mundial– los derechos sociales buscan alcanzar mejores cotas de calidad de vida para toda la población. El Programa de

Bachelet se inclina por la primera lectura. Con el peligro ya sabido: a mayor igualdad, mayor estatalidad que la asegure.

c) Derechos de participación política y social. Preocupa aquí el sentido y alcance de los derechos de “participación política y social” para los “**grupos históricamente excluidos**”. ¿Qué tipo de políticas fomentará esta idea? ¿Discriminación positiva? ¿Programas de cuotas? ¿Financiamiento estatal generoso? ¿Para qué grupos? ¿Con qué finalidad? La categoría “históricamente excluidos” sirve de expediente perfecto para otorgarle poder a grupos minoritarios saturados de reivindicaciones ideológicas en perjuicio de múltiples programas de apoyo al ciudadano común.

d) Derechos colectivos. Por tales el Programa de Bachelet entiende el derecho a la identidad y cultura propia de los pueblos indígenas. La veta tan claramente antitradicional del progresismo jurídico se detiene inexplicablemente ante este umbral. Solo aquí aparece una voluntad política notable por conservar las tradiciones comunitarias. ¿Por qué el deseo político de preservar solo las tradiciones comunitarias indígenas (o lo que se ha construido como tal por antropólogos europeos)? Porque lo “indígena” (o lo que se tiene por tal) asume siempre, en tales contextos, un cariz reivindicativo contra los distintos elementos que han ido conformando históricamente las identidades nacionales (sistema de propiedad, espiritualidad religiosa, etc.). El texto abre inevitablemente las puertas para la explotación político-ideológica de la “tradicción” indígena en contra del resto de las tradiciones nacionales, hoy expoliadas por la sociedad de consumo o el intervencionismo anticultural del Estado.

e) Deber de no ser individualista: Establecer como deber constitucional el “superar concepciones individualistas” es francamente absurdo. Por más que se esté en desacuerdo con el “individualismo”, no es oficio de un Estado que se dice pluralista instar al desaparecimiento de una u otra concepción política o antropológica.

f) Tribunal Constitucional. Es un exceso definir el Tribunal Constitucional como un órgano “contra-mayoritario”, de sospecha democrática. En realidad, el carácter contra-mayoritario se puede atribuir a todos los órganos estatales que establecen controles jurídicos y cuyos miembros no han sido elegidos popularmente, por ejemplo, la Contraloría General de la República, las Superintendencias, o en un sentido mucho más amplio, los propios tribunales de justicia. Todos los Tribunales Constitucionales del mundo podrían ser objetos de la misma acusación, en mayor o menor medida. Pero esto no les resta legitimidad en sus competencias. Además, y siendo rigurosos, los mismos órganos dichos populares pueden ser acusados hoy en día de contra-mayoritarios cuando no exista evidencia de que el vínculo elector-elegido ha expresado o expresa

una genuina representación. Por múltiples razones (propaganda engañosa, captura oligopólica del poder, permeabilidad del interés político por el interés económico, etc.) es dable en la actualidad sospechar del carácter auténticamente popular de la clase política.

La afirmación es más bien política que jurídica, y busca establecer el absolutismo democrático: suprimir las competencias compensatorias del Tribunal Constitucional a fin de que la mayoría de turno pueda imponer su voluntad legislativa aun en contra del depósito de valores que encarna la Constitución. De ahí la supresión del control preventivo de constitucionalidad de las leyes y su sustitución por competencias meramente consultivas.

Tras la preocupación supuestamente democrática se encubre en realidad la reivindicación desnuda de la partitocracia como oligarquía dominante del poder político.

III. A modo de conclusión: la afección a la seguridad jurídica, elemento sustancial del Estado de Derecho.

Los acápites precedentes nos hablan claro de una erosión de la seguridad jurídica:

1. En la estructura conceptual de los derechos humanos, se reivindica el *“máximo valor”* para el derecho internacional de los derechos humanos, y su aplicación al derecho interno (*progresividad, expansividad y óptima realización posible*), sin mayor distinción entre la naturaleza jurídicamente vinculante de sus distintos instrumentos. La redacción del texto respectivo hace posible, desde una interpretación extensiva, que la aplicación del derecho constitucional nacional quede sujeta a los estándares que en el futuro fijen organismos como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en materia de control de convencionalidad. El soporte entre lo que es político y lo que es jurídico se deshace, y las opiniones y veleidades de este organismo extranjero, no legitimado democráticamente y tan poco ecuánime en sus decisiones históricas, pueden llegar a plantearse como la última ratio de todo nuestro derecho.

