

CAPÍTULO QUINTO

NUEVOS DERECHOS Y ESTADO EN CHILE*

I. PRESENTACIÓN

Es ocasión propicia para propedéuticamente esbozar una respuesta a tres preguntas muy relevantes: ¿qué hacer con la Constitución?, ¿qué derechos tenemos? y ¿qué derechos queremos?; todo ello engarzado con el modelo de Estado imperante, reconociendo el tributo debido en este abordaje a las coordenadas teóricas del positivismo normativista crítico, del constitucionalismo democrático y del constitucionalismo social.

En cuanto a la pregunta ¿qué hacer con la Constitución? se plantea emprender un esfuerzo teórico-práctico de envergadura, inabordable en esta ocasión, el cual es elaborar un concepto normativo de Constitución con dos significados: el primero da respuesta a qué es la Constitución normativamente en cuanto parte integrante de un sistema u ordenamiento jurídico y su posición en las fuentes formales del derecho, y en este campo la tradición positivista contemporánea es fecunda (Kelsen, Ross, Hart)¹ al ofrecernos una concepción estructural del derecho que identifica normas de conducta y normas de organización que operan como reglas de competencia positiva y negativa, y el segundo da respuesta acerca del problema para qué sirve la Constitución, campo en que Bobbio y su “escuela” (Ferrajoli) abren un camino al defender una concepción funcional del derecho que desentrañe sus funciones distributiva y promocional (y no solo represiva-protectora) en razón de ciertos fines, sin quedar, al introducir funciones-fines, prisioneros de enfoques metafísicos o (neo) iusnaturalistas.² Ello nos permite acep-

* Conferencia “Nuevos derechos y Estado en Chile” presentada en las Jornadas Interdisciplinarias de la Universidad de Talca, con motivo de su aniversario institucional, octubre de 2012.

¹ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, trad. de Roberto J. Vernengo, 7a. ed., México, Porrúa, 1993; Hart, Herbert L. A., *El concepto de derecho*, 2a. ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1968.

² Bobbio, Norberto, “Hacia una teoría funcional del derecho”, en varios autores, *Derecho, filosofía y lenguaje. Homenaje a Ambrosio L. Gómez*, Buenos Aires, Astrea, 1976, pp.

tar que la Constitución es un producto histórico, pero no es un sistema de normas inerte, ya que también puede ser parte del cambio social o de la conservación del *status quo*.

La pregunta ¿qué derechos tenemos? nos obliga a caracterizar el catálogo o “carta de derechos” de la Constitución vigente, a partir de la génesis de ésta y la ideología del constituyente autoritario-neoliberal legitimista de una refundación del capitalismo, lo que nos permite dar cuenta de un notorio déficit de derechos políticos y de derechos económicos, sociales y culturales, y de garantías.

Por último, la pregunta ¿qué derechos queremos? nos obliga a una visión prospectiva y de *Constitutione ferenda*, que pugne por abrir ideológica y normativamente la Constitución vigente a los aportes dogmáticos del constitucionalismo democrático y del constitucionalismo social, reforzando o instituyendo derechos fundamentales, recepcionando el modelo de Estado social, entre otros aportes, a través de reformas constitucionales de “segunda generación” y mediante una “operación constituyente”.

A la hora de responder a la pregunta ¿qué derechos tenemos? hace siete años planteamos una precisión de contexto en un auditorio universitario en la Pontificia Universidad Católica de Santiago: la Constitución de “1980/2005”, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado se fijó mediante D.S. núm. 100, de SEGPRES, de 2005, es “nueva-vieja” Constitución, es decir, después de 17 reformas desde 1989 y en especial de la última promulgada por Ley núm. 20.050, la Carta en lo político institucional (estatuto del poder o parte orgánica) es en parte una “nueva” Constitución que ha logrado purgar en gran medida sus “enclaves autoritarios” de tipo institucional, conservando enclaves contramayoritarios, y parcialmente blanquear su ilegitimidad de origen, a través de una particular legitimidad de ejercicio, y al mismo tiempo, en su parte dogmática y en especial en lo económico-social es la “vieja” Constitución (otorgada, autoritaria y neoliberal), ya que es en su Constitución económica y social la que se mantiene en los contenidos gruesos, es decir, fiel reflejo de una refundación autoritaria del capitalismo, con nítido sello neoliberal expresada en la fórmula del Estado subsidiario (mínimo), amplia recepción de derechos civiles de contenido patrimonial revestidos de una protección judicial extraordinaria, “autonomías constitucionales” enderezadas a defender o custodiar el “orden constitucional” (Tribunal Constitucional y Banco Central), legislación de quórum especial para dotar de estabilidad el desarrollo de ciertos institutos de la parte dogmática de la Constitución (previsión, salud, educación, propiedad mine-

9-30; *id.*, *Contribución a la teoría del derecho*, trad. de A. Ruiz Miguel, Valencia, Fernando Torres editor, 1980.

ra, etcétera), limitaciones al Estado empresario, legislación que es en buena parte expedida durante el régimen autoritario, entre otras instituciones.

