

CAPÍTULO SÉPTIMO

NUEVA CONSTITUCIÓN Y CONSTITUCIONALISMO EN EL BICENTENARIO*

I. PRESENTACIÓN

Con motivo de esta invitación a las XLI Jornadas Chilenas de Derecho Público a realizar en nuestra casa, la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, creo que es ocasión para esbozar una respuesta a una de una serie de preguntas muy relevantes en torno a una por-venir nueva Constitución en Chile: “*¿Hay que reformar?, ¿qué reformar y por qué hacerlo?, ¿cómo hacerlo?, ¿cuántos derechos resiste una Constitución? y ¿es factible una reforma política o una nueva Constitución?*”; siendo la pregunta a la que nos vamos a referir *¿cómo hacerlo?*; reconociendo en este abordaje una aproximación teórico-metodológica de “nuevo constitucionalismo” cuyas coordenadas arrancan del positivismo normativista crítico, del constitucionalismo democrático y del constitucionalismo social y, por ende, al igual que todo constitucionalismo posee un cierto escoramiento ideológico (al menos en la acepción débil de ideología) y ligazón también a esas fracturas históricas de la modernidad que se produce una a mediados del siglo XIX con la revolución de 1848 (constitucionalismo democrático) y en las primeras décadas del siglo XX con las revoluciones sociales y la “cuestión social” (constitucionalismo social).

De esta manera, primero hablamos de un nuevo constitucionalismo, en la medida que el viejo y siempre raquítico constitucionalismo liberal tuvo en Chile destacados exponentes en el siglo XIX (Lastarria, Briseño, Carrasco Albano, Huneeus) y en el siglo XX (Roldán, Guerra, Amunátegui), y en la medida que el constitucionalismo democrático es un brote germinal y débil (Hostos, en el último tercio del siglo XIX y Bernaschina a mediados del siglo XX), al igual que el constitucionalismo social (Letelier entre los siglos XIX y XX), que lejanamente tuvo recepción en la Constitución de 1925. En la década de 1960 y en los albores de la década de 1970, de la mano de importantes cambios en el mundo de la posguerra, se observa un

* Ponencia a las XLI Jornadas Chilenas de Derecho Público, Universidad de Chile, 24 y 25 de noviembre de 2011

epochal y poderoso constitucionalismo democrático y social, que también se observa en el resto de América Latina, que desaparece con el golpe de Estado-revolución de 1973, reapareciendo el constitucionalismo democrático, teórica y metodológicamente influidos por el institucionismo francés de la “revolución Duverger”, a fines de la década con la fundación del Grupo de Estudios Constitucionales (Grupo de los 24) en 1978. En las universidades, intervenidas o “cautivas”, durante el régimen autoritario, el constitucionalismo está ausente a pesar de que en 1976 se reanudan en la Universidad Católica de Valparaíso las VII Jornadas Chilenas de Derecho Público, y un buen botón de muestra de los “tiempos de silencio” es la unilateral orientación temática y la restringida gama de autores recogidos en la *Revista de Derecho Público* de la Universidad de Chile.¹

El constitucionalismo democrático sobrellevó durante largo tiempo las frustraciones de un orden constitucional autoritario-neoliberal, cuya reforma se veía lejana y prisionera de una transición difícil iniciada en 1990; por lo que la reforma constitucional de 2005 llega 15 años tarde, con un contenido reseñado en los acuerdos de las comisiones técnicas de Concertación-Renovación Nacional de 1989. Iniciada la transición el debate acerca del régimen político (semi-presidencial o parlamentario) es tempranamente sepultado por la “real politik”, que afianza el presidencialismo, ante unas fuerzas armadas y de orden aún presentes en las grandes decisiones políticas y custodias del “orden institucional” heredado, ocupando el senecto exdictador la comandancia en jefe del Ejército hasta 1998.

En ese periodo (1990-2005) los “enclaves autoritarios” institucionales habían cumplido sus funciones de barrera de contención o defensa del orden heredado, con el auxilio de unas fuerzas armadas y de orden “pretorianas”, imprimiéndole su sello a la transición, al cual la élite gobernante del periodo (1990-2010) se acomodó.² Tal orden político-institucional, social y económico del que es reflejo la Constitución de 1980 es fruto del régimen autoritario-neoliberal, y como tal resultado de una revolución-refundación autoritaria del capitalismo, en suma de una dictadura de clase.

¹ Martín-Santos, Luis, *Tiempo de silencio*, 4a. ed., Barcelona, Seix Barral, 1968, nos dice en el laberíntico relato final propio del contexto español franquista: “Todo consiste en estar callado... Estoy desesperado de no estar desesperado”.

² Huntington, S., *El orden político en las sociedades en cambio*, trad. de Felipe Mazia, Buenos Aires, Paidós, 1972, pp. 175-253.

En esta conocida obra politológica Huntington señala: “A medida que la sociedad cambia, también cambian los militares”, p. 200. Y más adelante: “El dilema del guardián contiene dos supuestos: el que el ejército se encuentra por encima de la política y el que debe intervenir en ésta para impedir cambios en el sistema”, p. 210.

Por otra parte, en cuanto a la serie de preguntas antes enunciadas todas de *Constitutione ferenda*, probablemente subyace una pregunta de fondo: *¿qué hacer con la Constitución?*; lo que 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) 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 el que Bobbio y su “escuela” (Ferrajoli) abren un camino al defender una concepción funcional del derecho que desentraña 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.³

Ello nos permite aceptar que la Constitución es un producto histórico, carente de sacralidad, y un subsistema de normas cuya iusfundamentalidad arranca de su posición en el sistema de normas y edificio estatal, pero no es un sistema de normas inerte e ideológicamente neutro, es un instrumento de gobierno, y en dicha definición, es parte del derecho o sistema jurídico, cumpliendo funciones de orden o conservación y de cambio social. De esta manera las aproximaciones estructurales al derecho, deben admitir una aproximación funcional complementaria, abriendo así la ciencia jurídica en general y el derecho constitucional en particular a la colaboración interdisciplinaria de otras ciencias sociales. Esta complementariedad de enfoques y la anotada interdisciplinariedad, no puede importar sacrificar la autonomía científica de las ciencias jurídicas y el rol del jurista en la producción de conocimiento, pretextando el servicio ideológico del conocimiento o la conversión del letrado, juez y jurista en una suerte de artífice de una reingeniería social o de sucedáneo del político.

