

# **El constitucionalismo como mitología política. Consideraciones a propósito de la propuesta de “Nueva Constitución” de Michelle Bachelet.**

**JULIO ALVEAR TÉLLEZ**

Doctor en Derecho Universidad Complutense de Madrid.

Profesor de Derecho Constitucional

Miembro del Centro de Justicia Constitucional

**FACULTAD DE DERECHO**

**UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO**

**Resumen:** el presente artículo analiza el uso del constitucionalismo como mitología política, con ocasión de la propuesta de “Nueva Constitución” del Programa de Gobierno 2014-2018 de la ex Presidenta Bachelet.

\*\*\*\*\*

La candidata presidencial Sra. Michelle Bachelet ha dado a conocer su programa de gobierno 2014-2018. El documento, fechado en octubre del 2013, contiene, entre otros temas, unas propuestas de “Reformas de fondo”, en las que se encuentra la llamada “Nueva Constitución” (pp. 30-35). No se trata de un proyecto en forma 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 hasta una asamblea constituyente, por “las buenas o por la malas”, como más de algún asesor de la ex Presidenta adujo.

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), en el que cobra especial relieve la “ideología de los derechos humanos”, a través de la cual se promueve, so pretexto de pluralismo, diversidad y participación, una sola visión del hombre, radical, totalizante y disgregadora<sup>1</sup>. La evaluación

<sup>1</sup> Históricamente la ideología de los derechos humanos se ha insertado, como uno de sus instrumentos funcionales y privilegiados, dentro del proyecto político de la modernidad, hoy en declive. Ha generado diversas utopías (y distopías) a modo de megarelatos e ingenierías sociales, todas las cuales han sido puestas en marcha desde el Estado, prometiendo invariablemente la “felicidad” del pueblo. La bandera de los “derechos humanos” se utiliza de manera recurrente como un vector “emancipador” de la humanidad, tendencia que en el presente pulsa por disolver todo lo estable en el espacio personal, familiar, social, religioso, económico y político. Julio Alvear Téllez, *Los derechos humanos como ideología*.

queda para más adelante, cuando la nueva propuesta constitucional en curso haya delimitado sus contenidos concretos.

Lo que nos interesa destacar de la propuesta 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.

Para tales efectos, y desde el ángulo teórico, examinaremos el constitucionalismo como mito en la era de las ideologías “fuertes”. Después evaluaremos su desenvolvimiento en la época contemporánea, tiempos de relatos “débiles”. Finalmente descenderemos a lo teórico-práctico y constataremos cómo la propuesta constitucional de la Sra. Bachelet supone volver a colocar las esperanzas en el constitucionalismo “fuerte”.

### **1) El constitucionalismo “fuerte” y su caída.**

Antaño se concibió 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*, 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, el “orden” –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. Las naciones entrarían en un ocaso, las identidades comunitarias

---

*Una lectura desde el pensamiento “antimoderno”,* Derecho Público Iberoamericano, año II, n° 3, 2013, pp. 39-73. Un análisis genealógico de esta ideología en Danilo Castellano, *Razionalismo e diritti umani*, Giappichelli, Turín, 2003, pp. 3-53.

se disgregarían, las instituciones fundamentales no funcionarían o lo harán de manera diversa a lo previsto.

Para evitarlo, la imaginaria constitucional articuló la mayor concentración de poder político y jurídico de la historia. Lo hizo mediante la edificación del Estado moderno. Nuestros manuales escolares siguen repitiendo 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. Pero, en general, cuando los pensadores del siglo XIX de distintas tendencias registran la realidad política de su época, reconocen su asombro ante el apareamiento de un tan ciclópeo artificio como el Estado. Donoso Cortés habla del poder ubicuo de millones de ojos, oídos y brazos<sup>2</sup>. Tocqueville denuncia el apareamiento de un poder inmenso y tutelar; un poder absoluto, minucioso, regular y aparentemente benigno, señor, intendente y cajero que se encarga de asegurar los goces y vigilar la suerte de los ciudadanos<sup>3</sup>. Stuart Mill alude al poder de la nación ilimitado, opresor y concentrado de cómoda ejecución<sup>4</sup>. Marx se refiere al espantoso parásito que envuelve como una membrana el cuerpo de la sociedad y obstruye sus poros<sup>5</sup>, y que el comunismo habría de utilizar tan bien, ampliándolo para fines revolucionarios. Nietzsche por su parte otea en el Estado el más frío de todos los monstruos fríos<sup>6</sup>.

A despecho de tan sombrío pronóstico, el Estado moderno se irguió representando ideas y metas que encubrieron su verdadera naturaleza. Cuan 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 y la misma libertad serían imposibles sin el Estado centralista y secularizado<sup>7</sup>. 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

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> Alexis de Tocqueville, *Democracia en América*, (traducción de Raimundo Viejo Viñas), Akal, Madrid, 2007, II, VI, V, 877 y II, IV, VI, p. 88.

<sup>4</sup> John Stuart Mill, *Sobre la libertad* (traducción de Josefa Sainz Pulido), Aguilar, Buenos Aires, 1954, I, p. 20.

