

CINCO BROCHAZOS CONSTITUYENTES SANTIAGUESES

*Antonio-Carlos Pereira Menaut**

SUMARIO: Primero. ¿De qué depende el éxito de una Constitución? Segundo: Hagamos una constitución como para nuestro peor enemigo. Tercero: Una Constitución para el desacuerdo fundamental. Cuarto: Una magna carta para un constitucionalismo supranacional. Quinto: Sobre la identidad constitucional, los principios constitucionales y la constitución material en el caso chileno. Conclusión.

¿Puede un profesor extranjero ofrecer una reflexión sobre los asuntos constitucionales chilenos? Espero que en mi caso no resulte demasiado osado y doy las gracias al Prof. Soto Kloss por la hospitalidad editorial que me brinda.

Los brochazos asistemáticos y fragmentarios a que se refiere el título pertenecen al género del ensayo no científico. No forman un cuadro (aparte de que los buenos cuadros no están hechos a brochazos) sino un esbozo y son los que a continuación someto al juicio soberano del lector chileno. Intento llamar la atención sobre varios aspectos prácticos, entre ellos, la identidad constitucional, los principios constitucionales y la constitución material, tres aspectos muy importantes para cualquier constitución siempre que nuestro enfoque no sea demasiado formalista.

PRIMERO. ¿DE QUÉ DEPENDE EL ÉXITO DE UNA CONSTITUCIÓN?

Como todos sabemos, de entre las primeras constituciones del mundo, la norteamericana sigue en vigor y poco reformada mientras que las francesas revolucionarias fueron todas muy efímeras. La española de 1812 debe más fama a la invasión napoleónica que a su propio mérito. A la española republicana de 1931, que llevaba en sí la semilla del conflicto, le salvó su

*Profesor honorario de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho, Universidad de Santiago de Compostela. Profesor Extraordinario, Universidad Santo Tomás/Santiago de Chile. Miembro del Consejo Científico de *Ius Publicum*.

reputación la sublevación franquista en 1936. El Tratado Constitucional europeo (2005), más largo que el malogrado proyecto chileno de 2022, en vez de subrayar lo que los europeos comparten, imponía las preferencias de sus redactores, una tentación en la que ha caído más de un redactor constituyente. No llegó a entrar en vigor. Una Constitución que no dure un mínimo (Polonia, 1791, España, 1873 y 1931; Weimar 1919 y tantas más), habrá fracasado. ¿Cómo debe ser, pues, una buena Constitución? Ante todo, realista. Las que fracasaron en poco tiempo, no lo eran.

Desde el punto de vista del *constitution making*, al igual que las leyes deben estar bien hechas, deben estarlo también las constituciones. No lo estaba el mal concebido proyecto europeo de 2005. Tampoco el naufragado proyecto chileno. Deben ser cortas; cuanto más detalladas, más perecederas. Si además de larga es una suma de *single issues*, peor. Por otra parte, sabemos que hacer una Constitución, incluso corta y buena, es ponerla en manos del futuro legislador y eso es inevitable, pero cuanta más remisión deliberada a futuras leyes (“la ley regulará...”), menos rigidez constitucional real. Deben ser viables (la de 1812 no lo era) y buscar la máxima aceptación social; cuanta más carga ideológica, peor. Deben tener un núcleo duro (los grandes derechos, la división de poderes, la sumisión del poder al Derecho) y ser flexible en el resto (p. ej., el sistema electoral). No casualmente, muchas constituciones duraderas son anglosajonas o de monarquías nórdicas.

También es importante cómo sea el texto constitucional, pues, aunque la vida de las constituciones no esté solo en los textos y ni el mejor de ellos haga milagros, uno malo hará estropicios. Ejemplos de España: la división de poderes no está garantizada en el texto actual –basta leerlo con lupa–, así que un gobierno con mayoría absoluta tiene muy pocos frenos y puede nombrar o retirar hasta al director del Museo del Prado. Algunos textos constitucionales tienen fallos que los ve un ciego: el anticatólico artículo 26 de la española de 1931, además de antiliberal, sirvió para herir a una gran parte de la población.

Además de cómo sea el texto es importante el contexto. Lo ideal es que la nueva Constitución se instale en una historia, una cultura y una identidad constitucionales ya existentes. Desde ese punto de vista, Chile no está en malas condiciones.

