

DIÁLOGOS CONSTITUYENTES

**F**UNDAMENTOS  
DE UNA NUEVA  
CONSTITUCION  
SOCIAL,  
DEMOCRÁTICA  
Y DERECHO

*RUBÉN MARTÍNEZ DALMAU*



**Este texto fue elaborado a partir de las actas del Seminario “Diálogos Constituyentes” dictado por el profesor Rubén Martínez Dalmau, y con la participación de dirigentes y dirigentes sindicales realizado en enero y febrero de 2021.**

*Dirección:* Vicepresidencia de Formación y Capacitación CUT y Fundación Instituto de Estudios Laborales (FIEL-CUT)

*Sistematización:* Támara Muñoz V., Pablo Zenteno, Roberto Morales y Diego Varas

Octubre 2021

Santiago, Chile

Portada: *Manifestación (1934)*, Antonio Berni.

#### Glosario

Procesos constitucionales - nueva Constitución - Estado social de derechos y democrático – Constitución normativa - derechos sociales.



# ÍNDICE

|   |           |
|---|-----------|
| <b>Presentación</b>   | <b>5</b>  |
| <b>Introducción</b>   | <b>6</b>  |
| <b>Capítulo 1: Hacia un Estado constitucional</b>                                     | <b>8</b>  |
| ¿Qué es una Constitución?   | 9         |
| Hitos de la historia constitucional del mundo   | 9         |
| ¿Qué es un Estado Constitucional?   | 12        |
| <b>Capítulo 2: Garantías y mecanismos del cumplimiento de la Constitución</b>         | <b>13</b> |
| Constitución normativa y Constitución nominal   | 14        |
| La naturaleza Suprema de la Constitución y su aplicación directa                      | 16        |
| Constitucionalización del ordenamiento jurídico                                       | 20        |
| <b>Capítulo 3: Contenidos materiales de una nueva Constitución</b>                    | <b>21</b> |
| Principios axiológicos y los fundamentos del Estado                                   | 22        |
| Parte dogmática: derechos y libertades  | 23        |
| Parte orgánica: gobierno y la estructura  | 24        |
| Constitución económica  | 25        |
| Reforma constitucional  | 26        |
| <b>Capítulo 4: Constitucionalismo social y los derechos de las y los trabajadores</b> | <b>28</b> |
| ¿De qué hablamos cuando hablamos de Derecho?  | 29        |
| Constitucionalismo social y democrático   | 31        |
| Dificultades de constitucionalizan los derechos sociales                              | 33        |
| Derechos de los y las trabajadoras y en la Constitución                               | 34        |
| <b>Conclusiones</b>   | <b>35</b> |
| <b>Bibliografía recomendada</b>   | <b>38</b> |
| <b>Anexo</b>  | <b>39</b> |

# PRESENTACIÓN

En el contexto actual de nuestro país, donde ya se inicia la discusión de los contenidos para una nueva constitución en Chile, y que se gestara a propósito desde la síntesis que realizara el pueblo en las calles ese 18 de octubre del año 2019 y que hizo sentido en la mayoría de nuestro pueblo, las demandas desde las organizaciones que se venían exigiendo hace varios años y que pudieron encontrarse y reencontrarse desde esos días.

Es que, desde la Central Unitaria de Trabajadores, CUT hemos querido entregar mayores elementos para la formación, discusión y participación de las y los trabajadores en este momento histórico que se vive en Chile.

Tomando los antecedentes que ya evidenciamos en la Escuela de verano de este año, donde contribuimos con cuatro conversatorios, para analizar y entregar mayores herramientas a las y los trabajadores para darle sentido a esta conversación con temas como: ¿Que es una constitución?, garantías y mecanismo de cumplimiento de una constitución, los contenidos materiales de una constitución y constitucionalismo social y los derechos de las y los trabajadores , que evidentemente aportaran a la discusión y a la generación de mayores elementos para una nueva constitución, que nos permita dejar atrás el modelo neoliberal y pensar en un Chile mejor.

Hemos querido contribuir desde la Vicepresidencia de Formación Sindical de la CUT en democratizar los saberes y a proporcionar de mas fundamentos a las y los trabajadores en la disputa contra el modelo hegemónico actual para propender a una constitución social, democrática y de derechos, que ponga en el centro la valoración del trabajo, tanto productivo como reproductivo, derecho al trabajo, a sueldo y condiciones dignas, a una negociación ramal y el efectivo derecho a la huelga, pero también a que las organizaciones: sindicatos, federaciones, confederaciones y central sindical, jueguen un papel protagónico en las discusiones y decisiones sobre políticas públicas y sin duda en las empresas, solo de esta forma conseguiremos mayor democracia , redistribución de la riqueza y justicia social.

Tamara Muñoz Valenzuela  
Vicepresidenta de Formación y Capacitación Sindical CUT

# INTRODUCCIÓN

El actual proceso constitucional fue consecuencia de progresivos movimientos sociales y sindicales que desde el retorno a la democracia expresaban la inminente crisis que traería el modelo establecido durante la dictadura militar,. Este modelo pudo ser sostenido a través de una Constitución Política que pretendía ser petrea y que garantizaba amplios derechos a las oligarquías políticas y económicas dominantes. El 18 de octubre de 2019 posibilitó transformar esta realidad.

El mundo del trabajo es consciente que el proceso constituyente por sí solo no es suficiente. Lo importante para lograr un texto Constitucional que represente los valores sociales de los diversos pueblos y naciones que componen la sociedad es dotarla de mecanismos que permitan que los derechos y garantía establecidas en ella puedan ser realmente aplicables y exigibles por los chilenos y chilenas, es decir, pasar del actual Estado legal a un verdadero Estado constitucional social, democrático y de derecho.

El presente texto pretende explicar aspectos que necesariamente debe incluir una Constitución -más allá del catálogo dogmático<sup>1</sup>- para que esta pueda tener un carácter emancipador procurando aumentar la participación ciudadana, más derechos sociales, más libertades, más igualdad, más justicia en definitiva, más y mejor democracia. También ser un insumo de democratizar el conocimiento dirigido especialmente al mundo sindical y del trabajo, con la finalidad de que adhieran o refuercen su compromiso con el actual proceso constitucional, y logren comprender la importancia que ha significado siempre para la emancipación de los desposeídos, grupos marginados y de las clases dominadas. Así también, comprender el sistemático interés de grupos reaccionarios oligárquicos para deslegitimarlo y buscar su fracaso.

Para lograr lo anterior, el profesor Rubén Martínez Dalmau de manera brillante sintetiza los 400 años de historia constitucional, explicando las razones de su origen y el ánimo preponderantemente revolucionario de las primeras constituciones norteamericanas y francesa, la posterior captura a constituciones puramente formales o programáticas, y el rol

---

<sup>1</sup> Sobre propuestas de derechos y garantías de parte de Central Unitaria de Trabajadores se pueden encontrar en CUT (2021): *Propuesta Constitucional desde el mundo sindical: Un nuevo Chile desde las múltiples dimensiones del Trabajo Decente*, en Central Unitaria de Trabajadores de Chile y Fundación Friedrich Ebert Stiftung, Santiago. Disponible en: <https://cut.cl/cutchile/2021/06/30/trabajo-decente-consejo-asesor-de-la-cut-presenta-las-propuestas-constituyentes-del-mundo-sindical/>

del movimiento obrero a finales del siglo XIX para restituir el carácter emancipador con el surgimiento de las Constituciones sociales del siglo XX.