Ahora bien, la Constitución de 1980/2005 desde una perspectiva sincrónica o comparatista y continental es una Carta “insular”, al margen de las nuevas tendencias constitucionales latinoamericanas del ciclo de transición desde regímenes autoritarios y de postransición a la democracia. Además, desde una perspectiva diacrónica la Constitución es originaria (contenidos autoritarios en lo político y neoliberales en lo económico), al menos está en contradicción con nuestra tradición e historia constitucional republicana.

Consecuencia de lo anterior, en el análisis de la Constitución de 1980/2005, metodológicamente denominamos reformas constitucionales de “primera generación” aquellas definidas por el clivaje democracia–dictadura, reformas que conciernen a la transición política a la democracia y la remoción de los “enclaves autoritarios” institucionales. En cambio, denominamos reformas constitucionales de “segunda generación” a aquellas que suponen ir más allá de la transición y enfrentar los “enclaves autoritarios-neoliberales” socio-económicos, propios de una “refundación autoritaria” del capitalismo que encuentra cristalización iusfundamental en la Constitución de 1980; la que huelga decirlo es una carta ideológica, originaria y desarrollada.

En este orden de ideas, las pendientes reformas constitucionales concernientes a la supervivencia de “enclaves autoritarios” institucionales, son reformas de primera generación, tales como las leyes de super-mayoría, sistema electoral y autonomías constitucionales, tales como el Tribunal Constitucional y el Banco Central, son el saldo deudor del ciclo 1989-2005, y que conciernen al cierre efectivo de la transición política, y adopción de una completa legitimidad de la Constitución, supuesto de un efectivo “patriotismo constitucional”. A su vez, las reformas constitucionales dirigidas a modificar la Constitución social, la económica y el modelo de Estado (en sus relaciones con la economía y la sociedad civil), la forma jurídica de Estado o el régimen político democrático presidencialista, son reformas de segunda generación.

Hoy, por tanto, plantear una nueva Constitución o “Constitución del bicentenario”, como se la denomina en el lenguaje político, exige hacerse cargo de un plexo de reformas de primera y de segunda generación, en lo que es su contenido sustantivo. Luego, el debate respecto de cuál es el procedimiento adecuado, es adjetivo y por ende es una discusión distinta en la que se plantean como opciones: reforma o asamblea constituyente, y que hemos englobado bajo el término “operación constituyente”, para superar

los bloqueos o chantaje de la opción de reforma constitucional prevista en el capítulo XV de la Constitución.

Congruente con el cuadro descrito, sostenemos que la Constitución tiene un saldo deudor, que debe ser asumido por la nueva Constitución, en algunas áreas a saber, especialmente:

- a) Legitimidad de origen.
- b) Apertura del “techo ideológico” de la Constitución que para el constituyente originario es un verdadero “refrito” ideológico autoritario, neoliberal, conservador y corporativista, a un techo ideológico que incorpore las tradiciones y culturas del constitucionalismo democrático y social.
- c) Una “nueva” Constitución económica y social que descance en la compatibilidad pública-privada, de Estado y mercado (solidaridad y subsidiariedad) y asociada a la fórmula del Estado social.
- d) Perfeccionamiento de las decisiones fundantes acerca de la República democrática y del Estado de derecho, incorporando nuevas técnicas de participación directa de la ciudadanía en las decisiones estatales (*iniciativa popular, recall, referéndum*, entre otras) y reforzando los controles y responsabilidades del poder, en especial de las que deben existir para las nuevas “autonomías constitucionales” funcionales y territoriales.
- e) Ampliación del catálogo de derechos, deberes y garantías de la Constitución, tanto de derechos civiles, políticos y derechos económicos, sociales y culturales.