2. Se pretenden suprimir las competencias *“peligrosas”* del Tribunal Constitucional. Tales son las que sirven de contrapeso a las decisiones ocasionales de la mayoría legislativa de turno en los casos en que se pretenda afectar la Constitución. Es lo que se logra políticamente con la supresión del control preventivo de las leyes.

3. Los derechos de libertad encuentran su máxima formulación en los derechos de *“autonomía moral”* y *“libre desarrollo de la personalidad”*. Tales categorías

se han planteado en el derecho comparado como sinonimias de la llamada libertad negativa, configurado como un supuesto derecho a romper todos los vínculos que no sean consentidos por la pura subjetividad. De cara al Estado de Derecho, la dinámica nihilista de estas facultades es manifiesta y coincide con la disgregación de todas las instituciones estables sobre las que sociológicamente se asienta aquel: el matrimonio, la familia como apertura a la vida, la inhibición del fenómeno de las drogas, etc. El aborto, el repudio, la eutanasia, la unión homosexual y transexual como ideal jurídico, etc., aparecen en el teclado de estos supuestos derechos.

4. Los derechos de igualdad son presentados en sus dos sentidos perjudiciales: el "derecho" a nivelar hacia abajo y el derecho a tratar las diferencias complementarias como unidades idénticas. Este tipo de igualdad es antinatural y, por ello mismo, supone un esfuerzo del Estado por sostenerlas y penetrar forzosamente con ellas la realidad social. A mayor igualitarismo, mayor estatalidad. El ejemplo característico se da en materia de familia, donde se reivindica para el Estado el derecho a "*promover la realización efectiva y real de la igualdad de derechos*", lo que incluye la potestad de "*instar a la modificación de los patrones socioculturales de conducta que mantienen estereotipos, prejuicios y prácticas*" en materia de igualdad. Ya se vislumbra qué peligro para la seguridad jurídica acarrea este tipo de intromisión en la institución familiar.

5. La propiedad y la libertad económica se ven desfavorecidas en el bosquejo de nueva Constitución. Quedan subordinadas la una a una función social genérica y la otra a una limitación legal sin determinación.

6. La reafirmación del Estado laico es una necesidad lógica de la concentración y expansión del Poder moderno. Ante la imposibilidad conceptual e histórica del Estado neutro, con el laicismo se reivindica, sin decirlo, el dominio estatal sobre la moral social de los ciudadanos, y la anulación en la vida pública del peso histórico y sociológico de la religión cristiana, inmensamente mayoritaria entre la población.

7. El Estado social es una composición genérica en el Programa de Bachelet cuya coherencia y viabilidad no se alcanzan a percibir. La marginalización del principio de subsidiariedad impide pensar en un modelo de Estado preocupado por las necesidades sociales, pero amigo de la sociabilidad humana. Se traza más bien un Estado intervencionista, bajo el viejo esquema de "Estado providencia", pero sin garantía de éxito en sus objetivos sociales. Porque falta el sentido de realidad: sin recursos financieros suficientes, sin infraestructura adecuada, sin gestión eficiente, sin concurso de los privados, no es posible arribar a un Estado social, por más que se juridicen todo un catálogo de derechos sociales. Por lo demás, no es finalidad del Estado social alcanzar la igualdad, sino más simple

y menos ideológicamente, garantizar la calidad común de vida, frente a las necesidades sociales básicas.

8. El Programa consagra derechos colectivos de los pueblos indígenas y derechos culturales y de participación de las minorías excluidas. El contexto de la formulación de estos derechos es, sin embargo, engañoso. De los pueblos indígenas interesa al progresismo jurídico tanto cuanto la "tradición" originaria pueda ser puesta funcionalmente en contra de la tradición nacional. De las minorías excluidas importa empoderar solo a las que pueden distorsionar la comunidad de valores de los que vive el Estado de Derecho.