Lo anterior nos sitúa en las antípodas de un constitucionalismo (neo) liberal, (neo) conservador, el primero que reinventa una tradición liberal cuyas raíces nunca fueron profundas en Chile, y el segundo, iusnaturalista e histo-

³ Bobbio, N., “Hacia una teoría funcional del derecho”, *Derecho, filosofía y lenguaje. Homenaje a Ambrosio L. Gioja*, Buenos Aires, Astrea, 1976, pp. 9-30. Véase también de Bobbio, *Contribución a la teoría del derecho*, estudio, recopilación y traducción A. Ruiz Miguel, Valencia, Fernando Torres editor, 1980, pp. 241-287, 367-390.

ricista, anclado profundamente en el originalismo (textualista o intencionista) de un constituyente autoritario-neoliberal inexistente, cuya fuente casi sagrada serían las Actas de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución o la opinión “docta” de algunos de sus miembros; desconociendo una verdad evidente: la Constitución de 1980 no tiene historia fidedigna de su establecimiento, y su usina real es la Junta de Gobierno y su grupo de trabajo.

Pero también nos sitúa en las antípodas del (neo) iusnaturalismo en boga, de derechas o de izquierdas, que se denomina “neoconstitucionalismo” y que aspira a un “maximalismo constitucional”, una suerte de “moralización” objetivista del derecho constitucional, convirtiendo la Constitución material (bloque constitucional de derechos incorporado) en un demiurgo normativo, bajo el pretexto de una “constitucionalización del derecho” de la mano de la “fuerza normativa de la Constitución”, sin reparar en el encundioso problema de la formulación lingüística, estructura y densidad de las normas iusfundamentales, todo de la mano de una distinción dudosa o ideológicamente concebida entre “principios y reglas”.

Se produce un embelesamiento con la Constitución y su “sistema material de valores” (“filosofía perenne”), y una disposición epistémica que denominamos “fetichismo constitucional”, que transforma a la Constitución (texto sagrado, interpretado, reinterpretado hasta el infinito) en la fuente de todas las respuestas, que avala un desenfrenado activismo judicial (y con ello un acusado elitismo epistemológico), una suerte de derecho material inagotable y que además constitucionaliza todo el derecho, sin precisarse en qué consiste la mentada constitucionalización, o los alcances reales del efecto de irradiación.⁴

Este neoconstitucionalismo tiene correlato en el sistema interamericano y en la cultura jurídica continental en ese verdadero paroxismo del arbitrio judicialista que es el “control de convencionalidad” ejercido por una Corte Interamericana de Derechos Humanos en un ámbito interestatal. Ello vendría en la práctica a admitir una suerte de supraconstitucionalidad de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o del *corpus iuris* interamericano, en un ámbito interestatal que de ningún modo es un espacio político supranacional, sistema interamericano aquejado de un notorio déficit democrático y de un incompleto catálogo de derechos humanos en su “sistema de derechos”, y que desde la perspectiva de nuestro derecho constitucional no

⁴ Aldunate, E., “Neoconstitucionalismo”, *Anuario de Derecho Público*, 2010, pp. 361-369; *id.*, “El efectos de irradiación de los Derecho Fundamentales”, *La constitucionalización del derecho chileno*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile-Universidad Austral de Chile, 2003, pp. 13-38.

es de recibo además por no poseer la Constitución estatal una regla de habilitación paralela a la regla de recepción del derecho de los tratados que abra el derecho nacional a la transferencia de competencias soberanas.

Probablemente este no es el lugar para abordar la cuestión teórico-metodológica y metateórica que subyace a estas variantes del constitucionalismo, ni todas las polémicas que podrían suscitarse del breve enunciado de problemas que plantea el “neoconstitucionalismo”, pero ciertamente un lugar importante en la diferenciación de variantes del constitucionalismo lo tiene el espacio que la “democracia constitucional” o mejor la democracia a secas brinda a la política, a la deliberación pública y al proceso político democrático. Este esquema no busca incurrir en maniqueísmos descaminados como aquel que distingue entre un constitucionalismo “humanista” y un constitucionalismo “estatalista” (M. A. Fernández), sino dar cuenta que en nuestra cultura jurídica subsisten diversas expresiones del constitucionalismo, histórica e ideológicamente condicionadas, de lo cual surge la necesidad de abrir el horizonte ideológico de nuestro orden constitucional y favorecer un pluralismo constitucional.

Hoy asistimos paradójicamente a la creciente aceptación de un tópico o lugar común en orden a que la Constitución “1980/2005”, vieja-nueva, después de 30 años de vigencia, habiendo incorporado ya más de 30 reformas constitucionales en dicho periodo (1980-1989 a 2011), está cumpliendo su ciclo o generación en términos de Jefferson, y se requiere en consecuencia de un nuevo arreglo político-institucional. Esta creciente aceptación es probablemente la resignación ubicua de la clase política ante los movimientos sociales y el “estado de malestar” que se observa en la sociedad civil, y lleva a muchos a afirmar con liviandad o cinismo: “la economía va bien, la política va mal”.

Es ajeno a la disciplina que cultivamos indagar en las causas de este supuesto término de un ciclo, con la modestia que el método jurídico tiene solo nos referiremos a los contenidos y formas de una nueva Constitución y al estado de la cuestión. En nuestro país a pesar del ciclo de reformas de la transición política cerrada en 2005, la Constitución vigente es nueva o mejor dicho remozada en parte de su estatuto del poder, pero es vieja en aspectos muy sustanciales, a saber: la Constitución económica y la social que se mantienen en los contenidos ideológicos gruesos, es decir, fiel reflejo de una refundación autoritaria del capitalismo. La Constitución de “1980/2005” posee aún un nítido sello neoliberal expresado en la fórmula del Estado subsidiario (mínimo); amplia recepción de derechos civiles de contenido patrimonial revestidos de una protección judicial extraordinaria-urgente en el proceso de amparo de derechos ante tribunales superiores de

justicia; “autonomías constitucionales” como dispositivos contramayoritarios y enderezadas a defender o custodiar el “orden constitucional” (Tribunal Constitucional y Banco Central), y “enclaves autoritarios” subsistentes como la legislación de “supermayorías” o de quórum especial para dotar de estabilidad el desarrollo de ciertos institutos de la parte dogmática de la Constitución (previsión, salud, educación, enseñanza, limitaciones a la libertad de adquirir bienes, propiedad minera, Estado empresario y amparo económico, entre otras) o de parte orgánica de la Constitución (bases de la Administración del Estado, Congreso Nacional, Fuerzas Armadas y de Orden, Tribunal Constitucional, Banco Central, Contraloría General de la República y Gobierno y Administración Interior).