<sup>5</sup> 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.

<sup>6</sup> Friedrich Nietzsche, *Así habló Zaratustra*, II, 11, *Del nuevo ídolo*.

<sup>7</sup> No hay que ir muy lejos para constatar esta afirmación. Vr. gr., en libros como *El Otro Modelo*, que sustenta ideológicamente el programa de la Sra. Bachelet, el Estado figura como la llave de la "buena nueva" para oponerse al "orden neoliberal". 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.

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”<sup>8</sup>.*

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 otrora orgánicas y libres<sup>9</sup>. 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. Análoga liberación se prometió en el ámbito individual a través del ejercicio de los derechos humanos.

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

<sup>8</sup> Programa de gobierno 2014-2018. Michelle Bachelet, p.15.

<http://www.emol.com/documentos/archivos/2013/10/27/2013102712016.pdf>

<sup>9</sup> Sobre la contraposición entre racionalismo constitucional y realidad, Pietro Giuseppe Grasso, *El problema del constitucionalismo después del Estado moderno*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005, pp. 39-43; sobre el constitucionalismo como invención racionalista y voluntarista de lo político, Juan Fernando Segovia, *Derechos humanos y constitucionalismo*, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 19-25.

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<sup>10</sup>. 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:

- i) El dogma de la *soberanía popular* no tiene correlato en la realidad. Ni el pueblo ha sido soberano en los regímenes democráticos representativos ni la masa que constituye hoy por hoy su base material es de hecho un pueblo<sup>11</sup>.
- ii) El dogma de la *separación de poderes* tampoco ha dado los resultados que se esperaban ni estructural ni funcionalmente. En el primer caso, ha debido ser matizado con la doctrina del *checks and balances* para poder operar. Lo que a su vez ha ocasionado nuevas disfuncionalidades<sup>12</sup>.

Pero aun con estos correctivos, la separación entendida como distinción de funciones públicas no ha podido cumplir su objeto primario: evitar el crecimiento del poder estatal-absoluto<sup>13</sup> ni la confusión material de competencias<sup>14</sup>.

<sup>10</sup> La afirmación no obsta a que en ambientes netamente constitucionalistas el mesianismo siga cultivándose dentro de los pliegues del formulismo normativo. Un ejemplo entre otros: Chevallier, en tono solemne, tiene el gusto de proclamar como hecho histórico lo que en rigor es un postulado ideológico: “en todo Occidente los pueblos pedían (sic) una “Constitución” ... dirigida a delimitar el poder arbitrario y asegurar un gobierno limitado ... Su único objetivo es someter la fuerza al derecho” (Jacques Chevallier, *L'Etat de Droit*, Ed. Montchrestein, Paris, 1994, pp. 22-27)

<sup>11</sup> Al respecto, la célebre distinción entre masa y pueblo en Pío XII, Discurso *Benignitas et Humanitas* del 24 de diciembre de 1944.

<sup>12</sup> Una apreciación positiva de la doctrina de *checks and balances* como correctivo de la separación de poderes del constitucionalismo continental en José Luis Cea, *Teoría del Gobierno. Derecho chileno y comparado*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, pp. 59-64, quien sigue, en parte, a Franz Neumann. Giuseppe Maranini y Pablo Lucas Verdú, constatan, sin embargo, las disfuncionalidades de este influjo. Pablo Lucas Verdú, *Manual de Derecho Político*, Tecnos, Madrid, 2000, Vol. I, pp. 186.

<sup>13</sup> Pereira Menaut sostiene con agudeza: “La separación de poderes ... no fue capaz de frenar al Estado por ser compatible con la unidad e integridad del poder estatal. Pero ese crecimiento estatal no fue un incremento equilibrado del Estado entero, ni de todos y cada uno de los tres poderes, sino pura y crudamente, un crecimiento elefantiásico del ejecutivo, con daño para la posición relativa de los otros dos poderes. El gigantismo del ejecutivo significó gigantismo de la administración, que lo invade todo y que lleva a cabo funciones no solo ejecutivo-administrativas, sino también materialmente legislativas y judiciales”. Antonio-Carlos Pereira Menaut, *Teoría constitucional*, Cono-Sur, Santiago de Chile, 1998, p. 165.

<sup>14</sup> La dinámica política ha vaciado de contenido práctico la estructuración fijada por la doctrina en cuestión. Es interesante a este propósito el análisis de Loewenstein, Marshall y García Pelayo que trae

- iii) El principio de *representación popular* vale tanto como la *democracia moderna*: una ideología que ha distanciado al pueblo del poder político<sup>15</sup>.
- iv) El culto a los *derechos humanos*. Se diría que asistimos al culmen de su realización, pero lo cierto es que su imprevisibilidad conceptual afecta hondamente el funcionamiento del régimen constitucional contemporáneo, especialmente en lo que se refiere al sistema de derechos fundamentales en su relación con la jurisdicción constitucional.