Posteriormente, se describe algunas condiciones *sine qua non* que debe considerar un texto Constitucional si lo que se pretende es que la voluntad popular ahí vertida del proceso constituyente no sea posteriormente *vaciada* o sustituida por el poder constituido (Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial). Entre otros aspectos, el carácter Supremo que debe tener la Constitución en el ordenamiento jurídico, la importancia de un Tribunal Constitucional y las ventajas del control concentrado para la vigencia de los contenidos constitucionales y como posibilidad de aplicación directa.

Se analiza de manera más sistematizada los aspectos tradicionales que contemplan las constituciones contemporáneas, destacando así, el establecimiento de un capítulo preambular donde se expresen valores sociales que puedan servir como marco axiológico de la interpretación y aplicabilidad de las normas constitucionales por el poder constituido. A su vez, en la parte dogmática se analizan algunas tendencias sobre derechos nuevos que se han incorporado en los textos más recientes, como por ejemplo, el medio ambiente y la naturaleza como sujeto de protección constitucional, y derechos específicos tendientes proteger a grupos históricamente discriminados y segregados como mujeres, pueblos indígenas, y los derechos de libertad sindical y demás derechos de los y las trabajadoras.

Finalmente, se analiza de manera específica la influencia del movimiento obrero y sindical en el los siglos XIX y XX y su victoria para el reconocimiento de derechos laborales y sociales en las constituciones latinoamericanas y europeas. Y, las complejidades que tuvo el proceso de establecimiento de Estados de bienestar en Latinoamérica a mitad de siglo.



## Capítulo 1

# HACIA UN ESTADO CONSTITUCIONAL

## ¿QUÉ ES UNA CONSTITUCIÓN?



En un sentido tradicional una Constitución es el mecanismo mediante el cual las sociedades organizan el poder político. Es el instrumento organizativo político de una sociedad.

En esta idea, la constitución tiene un aspecto material (poder constituyente) y un contenido formal o textual (poder constituido). Es el resultado de la voluntad popular, o voluntad constituida.

Este texto organizativo político tiene dos funciones fundamentales: la primera, determina y garantiza los derechos (parte dogmática). Y, en segundo lugar, organiza el poder público (parte orgánica).

En la actualidad, la Constitución tiene un concepto más amplio, pues es el texto que legitima el ordenamiento jurídico democrático al ser la norma suprema que proviene de la voluntad originaria y democrática del pueblo. Esto es lo que le otorga legitimidad siempre que haya ocurrido democráticamente.

En síntesis, los textos constitucionales reflejan o refiere a tres cosas: (1) Es la voluntad del poder constituyente determinada en un texto normativo; (2) la determinación y garantía de derechos y organización del poder público, y (3) la norma suprema del ordenamiento jurídico que legitima democráticamente tal ordenamiento<sup>2</sup>.

Estos tres elementos no siempre han estado presentes en la idea de la idea de la Constitución, sino que ha sido objeto de una evolución del concepto y praxis muy relevante.

## HITOS DE LA HISTORIA CONSTITUCIONAL DEL MUNDO

La historia del constitucionalismo es larga y compleja, pero existen hitos en este proceso que destacan y simplifican la comprensión de lo que entendemos hoy por hoy por un texto Constitucional.

---

<sup>2</sup> Véase GUASTINI, R. (1999).

Para algunos historiadores, el Estado constitucional es el que nace con las primeras constituciones racionales-normativas.

Para los constitucionalistas demócratas un Estado Constitucional es aquel que goza de una constitución originariamente democrática, que impregna al sistema político y jurídico, y que evoluciona en términos de derechos, garantías y desarrollo. Por tanto, es una conclusión, una suma y evolución de todos los procesos constitucionales democráticos históricos.

Podemos sintetizar la historia del desarrollo constitucional 4 grandes etapas:

## **PRE-CONSTITUCIONALISMO:**

En esta etapa la Constitución no refiere al constitucionalismo como lo conocemos hoy, en la idea de una fórmula racional normativa que organiza el poder y establece los derechos y sus garantías.

Se da inicio con revoluciones burguesas como la inglesa y tuvo como finalidad la contención y lucha contra el poder absoluto.

Es una lucha por la libertad, y por lo tanto, la Constitución pretende limitar los poderes absolutos propio de las monarquías.

## **CONSTITUCIONALISMO LIBERAL EMANCIPADOR<sup>3</sup>:**

Período que transcurre a finales del siglo XVIII, y sus hitos más representativos son la revolución norteamericana de 1775 y la revolución francesa de 1789, también conocidas como las revoluciones liberales.

Aquí surge la idea propiamente de Constitución, es decir, una definición racional normativa como texto único.

En el caso de la revolución norteamericana sus textos más representativos son las declaraciones de cada una de las colonias independizadas (constituciones pre-federales), entre las que destaca la del Estado de Pensilvania (1776) que define por primera vez el concepto de poder constituyente desde el punto de vista sustantivo, declarando la subordinación de mando radicada en el pueblo y la obediencia de quienes detentan los cargos de gobierno y con ello garantizando el derecho de reemplazarlos mediante la voluntad popular.

---

<sup>3</sup> Debemos precisar que el término liberal puede referir a dos vertientes ideológicas: la liberal emancipadora y la liberal conservadora.

La Constitución democrática siempre ha significado emancipación. El carácter emancipador de los procesos constitucionalista norteamericano y francés tuvo como fundamento la emancipación de los imperios (norteamericana) y, la segunda, la emancipación del poder absoluto del rey (Luis XIV).

En el caso Francés su proceso revolucionario acabó con una Constitución muy relevante de 1791, posteriormente es cambiada por la -mal llamada- Constitución Jacobina de 1793 la que también fue producto de un proceso constituyente importante para la época.

La Constitución francesa de 1793 ya incorporaba dos elementos jurídicos que trascienden y han permeado los textos Magnos del mundo contemporáneo. El primero, el propio concepto de Constitución establecido en el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, que expresa que donde no hay separación de poderes ni derechos garantizados no hay Constitución. Y, el segundo, del artículo 23 que declara que toda generación tiene el derecho a tener su propia Constitución.

## **“OLA” DE CONSTITUCIONALISMO EN EL MUNDO Y EN AMÉRICA LATINA:**

A partir de la revolución norteamericana y francesa, comienza una “ola” a principios del siglo XIX que irradia a las distintas partes del mundo e incluso a América Latina.

El proceso inicia en Haití (1801) donde aparece la primera constitución latinoamericana emancipadora. Esta primera constitución, denominada la “Constitución negra” declara por primera vez en el mundo la abolición de la esclavitud.

Luego, otras constituciones, como la de Venezuela de 1811 denominadas “Constituciones Bolívarianas” y las posteriores constituciones emancipadoras latinoamericanas<sup>4</sup>.

## **CONSTITUCIONALISMO SOCIAL, DEMOCRÁTICO Y DE DERECHOS:**

A partir del siglo XX se caracterizó por un nuevo constitucionalismo que incorpora nociones sociales, de democracia y de garantías de derechos más allá de libertades civiles y políticas.