La legislación de “supermayorías” fue objeto de “legislación *express*” durante el régimen autoritario (1986-1990); dictándose bajo dicho régimen buena parte de esta legislación prevista en la Constitución vigente, subsistiendo solo como leyes orgánicas constitucionales fictas en virtud de la disposición transitoria cuarta sobre ficción de quórum-rango los mañosos estatutos legales orgánicos de la Contraloría General de la República (Ley núm. 10.336) y del Poder Judicial (Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales de 1875 contenida en el Código Orgánico de Tribunales), que en su forma histórica son leyes ordinarias. Esta legislación *express* de la Junta de Gobierno anterior al 11 de marzo de 1990, solidificó (congelación de rango) un plexo de materias de competencia legislativa, bajo la forma de leyes de “supermayorías” que operan como enclave autoritario-contramayoritario hasta el día de hoy. Por ello la legislación de “supermayorías” no es solo contramayoritaria, sino un enclave autoritario en sí misma.

Es tal la potencia autoritaria-contramayoritaria de la legislación de “supermayorías”, que tratándose del sistema electoral público la legislación orgánica constitucional dictada durante el régimen autoritario, fue puesta a cubierta con la reforma constitucional de 2005 con el quórum propio de reforma constitucional (Disposición Transitoria Decimotercera), quórum extraordinario que protege la fórmula binomial empírica en elecciones parlamentarias. Al mismo tiempo, el Tribunal Constitucional realiza una interpretación extensiva de la competencia del legislador orgánico constitucional (al igual paradójicamente que el Congreso Nacional), no reparando siempre en la excepcionalidad y carácter contramayoritario de la legislación de “supermayorías”, ni en su “espuria naturaleza”. El Congreso Nacional (cámaras, comisiones permanentes y personal letrado de secretarías) igualmente realiza una interpretación extensiva de la legislación de “supermayorías” e incluso en la reforma constitucional de 1997 se extiende la competencia del legislador orgánico al Ministerio Público y en la de 2005 se

extendió la competencia del legislador orgánico a los “procedimientos” ante el Tribunal Constitucional (artículos 84 y 92 inciso final de la Constitución respectivamente).

Es en este contexto, que metodológicamente denominamos reformas constitucionales de “primera generación” a aquellas definidas por el clivaje democracia–dictadura, reformas que conciernen a la transición política, a la democracia y a 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, plantearse un cambio de régimen político-tipo de gobierno y organización territorial del poder, y además, enfrentar los “enclaves autoritarios” 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, reformas constitucionales concernientes a la supervivencia de “enclaves autoritarios” institucionales tales como las leyes de “supermayoría”, sistema electoral y autonomías constitucionales (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 legitimidad de la Constitución, supuesto de un efectivo “patriotismo constitucional”. A su vez, las reformas constitucionales dirigidas a modificar la Constitución social, la Constitución económica, la forma jurídica de Estado o el régimen político democrático presidencialista, son reformas de segunda generación.

Hoy por tanto plantear una nueva Constitución exige hacerse cargo de un plexo de reformas de primera y de segunda generación, 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 constitucional total o asamblea constituyente, y que hemos englobado bajo el término “operación constituyente”, para superar los bloqueos o chantaje que permiten los quórum ordinario-extraordinario de la reforma constitucional prevista en el capítulo XV de la Constitución, sin válvula de salida a la soberanía popular como podría ser el referéndum constituyente.

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

- a) Legitimidad de origen. Falso consenso constitucional, realismo político impuesto por la lógica de una transición pactada.

- 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 descanse 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 de ley, *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) Perfeccionamiento del modelo de organización territorial del poder político, reemplazando el Estado unitario por un Estado regional.
- f) Establecimiento de un sistema de gobierno del Poder Judicial especial, democrático y autónomo, que fortalezca la separación de poderes e independencia del Poder Judicial por una parte y fortalezca a la Corte Suprema como tribunal de casación, y como tribunal de amparo ordinario de derechos fundamentales. Asimismo, se hace imperioso, en una perspectiva de *lege ferenda* la consolidación de un orden judicial y de un procedimiento general de lo contencioso administrativo que asegure un efectivo control judicial de la Administración, reequilibrado con los controles ejercidos por la Contraloría General de la República.
- g) Ampliación del catálogo de derechos, deberes y garantías de la Constitución, tanto de derechos civiles, derechos políticos y derechos económicos, sociales y culturales, derechos de las minorías, nuevos derechos civiles y políticos y la mejora de sus garantías constitucionales procesales.

II. DEMOCRACIA Y CONSTITUCIÓN

El constitucionalismo liberal y su concepto de Constitución se plantea como principal objetivo la protección de los individuos (burgués y ciudadano) en su subjetividad-autonomía proyectada en la libertad y la propiedad (libertad negativa), para hacer posible la libertad en la ley y la protección de la propiedad privada; para lo cual es imperioso cautelar la separación Estado-sociedad

civil y la separación de poderes (funcional y territorial) como pilar basal de la organización estatal. En cambio, el constitucionalismo democrático y social se plantea como principal objetivo la protección de los ciudadanos y de la participación política, fundados en el sufragio universal y en las necesidades vitales de un “hombre concreto” convertido en ciudadano. Ello contrapone al Estado liberal y sus derechos civiles, al Estado social y democrático de derecho y sus derechos políticos, y derechos económicos, sociales y culturales.