## 2) El imperio del constitucionalismo “débil”: el avance de la desorganización constitucional.

Si ya no hay lugar para los dogmas del constitucionalismo fuerte, salvo en ciertos ambientes de la demagogia caudillista latinoamericana, donde el tiempo de la erosión los espera. Porque quiérase o no, dichos dogmas han caído junto al sistema de creencias de la Modernidad<sup>16</sup>. 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 han sido transmutadas por la asignación del mero papel funcional de las instituciones político-jurídicas. Lo que importa ahora no es la tensión progresiva hacia míticos sueños sino simplemente que el organigrama diseñado por la ley fundamental cumpla sus tareas de acuerdo al bosquejo preestablecido.

Se ha de reconocer, sin embargo, que en el antedicho papel funcional se constatan –discúlpese el pleonasma– múltiples disfuncionalidades. Para los

---

Pereira Menaut, op. cit., pp. 167-168. Por su parte, Pactet y Lucas Verdú constatan hasta qué punto los hechos políticos contradicen el principio de separación de poderes, mientras Werner Kaegi examina sus dicotomías. Pierre Pactet, *Institutions politiques. Droit Constitutionnel*. Masson y Cie Editeurs, París, 1969, pp. 26-27; Pablo Lucas Verdú, *Manual de Derecho Político*, Tecnos, Madrid, 2000, Vol. I, pp. 188-192.

<sup>15</sup> La bibliografía al respecto es amplísima y conocida. Aquí destacamos cuatro enfoques de autores de distintas tendencias:

a) El de Fernández de la Mora, quien describe los regímenes democráticos contemporáneos como oligarquías partidocráticas (Gonzalo Fernández de la Mora, *La Partitocracia*, Editorial Nacional Gabriela Mistral, Santiago de Chile, 1976).

b) El examen de Bobbio sobre las promesas incumplidas de la democracia (Norberto Bobbio, *El futuro de la democracia*, Fondo de Cultura Económica, México, pp. 16-29, 65-80).

c) La evaluación de Manent sobre la extinción del ejercicio de la democracia bajo la presión de la mundialización económica y la integración europea (Pierre Manent, *La raison des nations: Réflexions sur la démocratie en Europe*, Gallimard, París, 2006).

d) La comprobación de Gauchet acerca de la disolución del régimen clásico de creencias democráticas (Marcel Gauchet, *La religión en la democracia. El camino del laicismo*, Editorial Complutense, Madrid, 2003, pp. 88-99).

<sup>16</sup> Una evaluación in extenso en AA.VV., *El problema del poder constituyente. Constitución, soberanía y representación en la época de las transiciones*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2012, *in toto*. Para lo que sigue remitimos a Julio Alvear Téllez, *Síntomas contemporáneos del constitucionalismo como mitología de la modernidad política*, en *ibíd.*, pp. 86-136.

constitucionalistas liberales se trata de “patologías” del sistema. Para nosotros son consecuencias históricas inevitables de los principios políticos constitucionales en la medida en que se han asentado en el voluntarismo racionalista y su siempre fracasado intento de construir ex novo la comunidad política al margen de la tradición y de la historia concreta de los pueblos y del imperio del orden natural. Es lo que podemos denominar *desorganización constitucional*, cuyos síntomas anotamos a continuación.

### **i) El fenómeno de la desconstitucionalización.**

La desconstitucionalización es una tendencia que se agudiza en los regímenes políticos contemporáneos<sup>17</sup>. 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”<sup>18</sup>.*

### **ii) El “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”<sup>19</sup>.*

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”.

<sup>17</sup> 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.

<sup>18</sup> Id., *“El concepto de “desconstitucionalización”*, cit., p. 3.

<sup>19</sup> Citado en *ibíd.*, pp. 3-4.



- c) “Fuga hacia las cláusulas generales” o utilización de conceptos jurídicos indeterminados (“conceptos-válvula”) para evitar la aplicación de preceptos constitucionales precisos.
- d) Recurso a la “adaptación de la Constitución” como estrategia de evasión de las directrices constitucionales.
- e) Identificación entre el ordenamiento populista y el derecho<sup>20</sup>.

### III) “Desvalorización” de la Constitución.

En su clásica *Teoría de la Constitución*, 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<sup>21</sup>.

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 constitución<sup>22</sup>.*

*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*

<sup>20</sup> 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 s., 62, 137 y ss., p.144; Sagüés, op. cit., pp. 4-5.

<sup>21</sup> Karl Loewenstein, *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 2ª ed., pp. 222-231.

<sup>22</sup> “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 cerca de los jueces que debía 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”. Sagüés, op. cit., p. 6.



*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, 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*<sup>23</sup>.

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.

#### **IV) "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 fundamental<sup>24</sup>.

En un sentido más sustantivo, Sánchez Agesta considera que cabe dentro del *falseamiento* constitucional el establecimiento de una Constitución cuyo conte-

<sup>23</sup> Ibid., pp. 5-6.

<sup>24</sup> 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.

nido es inepto para articular una sociedad<sup>25</sup>. Lo que muchas veces lleva al *fraude* constitucional, pues permite manipular las normas para obtener 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)<sup>26</sup>.**

En el preámbulo de la constitución venezolana aparece el nombre de Dios al lado del "Libertador Simón Bolívar"<sup>27</sup> 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)<sup>28</sup>; 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 *posmoderno* 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 colectivos<sup>29</sup>.