Un factor de la mayor importancia práctica: cómo sean los operadores constitucionales, los legisladores, altos jueces, jefes de partidos, asesores y *think tanks*. Como decíamos, aprobar un texto constitucional no es sino ponerlo en sus manos, por muchas garantías formales contra reformas indeseables o precipitadas; esto no se puede ignorar. La española, aunque apenas reformada formalmente, en su funcionamiento práctico no la reconocería hoy un español de 1978 que hubiera estado en el planeta Marte y regresase de repente. Algún día, también la nueva Constitución que se haga en Chile quedará en manos de legisladores, jueces y demás

agentes, sin olvidar un ejecutivo que, según parece, no va a dejar de ser poderoso. Todos esos agentes constitucionales, con el tiempo y los inevitables cambios de paradigma, podrían terminar leyendo el texto como les parezca, como el Tribunal Constitucional español con los artículos 15 y 32.1 (vida y matrimonio).

Desde el primer momento el redactor constituyente debe tener en cuenta el riesgo de que la nueva constitución, como todas, puede con el tiempo y la mala suerte constitucional llegar a ser una “hoja de papel”, como diría Lassalle.

SEGUNDO: HAGAMOS UNA CONSTITUCIÓN COMO PARA NUESTRO PEOR ENEMIGO

Lamento ser heterodoxo, pero lo que solemos llamar maquiavelismo no es realista por mucho que muchos autores opinen que es inmoral pero realista. Nuestro consejero maquiavélico a la oreja nos dice: “juega sucio y triunfarás; el fin justifica los medios”. Pero no nos dice nada para cuando, jugando sucio y con medios inmorales, no triunfemos, cosa que ocurrirá tarde o temprano; ningún abogado marrullero sueña con ganar el cien por cien de los pleitos. Incluso los que no conceden que el mal comportamiento pueda alguna vez ser vencido por el bueno (y no faltan ejemplos históricos) tienen que conceder que puede ser vencido por algún comportamiento todavía más inmoral y duro. ¿Y qué destino esperará, entonces, al jugador maquiavélico derrotado? Si efectivamente es maquiavélico y realista, no se podrá quejar si el vencedor le paga con la misma moneda; “el que a hierro mata, a hierro muere”. Nada que ver con John Major en las elecciones de 1997: derrotado aparatosamente por Tony Blair, abandonó inmediatamente Downing Street, dejó una botella de champán a su victorioso adversario y se fue a toda prisa a ver un partido de cricket.

Francoamente, por egoísta que uno sea (pero no cortoplacista), ¿no será más práctico a la larga el juego limpio? Ciertamente, si uno va ganando una pelea, los requerimientos del juego limpio le impedirán explotar el éxito al máximo. Pero en esta vida hay que prepararse más para los fracasos que para los éxitos, para las derrotas que para las victorias, para la enfermedad que para la salud, para los accidentes que para los viajes sin problemas. De lo contrario, las aseguradoras no existirían. Aplicado a la vida constitucional, hay que prepararse para triunfar y estar en el gobierno y para ser derrotado y sufrir la oposición; para gobernar con moderación y ser gobernado con dignidad.

Si queremos protegernos para el día de la derrota política –sería ingenuo no hacerlo; todo abogado tiene planes para cuando pierda un pleito– redactemos una Constitución que nos permita vivir derrotados pero ejerciendo nuestros derechos y haciendo oposición aunque el poder lo

ocupe el mismo demonio, y que impida a este invadir los terrenos de los otros poderes y lo sujete con unas mínimas reglas indisponibles para el gobernante del momento, por mayoritario que sea. Esto no es un eco de la kantiana “república de demonios”, que personalmente no deseo a ningún país; es, simplemente que practicar el juego limpio con todos, incluso con los enemigos, incluso con quien no lo merezca, es no solo más honrado sino también más rentable que el maquiavelismo.

El “Acuerdo por Chile” de diciembre de 2022 dispone unas bases muy aceptables; notablemente superiores a las que han tenido la mayoría de los procesos constituyentes, pero como, lógicamente, no entran en el detalle, dejan lugar para una reflexión como la presente. La Constitución que se apruebe entrará en más detalles, pero como las constituciones exitosas acaban siendo como esos edificios reformados y recubiertos de hiedra, lo que proponemos aquí es una actitud—la actitud deportiva y constitucionalista básica— que, creemos, no tiene fecha de caducidad. Debe informar toda actividad humana que implique confrontación, desde una guerra hasta un partido de rugby y por eso los ingleses fueron maestros en el *fair play*.