De esta suerte, adquieren especial centralidad en las Constituciones de la segunda posguerra mundial, arreglos institucionales que conjugan las tradiciones liberal, democrática y social del constitucionalismo, en un difícil equilibrio: la democracia constitucional, la cual es así un *mixtum compositum* de democracia y Constitución, o mejor dicho de constitucionalismo liberal y social, enderezado a imponer límites al poder político estatal conjurando el peligro de la mentada “tiranía de las mayorías” o enderezado a fijar directrices al poder político estatal. En cuanto a la democracia, el gobierno de pueblo, es encorsetado en un arreglo institucional, el régimen político, que fija los términos del demos y del kratos, a través de reglas que se contienen formalmente en la Constitución. Ello lleva a pensar críticamente que la democracia constitucional es una paradoja, contradicción en sus términos o simplemente un oxímoron o matrimonio de palabras con significados opuestos.⁵

El que la democracia constitucional sea una paradoja u oxímoron es más aparente que real, ya que sin recurrir al “coto vedado” o esfera de lo indecidible que pone a salvo de la soberanía o del poder constituyente a ciertos derechos o valores, toda democracia para ser tal (gobierno del pueblo), requiere al menos de reglas preliminares o precompromisos incorporados a la Constitución; con toda una dificultad no inane acerca de la temporalidad del precompromiso o pacto que subyace a la Constitución, y que llevó al constitucionalismo clásico a plantear la idea de “generaciones” a las que obliga temporalmente el instrumento de gobierno (Jefferson).

Siendo correcto diferenciar el poder constituyente en su plano espacial y temporal, e identificar los peligros de su neutralización en los vericuetos de la representación, el refugio en el “sujeto” (Negri), en la subjetividad colectiva, desvinculada, radical en sí, capaz de romper con la modernidad, parece ser una mistificación. Entonces cabe reconocer en la soberanía y en el poder constituyente una “magnitud política real” (Böckenförde), que sirva de fun-

⁵ Consultar Elster, J., “El precompromiso y la paradoja de la democracia”, en Elster, J. y Slagstad, R. (coords.), *Constitucionalismo y democracia*, México, FCE, 1999, pp. 217-262.

damento a la validez normativa de la Constitución; pero no una potencia absoluta como si fuese una categoría teológica.⁶

La soberanía y el poder constituyente residenciados en el pueblo son una potencia ordenadora, con límites no positivos sino lógicos si se quiere inevitables, a pesar de responder usualmente su ejercicio originario a un momento prejurídico, de cambio político o a un hecho revolucionario, límites que sustentan al pueblo mismo como su titular, y que conectan con derechos de autonomía de las personas. El problema no está entonces en el matrimonio de opuestos (democracia y Constitución) sino en el arreglo institucional, enderezado a asegurar merced la representación y de la democracia de partidos el poder de las élites y a conferirle un rol central a los “guardianes” de la Constitución.

En el entramado institucional de la democracia constitucional surgen “guardianes” togados y “técnicos” e instituciones contramayoritarias, enderezadas a proteger el consenso en torno a ese precipitado ideológico normativo heteróclito, que fundido al Estado de partidos y a una suerte de neocorporativismo termina sacrificando a la soberanía popular en el arreglo institucional y en la adopción de decisiones públicas. El paso siguiente es el tránsito de la soberanía popular a la “soberanía de la Constitución”, vaciando de sujeto político concreto a la soberanía y consiguientemente al principio democrático, como lo recepciona el inciso primero del artículo 50. de la Constitución vigente.

Una democracia constitucional pletórica de guardianes togados o técnicos asilados en sus “autonomías”, una suerte de plazas fuertes incrustadas en el Estado, bajo el pretexto de conservar los “vínculos” o límites al poder político estatal e incluso de poderes fácticos nacionales o multinacionales como pretende Ferrajoli, y asimismo asegurar los valores, principios y las reglas fijadas en un lejano momento constituyente; frente al embate de los “poderes salvajes” o del socavamiento del régimen desde dentro por liderazgos autoritario-populistas (Berlusconi en la Italia de Ferrajoli); está fuertemente aquejada de elitismo epistemológico, desconfianza en el pueblo y en las instituciones de democracia directa (motejada de “democracia plebiscitaria”), y abre la puerta a un acusado panjudicialismo. Asociado a ello se produce un activismo judicial, el que a su vez se alimenta de modelos hermenéuticos

⁶ Negri, A., *El Poder Constituyente. Ensayo sobre las alternativas de la modernidad*, trad. de C. de Marco, Madrid, Libertarias-Prodhufl, 1994, en especial pp. 382 y ss.; Böckenförde, E. W., *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*, trad. de R. de Agapito Serrano, Madrid, Trotta, 2000, pp. 162 y 163.

valorativos, en que la interpretación “moral” de la Constitución abre las puertas a la discrecionalidad judicial (Comanducci).⁷

Por ello, en la aproximación ensayada en este trabajo asumimos una propuesta de “constitucionalismo mínimo” o “débil” definido por Hutchinson y Colón-Ríos en los términos siguientes:

Entendido así, el constitucionalismo débil viene acompañado por la idea de que las transformaciones constitucionales importantes no deben ser el trabajo de instituciones ordinarias. Tales instituciones están diseñadas para operar al nivel de la gobernanza diaria, cuando episodios de participación popular no siempre son posibles por razones prácticas. El constitucionalismo débil no implica Constitución que, al igual a las leyes ordinarias, se puede cambiar fácilmente por mayorías democráticas, si el término *mayorías democráticas* se refiere simplemente a la mayoría de los funcionarios electos que actúan como legisladores. De hecho, el constitucionalismo débil requiere un grado de apertura que no es ni posible ni deseable en el contexto de una legislatura ordinaria. Si una legislatura, aunque sea entorpecida por especiales salvaguardias de procedimiento, posee el poder de enmendar o revisar la Constitución sin la participación de los ciudadanos, el resultado es una pérdida de legitimidad democrática. Aun en el contexto de una legislatura no sujeta a los límites impuestos por una corte constitucional, la democracia requiere que la autoridad para determinar el contenido del texto constitucional recaiga en los ciudadanos comunes.