La noción de constitución democrática significa una emancipación, más libertad, mejores derechos y mejores condiciones de vida.

Consagra la idea de Constitución como emancipación, pero esta vez dotando al Estado de un rol social en la provisión de necesidades sociales.

---

<sup>4</sup> Véase GARGARELLA, R. (2010).

En Latinoamérica se inicia con la Constitución de 1991 de Colombia, que recoge nuevos paradigmas para los textos normativos. Que luego se recoge en la Constitución de Bolivia del año 2009 (que crea el concepto de Estado plurinacional).

## ¿QUÉ ES UN ESTADO CONSTITUCIONAL?

Se puede definir siguiendo distintas pautas según las distintas vertientes de estudios.

Para un historiador es aquel Estado que existe desde el siglo XVIII con la creación de Constituciones racional-normativas.

Para un formalista, el Estado lo será donde haya una Constitución, con independencia de si se cumple o no, lo importante para estos postulantes es que exista un texto que se describe como tal. Incluso, con independencia de cómo se logró dicho texto.

Para los constitucionalistas democráticos, es aquel Estado que tiene una Constitución como consecuencia del poder constituyente democrático, y por lo tanto, que impregna e invade el ordenamiento jurídico.

En definitiva, el Estado Constitucional es la conclusión de una evolución histórica de más de 400 años. Durante el siglo XVII y XVIII se crea el concepto constitucionalismo, en el XVIII se crea el concepto "Constitución". A partir del siglo XIX comienzan los diferentes momentos constituyentes, desde del Estado liberal revolucionario y posteriormente el Estado liberal conservador oligárquico. En el siglo XX surge el Estado social y democrático y de derecho. Y, al final, de la conclusión de esta evolución surge el Estado Constitucional. En este último caso ocurre por ejemplo, en la Constitución del Ecuador del 2008 donde el propio texto declara que es un Estado Constitucional.

La Nueva Constitución chilena por tanto no se aparta de este proceso histórico, pero indudablemente introducirá nuevos elementos novedosos que enriquecerán la construcción del Estado constitucional. Es decir, recogerá todos los elementos emancipatorios que hasta ahora conoce la humanidad, las evoluciones del constitucionalismo social, el nuevo constitucionalismo y, particularmente Latinoamérica.

Y si es que hay algo que tienen en común cada uno de estos nuevos procesos es que siempre construyen mejores sociedades, más libres y con más derechos garantizados que las anteriores.

## Capítulo 2

# GARANTÍAS Y MECANISMOS DEL CUMPLIMIENTO DE LA CONSTITUCION

# CONSTITUCIÓN NORMATIVA Y CONSTITUCIÓN NOMINAL



Para cumplir lo establecido en una Constitución democrática y emancipadora lo principal es que esta se trate de una de tipo normativa, es decir, que como norma jurídica se cumpla y se haga cumplir.

Esta clase de constitucionalismo propende a la incidencia del texto en todo el ordenamiento jurídico y no se queda solo en el “deber ser” o normas de carácter simplemente declarativas o programáticas.

El carácter normativo de una Constitución lo caracteriza principalmente porque esta se pueda aplicar directamente y garantizar los derechos establecidos en ella a través de instituciones o jueces.

Por lo tanto, el concepto de Constitución normativa es una contraposición a la de tipo nominal (Constitución nominal).

Cuando las constituciones democráticas nacen, lo hacen para poder aplicarse. Todos los que participaron en la construcción de diferentes constituciones las hicieron para que tuvieran aplicación en la realidad jurídica y material (caso de los textos Constitucionales de EE.UU. de 1776 y de Francia de 1789) y no para que quedaran en un instrumento sin aplicabilidad. Los revolucionarios y ciudadanos de la época buscaban que estos documentos fuesen capaces de cambiar la realidad.

Esta clase de constituciones buscan intervenir, transformar y fijar un modelo de sociedad que procure atender sus necesidades.

Las Constituciones democráticas nacen con la voluntad de ser normativas, son en esencia revolucionarias y pretenden cambiar la realidad jurídica y material, y no quedarse en el deber ser (en un sentido puramente programático).

Este logro pretendido en los revolucionarios norteamericanos y franceses es posteriormente superado por otra clase de Constitucionales denominadas nominales. Así, las constituciones surgen con las revoluciones democráticas y fueron “capturadas” con el pensamiento conservador liberal, principalmente durante el siglo XIX y se caracterizan porque los textos no tuvieron aplicación en el campo de la realidad, es solo un papel mojado (Lasal). Se le conocen como Constitucionales nominales, programáticas o formales.

Por razones ideológicas y económicas, las oligarquías (políticas y económicas) no están dispuestas a aceptar el potencial democrático de una Constitución normativa, es decir, hay una reacción oligárquica contra los avances democráticos que los pueblos han ganado en la medida que construyen constituciones normativas; frente a los avances revolucionarios siempre existe un pensamiento contrarrevolucionario y anti emancipador oligárquico contra los avances democráticos<sup>5</sup>. Lo que denominamos reacción o “poder reaccionario”.

Lo pretendido por estos ideólogos fue el mantenimiento del poder fundamental del Estado (económico y político) en la burguesía. Este pensamiento entiende que ya no se puede renunciar al concepto de Constitución democrática con todo lo que esto conlleva: más libertades, más derechos y emancipación de grandes grupos sociales, y lo que hace hábilmente es utilizar el significante, es decir, el término “Constitución” convirtiéndolo en un concepto puramente formal, pero lo vacía de contenido y de su poder revolucionario. No tiene ninguna trascendencia en el marco de la realidad.

El nominalismo implica que la Constitución continuará existiendo como texto en sentido formal, pero no tendrá ningún impacto o trascendencia en el marco de la realidad, pues existe como un programa o ideales a alcanzar. El efecto más ilustrativo de este formalismo es que sus normas no podrán invocarse, así los derechos y libertades ahí establecidas no podrán ser aplicadas por un tribunal, esto porque se ha sido vaciada su carácter normativo.

Este es un aspecto fundamental de entender, pues el poder normativo de la Constitución se traspasa a la ley que estará en manos del poder constituido (El Parlamento burgués), integrado principalmente por representantes pequeños de la sociedad, que excluye a las mujeres, a los campesinos, a los pueblos indígenas, a quienes no tengan una casa o patrimonio, etc. Y, por tanto, quienes redactan esas leyes lo hacen en beneficio de su propia clase: la burguesa decimonónica.

Así las leyes redactadas por este Parlamento burgués no tienen necesariamente relación con lo declarado en el texto constitucional y, por tanto, la norma suprema y de ordenamiento en la práctica es la ley.

Es así como en el siglo XIX (y parte del siglo XX) se habla de “Estado legal” representado por una hegemonía de Constituciones nominales.

---

<sup>5</sup> El profesor Pisarello explica esta cuestión describiendo cómo frente a los avances revolucionarios siempre hay un pensamiento contrarrevolucionario, antiemancipador y oligárquico que está dispuesto a luchar contra estos avances. Esto ha sido así desde el surgimiento de la humanidad y de la organización política primitiva. En PISARELLO, T. (2011).