Durante la transición española a la democracia—un momento político nada perfecto pero mejor que todo lo que vino después— los que llevaban la voz cantante (Adolfo Suárez y su UCD, pero también el PSOE), optaron por un sistema electoral que los favoreciese y perpetuase en el poder, alternándose ambos partidos con la práctica exclusión de los demás partidos del poder. El sistema era y es favorable al partido ganador, algo menos favorable al segundo y muy duro con los pequeños. Cuando en 1982 la UCD perdió estrepitosamente las elecciones y se convirtió en un pequeño partido, el sistema electoral que ella había querido no la hizo pasar del gobierno a la oposición. Al darle 11 diputados (antes tenía 168) la hizo pasar del gobierno a la desaparición.

Estamos ante una actitud que está en la cultura occidental y en el núcleo del constitucionalismo liberal (recordemos *parcere subiectis*, como escribe Virgilio en la *Eneida*: *not to press one's advantage, give everybody a fair chance*, la misma denominación *HM Loyal Opposition* que procede de 1826). Todas las constituciones tienen disposiciones en esa línea, pero “hecha la ley, hecha la trampa”: no todo el mundo jurídico consiste en leyes de cumplimiento seguro, y el mundo jurídico-constitucional, menos. En el campo de las normas constitucionales positivas, aunque todas las constituciones proclaman la división de poderes y la alternancia en el poder, ya veíamos que la española no la garantiza suficientemente; la europea, menos, y en algunos presidencialismos los presidentes tienen poderes como para reformar la Constitución casi por sí mismos.

TERCERO: UNA CONSTITUCIÓN PARA EL DESACUERDO FUNDAMENTAL

A primera vista puede resultar extraño y hasta agorero plantear que una Constitución esté pensada para el desacuerdo profundo cuando en Chile se acaba de aprobar un “Acuerdo por Chile” que no lo hubo en España en 1978, ni –menos aún– en Portugal en 1976, ni en la mayoría de los países que han redactado constituciones recientemente. La explicación es sencilla: ese muy estimable “Acuerdo” es de naturaleza jurídica y política; el *agreement on fundamentals* es de naturaleza cultural, ética y social. Veamos.

Dicho “Acuerdo por Chile” no es perfecto, pero tampoco lo era el *We hold these truths to be self-evident...* de 1776. Con la perspectiva de quien lo ve desde fuera es un ejemplo casi de libro de acuerdo procedimental y fundamental, que envidiará más de un país que se vea en una situación semejante. Cabe hacerle objeciones en ambos terrenos, el procedimental y el fundamental, pero en una valoración de conjunto, como necesariamente son las de este género, suministra una base sobre la que se podría edificar una satisfactoria Constitución razonablemente democrático-liberal-social para el siglo XXI. Pero, como es lógico, no puede remediar el problema del desacuerdo profundo en materia social, ética y cultural. Llega solo hasta donde llega (y no es poco). La razón de fondo es que el Derecho, la política y la Constitución llegan hasta donde llegan. Pueden ayudar al acuerdo fundamental, pueden fomentarlo, pero no pueden sustituirlo ni crearlo *ex novo* allí donde no lo hay. Para bien o para mal, a nadie se le oculta que la sociedad chilena, hoy, no es la de hace unos decenios.

Chesterton en 1905 alertó de que algún día se desenvainarían las espadas para probar que las hojas son verdes. Bernard Crick, ilustre socialista, decía en los años 80 que el acuerdo fundamental sobra, pues ¿qué va a decir: que un hombre es un hombre y una rosa es una rosa? Pasaron los años y Sir Bernard se equivocó: aquellas obviedades desgarran hoy las sociedades, cualquiera que sea su Constitución. No sé si la sociedad chilena está tan desgarrada como otras occidentales –posiblemente, no tanto–, pero los tiempos del antiguo *agreement on fundamentals* parecen haber pasado.