Asimismo, el constitucionalismo débil depende de un compromiso inquebrantable con una ciudadanía participativa y activa. El ciudadano es visto no simplemente como una persona con derechos que participa de vez en cuando en la política por medio de las elecciones de funcionarios, sino como alguien que juega un papel importante en la re-formulación de las normas que gobiernan al estado. En otras palabras, un ciudadano contribuye directamente a la legitimación democrática del régimen constitucional y sabe que, a pesar de todas las imperfecciones de tal orden, éste puede ser modificado. Los ciudadanos pueden sentirse así identificados con el régimen constitucional y pensar en él como suyo, no simplemente como la encarnación de la voluntad colectiva de un misterioso Pueblo.

⁷ Consultar una monografía reciente de Ferrajoli, L., *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, trad. de P. Andrés Ibáñez, Madrid, Trotta, 2011, y su obra magna *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, trad. de P. Andrés Ibáñez *et al.*, Madrid, Trotta, 2011, en especial t. II, “Teoría de la democracia”. Consultar a propósito de los modelos de interpretación de la Constitución el libro de Comanducci, Paolo, *Hacia una teoría analítica del derecho*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010, en especial pp. 115-144.

El “constitucionalismo mínimo” o “débil”, claramente influido por el republicanismo democrático, busca reconciliar democracia y Constitución, la que cuaja en una “democracia constitucional”, que termina imponiendo la vieja “soberanía de la Constitución” defendida hace casi dos siglos por el liberalismo doctrinario francés de la Europa post Santa Alianza, y un entramado institucional dirigido a conjurar el peligro de la “dictadura de las mayorías” a través de un sistema de frenos y contrapesos, propia de una concepción mecánica del Estado. En ese entramado caben las instituciones contramayoritarias y la rigidez constitucional como técnica de garantía de la estabilidad de las normas de la Constitución.

En este orden de ideas Hutchinson y Colón-Ríos precisan:

La combinación entre constitucionalismo débil y democracia robusta no ve el poder constituyente —entendido como el poder popular originario para crear y recrear Constituciones— como algo que tiene que ser amordazado y reprimido. En contraste con el constitucionalismo tradicional, el constitucionalismo débil acepta la idea de que hay una tensión permanente e insoluble entre la Constitución y el poder político que busca regular y al que a la vez debe su existencia. En consecuencia, en vez de privilegiar la supremacía de una Constitución que es difícil o poco menos que imposible de modificar, asume la Constitución como una ley superior permanente susceptible de la reaparición del poder constituyente. Tomando tal postura, el constitucionalismo débil no busca resolver la antes mencionada tensión. Al contrario, reconoce que es una consecuencia inevitable de tener una Constitución y, en efecto, la acentúa, dando a los ciudadanos los medios institucionales para actuar conjuntamente y reclamar la prioridad del poder popular sobre el texto constitucional, aunque solo ocurre ocasionalmente. Dicho de otro modo, el constitucionalismo débil permite una distinción viable y vibrante entre el gobierno democrático y la democracia a nivel de las leyes fundamentales.³

El “constitucionalismo máximo” de los guardianes de la Constitución, de lo cual una contemporánea expresión es el neoconstitucionalismo, importa en cambio, sustituir o desplazar permanentemente al sujeto real (pueblo) del poder político (soberanía) en el sistema político institucional y depositario de la legitimidad democrática de las instituciones en el proceso político, consolidando así el tránsito de la soberanía popular a la soberanía de la Constitución. Paradójicamente la reforma constitucional de 2009 relativa a sufragio

³ Hutchinson, A. C. y Colón-Ríos, J. “Constituciones duraderas. Una crítica democrática”, *Anuario de Derecho Público 2011*, Santiago, UDP, pp. 450-451 y 437.

voluntario e inscripción automática en los registros electorales, contribuye al “constitucionalismo máximo” y al desplazamiento del pueblo como sujeto soberano, entendiendo el proceso político y el sufragio ciudadano como un mercado, de ideas, programas y bienes disponibles y de elecciones “racionales”, en que el rol de los partidos es formular una atractiva oferta de bienes y “políticos” o “técnicos” al mercado, todo lo que contribuye, a hacer más elitista la participación política y la adopción de decisiones políticas. Esta reforma es un grave retroceso histórico político, favorece la alienación política de amplios sectores socioeconómicos postergados y de ciertos rangos etáreos en la población, niega los derechos políticos como derechos-deberes, merma la igualdad política, cara igualdad en un orden de desigualdades en aras de la “libertad” como es el capitalismo.

Al contrario, el nuevo constitucionalismo, con raíces en el constitucionalismo democrático y social, es un “constitucionalismo mínimo”, ya que en el aparente matrimonio de opuestos (democracia y Constitución), carga el balance en el gobierno del pueblo, y no en la lógica mecánica del sistema de frenos y contrapesos (arreglo institucional fundado en la separación de poderes), y de sus “guardianes”, sea una aristocracia togada o la tecnocracia. Por ello, en el sensible campo de la “revisión judicial” o jurisdicción constitucional, la aristocracia togada debe cumplir un rol cautelar de las reglas iusfundamentales, en especial las reglas del proceso político democrático, los derechos de todas las minorías (y no solo las minorías privilegiadas), y asegurar que la adopción de decisiones políticas se hagan en el campo de la política, en especial en cuestiones valóricas o en cuestiones políticas duras.⁹

III. OPERACIÓN CONSTITUYENTE

En suma, respondiendo ahora a la pregunta ¿qué hacer con la Constitución? Se hace necesario asumir una perspectiva de futuro o prospectiva: la Constitución de “1980/2005” debe ser, desde la perspectiva del contenido nor-

⁹ Consultar el clásico texto de Ely, J. H., *Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional*, trad. de M. Holguín, Bogotá, Siglo del Hombre Editores-Universidad de Los Andes, 1997, en especial pp. 128-131, 207 y ss. En el mismo orden de ideas, pero en 1928, se planteó el jurista vienes el rol de las minorías en la justicia constitucional en su escrito acerca del fundamento teórico del Tribunal Constitucional, de: Kelsen, H., “La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)”, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, selección y presentación de J. Ruiz Manero, Madrid, Debate, 1988, pp. 109-155, en especial pp. 146-148.