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 mítico<sup>30</sup>. El indigenismo primitivo alimenta

<sup>25</sup> Sánchez Agesta, Luis, *Principios de Teoría Política*, 3ª ed. (Madrid 1970), Editora Nacional, págs. 341/2.

<sup>26</sup> La Constitución venezolana fue publicada el 30 de diciembre de 1999.

<sup>27</sup> 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.

<sup>28</sup> 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".

<sup>29</sup> 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...".

<sup>30</sup> 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".

con radicalidad la multiculturalidad posmoderna y viceversa, y ambos dan sabia al colectivismo socialista<sup>31</sup>, lo que 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 apodícticamente libre<sup>32</sup>. 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*<sup>33</sup>.

<sup>31</sup> 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..."*

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 ..."*

<sup>32</sup> Art. 1.- *"La República Bolivariana de Venezuela es irrevocablemente libre e independiente ... Son derechos irrenunciables de la Nación la independencia, la libertad, la soberanía ..."*

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"*.

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"*.

<sup>33</sup> 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"*.

### **b) Constitución de la República del Ecuador (2008)<sup>34</sup>.**

En el preámbulo se celebra la Pacha Mama, como si fuera una realidad viva de la que depende la nación ecuatoriana. Si 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 ecuatoriana<sup>35</sup>. 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 ecuatorianos<sup>36</sup>.

### **c) Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia (2009)<sup>37</sup>.**

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 ensueño<sup>38</sup>. 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 mesiánico<sup>39</sup>,

<sup>34</sup> La nueva Constitución de Ecuador fue aprobada el 28 de septiembre del 2008 por la vía de un referéndum.

<sup>35</sup> *"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"*.

<sup>36</sup> *"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"*.

<sup>37</sup> La Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia fue aprobada vía referéndum el 25 de enero del 2009.

<sup>38</sup> *"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"*.

<sup>39</sup> *"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"*.

a través del cual las reivindicaciones supuestamente indígenas se transmutan en los valores colectivistas de la faceta socialista de la Modernidad política<sup>40</sup>. 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 humana<sup>41</sup>, a tal punto que establece como deber no sólo el reconocimiento sino también la promoción de las múltiples *espiritualidades* de los *pueblos originarios*<sup>42</sup>. 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 fundamental<sup>43</sup> así como a establecer treinta y siete idiomas oficiales<sup>44</sup>.

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

## V) 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

<sup>40</sup> "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".

<sup>41</sup> 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".

<sup>42</sup> 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".

<sup>43</sup> "Artículo 21. Las bolivianas y los bolivianos tienen los siguientes derechos: 1.- A la autoidentificación cultural".

<sup>44</sup> Artículo 5. "I. 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, machineri, maropa, mojeño trinitario, mojeño ignaciano, moré, mosetén, movima, pacawara, puquina, quechua, sirionó, tacana, tapiete, toromona, uruchipaya, weenhayek, yaminawa, yuki, yuracaré y zamuco".

fenómeno de la descodificación<sup>45</sup> y la expansión de los sedicentes “subsistemas” legales han colocado en entredicho la concepción del ordenamiento jurídico como sistema<sup>46</sup>.

## **VI) 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 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.

<sup>45</sup> Es de referencia el libro de Natalino Irti, *La edad de la descodificación*, José María Bosch, Barcelona, 1992.

<sup>46</sup> Una interesante evaluación del problema en Alejandro Nieto, *Crítica de la razón jurídica*, Trotta, Madrid, 2007, pp.113-351.

- iv) 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.
- v) 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.

### 3) 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<sup>47</sup>.

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 constitucional<sup>48</sup>.

<sup>47</sup> El problema se da a todo nivel. En el espacio comunitario, la Sección Segunda de la Corte Europea de Derechos Humanos dedujo del artículo 9 de la Convención Europea de Derechos Humanos la exigencia de prohibir los crucifijos en las escuelas públicas italianas (caso Lautsi c. Italie, sentencia del 3 de noviembre de 2009). Poco después, el mismo tribunal, esta vez la Gran Sala, estableció en el mismo proceso que del artículo citado se deduce la consecuencia opuesta (caso Lautsi c. Italie, sentencia del 18 de marzo del 2011).

<sup>48</sup> 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 de 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



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 entero<sup>49</sup>.
- 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?”<sup>50</sup>.*

- 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”<sup>51</sup>.*

- 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.

---

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 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 puede pasar a ser interdicta en uno de sus atributos esenciales por la interpretación de la misma Constitución, sin siquiera variar su texto.

<sup>49</sup> Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Thomson Civitas, Navarra, 2006, 4ª ed., pp. 167-168.

<sup>50</sup> p. 168.