La destrucción del acuerdo fundamental, ahora aparatosamente precipitada pero con viejas raíces, ha sido –reconozcámoslo– lamentable. No trajo libertad y pluralismo sino más poder, pensamiento único, legisladores insensatos, jueces desatados, delirio de reescribir las sociedades como páginas en blanco... El radical desacuerdo que explotó en 2019-2021 golpeó duramente a las democracias viejas, como Inglaterra y Estados Unidos, porque presuponían mucho acuerdo fundamental; y no digamos a las jóvenes. En nuestras “tierras baldías” (Eliot) hasta *the ties that bind*, hasta las instituciones más básicas –el médico, el maes-

tro— han sido erosionados. Perder la base común occidental ha sido un pésimo negocio; ahí están los hechos. Destruída la visión social compartida que tantos siglos tardó en formarse, a corto plazo será imposible sustituirla. El *agreement on fundamentals* es como el folklore: ninguna ley ni Constitución puede crearlo pero todas pueden erosionarlo. Chile es (o era) el país hispanoparlante con más acuerdo fundamental y el haber llegado al “Acuerdo por Chile” es una sabia medida conforme con esa tradición. España perdió su acuerdo fundamental hace 200 años y aún no generó otro. Al hacer la Constitución actual (1978) se alcanzaron estimables acuerdos pero lógicamente no iban al fondo ético-social. Además, el pluralismo consagrado en nuestro artículo 1.1, una vez descarrilado, resultó negativo. La realidad de hoy en España es que todo el sistema político está desprestigiado y la Constitución nunca significó menos. Al mismo tiempo nos estamos quedando sin sociedad. Por algo las grandes guerras de los últimos decenios son culturales y antropológicas, más que económicas y políticas. Antes se atacaba una línea política acusándola de clasista; hoy se le ataca por homófoba o machista.

¿Qué haremos, entonces, desde el Derecho Constitucional? La solución más modesta es también la más realista: haremos lo que podamos. Hace decenios, a falta de acuerdo fundamental muchos autores sugirieron confiar en las leyes, en las constituciones y —para garantizarles contenido material— en los valores constitucionales. Y en realidad hemos puesto nuestra confianza en los intérpretes y los señores de las leyes, las constituciones y los valores.

Descartada esa solución, tratemos de redactar una Constitución que pueda desenvolverse en una sociedad con escaso acuerdo fundamental. Lo más prudente es que sea breve y clara y que evite los detalles excesivos así como todo lo que pueda resultar divisivo y perecedero. Que se centre en el núcleo duro del constitucionalismo y en los rasgos más indiscutibles de la identidad constitucional chilena y deje el resto a los legisladores, políticos y jueces (nos guste o no, ellos van a ser quienes tengan la vida real de la Constitución en sus manos). Otra medida prudencial no reñida con el “Acuerdo por Chile” sería evitar la excesiva concentración de poder en ninguna persona ni institución; habría que evitar que la Constitución pueda ser reformada por una sola persona o institución. En la misma línea, deberían evitarse los monopolios. Algo de esto ya sucede en Chile: existe una Corte Suprema y un Tribunal Constitucional, ninguno de los cuales es propiamente el superior jerárquico del otro y el segundo no monopoliza la protección de los derechos constitucionales. Otra sugerencia sería dotar a algunas instituciones de capacidad de veto aunque no de gobierno ni de gasto, según el espíritu de la Constitución norteamericana. Tal vez ello pudiera dar lugar a algún bloqueo, lo que va contra la eficiencia, pero las constituciones son para la democracia y no para la eficacia; en muchos países tenemos cada vez más eficacia y control y cada vez menos

democracia y libertad. Debe haber instituciones públicas respetadas y escuchadas pero que no actúen: que reflexionen, discutan y aconsejen pero no decidan. Esto se ve claro en la vida reciente de las instituciones internacionales: hoy han perdido su antigua respetabilidad y *auctoritas* porque cuando descubrieron que tenían poder se volvieron activistas y parciales, pasando a ser un actor más en las luchas de poder. ¿Quién considera hoy que la OMS, la UNESCO, la Unión Europea o la ONU están altruísticamente situadas más allá del bien y del mal?