mativo iusfundamental, 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 a la democracia de los ciudadanos, la denominamos nueva Constitución. La operación constituyente requiere de la forja de un 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 fuerzas (neo) liberales y (neo) conservadoras, a veces más cautivas del régimen autoritario (“herencia”) de lo que uno podría desear o pensar después 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 reforzada expresión contramayoritaria o de “cerrojo” de nuestro sistema institucional básico, como destacan Couso y Coddou en nuestro medio, tomando a Ginsburg, se emplea el “constitucionalismo como seguro”.¹⁰

Con el término “operación constituyente” englobamos todos los procedimientos democráticos de elaboración y aprobación de una Constitución democrática: asamblea constituyente, referéndum constituyente y Congreso Nacional o parlamento constituyente, evitando así anteponer el procedimiento o forma del cambio constitucional a una definición necesaria de contenidos iusfundamentales propios de una matriz teórico-práctica del constitucionalismo democrático y social. Al mismo tiempo observamos con distancia y envejecido 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 surgidas de una asamblea cons-

¹⁰ Documento de trabajo de Couso, J. y Coddou, A., “Las asignaturas pendientes de la reforma constitucional”, Fuentes, C. (ed.), *En nombre del pueblo. Debate sobre el cambio constitucional en Chile*, Santiago, Heinrich Böll Stiftung-ICSO UDP, 2010, pp. 191-213. En relación con los límites de una transición pactada o de “reformas” como la nuestra y la herencia institucional autoritaria que impuso un gradualismo evidente en el periodo 1990-2010, consultar a Hidalgo, A. Paulo, *El ciclo político de la concertación*, Santiago, Uqbar Editores, 2011.

tituyente, bajo el influjo de los procesos constituyentes de Colombia (1991), y más recientemente de Venezuela (1999), Bolivia y Ecuador (2007, 2008).

Ciertamente la definición de un procedimiento puro o mixto de elaboración y aprobación de una nueva Constitución democrática no es una cuestión carente de relevancia, por el contrario, pero lo central son los contenidos y la pertenencia de estos a la matriz teórico-práctica del constitucionalismo democrático y social, que abra la Constitución al pluralismo, 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” o mejor dicho de las izquierdas 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.

En suma, a fin de superar un debate fútil y artificioso, acerca de la “vieja-nueva” Constitución o Constitución de “1980/2005”, el debate útil o mejor dicho fértil se sitúa en el campo prospectivo o de futuro, enderezado a un cambio o una reforma de primera y de segunda generación a través de una “operación constituyente”, que confiera a la Constitución legitimidad democrática plena, modifique profundamente su estatuto del poder y enmiente de la Constitución económica y la social, abriendo el techo ideológico de la carta a las tres tradiciones y culturas (ideologías en sentido débil y fuerte) del constitucionalismo moderno: liberal, democrático y social, y recepcionando la fórmula del Estado social y democrático de derecho.

Este planteamiento, que apela al poder constituyente democrático y a la soberanía popular, no es novedoso, posee un soporte innegable en las raíces del constitucionalismo moderno. Así, en la usina de la Revolución francesa Condorcet, uno de sus ilustrados protagonistas y víctima, llegó a afirmar un postulado básico y vigente del poder constituyente democrático: “Un pueblo tiene siempre el derecho de rever, reformar o cambiar la Constitución; una generación no tiene derecho a someter a sus leyes las generaciones futuras”, principio recogido en el artículo 28 de la Constitución de 1793 y que pasa al constitucionalismo de los siglos XIX y XX, postulado incluso por Jefferson y Paine durante la Revolución americana.¹¹

¹¹ Sánchez Viamonte, C., *El Poder Constituyente. Origen y formación del constitucionalismo universal y especialmente argentino*, Buenos Aires, Bibliográfica Argentina, 1957, en especial pp. 435-476; véase también Vanossi, J. R., *Teoría constitucional*, Buenos Aires, Depalma, 1975, t. I, vol. 2, en especial pp. 123-172.

El resultado de esta aproximación prospectiva de una reforma o cambio constitucional, con contenidos de reformas de primera y de segunda generación a través de una “operación constituyente”, fundada en la “soberanía popular” y sus procedimientos democráticos, y en un amplio consenso político, es lo que denominamos la nueva Constitución o “Constitución del bicentenario”, es decir, el pleno reencuentro de Chile con sus tradiciones institucionales y con la necesidad de innovar; renovando el “pacto” político mayoría-minoría que subyace a la Constitución y a las decisiones fundamentales que contiene acerca de la relación Estado, individuo y sociedad civil y economía, a la forma política de Estado: República democrática, forma jurídica de Estado: unitario, y forma jurídico-política de Estado: de derecho, régimen político y tipo de gobierno, y los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales que consagra. Esta perspectiva de nueva Constitución asegura un auténtico “patriotismo constitucional”; sin necesidad de una sucedánea legitimidad de ejercicio, en la que pesa más la facticidad y eficacia del orden constitucional en el tiempo. El “patriotismo constitucional” se edifica sobre el pluralismo social, político, cultural, plasmado en la Constitución y en un arraigo republicano propio de una “nación de ciudadanos”; patriotismo que conecta con una idea de legitimidad del poder, del derecho y del Estado, no extraída de un orden moral o derecho natural, sino de un procedimiento racional de la opinión y la voluntad, deliberativo-argumentativo, que cuaje en negociación, y en la identificación de consensos y disensos; que se expresa en un procedimiento democrático de producción del derecho.¹²

En el contexto de la nueva Constitución debemos plantear y lograr un consenso para reformar, modificar o cambiar profundamente el estatuto del poder y la carta de derechos, las partes orgánica y dogmática de la Constitución, a partir de la apertura del techo ideológico y la recepción de reformas de segunda generación relativas a temperar o modificar el régimen presidencialista, recepcionar la cláusula de Estado social y democrático de derecho, introducir un Estado regional, establecer institutos o técnicas de participación directa de la ciudadanía (referéndum, iniciativa popular de ley, revocatoria), incorporar una cláusula de posición preferente y valor

¹² Habermas, J., *Necesidad de renovar a la izquierda*, Madrid, Tecnos, 1994; *id.*, *Más allá del Estado nacional*, trad. de M. Jiménez Redondo, México, FCE, 2000, pp. 77; *id.*, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de la teoría del discurso*, trad. de M. Jiménez Redondo, 4a. ed., Madrid, Trotta, 2004, en especial epílogo pp. 645-662; Kelsen, H., *Esencia y valor de la democracia*, trad. de R. Luengo T. y L. Legaz L., Barcelona, Labor, 1977, p. 122.

interpretativo del derecho internacional común y convencional de los derechos humanos, crear una Defensoría del Pueblo, modificar el sistema judicial (gobierno del Poder Judicial y tribunales de lo contencioso administrativo) y abrir el catálogo de derechos, deberes y garantías constitucionales a nuevos contenidos tutelares (derechos de pueblos indígenas y minorías, cláusula antidiscriminación, nuevos derechos individuales y colectivos, entre otros) y a nuevos mecanismos de protección judicial ordinaria como el amparo constitucional y legal.