En suma, respondiendo ahora a la pregunta ¿qué derechos queremos? se hace necesario asumir una perspectiva de futuro o prospectiva: la Constitución de “1980/2005” debe ser objeto de un plexo de reformas constitucionales de primera y de segunda generación, expresada en una “operación constituyente”, que abra un espacio a la sociedad política y a la sociedad civil, a los partidos políticos y movimientos sociales, a la gestación de un consenso constitucional que salde definitivamente la deuda de ilegitimidad de origen de la Constitución, y aborde los nuevos temas, con miras a establecer las bases de una República democrática y un Estado de derecho más moderno.

Al resultado de esta “operación constituyente”, no circunscrita a la democracia de partidos sino también a la democracia de los ciudadanos, la denominamos nueva Constitución (Constitución del bicentenario). La “operación constituyente” requiere de la forja de una amplio consenso político-constitucional en el seno de la política y de la sociedad civil, capaz de generar una sólida opinión pública de horizonte republicano-democrático

y social; para no estar condenados de antemano a un bloqueo de un sector político neoliberal-neoconservador, a veces más cautivo del régimen autoritario de lo que uno podría desear o pensar después de más de dos décadas, bloqueo amparado en los quórum reforzados ordinario y extraordinario de reforma constitucional del capítulo XV. Tal rigidez constitucional y quórum especialmente agravado es una notoria expresión contramayoritaria o de “cerrojo” de nuestro sistema institucional básico, como destaca Couso en nuestro medio, tomando a Ginsburg se emplea el “constitucionalismo como seguro”.³

Con el término “operación constituyente” englobamos todos los procedimientos democráticos de elaboración y aprobación de una Constitución democrática: asamblea constituyente, referéndum constituyente, y congreso o parlamento constituyente, evitando así anteponer el procedimiento (mecanismo o técnica) o la forma del cambio constitucional a una definición de contenidos propios de una matriz teórico-práctica del constitucionalismo democrático y social. Al mismo tiempo observamos con cierto escepticismo la fe casi taumatúrgica que se expresa por ciertos movimientos de la sociedad civil en nuestro país en la radicalidad democrática y regeneradora de instituciones de una asamblea constituyente, bajo el influjo de los procesos constituyentes de Colombia (1991), Venezuela (1999), Bolivia y Ecuador (2007-2008).

Ciertamente la definición de un procedimiento puro o mixto de elaboración y aprobación de una Constitución democrática no es una cuestión carente de relevancia, por el contrario; pero lo central son los contenidos y la pertenencia de éstos a la matriz teórico-práctica del constitucionalismo democrático y social, que equilibre las tradiciones ideológicas del constitucionalismo moderno (liberal, democrático y social) y que al mismo tiempo cale hondo en un discurso político constitucional propio del “progresismo” en general, discurso político constitucional inexistente o que ha permanecido relegado a un segundo plano probablemente por el predominio de visiones economicistas y sociologizantes en el discurso político tradicional de las izquierdas.

Tales contenidos de la Constitución abierta, mixtura de tradiciones constitucionales (liberal, democrática y social), deben ser fruto de la lucha política y social, sus partidos, movimientos e ideologías, de los procesos que acaecen en cada tiempo histórico que contribuyen con una ciudadanía vital a una más consolidada democracia pluralista.

³ Documento de trabajo de Couso, Javier, “Las asignaturas pendientes de la reforma constitucional”, citado con autorización del autor.

Por ello postulamos una cierta congruencia con una teoría constitucional adecuada a dicha visión, y que admita desde coordenadas republicanas que es el pueblo autogobernado, emancipado de formas brutales de dominación y alienación, el sujeto constituyente. Y nada más lejos de esta aproximación que el neoconstitucionalismo, una variante de neouaturalismo elitista, una suerte de “paradigma” (o más exactamente una moda) que integra principios al sistema, que parafraseando a Marx es un fantasma que recorre Europa y en los tiempos presentes América Latina, de la mano de la “constitucionalización del derecho” y de un desatado activismo judicial, panjudicialismo y decisionismo encubierto o edulcorado. En una observación crítica Fernando Atria nos recuerda:

Un nuevo fantasma recorre Europa, el fantasma del neoconstitucionalismo. Los poderes de la cultura jurídica europea han entrado en una santa alianza no para exorcizarlo, sino para defenderlo e incluso exportarlo: jueces y abogados, académicos y profesores de derecho, intelectuales italianos y filósofos alemanes... promete libertad e igualdad, pero pone en peligro nuestra capacidad para autogobernarnos democráticamente y el Estado de derecho como gobierno de las leyes, y no de hombres y mujeres.⁴