No ignoramos que últimamente en Chile bastante gente ve la Constitución no solo como un freno al poder sino como una oportunidad de afirmar sus identidades y conseguir más derechos –algunos de carácter muy personal–, incluso frente a otras personas y grupos sociales, aunque eso apodere al Estado y enfrente a los ciudadanos entre ellos. Sin embargo, una Constitución de consenso debe limitarse a las relaciones verticales entre la gente y el poder y no decir nada, o poco, sobre las relaciones interpersonales, las identidades y los terrenos de las decisiones estrictamente personales. El terreno del derecho constitucional es lo público. Según algunos planteamientos actuales la gran batalla constitucional es una cuestión de relaciones horizontales entre una persona y otra, entre el padre y el hijo, entre los que van a un baño o al otro. Aparte del juicio moral, esa discusión no frena al poder sino que le da fuerza para intervenir en favor de los que se consideran ofendidos (y hoy hay muchos ofendidos permanentes). Así sucede en el caso de los niños: ahora, es como si los niños dependieran directamente del juez y el gobierno y menos de sus padres, a los que pueden enfrentarse con toda facilidad. Se produce, entonces, un fenómeno que se acentuó en España con el Covid: que los ciudadanos nos distanciamos entre nosotros. El entramado social más o menos espontáneo que articula una sociedad se debilita. En cambio, crecen nuestras relaciones con el gobierno, las cuales –no nos engañemos– tenderán a ser de dependencia y sumisión, especialmente si se siente legitimado por una parte de la sociedad que quiere imponerse a otra. Un constitucionalismo cuyo efecto, buscado o no, fuera debilitar a la sociedad, no tiene sentido, especialmente si, como estamos diciendo, nos preocupa el acuerdo social. A base de múltiples expresividades individuales en cuestiones identitarias, sexuales y similares nunca se construirá una *polis* sólida. Por su propia lógica los derechos pueden dividir y separar y por eso los oponemos al poder pero la lógica que debe inspirar nuestras relaciones con la familia, los vecinos o los amigos, no es esa.

El acuerdo procedimental siempre implica un mínimo acuerdo sustancial y por lo que se ve, en Chile aún no está muerto (a diferencia de otros países) aunque su sociedad hoy muestre fracturas y desgarramientos que antes no tenía. Comencemos por tomar en serio –esto es, deportivamente– el acuerdo procedimental y fundamental del 12 de diciembre, como

un campo de juego y unas reglas, y con el tiempo iremos generando más acuerdo fundamental.

CUARTO: UNA MAGNA CARTA PARA UN CONSTITUCIONALISMO SUPRANACIONAL

La Constitución que se redacte en Chile en 2023 tendrá que nadar en las aguas de un mundo constitucional considerablemente internacionalizado.

Cierto que tras unos decenios de globalización progresiva y poco discutida, podría ahora darse una marcha atrás también en el mundo del Derecho, pues la globalización parece haber pasado su cenit. Pero, sea ello como sea, es improbable que los Estados se conviertan en entidades totalmente autárquicas, pues ya no lo eran antes del frenesí globalizador de esos tres últimos decenios.

Hablando en general, pocas son hoy las organizaciones internacionales realmente comprometidas con la libertad y la participación de la gente ni respetuosas con la soberanía de los Estados miembros. Aunque hay mucha diferencia entre unas y otras, en general son contrarias al estatismo, al que dicen superar, pero en la realidad de su funcionamiento tienden a reproducir rasgos de los Estados como la concepción piramidal, la verticalidad, la jerarquía, el monopolio y la competencia sobre las competencias. Es frecuente que más que representar a todos sus Estados miembros, protegiendo a los más débiles del excesivo poder de los más grandes, se aplican a gobernarlos a todos según las directrices de las elites mundiales, de las cuales forman parte los altos funcionarios internacionales. Esto es particularmente visible en los comités de la ONU, para no mencionar otras instancias, oficiales o no, como el Foro Económico Mundial.

Mi impresión personal, quizá equivocada, es que en las actuales discusiones constitucionales chilenas, en cuanto a las relaciones con el nivel supranacional –la CIDH, por ejemplo– hasta ahora no parece haber habido muchas novedades ni grandes discusiones y tomas de postura que hayan atraído mucho la opinión pública. El “Acuerdo por Chile”, en su base número 3, sobriamente dice: “La soberanía tiene como límite la dignidad de la persona humana y los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales ratificados por el Estado de Chile y que se encuentren vigentes...”. La Constitución que se redacte debería, probablemente, añadir alguna precaución más ante posibles modificaciones constitucionales indebidas procedentes de instancias supranacionales, como hace la Constitución alemana (arts. 1, 20, 23.1, 79.3; sentencias *Solange I* (1974), *Solange II* (1986), *Maastricht* (1993), *Lisboa*, 2009).

Pero antes de continuar mostremos nuestras cartas en este tema. Escribo desde España, abierta a todo lo global y gozosamente inmersa en una integración continental; tan inmersa que ya casi es “un protectorado alemán

loco por hablar inglés". Por tanto, seguramente tengo la correspondiente cuota de deformación pero espero que ello no invalide el fondo de los puntos que vienen a continuación.