<sup>51</sup> *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?”<sup>52</sup>.*

La cuestión se complica si se aborda el fenómeno del *judicial activism*. Ya no se trata de discutir la mayor o menor conveniencia de entregar a los jueces constitucionales facultades sobre la legislación. Nos desviamos ahora hacia el fenómeno del “gobierno de los jueces”, que se arrogan la competencia 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”<sup>53</sup>.*

- v) La interpretación constitucional opera, en realidad, sobre los espacios abiertos que deja la indeterminación del texto constitucional. Hay en este sentido importantes vacíos de significado. En la línea de la autojustificación de las propias decisiones judiciales 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”<sup>54</sup>.*

- vi) La Constitución contiene principios generales susceptibles de las interpretaciones más diversas. Y no solo porque sean en sí mismos amplios. También debido a que son susceptibles de diversa valoración<sup>55</sup>. A lo que

<sup>52</sup> *Ibíd.*, pp. 168 y 177.

<sup>53</sup> Citado en *ibíd.*, p. 181.

<sup>54</sup> *Ibíd.*, p. 72.

<sup>55</sup> La igualdad constitucional contempla, por ejemplo, diversas categorías. Y entre ellas o al interior de ellas hay significaciones incompatibles entre sí. V.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.

hay que agregar su variabilidad. Todo lo cual se finiquita en una extrema incertidumbre acerca de su número y naturaleza. Sobre el tópico, García de Enterría habla de un solo gran principio; Nogueira de muchos<sup>56</sup>.

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 minorías<sup>57</sup>.

Sin embargo, más allá de su evaluación definitiva, el valor de las objeciones reseñadas reside en dejar constancia que los más caros cultivadores del derecho constitucional constatan la existencia de problemas graves al interior del sistema de derechos fundamentales. Y lo que discuten no es su pervivencia sino su capacidad para hacerle mella. En este sentido, ningún constitucionalista serio ha podido hacerse cargo de la objeción de fondo. La interpretación constitucional desata la caja de pandora en materia de derechos humanos: *la falta de seguridad que lo que dice la Constitución sea realmente lo que dice*.

Y es que 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. Desde esta perspectiva, las seis objeciones arriba mencionadas, en cuanto reflejan la propia dinámica inestable de la jurisdicción constitucional, tienen un valor inexpugnable.

<sup>56</sup> 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 al citado principio como uno más entre muchos: (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.

<sup>57</sup> *Ibid.*, 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.

Lo anterior se confirma cuando se avaloran 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 intelectuales. Enunciamos cuatro:

- a)** El método de *jerarquización de derechos*: busca resolver los conflictos entre derechos fundamentales estableciendo categorías previas y rígidas que permitan discernir qué derecho tiene primacía sobre otro, cuando no sea posible que ambos cohabiten.

Al respecto, es conocida en los Estados Unidos de Norteamérica la doctrina de la *preferred freedoms* respecto a la invulnerabilidad de los derechos de la Primera Enmienda<sup>58</sup>, que el Tribunal Constitucional español ha hecho suya a su modo declarando que las libertades de expresión y de información gozan en el orden constitucional de una *posición prevalente*<sup>59</sup>.

La jerarquización puede ser creada por el constituyente, por la doctrina o por la jurisdicción. Supone obtener un consenso casi imposible de lograr acerca de cuáles deben ser las pautas concretas para preferir un derecho a otro<sup>60</sup>. En materia de fondo, el método implica aceptar la tesis liberal individualista de la conflictividad de los derechos.

Las principales objeciones que se han hecho en su contra se pueden sintetizar del modo que sigue:

- Se parte de la base que los derechos son libertades ilimitadas que no conllevan deberes correlativos, por lo que ninguno está dispuesto a dejar espacio a otro.
- Se viola el principio de no-contradicción: si existen dos derechos en pugna en el caso concreto, no puede uno ser preterido en beneficio del otro sin atentar contra el carácter jurídico de cada derecho.
- En la práctica, no hay acuerdo sobre el orden jerárquico de los derechos fundamentales. Y si existiera, dado el relativismo reinante o los condicionamientos sociológicos y mediáticos presentes, sería sumamente transitorio.

<sup>58</sup> Soledad Bertelsen Simonetti, *Métodos de solución de conflicto entre derechos fundamentales*, Cuadernos del Tribunal Constitucional, Santiago de Chile, 2010, n° 42, p. 33.

<sup>59</sup> Santiago Sánchez, "Los límites de los derechos", en Santiago Sánchez (coord.), *Dogmática y práctica de los derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 59-60.

<sup>60</sup> En el derecho constitucional chileno, Emilio Pfeffer propone nada menos que nueve pautas. Id., "Algunos criterios que permiten solucionar el conflicto derivado de la colisión de derechos", en *Revista Chilena de Derecho*, Número Especial Actas XXIX Jornadas Chilenas de Derecho Público, 1998, p. 225.

- El sacrificio total de un derecho de inferior rango atenta contra los principios interpretativos de optimización y de unidad de la Constitución<sup>61</sup>.
- Por su alto grado de abstracción y apriorismo, el método conduce con una cierta facilidad a soluciones injustas, puesto que no tiene en cuenta las circunstancias del caso<sup>62</sup>.