También abordan la tripartición neoconstitucionalismo teórico, ideológico y metodológico y el interesante debate teórico-práctico que produce en la obra colectiva de Comanducci, Ahumada y González.⁵

II. REFORMAS DE SEGUNDA GENERACIÓN A LA CONSTITUCIÓN

Concluida la transición, se requiere en la etapa inicial del decenio 2010 avanzar en la elaboración de un proyecto de reforma constitucional o de nueva Constitución, que exige en primer lugar un esfuerzo en el plano institucional, específicamente en el discurso político-constitucional e institucional, abierto y persuasivo, para generar las condiciones de diálogo y de consenso-disenso en la sociedad política y sociedad civil. Este emprendimiento tropieza con la “tosca materia”, una realidad política en la que el discurso gubernamental acerca del

⁴ Atria, Fernando, “La ironía del positivismo jurídico”, *Doxa*, núm. 27, 2004, p. 118. También Aldunate, Eduardo, “Neoconstitucionalismos”, *Anuario de Derecho Público*, 2010, pp. 361-369.

⁵ Comanducci, P. et al., *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.

“cambio” es paradójicamente la conservación del orden constitucional. En el actual cuadriénio (2010-2014), no está en la agenda una reforma constitucional profunda o una nueva Constitución, por el contrario cala hondo un diagnóstico de agotamiento del ciclo reformador. Con todo, para asumir esta tarea de una reforma constitucional profunda (de primera y de segunda generación) o de una nueva Constitución, se hace indispensable un discurso político-constitucional coherente.

Ello significa formular las ideas básicas de un proyecto de reformas constitucionales de segunda generación (y obviamente también de primera generación), que involucre una operación constituyente con la mirada puesta en una nueva Constitución (Constitución del bicentenario). En efecto, el tema de las reformas constitucionales de primera y de segunda generación admiten dos órdenes de reflexiones: la primera concierne a los temas pendientes, a causa del disenso o de la falta de maduración, en la reforma constitucional de 2005 promulgada mediante la Ley núm. 20.050 y que tuvo por finalidad esencial remover los más importantes “enclaves autoritarios” institucionales, y que de algún modo, llega 15 años tarde, y la segunda, concierne al discurso político-constitucional necesario para enfrentar la construcción de la República democrática y el Estado de derecho modernos y una sociedad más plural.

1. *Reforma constitucional de 2005*

La reforma constitucional de 2005 se caracteriza por aquilatar un consenso necesario a la luz de los altos quórum para aprobar este tipo de proyectos, y que por lo tanto, parece bastante mezquina comparada con el tradicional discurso constitucional de la Concertación de Partidos por la Democracia, gestado a partir del histórico aporte del Grupo de Estudios Constitucionales (Grupo de los 24).⁶ En efecto, es mezquina la reforma constitucional de 2005, ya que se limita a restablecer en parte la democracia política y el Estado de derecho, caras para nuestra tradición republicana.

En razón de ello, se plantearon sin éxito en el Senado y a partir de marzo de 2005 en el segundo trámite de discusión de la reforma, formalmente en la Cámara de Diputados, un conjunto de indicaciones que reflejan ideas fuerza de un discurso político-constitucional progresista que aborda los temas siguientes:

⁶ Chaparro, P. (ed.), *Las propuestas democráticas del Grupo de los 24*, Santiago de Chile, 1992.