Paralelamente, las condiciones del siglo XIX posibilitan movimientos sociales y sindicales que permitirán reestablecer la normatividad de las constituciones. Es un tiempo de muchas luchas sociales tendiente a incorporar y gozar de los derechos, principalmente los relacionados a la clase obrera, existieron movimientos revolucionarios en toda Europa y América Latina, Y encontramos movimientos revolucionarios fundamentales para ese objetivo.

Este nominalismo imperante en la época del liberalismo conservador es fervientemente discutido por los diferentes movimientos sociales que buscan y consiguen la normatividad. Esto se logra a través de diferentes momentos revolucionarios que tienen ocasión a finales del siglo XIX y principio del siglo XX, y cuyo mayores hitos tiene ocurrencia (1) en Latinoamérica con la Constitución de Querétaro (México) de 1917, (2) en Europa en el período de entre guerras mundiales, con la Constitución de Weimar (actual Alemania) de 1919 y la Austria de 1929.

Estas 3 Constituciones son claves en la evolución de la constitucionalización de los Estados. Para lograr dotarla de normatividad crean una nueva institución: el Tribunal Constitucional.

## **LA NATURALEZA SUPREMA DE LA CONSTITUCIÓN Y SU APLICACIÓN DIRECTA**

Para que una Constitución sea normativa se requieren dos elementos: (1) Que la Constitución sea Suprema, y; (2) Que sea de aplicación directa.

## **NUEVA CONSTITUCIÓN Y TRATADOS INTERNACIONALES**

La Constitución democrática debe constituirse como la norma suprema del ordenamiento jurídico. Así la define la Constitución colombiana (1991) es la “Ley de Leyes” y debe estar sobre cualquier ley, norma o comportamiento en el marco del ordenamiento jurídico. Esta característica es denominada en derecho constitucional “la posición especial” (Suprema) de la Constitución democrática.

La Constitución es una ley, pero no cualquier ley, ninguna norma puede ir en contra de este texto. Asimismo, significa que la Constitución no puede estar a expensas de la ley, si el texto

Fundamental esta queda a expensas de la ley o puede ser determinada, sustituida o definida por esta, ya no hay normatividad de la Constitución, sino que lo que hay es un Estado legal.

En un Estado constitucional debe tener todas las garantías para que la Constitución pueda situarse sobre la ley.

¿Y qué ocurre con los tratados internacionales? Esto es un tema no pacífico. En un Estado democrático, el texto Fundamental está sobre los tratados internacionales, pues es la constitución la que le da la legitimidad a dichos tratados ratificados por el país.

Lo anterior implica, que no se pueden establecer mecanismos de sustitución de los tratados internacionales de la Constitución democrática, pues esto traería el efecto contrario y de manera indirecta se sustituiría la expresión popular radicada en el texto Fundamental mediante la incorporación de tratados internacionales incorporados al ordenamiento jurídico elaborados a través de procedimientos menos participativos.

Lo anterior de ninguna manera puede entenderse que exista una contradicción entre los tratados internacionales y la Constitución democrática: El problema no es de aplicación si no de jerarquía. Dentro del marco jerárquico la norma constitucional es necesariamente superior, y esto es evidente, la misma Carta es la que establece el mecanismo para que se aprueben los tratados<sup>6</sup>.

Por eso en las partes adicionales (transitorias) de la Constitución chilena, debe establecerse un proceso de revisión de los tratados internacionales ratificados, los que deberán ser analizados en un periodo de tiempo adecuado y con la posibilidad de denunciar aquellos que están en contra del nuevo texto democráticamente decidido. Este proceso, por ejemplo, es el que se estableció en la Constitución boliviana de 2009, donde se fijó un plazo para la revisión de los tratados internacionales. Con esto, se pretende evitar el conflicto entre los tratados internacionales y la Constitución naciente.

## CONSTITUCIÓN Y APLICACIÓN DIRECTA

Es un elemento fundamental de la discusión y significa que la aplicación de la Constitución no puede depender de que una ley para ser aplicada sino que debe poder ser aplicada de manera directa. Es verdad que existen algunos matices o excepciones en aquellas normas que por su propia naturaleza no pueden aplicarse directamente, pero esto no implica que deba ser generalizada.

---

<sup>6</sup> Véase TREMOLADA Álvarez, E. y MARTÍNEZ Dalmau, R. (2014).

En tal sentido, pueden existir también las denominadas leyes de desarrollo la que en su aplicación deben seguir las definiciones constitucionales. Por su parte, si estas leyes de desarrollo no son nunca aprobada o elaboradas, de todas maneras la Constitución debe tener aplicación directa. Algunos autores definen este planteamiento como “neo constitucionalismo”. Contrariamente, si se sostiene que debe haber una ley para aplicar la Constitución se estaría renunciando a la normatividad del texto constitucional.

## **FUNCIÓN DE LOS JUECES ORDINARIOS Y DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

Las instituciones del Estado cumplen un papel esencial para la aplicación de la Constitución, principalmente el rol de los jueces ordinarios (poder judicial) en el respeto y su cumplimiento.

Es importante observar el caso español, que al 30 de diciembre de 1978 estaban aplicando las leyes fundamentales del franquismo, y al día siguiente, con promulgación de la Constitución democrática, estaban aplicando las nuevas normas constitucionales. Como era de esperar esto trajo algunos problemas aplicativos por los nuevos criterio para la toma de decisiones considerando el nuevo texto fundamental. Esto se acrecienta, porque tampoco existió un proceso de recambio de los jueces o de capacitaciones adecuadas tendiente a empaparse de las nuevas normas. Esto último es un tema fundamental para considerar en la asamblea constituyente.

Todos los jueces son constitucionales pues su función la cumplen bajo el amparo de las normas y garantías establecidos en el texto constitucional de cada Estad, y que deben velar en la solución que otorguen a los conflictos sometidos ha su decisión el respeto irrestricto a la Constitución.

Con todo, existe un tipo de juez que cumple esta función de manera más específica: El Tribunal Constitucional.

El Tribunal Constitucional (juez constitucional) cumple un rol fundamental en la aplicación, cumplimiento y el compromiso democrático de la constitución.

Este órgano tiene su primera aparición hace 100 años con el planteamiento de Kelsen, en Austria en 1920, y cuya principal función es garantizar el cumplimiento de la Constitución y la constitucionalidad de las leyes.

Los sistemas de control constitucional de los Estados pueden ser clasificados de dos maneras: El “control concentrado” a través del juez constitucional. Y, el segundo, el de

“control difuso” a través de la participación de los tribunales ordinarios de justicia, y cuya última revisión es asentada por la Corte Suprema respectiva.

La experiencia acredita que los sistemas de control difuso la vigencia de las normas constitucionales está menos garantizada que a través de los mecanismos concentrados.

En Latinoamérica existe una tendencia creciente al establecimiento de Tribunales Constitucionales precisamente con la finalidad de realizar el examen de constitucional a través del mecanismo de control concentrado. Por ejemplo: el caso chileno, colombiano, peruano, dominicano, boliviano, entre otros.