**b)** El método de la *ponderación (balancing test)*: consiste en “*contrapesar los bienes jurídicos en pugna –en nuestro caso, los derechos fundamentales que colisionan– de acuerdo con las circunstancias del caso, para determinar cuál es el más importante en el supuesto y cuál debe rendirse*”<sup>63</sup>. Se trata de un modelo complejo que promueve la labor creadora del juez mediante la *construcción de una regla de derecho constitucional* mediante la asignación implícita o explícita de valores a los intereses en conflicto<sup>64</sup>.

El modelo es tributario alternativo de la ideología liberal y positivista. De ahí que conceptualice los derechos fundamentales como derechos subjetivos ilimitados o como normas jurídicas.

Conoce diversas variantes: el *balancing* amplio o ponderación de bienes (*Güterabwägung*) o valores constitucionales (*Wertabwägung*) exige que el contrapeso sea realizado en abstracto, atendiendo a los valores filosóficos, políticos, jurídicos o de otra índole que subyacen a los bienes constitucionales en juego. El problema radica en determinar establemente por qué un derecho es más importante que otro, y en este último caso, qué sucede con un derecho no eficaz<sup>65</sup>.

El *balancing* estricto o *ad hoc balancing* consiste en discernir cuál de los intereses del mismo rango posee mayor peso específico en un conflicto concreto, resultado al que se llega después de aplicar reglas procedimentales determinadas. El diseño más conocido es el de Robert Alexy, quien distingue entre colisión de principios y conflicto de normas. Cuando a la pugna de derechos subyace un conflicto de principios, hay que dar primacía a uno de ellos. Lo que se logra buscando la optimización y la ponderación de los intereses en juego mediante la aplicación del principio de proporcionalidad, que exige de toda intervención pública que sea idónea, indispensable y proporcionada<sup>66</sup>.

<sup>61</sup> La síntesis de las objeciones en Soledad Bertelsen Simonetti, op. cit., pp. 37-39, con citas relevantes de diversos autores de la doctrina española, chilena y argentina.

<sup>62</sup> Juan Cianciardo, *El ejercicio regular de los derechos. Análisis y crítica del conflictivismo*. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2007, p. 78.

<sup>63</sup> Bertelsen, op. cit., pp. 40-41.

<sup>64</sup> Alexander Aleinikoff, “Constitutional Law in the Age of Balancing”, en *The Yale Law Journal*, n° 5, 1987, p. 945.

<sup>65</sup> Bertelsen, op. cit., pp. 41-42.

<sup>66</sup> Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 81-113.

Las críticas contra el modelo de Alexy son amplias y parecen definitivas, a despecho de las modas constitucionales que lo acogen. Hay autores que incluso cuestionan su racionalidad<sup>67</sup> y apuntan a la indeterminación y a lo impredecible de sus resultados<sup>68</sup>. A este propósito, el insospechado Habermas acusa que a *“falta de criterios racionales, la ponderación... se efectúa o bien de forma discrecional o arbitraria, o bien de forma no reflexiva, es decir, conforme a estándares o a jerarquías distintas a las que se está acostumbrado”*<sup>69</sup>. Y Bernal Pulido, no obstante simpatizar relativamente con el modelo, sostiene que *“tiene diversos límites de racionalidad que deparan al intérprete un irreductible margen de acción en el que puede hacer valer su ideología y sus propias valoraciones”*<sup>70</sup>.

En la práctica, los tribunales no cuentan con un parámetro común objetivo que ayude a determinar el peso específico de cada derecho. Remiten habitualmente a conceptos jurídicos indeterminados de connotación variable, que a veces representan las meras preferencias personales cubiertas en densas argumentaciones<sup>71</sup>. Y a todo evento, se produce la *“derogación ad casum* de una norma constitucional garantística en beneficio de otra<sup>72</sup> o la preterición de un derecho fundamental que el propio discurso de los derechos humanos declara en teoría impostergable<sup>73</sup>.

<sup>67</sup> José Juan Moreso, *“Alexy y la aritmética de la ponderación”*, en Miguel Carbonell, *El Principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008, pp. 69-83. Sobre el punto anota Cianciardo: *“La ponderación... no parece una actividad racionalmente controlable. Nada se dice sobre los criterios que permiten decidirse por uno u otro de los derechos en juego. Referida a los derechos como facultades ilimitadas, no hay ninguna pauta que indique por qué una de las dos libertades enfrentadas (o en su caso un bien público) debe prevalecer”*. Cianciardo, op. cit., p. 133. En el proceso de defensa del modelo, Jorge Alguacil reconoce los cuestionamientos de la doctrina alemana en torno a su *“fundamentación racional”* y a la *“inseguridad jurídica”*, con citas indicativas. Jorge Alguacil González-Auriol, *“Igualdad, diferencia, proporcionalidad”*, en Santiago Sánchez González (coord.), op. cit., pp. 65-75. Para enfrentarlos da un argumento que no solo corrobora las objeciones de fondo, sino que además sirve para mostrar la endeblez significativa de la Constitución misma: *“Se critica a la proporcionalidad porque otorga un papel excesivo a los jueces... Tal crítica olvida, sin embargo, que la propia estructura de la Constitución es abierta; las normas que regulan los derechos fundamentales no son cerradas; precisan una interpretación que permita su aplicación en el caso concreto... No obstante, y como señala Schulze-Filitz, sería conveniente precisar el empleo de este postulado para permitir su control racional”*. Alguacil, op. cit., p. 74.