- 1) Reconocimiento de los pueblos indígenas, su lengua, tradiciones y costumbres, e incluso su derecho consuetudinario.
- 2) Establecer la fórmula del Estado social y democrático de derecho. Esta fórmula propia de la socialdemocracia europea de la segunda posguerra define un rol activo del Estado en la economía y sociedad civil en procura de las necesidades colectivas básicas como trabajo, seguridad social, educación, salud, vivienda, y amplia cobertura a servicios esenciales para asegurar un pleno disfrute de los derechos fundamentales; de suerte que los derechos civiles se vean completados por derechos económicos, sociales y culturales.
- 3) Introducción de una cláusula antidiscriminación en el contexto de la igualdad ante la ley, que junto con asegurar la diversidad encomienda al legislador la sanción de distintas formas de discriminación fundadas en estándares, como el origen social, la raza, la religión, las opiniones políticas, el estilo de vida de las personas, entre otros.
- 4) También, se propone instituir mecanismos de participación directa de la ciudadanía en la democracia como el referéndum, iniciativa popular de ley y revocatoria.
- 5) Reconocimiento de una cláusula de deberes de las personas en sociedad que genera un reequilibrio entre derechos y deberes.
- 6) Mejoramiento de las garantías de protección de derechos sociales, económicos y culturales, como el derecho a la salud y a la educación.
- 7) Creación de un mecanismo de participación y diálogo social a través de un Consejo Económico y Social, órgano consultivo integrado por los cuerpos intermedios de capital, trabajo y profesiones agremiadas.
- 8) Institución del Defensor del Pueblo (o Defensor del Ciudadano) para la defensa y promoción de los derechos humanos en general y derechos fundamentales en particular, frente a la mala administración, deficiente funcionamiento de los servicios públicos de gestión pública y privada y en general tutela de derechos colectivos y difusos.
- 9) Instauración de un completo sistema de jurisdicción constitucional que aborde dos temas: mayor legitimidad del Tribunal Constitucional y mejor protección de derechos fundamentales. La mayor legitimidad del Tribunal Constitucional se logra con una generación de éste en que participen los tres poderes del Estado, con transparencia e información a la opinión pública. Mejor protección de derechos fundamentales a través de una ley de enjuiciamiento general de las acciones de amparo de derechos fundamentales por los tribunales del Poder Judicial.
- 10) Reequilibrio gobierno y Congreso Nacional. Nuestro exacerbado presidencialismo exige un mayor reequilibrio entre los tradicionales po-

deres Ejecutivo y Legislativo, sin que ello signifique parlamentarizar el régimen político. Por ello se plantea fortalecer las instituciones de control político como: interpellaciones parlamentarias y comisiones investigadoras, y además ampliar la órbita de la acusación constitucional en juicio político.

- 11) Ciertamente un buen número de estas ideas fuerza materia de indagaciones en su trámite al proyecto de reforma constitucional de 2005 se vieron fallidas o malogradas por temas de consenso y quórum. Sin embargo, estos temas constituyen en gran parte un acervo valioso de reformas de “primera generación” para un discurso político-constitucional progresista y para la cultura jurídica y política.

2. Reformas constitucionales de segunda generación y prospectiva

A los temas antes enunciados se suman otros que son asumidos o son propios del discurso político-constitucional de raíz democrático-social, a saber:

- 1) Reforma del régimen político presidencialista. En este campo caben tres opciones: democratizar el presidencialismo, instaurar un régimen semi presidencial o bien un régimen parlamentario racionalizado. Es un tema abierto al debate en 1990 y en 2006, y clausurado con prisa por las élites, invocando la siempre ubicua lección histórica o peso de la noche de la historia.
- 2) Reforma político-territorial que está llamada a profundizar la descentralización administrativa y política, instaurándose un auténtico Estado regional. Esta reforma debe separar las funciones de gobierno-administración en la región, quedando el intendente (y gobernador) circunscritos al campo gubernativo y el gobierno regional al campo administrativo (similar a la reforma administrativa francesa de Mitterrand en 1982-86); con expresa elección directa del presidente del Consejo Regional y ya no solo de los consejeros regionales por la ciudadanía regional según fue establecida por la reforma constitucional de 2009 (Ley núm. 20.390), elecciones simultáneas con las demás elecciones administrativas. De esta manera el presidente del órgano Consejo Regional es quien se desempeñaría como órgano ejecutivo del Gobierno Regional.
- 3) Reforma del sistema electoral público, que aborde no solo las distorsiones de representación demográfico-territoriales del binominalismo, sino que también haga posible la participación directa de la ciuda-

danía a través de referéndum, iniciativa popular de ley y revocatoria de autoridades. La reforma al binominalismo por la reforma de 2005 ha quedado entregada a una ley orgánica de quórum especial (mismo quórum ordinario de reforma constitucional), introduciéndole un “amarre” al tema. La reforma constitucional del “binominalismo” debe dar cuenta, en elecciones parlamentarias, de una nueva fórmula electoral proporcional, con el método de escrutinio proporcional corregido (D’Hondt), lo que exige aumentar el número de miembros de la Cámara de Diputados y del Senado para asegurar que la configuración de distritos y circunscripciones sean por lo menos medianos para evitar distorsiones en la representación o bien exige un *mixtum* de binominalismo con circunscripciones nacionales con fórmula proporcional corregida. De este modo se corrige el sistema de exclusión de las minorías que el binominalismo consagra, sin generar barreras excesivas en la representación por la vía de establecer distritos y circunscripciones pequeños en escaños a proveer.