- 1º El poder abusa. Cuanto más global, mayor será la dimensión del abuso. Cualquier probo funcionario internacional de hoy puede hacer más daño que cincuenta Herodes juntos; basta que yerre con buena intención.
- 2º. Cuanto menos se someta el poder a un Derecho exterior, superior o anterior a él, menos *rule of law* (imperio del Derecho) habrá. Cuanto más elevada esté la instancia de poder, menos controlable resultará, como los altos tribunales internacionales: sin nada sobre ellos por arriba y sin legitimación democrática por abajo.
- 3º. Cuanto más piramidal la estructura de poder o, como en este caso, de jurisdicción internacional, y cuanto más verticales las relaciones, peor.
- 4º. Cuanto más general su competencia (caso extremo: competencia sobre las competencias, como pretende la Corte Interamericana de Derechos Humanos), peor. Dicha Corte parece considerarse legitimada para ir expandiendo sus competencias sin previa reforma de las constituciones nacionales ni del instrumento internacional que le da vida (notemos que no es el único ente supranacional que hace así).
- 5º. La modificación de una Constitución compete solo al pueblo de ese Estado o a los órganos constitucionales que proceda. Aunque ninguna organización internacional reforma formalmente las constituciones nacionales, a efectos prácticos el mayor agente de mutaciones constitucionales en España, con notable diferencia, es la Unión Europea. Chile tiene la experiencia de haber tenido que reformar su Constitución por una decisión judicial en el asunto de una película famosa (en mi modesta opinión, debería haberse negado, pero eso es agua pasada). El control de convencionalidad, especialmente a medida que va haciéndose más ambicioso, implica una mutación de la Constitución nacional. Los defensores de ese control lo conciben como perfeccionar y dotar de un contenido material (los derechos fundamentales) al estado de Derecho nacional; como si no hubiera un salto cualitativo. Dan un escalón más a la pirámide normativa y jurisdiccional como si fuera tan inocente como dar un piso más a un edificio: así como existe control de la legalidad de la acción administrativa y control de la constitucionalidad de las leyes, de ahora en adelante existirá control de la convencionalidad, como lo más natural. Ignoran que, en los escalones de la susodicha pirámide, de la Constitución para arriba no hay *demos*, *polis*, Constitución ni ordenamiento jurídico autoconsistente. En estos temas hay notables diferencias entre la integración europea y las demás pero ahora no podemos pararnos a estudiarlas.

Si lo anterior es correcto, la decisión de entregar a los organismos supranacionales mucha, ninguna o poca soberanía compete exclusivamente a los chilenos. En el siglo XXI toda nueva Constitución debería dejarlo claro: “Nosotros, el pueblo”, entregamos esto o lo otro. Solamente el pueblo puede decidirlo. O, visto desde la otra cara de la moneda: los Estados no son provincias o demarcaciones de una supuesta *polis* europea o americana ni de una *civitas mundi*. Dejemos ahora que si tal cosa existiese nunca sería democrática. No son productos de la descentralización de una instancia gubernativa o judicial mundial ni continental.

Si cada vez se concentrase la decisión más arriba solo quedaría un nivel judicial autoconsistente: el que decida en última instancia. Los académicos y jueces supranacionales que consideran a los jueces nacionales como las manos y los pies, o los meros ejecutores, de Estrasburgo o de San José, terminarían por reducir el paisaje a un solo nivel sustancial de jurisdicción, el más alto; el resto, escalones de una pirámide con mayor o menor papel, según los casos, las ramas del Derecho y los países. Pero la realidad es que los jueces nacionales no se deben a los tratados internacionales firmados por los gobiernos sino a la Constitución y las leyes orgánicas a las que deben su existencia, sus funciones y hasta su salario. Así, la Unión Europea tiene sus propios jueces que harán bien en preferir el Derecho europeo al nacional pero el juez nacional solo debe hacerlo así si en su Constitución (no en un tratado, que nunca son sometidos al pueblo) hay una inequívoca y deliberada entrega de competencia en esa materia. Hoy, como siempre, para impedir la acumulación de poder necesitamos “frenos y contrapesos”, no correas de transmisión. El juez nacional no es una derivación, correa de transmisión ni tentáculo del CEDH o la CIDH; es una creación de la Constitución, de la historia y de la legislación nacionales.

Al amparo de una Constitución se aprobarán luego diversos tratados, ordinariamente poco democráticos y carentes de legitimidad para reformar las constituciones nacionales. Incluso en el supuesto más internacionalista, el juez nacional solo estará obligado por el tratado mientras no vaya contra su Constitución, que es la norma originaria, y *rebus sic stantibus*, esto es, como se entendió al firmarse. Así como el criterio de interpretación de una convención por el juez convencional ha de ser el consagrado en la misma, el criterio de interpretación último de un tratado por un juez nacional debe ser el suministrado por su ordenamiento jurídico, no por el tratado, y menos por lo que con el tiempo decida autónomamente un *treaty interpreter* que no ha sido elegido por nadie ni responde ante nadie.