<sup>68</sup> Carlos Bernal Pulido, *“La racionalidad de la ponderación”*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año n° 26, N° 77, 2006, pp. 51-75.

<sup>69</sup> Jürgen Habermas, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Trotta, Madrid, 2001, 3ª ed., p. 332. La crítica de Habermas se inserta en la evaluación negativa de la concepción de los principios constitucionales como mandatos de optimización. A su juicio, en el modelo de Alexy se debilitan los derechos fundamentales. Gruesa ironía de toda una construcción elaborada precisamente para proteger los derechos fundamentales.

<sup>70</sup> Carlos Bernal Pulido, *“La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales”*, en *Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho*, Universidad Autónoma de México, 2005, p. 34. Análogo juicio en Soledad Bertelsen, op. cit., p. 50.

<sup>71</sup> Bertelsen, op. cit., p. 50; Aleinikoff, op. cit., pp. 973-975.

<sup>72</sup> Juan Cianciardo, *El conflictivismo de los derechos fundamentales*, Eunsa, Pamplona, 2000, p. 366.

<sup>73</sup> Cianciardo, *El ejercicio regular de los derechos*, op. cit., p. 133.

- c) El método de los *límites de los derechos*: busca delimitar los derechos subjetivos a fin de remover los conflictos que pueden producirse entre ellos.

Al igual que los ya revisados, el modelo se irriga de la ideología liberal en la concepción de los derechos subjetivos. La búsqueda de criterios que limiten los derechos fundamentales en algunos de los momentos posteriores a su génesis, es un remedio que da cuenta de la enfermedad lógica de considerarlos como ilimitados.

Hay discordancia en cuanto a los padrones que pueden servir para limitar los derechos constitucionales. Unos bregan por los límites *externos*, que son directos si los establece la propia Constitución, e indirectos si los impone el legislador, bajo la forma de reserva legal expresa o tácita. Lo que a su vez abre la puerta a la indeterminación constitucional. Porque los derechos, que se creen ilimitados, quedan suspensos bajo la condición de ser delimitados por una norma infraconstitucional a fin de evitar los conflictos. El contenido del derecho fundamental termina identificándose entonces con el contenido de la norma inferior<sup>74</sup>.

El juicio, como se ve, no se dirige a la técnica constitucional de establecer límites a los derechos, considerada en sí misma, sino a la paradoja de unos derechos pretendidamente ilimitados que necesariamente se han de limitar por exigencias de la realidad jurídico-social. Y en tal limitación se vislumbra de todo menos criterios materiales que impidan la auto-poiesis de la jurisdicción constitucional.

Para impedir estas disfuncionalidades ha nacido la teoría de los límites internos. Desde un punto de vista técnico jurídico –es decir, para efectos del diseño constitucional racionalista– concibe a los derechos fundamentales como limitados por su propio contenido, de manera que una vez identificado su ámbito de aplicación, su ejercicio se despliega de manera ilimitada dentro de él. El modelo permitiría, en tesis, evitar el problema del conflicto de derechos utilizando el expediente de la delimitación de su contenido. Toda aspiración no incluida en éste no sería propiamente jurídica, no quedaría amparada por la protección constitucional. La tarea del juez consistiría entonces en armonizar los distintos bienes constitucionales previamente delimitados en las instancias dogmáticas y jurisprudenciales<sup>75</sup>.

El modelo constituye, sin embargo, un camino hacia la incertidumbre. Para evitar la inseguridad, pretende extraer los criterios de la delimitación en la

<sup>74</sup> Fernando Toller et al., *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*, La Ley, Buenos Aires, 2000, p. 22.

<sup>75</sup> Ignacio De Otto y Pardo, "La regulación del ejercicio de los derechos y libertades", en Ignacio De Otto y Pardo et al., *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1992, pp. 137-143.



Constitución misma. El problema es que las normas sobre derechos fundamentales carecen de la precisión adecuada para obtener tal resultado, por lo que el esfuerzo remite en definitiva a la creación variable de los jueces<sup>76</sup>.

- d)** El método de la *garantía del contenido esencial*: intenta salvaguardar los derechos fundamentales prohibiendo a las leyes afectar su contenido esencial. El problema pasa por determinar qué se entiende por esta última categoría.

Existen al menos dos teorías. La teoría relativa afirma que la garantía del contenido esencial exige justificar las restricciones al derecho por parte del legislador, lo que se logra aplicando el principio de proporcionalidad. La garantía solo se infringiría cuando el límite deja de tener justificación respecto al bien que se trata de preservar<sup>77</sup>.

Por su parte, la teoría absoluta identifica la garantía con el denominado "núcleo duro" del derecho, esto es, con un contenido esencial inmune a toda afectación legislativa. El contenido no esencial puede, en cambio, ser limitado siempre que se justifique de acuerdo al principio de proporcionalidad<sup>78</sup>.