- 4) Refuerzo de los derechos de ciudadanía, haciendo efectivo el derecho de sufragio mediante la inscripción automática y el sufragio obligatorio, e instituyéndose los derechos siguientes: un explícito derecho de asociación política, derecho a la nacionalidad, derecho de protección del Estado a sus nacionales, derecho a una buena administración y derecho de acceso a documentos, entre otros.
- 5) Refuerzo de derechos civiles, introduciéndose al catálogo del artículo 19 nuevos derechos y garantías, a saber: prohibición del trabajo forzado, la servidumbre y trata de seres humanos; derecho a contraer matrimonio y fundar una familia, con independencia de la identidad sexual de las personas; derechos de la personalidad, derecho a la información, derecho a la autodeterminación informativa, libertad de las artes y la ciencia y derecho de asilo, y la recepción de un cuadro de garantías para el nuevo proceso penal acusatorio.
- 6) Refuerzo de derechos sociales, económicos y culturales: reconocimiento al derecho de trabajo, derecho de huelga, derecho a la información y consulta a los trabajadores en la empresa, protección ante el desempleo, garantía de las condiciones de trabajo seguras y equitativas, prohibición del trabajo infantil, derecho de acceso a los servicios de interés económico general, derecho a una remuneración justa o “renta básica”, derecho a la vivienda, derecho a la cultura que comprenda bienes del patrimonio cultural y bienes culturales en general, entre otros.
- 7) Nuevos derechos colectivos: derechos de los consumidores; derecho a la no discriminación fundada en raza, sexo, color, orígenes étnicos o

sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual; derechos del niño (derecho a la protección y cuidado para su bienestar, derecho a expresar su opinión y a que ésta sea tomada en cuenta, preocupación estatal por el cuidado de los niños abandonados o vulnerables, y relación periódica de padres con hijos), derecho de las personas mayores (vida digna e independiente y a participar en la vida social y cultural); derecho a la integración de las personas discapacitadas (asegurar su autonomía, su integración social y cultural y su participación en la vida de la comunidad).

- 8) Mejorar la tutela judicial reforzada de derechos fundamentales y derechos humanos a través del amparo ordinario tanto de tribunales ordinarios como de tribunales especiales.
- 9) Reforma de la Judicatura: instituyendo un Consejo General del Poder Judicial a cargo del “gobierno” y administración judicial integrado colegialmente por los poderes públicos y representantes de asociaciones de magistrados, funcionarios, abogados.
- 10) Establecer una justicia administrativa en el Poder Judicial, con tribunales letrados y mixtos especializados de primera y segunda instancia, dictándose una ley de enjuiciamiento general para este orden.
- 11) Reformar mecanismo de integración del Tribunal Constitucional, que reserven al Congreso Nacional su generación, introduciendo mecanismos abiertos y transparentes de selección y nombramiento de sus ministros, y quórum calificados para asegurar la presencia o sensibilidad de las minorías. Al mismo tiempo se debe prever un mecanismo para hacer efectiva la responsabilidad constitucional y social de los ministros de esta magistratura.
- 12) Perfeccionamiento de las nuevas “autonomías constitucionales” funcionales (Ministerio Público, Banco Central, Consejo Nacional de Televisión, y Tribunal Constitucional) y territoriales (gobierno regional y municipio), por la vía de reforzar los controles sociales, políticos y jurídicos de estas “autonomías” y las responsabilidades jurídicas de sus jerarcas u órganos superiores unipersonales o colegiados.
- 13) Incorporar a la Defensoría Penal Pública a los cuadros orgánicos del Estado que gozan de autonomía constitucional.
- 14) Introducir en la Constitución el capítulo XV de reforma de la Constitución, el mecanismo del referéndum para resolver efectivamente las diferencias entre el presidente de la República y las cámaras como órganos del Poder Constituyente derivado.

III. CONCLUSIONES: NUEVA CONSTITUCIÓN O “CONSTITUCIÓN DEL BICENTENARIO”

En suma, el esbozo de temas o contenidos desde una mirada o aproximación de porvenir o futuro, exige plantear un discurso político constitucional desde las coordenadas del constitucionalismo democrático y social, y con miras a una nueva Constitución, en que el consenso en torno a las reformas pendientes de primera y de segunda generación se verifiquen en la sociedad política y sociedad civil, en el seno de los partidos y del Poder Constituyente, de suerte que los quórum del *iter Constitutione* no operen como mecanismo contramayoritario de bloqueo o “cerrojo”, sino solo como mecanismo contramayoritario asegurador de la estabilidad (rigidez) en función del pacto político que subyace a la Constitución democráticamente gestada.