La Constitución de la Unión Europea (que existe y es real aunque *sui generis*) o la incipiente cuasiconstitucionalidad convencional latinoamericana son superiores a las constituciones nacionales solo en un sentido literal, casi físico: están más altas en la escala de niveles. Por lo demás, están por debajo: la constitucionalidad nacional es la anterior y

la supranacional la posterior; la internacional no es la originaria sino la derivada, no es la fundante sino la fundada; no es la más democrática sino la más elitista, no es la más legítima sino la menos y no es la competente universalmente sino la especializada.

QUINTO: SOBRE LA IDENTIDAD CONSTITUCIONAL, LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y LA CONSTITUCIÓN MATERIAL EN EL CASO CHILENO

Detengámonos brevemente en la identidad constitucional, los principios constitucionales y la Constitución material.

1. Los países con constituciones más que “semánticas” (en el sentido de Loewenstein), mínimamente duraderas y mínimamente vivas (vivas en la jurisprudencia y la legislación) desarrollan una manera de ser desde el punto de vista constitucional, una identidad constitucional. También pueden desarrollarla aunque las constituciones cambien, siempre que las grandes instituciones y los grandes principios cambien poco en la historia, como es el caso de la Constitución histórica chilena, que indudablemente existe y es bien visible. No se trata de un concepto realmente autónomo sino de un aspecto de la identidad nacional, discernible desde que hay naciones sobre la faz de la tierra y ahora reconocida por el famoso artículo 2 del TUE (Tratado de la Unión Europea). Entre nosotros, se debe sobre todo a la jurisprudencia constitucional alemana en sus esfuerzos por reconducir los avances de la integración europea y casarla con los aspectos intocables de la Ley Fundamental germana (sentencia de Lisboa, 2009; preámbulo de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, párr. tercero). Huelga decir que Inglaterra y Estados Unidos tienen claras y viejas identidades constitucionales, pero también la tiene Alemania aunque su *curriculum vitae* constitucional antes de 1949 no sea muy edificante. España no la tiene, o no muy fuerte, aunque desde 1812 puedan discernirse algunos rasgos. Ni la forma de gobierno ni la de Estado son antiguas ni pueden sentirse pacíficamente consolidadas; ninguna institución, incluyendo la monarquía, tiene gran prestigio ni parece tener una solidez a prueba de terremotos; el Tribunal Supremo demanda menos respeto, quizá, que nunca en su existencia, y el constitucional, creado por la actual Constitución, tiene notablemente menos prestigio que, pongamos, en los años 1990.

Partiendo de la obviedad de que Chile tiene identidad constitucional en camino a los dos siglos, el espacio disponible aquí nos impide desgranar sus diversos aspectos aunque algunos son muy claros (republicanismo, presidencialismo, Estado unitario excepto las efímeras Leyes Federales de 1826). Me remito a la edición histórica de la Constitución Política de la

República publicada por Arancibia en 2020, en la que se comprueba lo poco que ha cambiado el constitucionalismo chileno desde 1833 hasta hoy y se rastrea el origen y trazabilidad de las disposiciones constitucionales importantes. Huelga señalar que el poder constituyente chileno, como todos los poderes constituyentes, es libre de apartarse, si lo desea, de su propia identidad constitucional pero sería poco sensato desprenderse de tal patrimonio histórico. Por el momento, la lectura de las bases contenidas en el “Acuerdo por Chile” permite esperar que tal cosa no suceda.

2. Es innecesario decir que la identidad constitucional está emparentada con los núcleos duros (límites “inmanentes” a las posibles reformas, diría Loewenstein) que toda Constitución tiene, incluyendo las que no los proclaman. También tiene relación con los principios constitucionales. De estos, algunos se destilarán, en todo o en parte, de toda esa continuidad histórica mientras que otros habrán sido generados recientemente. Que una Constitución nueva enumere formalmente unos principios constitucionales está bien pero no es esencial. Está bien que enumere aquellos que son generalmente aceptados y observados y si lo desea puede proclamar algunos nuevos, pero, siendo los principios como son (no son leyes ni sentencias judiciales) esa proclamación no les garantiza la observancia, ni siquiera garantiza que efectivamente “informen” (arts. 52.3 de la Constitución española y 52.5 de la mencionada Carta Europea) las tareas de legisladores y jueces. Así, los principios del artículo 9.3 de la Constitución española son principios generales muy reconocidos. Enumerados o no, los principios constitucionales más importantes son los que una magna carta va generando con vida constitucional real y desde este punto de vista Chile ya parte de una buena base.