Por su parte, las debilidades del caso del control difuso, como los casos de EE.UU. y México, es más complejo llegar a una correcta conclusión en sus interpretaciones y sentencias, pues se mezclan y confunden el control de legalidad con el control de constitucionalidad.

## **MECANISMO DE CONTROL AL TC**

No debe confundirse la necesidad de existencia de un Tribunal Constitucional y la ventaja del mecanismo concentrado frente al de control difuso con los aspectos orgánicos y cómo se compone ese tribunal: la cuestión de “quién vigila al vigilante”. Cómo se legitima el Tribunal Constitucional, cómo se elige ese TC y cuáles son los mecanismos de control democrático del TC.

Existen diversos mecanismos para resolver esta paradoja según cada país, unos más exitosos que otros. Por ejemplo, en el caso de España la composición del TC está construido por reparto partidista, lo que es un mal sistema y antidemocrático. En el caso de Bolivia, desde el año 2009 se definió por elección directa, lo que no ha sido bien evaluado en dicho país.

Se hace necesario que Chile en su actual proceso evalúe y determine mecanismos de elección y control democrático del TC.

Si no existen jueces ordinarios que puedan aplicar la Constitución, y jueces y juezas constitucionales que sean los máximos intérpretes de sus normas se hace muy difícil que el texto naciente sea verdaderamente normativo. Aquí yace la importancia de contar con Tribunal Constitucional.

El resto de los órganos del Estado también tienen un rol importante. Todos los órganos del Estado –y no solo el Poder Judicial–, deben estar inmersos en el cumplimiento de la

Constitución, el poder ejecutivo y legislativo, los diferentes instancias que se creen en la parte orgánica de la nueva constitucional.

En un Estado constitucional va más allá del cumplimiento oficial de la Constitución por parte del Estado, sino que se requiere la construcción de una verdadera cultura constitucional.

## **CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO**

La ley común se cumple no porque haya una amenaza de sanción sino porque existe legitimidad detrás de ella, la gente cree que hay que cumplir la ley.

El proceso actual es la oportunidad que tiene el pueblo de Chile de construir una Constitución legitimada y que pueda y deba ser cumplida en un marco creado por si mismo.

El cumplimiento se da porque es una Constitución democrática, lo que permite que se vaya creando una cultura constitucional, en donde los actores de la sociedad, con su texto en la mano reclaman sus derechos y sus libertades y buscan la forma que el Estado, las empresas, el mundo privado y toda la ciudadanía cumpla con los mandatos ahí expresados.

Si tenemos una Constitución normativa, en el sentido que es suprema, esto es, directamente aplicable por todos los jueces de la nación en los casos concretos sometidos a su decisión tendremos un ordenamiento jurídico constitucionalizado. A su vez, esto posibilitan el debido resguardo ante posibles amenazas de la ley,

Un ordenamiento jurídico donde la Constitución penetre en todos sus niveles y a cualquier operador jurídico y donde tendrán a la Constitución en el centro de su argumentación. Cualquier debate público sobre valores comunes, se va a realizar en el marco de las normas del texto fundamental, se invadirá todos los ámbitos de la sociedad, económico, social, políticos, jurídico de un país.

## Capítulo 3

# CONTENIDOS MATERIALES DE UNA NUEVA CONSTITUCION

# PRINCIPIOS AXIOLÓGICOS Y LOS FUNDAMENTOS DEL ESTADO



oy se habla de una función simbólica reflejada en el preámbulo del texto constitucional, esta se encuentra compuesta por una narrativa de ese poder constituyente. Por ejemplo, en el caso chileno podría hacerse referencia al proceso válido en el 18 de octubre de 2019 y los meses siguientes.

El preámbulo tiene una función axiológica que es la definición de los elementos de los principios de vida en común y que nos identifican como sociedad. No es lo mismo identificarse como un Estado social a como un Estado liberal, o como un Estado de justicia o como uno autoritario, de orden, etc.

El núcleo axiológico que nos define como sociedad es la parte más importante del texto, porque todo el resto se deriva de cómo nos definimos como sociedad.

Cuando en la asamblea constituyente boliviana define al Estado lo identifica en el artículo primero como un “Estado Plurinacional”, y esa es su identificación axiológica del fundamento de vida en común. Así, excluye el concepto tradicional de “República”<sup>7</sup>. Otros Estados han utilizado términos como “Estado comunitario” o como en el caso colombiano utiliza la expresión “Estado social”.

El artículo 8 del texto fundamental de Bolivia del 2009 se compone de dos partes: la primera relacionado con una serie principios básicos (axiológicos) clásicos como la libertad, justicia, igualdad, etc. Y, una segunda lo compone y nutre de conceptos de la cosmovisión indígena, y se consagran principios éticos y morales de la sociedad plural: ama qhilla, ama llulla, ama suwa (no seas flojo, no seas mentiroso ni seas ladrón), suma qamaña (vivir bien), ñandereko (Vida armoniosa), teko kavi (vida buena), entre otras palabras en quechua, en aimara y guaraní, es decir, una constelación de principios que identifican un núcleo de vida en común en el marco de una sociedad constituyente. Lo anterior es importante resaltarlo, porque por primera vez una Constitución incorporan fundamentos de la idiosincrasia latinoamericana.

En el caso de Chile debe darse la oportunidad de construir su propio núcleo que lo identifique como pueblo chileno y que cree su propio núcleo vida, de valores y principios en común. Aquí yace su relevancia.

---

<sup>7</sup> No porque este concepto sea particularmente incorrecto, sino que la tradición de “República de Bolivia” estaba muy arraigado en un concepto excluyente de grandes grupos de la sociedad.

Esta parte axiológica va a unida a lo denominado “Bases de la Institucionalidad” que determina la forma del Estado y a la forma de gobierno, que cumple la función de distribuir el poder político y territorial. Estos conceptos tienen sin lugar a duda una relación con los valores y principios axiológicos, en mayor o menor medida. En procesos descentralizados donde se reconozcan la identidad territorial y de las diversas naciones parece más idóneo materializarlo a través un “Estado plurinacional” como estados autonómico o similares.

La decisión de cómo se distribuirá territorialmente el país va a definir cómo se gobernará el país en las próximas décadas.

## **PARTE DOGMÁTICA: DERECHOS Y LIBERTADES**

Es por lo que popularmente se asocian las Constituciones referido al catálogo de derechos y sus garantías, también denominada la “parte dogmática”.

Es aquella sección más emancipadora, acá se ve si es una constitución tiene capacidad transformadora, si va a cambiar o no vida de las personas.

La conquista de los derechos tiene que verse reflejada en la Constitución. En sentido contrario, el pensamiento conservador instará por un catálogo reducido de derechos.

La experiencia ha demostrado que en determinadas sociedades estos requieren para ser operativos y cumplan sus fines un catálogo amplio de derechos.

Se deben buscar formas de que las conquistas históricas de derechos que ha realizado el pueblo chileno deben quedar reflejados en la Constitución y que estos produzcan efectos transformadores a partir de su normatividad.

## **LOS SUJETOS DE DERECHO**

Superada las Constituciones conservadoras liberales, en que entendían que los sujetos de derechos eran exclusivamente las personas. En la actualidad hablamos de derechos colectivos<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> Debe tenerse incluido también el ejercicio del derecho de la libertad sindical, cuyo ejercicio es preferentemente colectivo. Esta materia será tratada detalladamente en el Capítulo 4.