Definidos los contenidos del discurso político constitucional, debemos estar abiertos a una “operación constituyente” que emplee un procedimiento democrático de elaboración y aprobación de la nueva Constitución (Constitución del bicentenario), y en que el nuevo consenso constitucional, que deje atrás los resabios autoritarios y neoliberales, aquilate en las élites y en especial en la ciudadanía, para contar con una sólida y perdurable legitimidad institucional y un efectivo “patriotismo de la Constitución”, un auténtico republicano o “religión civil”.⁷

En este cuadro la nueva Constitución como orden jurídico fundamental se debate entre el *Scila* de la estabilidad (rigidez) y el *Caribdis* de la dinamicidad (Gomes Canotilho, 2003); polaridad de elementos (estabilidad y flexibilidad), que generan una lógica institucional de continuidad y cambio (Hesse, 1983).⁸ Tal polaridad se traduce por una parte en la supremacía de la Constitución y su “fuerza normativa”, y por otra parte abre un horizonte político temporal diferenciado (bajo el signo de la reforma de la Constitución, su desarrollo infraconstitucional e interpretación sistémica y evolutiva) que asegura un consenso intergeneracional, el cual evita los peligros de una acusada distancia entre la Constitución formal y la material. Así la nueva

⁷ Habermas, J., *Más allá del Estado nacional*, trad. de M. Jiménez Redondo, México, FCE, 2000, p. 117; *id.*, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*”, trad. de M. Jiménez Redondo, 4a. ed., Madrid, Trotta, 2005, pp. 619-643.

⁸ Gomes Canotilho, José Joaquim, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Universidad Carlos III-Dykinson, 2003; también Hesse, Konrad, *Escritos de derecho constitucional*, trad. de P. Cruz Villalón, Madrid, CEC, 1983, pp. 17-31, 75-89.

Constitución o Constitución del bicentenario, fruto de un “auténtico consenso constitucional”,⁹ cumplirá sus funciones en el sistema político, a saber: consenso fundamental de la comunidad política, legitimidad y legitimación del orden jurídico constitucional, garantía de derechos fundamentales, y fuente de ordenación-organización del poder político estatal.

De este modo, la nueva Constitución adquiere como subsistema normativo iusfundamental, el carácter de un marco a distintas opciones de desarrollo-concretización, con un techo ideológico abierto, no será una Constitución “neutral” ni una Constitución “dirigente”, sino un marco cuya estabilidad-dinamicidad se juegan en el proceso político abierto (con momentos de conflicto e integración), con actores de la sociedad política y de la sociedad civil.

Para concluir, en el campo de los derechos fundamentales que tenemos frente a los derechos que queremos, por una parte, y el modelo de Estado (Estado subsidiario o mínimo en contraposición al Estado social), por otra, son los temas sobre los cuales se invita debatir, y respecto de ellos es menester subrayar algunos elementos de análisis:

- 1) La Constitución estatal no es solo “instrumento de gobierno”, parte orgánica y reglas de competencia del Estado y su actividad.
- 2) La Constitución carece de “neutralidad” ideológica, es fruto de fuerzas sociales, políticas en el tiempo histórico y cristaliza ideologías de clase.
- 3) Luego la repulsa, de talante liberal a la “grafomanía constitucional” (Sartori) o a la “inflación de derechos” y la “ordinarización” de derechos fundamentales merced el proceso de amparo ordinario, son simplemente miradas ideológicas (neo) liberales o (neo) conservadoras.
- 4) Consecuencia de lo anterior, la repulsa del debate en torno a más derechos fundamentales y garantías, está ideológicamente comprometida, y emplea armas o trampas como el “lecho de Procusto” de los derechos subjetivos, para negarle justiciabilidad y entidad de derechos a los derechos económicos, sociales y culturales, y por cierto operatividad a estos en relación con las fuentes del derecho o a las decisiones estatales.
- 5) Al mismo tiempo la repulsa a la fórmula del Estado social, y nuevos derechos, descansa en una lectura que tiene como modelo de Estado, y de relaciones de éste con la sociedad y la economía al Estado mínimo o subsidiario, o bien desde un paradójico republicanismo pretende

⁹ Häberle, Peter, *El Estado constitucional*, México, UNAM, 2001, pp. 295 y ss.

trasladar al campo de la deliberación y procedimiento democrático el desarrollo de políticas públicas, para lo cual debe sostener que los derechos económicos, sociales y culturales y las “cláusulas económicas y sociales” de la Constitución son normas programáticas o aspiraciones, a lo sumo normas de principio.