La primera teoría es engañosa: no protege, en realidad, ningún contenido esencial; sólo exige que la limitación al derecho esté fundada en una razonabilidad que fácilmente puede convertirse en un mero cálculo de la razón instrumental, que vuelve esencialmente movediza la garantía. A su vez, la teoría absoluta tiene el defecto de dejar a la voluntad del legislador la delimitación de lo que él considere "no esencial", imponiendo una zona gris de no protección al derecho considerado en su integridad<sup>79</sup>.

#### **4) Conclusión.**

Derruidas las pretensiones del constitucionalismo "fuerte", denegación imponente de los mitos que irrigaron sus dogmas, nos encontramos hoy con la crisis del constitucionalismo "débil" y sus supuestos doctrinarios.

Los síntomas de la crisis son visibles. Como un torrente avanza la desorganización constitucional que evacúa la promesa de funcionamiento político eficaz y seguro. Sus formas son múltiples: desconstitucionalización, desmontaje de la Constitución, desvalorización y falseamiento de la Constitución, implosión

<sup>76</sup> Cianciardo, *El conflictivismo de los derechos fundamentales*, pp. 246-247.

<sup>77</sup> Bertelsen, op. cit., p. 66.

<sup>78</sup> *Ibíd.*

<sup>79</sup> De Otto, op. cit., p. 131; Bertelsen, op. cit., p. 66.

del sistema constitucional, banalización de los mecanismos de reforma. A lo que hay que agregar el relativo papel informador de la Constitución en la vida social, que decrece progresivamente. Jean Blondell ya afirmaba en su tiempo que *"ninguna Constitución se observa plenamente, y muchas de ellas perduran precisamente porque no se cumplen"*<sup>80</sup> El interés que por ellas muestran los dirigentes políticos y los profesionales del derecho nos llama a engaño y cubre el desinterés habitual de la población. Hace tiempo que se ha iniciado el declinar del sistema de creencias que sustentaba los ideales constitucionales. Todo lo cual corre el riesgo de convertir el orden constitucional en una masa gelatinosa y en continuo hacerse.

El diagnóstico anterior se confirma si se atiende al diseño y a la práctica de la interpretación constitucional en torno a los derechos fundamentales. En Chile aún no se nota del todo esta tendencia por la seria labor, en ocasiones de contención, que hasta el presente ha convocado al Tribunal Constitucional. Pero, en general, la jurisprudencia constitucional muestra, a diversos títulos, que el estatuto que recoge cada derecho no es estable. Su configuración concreta queda en manos de una jurisprudencia sin base fija. La indeterminación del texto constitucional y la variabilidad de los métodos de interpretación así como sus zonas de arbitrariedad colaboran con este resultado. El hueso de la Constitución se transforma en muchos países en cartílago.

El hecho es que en manos de la interpretación constitucional, tal como hoy en concreto opera (o puede operar en el futuro), ningún derecho tiene un sentido preciso, estable, definido o cerrado a partir de la sola lectura de la Constitución. Lo único que subsiste con empuje es la tendencia constitucional a acoger cada vez con mayor amplitud la disolución de los bienes humanos en forma de derechos de exigencia, de corte individualista o colectivista. Con lo que se prepara el camino para disgregar las bases mismas de todo orden social.

Después de dos siglos, el voluntarismo racionalista ha mostrado sus frutos en la veleidad humana respecto del orden político y de los derechos fundamentales. Voluntarismo que hoy es de licuefacción y no de construcción, dado el quiebre del sistema de creencias de la modernidad política.

En este sentido, resulta engañoso que el Programa de Gobierno 2014-2018 de la ex Presidenta Bachelet le embribe a la potestad constitucional la tarea de mejorar el país en base a los dogmas de la modernidad política, como si nos encontráramos en una época de epifanía del constitucionalismo fuerte.

<sup>80</sup> Jean Blondell, *Introducción al Estudio Comparativo de los Gobiernos*, Revista de Occidente, Madrid, 1972, p. 318.

El problema es la desproporción que existe entre las promesas de este constitucionalismo “fuerte” y la cruda realidad de la historia desplegada en los dos últimos siglos en Hispanoamérica. Lo que es patente y de sobra conocido por los especialistas<sup>81</sup>. Propugnar ingenuamente lo contrario, como si el reloj del tiempo se hubiese detenido en las arengas facilistas de la primera mitad del siglo XIX, es un absurdo histórico, y hasta cómico, para esta modernidad nuestra que, como dice Touraine en *Après la crise*, ya no tiene mapas, ni cree en “astrólogos” ni en “profetas”.

Más aún, se tiene la impresión de que la explotación de dichos dogmas no es más que una estrategia política para configurar una nueva Constitución a la sombra de ideologías unívocas, estatistas y pseudoprogresistas, que no saldrán nuestras fallas. Al contrario, impulsarán el dinamismo de la desorganización constitucional y de la disolución de los principios y bienes estables de nuestra convivencia.

---

<sup>81</sup> Para una erudita introducción al tema, Bernardino Bravo Lira, *Constitución y Reconstitución. Historia del Estado en Iberoamérica (1511-2009)*, Abeledo Perrot-Legal Publishing, Santiago, 2010, pp. 148-300.