Es fundamental que minorías sociales históricamente olvidadas se vean reflejados en la nueva Constitución a través de catálogo de derechos específicos como, por ejemplo para pueblos indígenas y para las mujeres.

El carácter transformador y revolucionario que propician los procesos constitucionales un momento idóneo para lograr emancipar a aquellos grupos tradicionalmente oprimidos, es por tanto, necesario la incorporación de lenguaje inclusivo de género, y garantías específicas para otros colectivos como minorías sexuales, adultos mayores, niños, niñas, entre otros.

Un tercer elemento en este marco que hay que dar en esta discusión, es la posibilidad de reconocimiento a la naturaleza como sujeto de derecho<sup>9</sup>. Este reconocimiento comenzó en algunas normativas estadounidenses donde se le reconoce el estatus de sujeto a determinados bosques o montañas. Con posterioridad es reconocido ampliamente como en el caso de Nueva Zelanda a través de la ley de Whanganui donde reconocen derechos a lugares sagrados Maorí como sujetos derechos. Esto también ocurre en la Constitución ecuatoriana del 2008 que garantiza de manera expresa a la naturaleza como sujeto de derecho, lo que ha llevado que actualmente existan nevados y ríos con protección en tal calidad.

## **PARTE ORGÁNICA: GOBIERNO Y LA ESTRUCTURA**

La parte orgánica de la organización de la constitución es aquella que crea al poder constituido, que crean al gobierno.

Esta define cómo será la forma de Estado y de gobierno y cómo se distribuye el poder político y el poder territorial. Por ejemplo, definiendo más poder en los territorio o estados autonómicos, al estilo español, italiano, boliviano, esa decisión es la que se debe tomar, esto va a definir como se gobernara el país, es una decisión trascendental.

El gran problema que ha existido al momento de diseñar nuevas Constituciones es que no se ha innovado en la sala de máquinas, lo que implica en cómo debe ser el gobierno. Hasta el momento la gran mayoría de los procesos han terminando repitiendo los patrones de

---

<sup>9</sup> Véase ESTUPIÑÁN Achury, L., STORINI, C., MARTÍNEZ Dalmau, R. y DE CARVALHO Dantas, A. (2019).

instituciones creadas hace 200 años<sup>10</sup>: un poder ejecutivo, un poder legislativo y judicial. Como mucho se ha innovado en la relación entre el ejecutivo y parlamentario a través de sistemas parlamentarios o semi-parlamentarios<sup>11</sup>.

El constitucionalismo latinoamericano a tenido una influencia alta de las constituciones de Estados Unidos, prueba de esto es el extendido control difuso de constitucionalidad, el sistema presidencialista, la existencia de dos cámaras, que el presidente de la República sea el presidente del Senado.

A partir de la segunda parte del siglo XX empieza a hablarse de la necesidad de incorporarse elementos semi-parlamentarias en las constituciones latinoamericanas.

Este debate de la forma en que se organiza el gobierno surgirá también en el proceso constitucional chileno, y es uno que requiere superar el binomio presidencialismo versus parlamentarismo.

En esta materia se debe innovar y crear un sistema de gobierno que sea adecuado al siglo XXI, que tenga capacidad para transformar las diferentes funciones, incorporar un poder civil o de control ciudadano aumentando su participación, formas de mayor control de los gobiernos, formas control de la constitucionalidad, formas de creación legislativa más democrática, referéndums, entre otras. Es decir, aumentar los niveles de participación y con ello más democrática. Este es el reto más importante que se va a enfrentar cualquier proceso constitucional contemporáneo.

## CONSTITUCIÓN ECONÓMICA

Se entiende por “Constitución económica” a las cláusulas sobre el sistema económico que incorpora el texto Constitucional.

Es importante que estas estén sintonizada con el catálogo de derechos, por tanto, se requerirá un Estado fuerte que tenga la capacidad de ejecutar las garantías establecidas en su catálogo el de educación, salud, trabajo, seguridad social, vivienda, etc. De existir una desincronización entre ambas indudablemente repercutiría en la imposibilidad de

---

<sup>10</sup> GARGARELLA, R. (2010).

<sup>11</sup> Véase MARTÍNEZ Dalmau, R. (2015).

materializar los derechos y garantías que la Constitución establezca, transformándose de facto en un texto que pretende ser normativo a uno puramente nominal.

En un sentido contrario, existirá la narrativa reaccionaria de un Estado débil, proveniente de grupos de interés conservadores y neoliberales. Es de vital importancia no renunciar a la discusión ideológica sobre los aspectos de organización económica democrática de la sociedad pues de esta dependerá en gran medida la realización de otros derechos y garantías emancipadoras.

Con todo, eso no quiere decir que se debe acudir a un Estado estatista, pues la iniciativa privada tiene ventajas comparativas para la creación de la riqueza, desarrollo tecnológico e innovación. En este sentido, para poder compatibilizar intereses un Estado deberá ser fuerte suficientemente intervencionista pero no de totalitarismo intervencionista, en el sentido, que logre recaudar y distribuir la riqueza generada en el país a través de prestaciones suficientes de tipos sociales garantizados en la Constitución.

Este equilibrio ha sido encontrado en los llamados Estados de Bienestar o sistemas de economías mixtas, en este último caso encontramos la Constitución de Colombia de 1991 que lo denomina sistema de economía mixta y en el caso de la Constitución de Bolivia lo denomina economía comunitaria.

## **REFORMA CONSTITUCIONAL**

La reforma constitucional suele estar al final de la Constitución, pero eso no significa que sea menos que el resto. Su importancia radica en es el candado o es la vía por la cual el poder constituido cambiará la Constitución.

A partir del siglo XIX cuando llegan las Constituciones oligárquicas (liberal-conservador) estas crean un concepto imposible materialmente denominada “soberanía delegada”. Es una entelequia porque si la soberanía es delegada deja de ser soberanía en sentido estricto, el sujeto deja de existir como tal.

La soberanía delegada asume distintas formas o denominaciones “poder de reforma”, “poder constituyente delegado” o “poder constituyente constituido”, y es que el Parlamento o Congreso Nacional pueda realizar reformas suplantando la voluntad popular. Es así, por ejemplo, que de la destacada Constitución de Querétaro (México) de 1917 tras una serie de

reformas efectuadas por el poder constituido (Congreso de México) solo queda un 6% del texto originario.

El problema de lo anterior es doble: por un lado, se suplanta la voluntad popular expresada en el texto soberanamente establecido. Y, por otro, la Constitución cuyas principales funciones es la de limitar el poder político, este último, mediante reformas realizadas por sí, terminan dictándose sus propias reglas, y con ello, dispersando o aboliendo los mecanismos de distribución y control político soberano.