Todo ello obliga en primer lugar a asumir cambios en el “modo de pensar la Constitución” (Dahl), lejana a la fe acrítica del canonista o a la recalitrancia crítica con la Constitución documental y/o sus ideólogos reales o supuestos, que encubre una cierta “filia” o “fobia” ideológica con la Carta y sus primitivos autores históricos remotos.¹³

En este contexto la reforma del régimen político presidencialista es aún una tarea pendiente, en la medida que este régimen es un “sistema contramayoritario” (Gargarella, Nino),¹⁴ es decir, un ordenamiento institucional que tiene entre sus “principales fines el de obstaculizar la formación, expresión y puesta en práctica de la voluntad de las mayorías”. Nuestro presidencialismo es un “sistema contramayoritario” reforzado por la incrustación de instituciones “contramayoritarias”; más allá de la tradición presidencial norteamericana que desde sus orígenes es un arreglo institucional que descansa en un principio de separación rígida de poderes y en la desconfianza en la “tiranía de las mayorías” y el accionar farricoso, visión de los “padres fundadores” y de los *framers* de lo cual *El Federalista* es un elocuente botón de muestra; aunque tales definiciones en el proceso constituyente de 1787 no fueron pacíficas a la luz del “antifederalista” y de la visión de un padre fundador como Jefferson, lo que queda demostrado con la temprana fractura entre federalistas y republicanos democráticos.

Este régimen presidencialista como “sistema contramayoritario” coadyuva a un sistema político en que la lógica gobierno-oposición está dominada por una competencia orientada al empate y falta de cooperación, lo que termina generando un “hiperpresidencialismo” (mayor concentración de poder en el presidente de la República y gobierno) como respuesta al tipo de oposición, con la inevitable tentación del “gobierno por decreto” o la

¹³ Dahl, R., *¿Es democrática la Constitución de los Estados Unidos?*, Buenos Aires, FCE, 2003, p. 9.

¹⁴ Gargarella, R., “El presidencialismo como sistema contramayoritario”, en Nino, C. S. et al., *El presidencialismo puesto a prueba. Con especial referencia al sistema presidencialista latinoamericano*, Madrid, CEC, 1992, pp. 83-105.

búsqueda de auxilios “ortopédicos” (Ruiz Tagle) como el Tribunal Constitucional para conferirle centralidad a la decisión ejecutiva. El Tribunal Constitucional concebido como auxilio “ortopédico” de un “hiperpresidencialismo”, que es al mismo tiempo un “presidencialismo minoritario” al no contar con mayorías en las cámaras, corre el serio peligro de politizarse en extremo.

Al mismo tiempo se produce un deterioro de la “calidad de la política” y una “corporativización de la política” (localmente percibida como patrimonialización de la política y de los cargos, y reproducción endogámica o por cooptación de la élite o “clase política”), asociada a la tradicional ley de hierro de las oligarquías partidarias, que conlleva un distanciamiento creciente de las élites políticas de la ciudadanía, con nocivos efectos en el ámbito de la participación política y vitalidad de la sociedad civil. Asimismo, como lo hemos expuesto en otro lugar, la fórmula electoral del sistema para elecciones parlamentarias conocida como “binominalismo” tiende a trasladar la competencia político-partidista al interior de los pactos o alianzas con consecuencias muy perniciosas, todo con efectos de exclusión como la desigualdad en el valor del voto según unidades geográficas (distritos y circunscripciones) y la sobrerepresentación.

A nuestro juicio la moderación o atemperación del régimen político presidencialista o su reforma de signo semi-presidencial y modificación del “binominalismo”, generan cambios en el arreglo institucional que favorecen una ecuación equilibrada entre gobernabilidad y participación, y conjuran el peligro que la “democracia de partidos” se convierta en un “gobierno de partidos”.

Finalmente, también debemos plantear y lograr construir consenso acerca de la necesidad de reforzar la vinculación a la Constitución y la ley, y de establecer un régimen de control político y social en la medida que sea compatible con la función, y un régimen de responsabilidad constitucional y legal congruente para las instituciones “contramayoritarias” del Estado (Poder Judicial, Tribunal Constitucional y Banco Central); de suerte que su necesariedad en la “democracia constitucional” no se traduzca en inmunidad de poder e irresponsabilidad, lo que de suyo es incompatible con una República democrática y Estado de derecho. Se trata de encontrar mecanismos que aminoren una eventual “tiranía de los valores” y la patología del activismo judicial como ocurre con las judicaturas y en especial con el Tribunal Constitucional. Un reconocimiento de estos peligros observa un antiguo juez constitucional y sólido jurista como D. Grimm al anotar “... el riesgo para una Jurisdicción Constitucional efectiva se halla en que los tribunales, ante el escaso grado de precisión que contienen, sobre todo, las

normas materiales de la Constitución y al amparo de su aplicación, asuman tareas de configuración política y, de este modo, perturben los nexos de responsabilidad democrática y las limitaciones de funciones”.¹⁵

El reforzamiento de la legitimidad instrumental y de la responsabilidad de las instituciones “contramayoritarias” aleja el peligro de un “gobierno de los jueces” o de una tecnocracia ideológicamente legitimista, incrustada en un Banco Central o en la Administración Económica, de un cierto modelo de desarrollo capitalista financiero global, heredero en su ortodoxia del denominado Consenso de Washington; tecnocracia que por su sello ideológico, reduce los espacios para la política.