- 6) En este cuadro, nuevos derechos como los colectivos, de las minorías, están de más en un catálogo iusfundamental, que solo admite derechos “reales”, justiciables, derechos subjetivos.
- 7) Sin inclinarnos por el paradigma de la “Constitución dirigente”, sino por el paradigma de una Constitución abierta, el reconocimiento constitucional de nuevos derechos (derechos económicos, sociales y culturales, y derechos colectivos en especial) permite abrir el techo ideológico de la Constitución, y ser partera de una nueva Constitución social y económica.

Lo dicho nos sitúa ante la necesidad de hacer teoría constitucional desde una dogmática que compatibilice las concepciones estructuralistas con las funcionalistas, dando respuesta a qué es la Constitución en cuanto derecho (sistema de normas) y para qué sirve la Constitución-derecho, por una parte, y que al mismo tiempo reivindique el constitucionalismo democrático y el constitucionalismo social, como culturas y tradiciones compatibles con el constitucionalismo liberal.

Congruente con esta precisión teórica, debemos consignar nuestra discrepancia con aquellas posturas garantistas que defienden un “bloque constitucional” de derechos fundamentales como lo hace Nogueira Alcalá, al sumar a la Constitución formal los tratados internacionales o los derechos humanos de fuente convencional, quebrando el principio democrático y el sistema de fuentes; lo que no deja de ser un sucedáneo teórico-práctico incapaz de dar cuenta de una Constitución deficitaria en materia de derechos y que debe ser objeto de una profunda reforma constitucional o decisión del constituyente.

También, como antes anotamos, de la mano de esta versión del garantismo, se difunde en nuestro medio (y en América Latina toda) un exceso teórico consistente en sustantivizar-materializar la Constitución: el paradigma del neoconstitucionalismo, atribuyendo a la manida distinción entre reglas y principios, un conjunto de efectos sobre el ordenamiento jurídico, constitucionalización que está fuertemente unida a concepciones neokusnaturalistas (*v. gr.* principalismo) y panjudicialistas, que terminan desconfiando de la democracia, del pueblo, de los partidos políticos y de la política democrática.¹⁰

¹⁰ Ferreyra, Raúl Gustavo, *Notas sobre derecho constitucional y garantías*, Buenos Aires,

Antes de concluir, nobleza obliga, debemos admitir alguna razonabilidad a la crítica (neo) liberal-(neo) conservadora, a los nuevos derechos y la judicialización de éstos, en especial de los derechos económicos, sociales y culturales de configuración prestacional, los peligros que conlleva tal justiciabilidad como puerta abierta al activismo judicial, quebranto del principio democrático y del “sistema de derechos”. Este reconocimiento parcial a la razonabilidad argumentativa de los críticos, obliga a precisar o desnudar un sofisma: que la operatividad de las “cláusulas económicas y sociales” de la Constitución no se reduce a su justiciabilidad, dice relación directa con la estructura, densidad normativa iusfundamental y el tipo de eficacia de estas normas como reglas de competencia. Esto significa que la operatividad de las normas constitucionales importan incluso su justiciabilidad, cuando éstas normas sirven de derecho material del juicio de legitimidad constitucional de normas infraconstitucionales que efectúa el Tribunal Constitucional, y también en el proceso de amparo de derechos fundamentales, en que los derechos económicos, sociales y culturales que no poseen configuración prestacional, pueden ser objeto de amplia tutela judicial. Luego, es posible admitir la cuestión de la justiciabilidad de los derechos sociales como problema, pero circunscrita al proceso de amparo de derechos fundamentales y a derechos claramente prestacionales.

Con todo, este tipo de eventos académicos sobre qué derechos tenemos y qué derechos queremos, y qué modelo de Estado asumir para consistentemente asegurar tales derechos, permite un necesario, aunque a ratos duro debate, acerca de los derechos fundamentales en la perspectiva de *Constitutione ferenda*, debate que pone en evidencia nuestras posiciones ideológicas en sentido fuerte o en sentido débil, alejándonos irrediblemente de la asepsia o neutralidad en el conocimiento teórico, y que obliga también a definir posición relativa a la democracia que queremos.

Ediar, 2008, pp. 122-140; Gomes Canotilho, José Joaquim, “Principios y «nuevos constitucionalismos»: el problema de los nuevos principios”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 14, 2010.