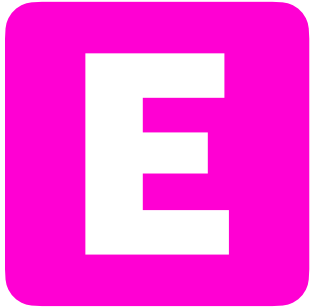
Hacia dónde debiera dirigirse los esfuerzos de los procesos constitucionales contemporáneos como lo ha hecho el de Islandia, de Bolivia, Ecuatoriano o Suizo (1999). Por eso es importante incorporar en el texto mecanismos de respeto y de garantías de la Constitución en el marco de la reforma constitucional. Un buen ejemplo es el caso boliviano donde expresa que para modificar las bases fundamentales del Estado o para modificar los fundamentos axiológicos tiene necesariamente que hacerse por asamblea constituyente, no puede hacerse ni siquiera por referéndum. Estas materias son momentos constituyentes en los que hay que decidir colectivamente y no por un referéndum donde puede escasear un efectivo debate. Las cuestiones más accidentales establecen que sí podrán hacerse por referéndum.

Finalmente, en esta última parte, se hace imperativo la revisión de los tratados internacionales, a fin de que exista coherencia y respeto de estos con la nueva Constitución y se debe determinar por la voluntad popular cuáles tratados se mantendrán y cuáles deberán ser denunciados. Así, además, la Constitución debe garantizar que no se modifique por vía de *soft law* o transmutación internacional constitucional. Para lograr esto se deberá establecer una disposición transitoria donde se establezca un plazo para revisar con qué tratados internacionales el nuevo Estado quiere mantener sus compromisos internacionales y con cuales no, sea porque no obedecen a los nuevos estándares nacionales o porque contradicen el texto Constitucional.

## Capítulo 4

# CONSTITUCIONALISMO SOCIAL Y LOS DERECHOS DE LAS Y LOS TRABAJADORES

## ¿DE QUÉ HABLAMOS CUANDO HABLAMOS DE DERECHO?



Es un problema filosófico. Desde siempre ha existido dos formas de entender la generación del derecho: *iusnaturalismo* o derecho natural, que declara que existen normas que son anteriores al Estado, el que solo se limita a reconocerlas. Así, por ejemplo, encontramos a defensores de esta posición como John Locke.

Por otro lado, el normativismo o *iuspositivismo*, explica que al final los derechos son aquellos ámbitos de hacer y no hacer que importa y reconoce la sociedad. Podemos comprender que existe un elemento “dignidad” anterior al derecho adjetivo (ordenamiento jurídico), pero en la realidad material los derechos se han ido reconociendo a través de los tiempos históricos, y son estos los que van marcando las generaciones de los derechos.

Esta distinción es importante porque nos habla del potencial del poder constituyente: Si defendemos la segunda posición, este poder es emancipador porque podemos constituir y crear nuevos derechos en un ámbito mucho mayor.

Esta constitución de derechos cuando surge la contemporaneidad (finales del siglo XVIII), es una construcción basada en la prohibición al Estado de que haga algo, conocidos como derechos liberales clásicos, entre los que encontramos: El derecho a la vida, el Estado no puede atentar contra este derecho. Otro ejemplo, es la prohibición de la tortura.

Este planteamiento liberal fue muy importante, proviene de una fuente de derecho muy antigua, bajo la idea que el Estado tiene límites de no actuación por la libertad y seguridad de las personas. Lo que se ha denominado “esferas negativas de no actuación del Estado”. Esto representa la primera generación de Constituciones, libertades para limitar al Estado.

A partir del siglo XIX se produce un giro importante. Se pasa del Estado liberal-conservador al Estado Democrático de Derecho, surge el concepto de la “legitimidad” que transforma la concepción que había sostenido el Estado liberal sobre conceptos clásicos. Este nuevo paradigma tiene como momento de nacimiento las grandes revoluciones del siglo XIX (1848, 1868, etc.). Con la 2ª Revolución Industrial -con la aparición de la clase obrera-, la democracia comienza a surgir como un derecho, y con ello “la legitimidad”.

El surgimiento de la clase obrero en oposición al capitalista produce una tensión entre una nueva clase social pujante que quiere representación y se contrapone al Estado burgués-oligárquico, el que prohíbe la participación de las clases obreras.

La prohibición y limitaciones de participación de la clase obrera y participar en la vida política va generando la deslegitimación del Estado liberal. La presión obrera produce que se comiencen a buscar nuevas formas en búsqueda de otorgar la carencia de legitimidad y surgen una serie de derechos fundamentales que buscan democratizar, así aparecen los "derechos políticos" como los derechos de asociación, de reunión, de manifestación. Hasta este momento histórico esta clase de derechos no estaban garantizados en el catálogo liberal de derechos.

Lo anterior, no fue totalmente pacífico, a finales del XIX y principios del XX, las reformas efectuadas por el Estado liberal son consideradas como insuficientes a la hora de cobijar las reivindicaciones de la clase obrera, y esto produce rompimiento de las bases fundantes de esta clase de Estado, lo que se ven representado en dos grandes hitos: 1) Movimiento comunistas (Revolución Bolchevique), y; 2) La aparición o rupturas fascistas (principios del siglo XX en Europa, Italia, Alemania, España, Grecia, Portugal, etc.).

A partir de estas 2 rupturas, el Estado liberal con la finalidad de ampliar su legitimidad , termina cediendo e incorporando los derechos políticos mencionados. La aparición de estos derechos surgen, en buena parte, por la presión de las capas trabajadores que buscan reflejarse en un Estado liberal que hasta ese momento no tenían posibilidad alguna de intervenir en la vida política de sus países.

Ya en el siglo XX, con la ocurrencia de la Primera y Segunda Guerra Mundial comienza una transformación mas profunda, con la progresiva eliminación del Estado liberal clásico hacia un Estado de Derecho Democrático. Es por tanto, el período entre guerras donde comienza a asumir una función y un carácter "social" del Estado.

América Latina es vanguardista en esta materia, a partir de la revolución mexicana (1910) dicta su Constitución, e incorpora por primera vez en el mundo en una Constitución democrática (1917) dos artículos relacionados con el mundo del trabajo (art. 5 y 123). Estos artículos son considerados el prelude de lo que será el constitucionalismo social en el mundo. Dos años después, en 1919, la Constitución de Weimar (Alemana) también incorpora derechos del trabajo, y así lo siguen, Austria y España, que se declara país de trabajadores.

Es así, como los trabajadores van teniendo una parte importante dentro de los cimientos del constitucionalismo y va creando una idiosincrasia propia, cuyo papel fue clave para presionar

las reformas del Estado liberal propiciadas por luchas de las clases obreras desde mitad del siglo XIX.

Es en este ámbito que se puede hablar de una nueva fase del constitucionalismo: El constitucionalismo social.

## **CONSTITUCIONALISMO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO**

Este es un concepto importante, pues plantea los 3 elementos sustantivos que son parte de la evolución del constitucionalismo: El Estado de Derecho, un Estado limitado y respeto a las libertades (Estado liberal); El Estado democrático de derecho que es el Estado legitimado a través de la voluntad liberal, y; El Estado social y democrático de derecho que es aquel limitado y legitimado, pero con un carácter social de manera preponderante.

Es a partir de finalizada la 2ª Guerra Mundial cuando aparecen los grandes avances en el constitucionalismo social. Destacan la Constitución Italiana de 1948, que tras el conflicto bélico es capaz de votar a favor de la República (en desmedro de la Monarquía) y de iniciar un proceso constitucional basado en el trabajo. Su primer artículo ya define al Estado señalando que "Italia es una Republica democratica fundada en el trabajo". Posteriormente, España en su Constitución de 1931, en su art. 1 declara que "(...) es una República democrática de trabajadores de toda clase...".