Aunque los principios son más claros que los valores debe tenerse en cuenta que hay varias maneras de entenderlos. Unos, los de tradición romanística, son *regulae iuris*, breves aforismos que desbloquean un nudo jurídico ayudando al intérprete a decidir. Otros, en cambio, son guías para la acción política (principio de subsidiariedad, principios rectores de la política social y económica, arts. 39-52 de la Constitución española) y otros, en fin, son criterios de organización política e institucional, a los que parecen ser particularmente dados los alemanes (principio de estado de derecho, principio de canciller). Lo importante es notar que la nueva Constitución chilena se instalará sobre un lecho de principios constitucionales ya existentes, lo que no sucede cuando se hace una Constitución para un país con un constitucionalismo solo “semántico” o, peor, con una dictadura. El constituyente español no trabajó sobre unos principios específicamente constitucionales porque antes no había Constitución (sí se encontró con un buen *corpus* de principios generales, incluyendo algunos de derecho administrativo).

3. Respecto de la Constitución material, llamamos así al gran conjunto informal y desestructurado de leyes y sentencias que tratan de asuntos que son constitucionales *ratione materiae*. No por casualidad, esto nos acerca al tipo de Constitución inglesa. En el caso español, el más conocido para este firmante, el conjunto de la constitucionalidad material española sería una masa asistemática de normas y sentencias, dispuestas sin un plan, como en una serie de círculos irregulares y excéntricos comparables a una mancha de aceite en un papel absorbente. La “densidad” constitucional es desigualmente decreciente, como el aceite en el papel, hasta incluso desaparecer en algunas partes de esos textos. En el círculo central estaría la Constitución y en los sucesivos estarían los principales estatutos de autonomía, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (en parte), la del poder judicial (en parte), la legislación electoral, otras normas sobre derechos, las grandes leyes administrativas y procesales en lo que tienen de constitucional, otros –no pocos– textos jurídicos diversos imposibles de detallar ahora y, penetrándolo todo, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y, en menor medida, del Supremo. Todo ese desigual paquete de normas y jurisprudencia informalmente constitucionales –aunque no todos constitucionales en toda su extensión ni igual de constitucionales en su intensidad– formaría la Constitución material española. La desigualdad en intensidad implica que –por así decirlo– no todas las partes de la Constitución material son igualmente constitucionales, fenómeno nada raro que sucede incluso en toda Constitución formal que no sea extraordinariamente breve (hasta en la norteamericana).

Al aprobarse la Constitución chilena de 2023 la que va a ser cambiado es el círculo más central pero seguramente no el resto, o no todo el resto de golpe (habrá que estar a la cláusula derogatoria de la nueva magna carta). Bien mirado, es muy bueno que la nueva Constitución no tenga que partir de cero, a diferencia de las constituciones portuguesa y española. En España había un considerable acervo de Derecho público no constitucional, un Estado de justicia administrativa y una administración pública más que razonable y engrasada pero no existía esa masa de constitucionalidad material que suaviza las transiciones políticas y garantiza un mínimo de continuidad inicial, a menos que el nuevo círculo central se proponga acabar con los círculos concéntricos, lo que, vistas las bases del “Acuerdo por Chile”, parece improbable.

CONCLUSIÓN

Solo nos queda desear al poder constituyente chileno un buen proceso de *constitution making*, como los *Framers* americanos, así como suerte y sentido común político, como Locke, Reid o Burke. Deseamos más sentido común que suerte porque en el mundo real en que vivimos difícilmente

podría tener más: Chile ya parte de unas bases históricas e institucionales que no tuvieron la suerte de tener quienes hicieron las constituciones italiana (1947), alemana (1949), portuguesa, española y otras.

Visto que Chile está en una razonable posición en los diversos apartados que hemos revisado, la pregunta brota inmediatamente: ¿será realmente necesario dotarse de una nueva magna carta? Pero eso es una cuestión política que ha sido decidida por la *potestas* chilena y no compete a la *auctoritas*, particularmente, si procede de *terra aliena*.