Ciertamente, no se trata de defender una reforma de primera o de segunda generación u operación constituyente inspirada en un nuevo “jacobinismo” democrático radical, sino simplemente equilibrar al interior del Estado y del régimen político, organizado como una “democracia constitucional”, sus raíces democrático-representativas y democrático-participativas y con ello, además, morigerar la “democracia de partidos”, y recuperar para la política democrática los espacios de decisión que la aristocracia togada, animada por un activismo judicial acusado, sustrae al proceso político y sus actores. Es la manera de sobreponerse a la paradoja o contradicción de democracia y Constitución, y vivir una “democracia constitucional”.

IV. CONCLUSIONES: ¿CÓMO HACERLO? O ESTAR DISPUESTOS A CORTAR EL “NUDO GORDIANO”

Hemos dicho que la serie de preguntas que invitan a ser respondidas tienen una pregunta central ¿qué hacer con la Constitución? Y, subsiguentemente, ¿cómo reformar o cambiar la Constitución? Nuestra propuesta es utilizar una vieja categoría del arsenal del constitucionalismo: operación constituyente, acuñada por Hauriou,¹⁶ pero asignándole un significado distinto, el de proceso político de cambio constitucional desde la sociedad política (y los partidos) y de la sociedad civil, en que la determinación del procedimiento a emplear (reforma, referéndum, asamblea constituyente o un *mixtum compositum* de es-

¹⁵ Grimm, D., *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2006.

¹⁶ Hauriou, M., *Principios de derecho público y constitucional*, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1928, pp. 310-322. También sobre el poder constituyente y sus mecanismos procedimentales es clásica la distinción que hace Carl Schmitt en *Teoría de la Constitución*, trad. y presentación de F. Ayala, Madrid, Alianza, 1982, pp. 99-103.

tas técnicas propias de una Constitución democráticamente gestada) no es que carezca de importancia, sino que lo central sea la forja de un consenso constitucional y la identificación de los disensos, que reponga en el seno de la Constitución la idea de pacto y autodeterminación política del pueblo.

La operación constituyente con miras a la nueva Constitución no debe excluir del caleidoscopio de mecanismos, esbozados en el debate constitucional acerca del procedimiento constituyente, incluso debe admitir el procedimiento de reforma total contemplado en el capítulo XV de la Constitución vigente, pero sin quedar prisionero de éste, que impone un bloqueo al entregar la llave de la reforma a la minoría por la vía de un quórum ordinario, extraordinario y reforzado, sin recurso efectivo a la soberanía popular. Sin embargo, como la nueva Constitución no es una reforma constitucional más, de las treinta enmiendas promulgadas a la fecha, por precipitar en ella “reformas de primera generación y reformas de segunda generación”, requiere de hacer una *tabula rasa*, que no desahucie ningún mecanismo, y que comprometa una amplia participación ciudadana.

Esa *tabula rasa*, impone la lógica de estar en condiciones de desatar o cortar el “nudo gordiano”, que es precisamente el procedimiento de reforma constitucional establecido en el capítulo XV. El nudo de Gordias concierne a un “yugo” con cuerdas cuyas ataduras son los “enclaves autoritarios” en el plano institucional que impiden recurrir a la soberanía popular como fuente y medida de legitimidad del poder constituyente. Parafraseando al macedonio inmortal respecto del “nudo gordiano”: “es lo mismo cortarlo que desatarlo”, lo importante es abrir la puerta hacia ese oriente que es la nueva Constitución.

De este modo, si efectivamente es lo mismo cortar o desatar el nudo gordiano, ya que ello importa un catalizador de la forja de un consenso constitucional abierto, dinámico, creativo; sin ataduras, sin enclaves autoritarios o mecanismos contramayoritarios, protectores de un orden constitucional heredado autoritario-neoliberal y que entregan hasta hoy la decisión política constituyente, no a la soberanía del pueblo, sino a una minoría.

Además, en la operación constituyente se requiere de un impulso fundamental o *indirizzo politico* que recae por las características del régimen político en el presidente de la República y, por consiguiente, en esta magistratura recae, en primer lugar, la decisión de abrir el procedimiento constituyente. De no verificarse tal impulso fundamental desde el gobierno, el Congreso Nacional debería hacerse cargo, coadyuvando así a su propia funcionalidad y centralidad.

De este modo, una nueva Constitución será la base de un orden político institucional dotado de amplia legitimidad, fruto de la participación polí-

tica plural, de arraigo republicano del pueblo y fuente de un “patriotismo constitucional” (Habermas), una suerte de “religión civil” (Rousseau) que nos permita pensar colectivamente el futuro de un orden republicano democrático.

Para concluir, para abrir fuego en un debate de pasado-presente y sobre todo de futuro, que nos obliga a bajar del “cielo de los conceptos” o del “cielo de los principios o valores” (caracterizado por la sustitución del axioma cartesiano *cogito, ergo sum* por *cogito, ergo est*) de que nos hablaba tan seriamente Ihering¹⁷ y acercarnos a la realidad jurídico-política desde un compromiso vital con la ciencia del derecho constitucional, y sin mengua del rigor teórico-metodológico, compromiso vital con el orden republicano y democrático político-social, y con el por-venir de nuestro país. En el fondo, no nos resignamos con la sentencia de Hegel en el conocido prefacio de su *Filosofía del derecho* en orden a que el conocimiento llega siempre tarde: “Cuando la filosofía pinta con sus tonos grises, ya ha envejecido una figura de la vida que sus penumbras no pueden rejuvenecer, sino sólo conocer, el búho de Minerva sólo alza su vuelo en el ocaso”.¹⁸

Un nuevo derecho constitucional no puede renunciar en su emprendimiento teórico-práctico al conocimiento, a la crítica interna y/o externa y a la prospectiva.

¹⁷ Ihering, Rodolfo V., *Jurisprudencia en broma y en serio*, trad. de R. Riaza, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1933.

¹⁸ Hegel, G. W. F., *Principios de la filosofía del derecho o derecho natural y ciencia política*, trad. y prólogo de J. L. Vermal, Barcelona, Edhsa, 1988, p. 54.