Estas declaraciones, hace que el Constitucionalismo social comience una rápida expansión en el resto de los Estados, de pos guerra entre las que destacan, la francesa, Portugal de 1976, la española de 1978 (un fundamento del marco).

A partir de lo anterior, se va produciendo el constitucionalismo social, con dos vertientes: 1) América Latina, y; 2) Europa.

### **SITUACIÓN EN EUROPA**

La pos guerra tuvo como consecuencia la necesidad social y política de la transformación a un Estado social de derecho y democrático. Lo anterior tiene dos vertientes: la primera, grandes sectores sociales quedan en el desamparo absoluto y se hace necesario una gran



reconstrucción en todos los sectores. En segundo lugar, el miedo al comunismo, especialmente tras el protagonismo soviético en la Segunda Guerra y, su control sobre República Democrática Alemana (oriental). La Europa occidental tiene miedo de que la Revolución Bolchevique se extienda a sus países.

Las nuevas Constituciones que se van creando comienzan a incorporar elementos e ideas comunistas, tendiente a lograr sociedades más justas, donde exista una clase trabajadora que cuente con los medios de producción, y así, sus textos van teniendo una mayor presencia del Constitucionalismo social.

La aparición de los derechos sociales o de segunda generación comienza con el reconocimiento de el derecho a la salud, educación, seguridad social y vivienda digna.

Sin lugar a duda, el contexto pos guerra tiene impactos directo en la reconstrucción europea, sobre la base del principio de igualdad material, surgiendo el modelo europeo del Estado de Bienestar, con las diferencias de sub-modelos (i) Nórdico y; ii) Centro europeo).

El modelo europeo se traduce en la participación del Estado en la participación de los derechos sociales lo mejor que se pueda. Los mejores colegios, las mejores universidades, la mejor salud, etc. En ese marco, el trabajo tuvo un papel fundamental, las clases trabajadoras eran las más beneficiadas con estas garantías del Estado de diversos servicios esenciales y derechos y mecanismos de protección de sistemas de seguridad social con amplias garantías.

En contraposición, el modelo de Estado de Bienestar en EE.UU., creado por Roosevelt en 1940 se construye en contra de los poderes oligárquico representado por el Tribunal Supremo que reiteradamente niega que haya intervención del Estado en el trabajo, como la *Labour Act*. La concepción conservadora de la oligarquía estadounidense defendía que la relación patrón/trabajador eran de índole civil, y el Estado no debía intervenir en relaciones entre privados.

## SITUACIÓN EN AMÉRICA LATINA

En América Latina no acaba de cuajar el Estado de Bienestar. A pesar de que desde 1917 el continente se pone a la vanguardia mundial con la Constitución de Querétaro (México), la incorporación de normas sociales y del trabajo, y consecuentemente, la inauguración del Estado social en el mundo, lo cierto es que la evolución latinoamericana no responde a este avance.

A partir de los años 20, comienza a aparecer nuevas Constituciones que están relacionadas con el trabajo y otros aspectos sociales (caso chileno con la Constitución de 1925) y que se afianzan en los años 50-60 con una concepción del Estado social como Argentina, Venezuela e Uruguay. Pero, a partir de la década del 70 toda esta evolución colapsa con la llegada de dictadura militares.

Sobre la explicación de este quiebre hay varios autores que tratan de explicar las causas. Antonio de Cabo explica que las oligarquías latinoamericanas se niegan a incorporar elementos de igualdad fundado en elementos racistas y no estaban dispuestos a la distribución de la riqueza e igualdad material, con las clases indígenas o pueblos subalternos. Por su parte, Montaner Casanova es de la tesis que este quiebre se produce por la falta de inversión de los Estados en la construcción de grandes empresas y medios de producción.

Los años 70 y 80 crece la desigualdad desproporcionadamente, las situaciones de trabajo terminan siendo paupérrimas, y se adoptan medidas de apoyo por parte de las dictaduras a favor de los grandes capitales y neoliberales.

Por lo anterior, es difícil hablar en América Latina de la construcción de Estado Social. El único caso que podría excepcionarse son el de Costa Rica.

## **DIFICULTADES DE CONSTITUCIONALIZAN LOS DERECHOS SOCIALES**

La falta de normatividad es el gran talón de Aquiles en su aplicación y dificultad de los derechos de las trabajadoras y trabajadores. En la mayoría de los casos el establecimiento los derechos sociales en las constituciones terminan siendo de contenido puramente normal. Ejemplo: En el caso español, Capítulo III garantiza, vivienda, salud, seguridad social, pero el art. 53.3 expresa que estos derechos no son de aplicación directa por parte del juez y solo serán aplicados de acuerdo con la ley. Un caso contrario, es el caso colombiano que incorpora exigibilidad en sus derechos.

Es por tanto vital que una de las cuestiones que los trabajadores y trabajadoras chilenas deben exigir en la construcción de la nueva Constitución es que los derechos y garantías establecidas en ella sean de carácter normativas, que puedan exigirse a través de diversos mecanismos.

# DERECHOS DE LOS Y LAS TRABAJADORAS Y EN LA CONSTITUCIÓN

La Constitución Mexicana de 1917 introduce de manera brillante derechos en favor de la clase trabajadora, incorporando así diversos aspectos y límites, como el derecho a trabajo digno y útil, límite de la jornada de trabajo (en la propia constitución), fijó también el máximo de trabajo nocturno, promoción de la creación de empleo por parte del Estado, prohibición de la utilización de menores de 15 años, entre otros. Son elementos que desde una perspectiva histórica desde hace casi 100 años son consideradas revolucionarios.

Tras la segunda guerra mundial se van incorporando derechos referentes al trabajo de manera mucho más amplia: se reconoce el trabajo como un deber y un derecho (Constitución Española de 1978, art. 35), que la remuneración sea suficiente para satisfacer sus necesidades y la de su familia, prohibiciones de discriminación de sexo, normas sobre negociación colectiva como un derecho, entre otras.

Por su parte, las constituciones latinoamericanas, a partir del año 1991 incorporan capítulos enteros al derecho de los trabajadores, con muchos detalles, las principales reglas y valores están en la Constitución garantizado y no quedan a disposición del poder constituido: la tendencia en Latinoamérica en materia de derechos labores es la de Estados constitucionales. Los que además son exigibles a través de diversos mecanismos, incluyendo tribunales.

## CONCLUSIONES

El concepto de Constitución es un que se ha ido llenando a partir de diferentes momentos históricos emancipadores, proceso en el que el movimiento obrero ha tenido un papel fundamental.

En la actualidad la Constitución los textos constitucionales son caracterizados por 3 principales aspectos: (1) Es la voluntad del poder constituyente determinada en un texto normativo; (2) La determinación y garantía de derechos y organización del poder público, y (3) Es la norma suprema del ordenamiento jurídico que legitima democráticamente tal ordenamiento.

El constitucionalismo surge con las revoluciones liberales de estadosunidos (1775) y francesa (1789), los cuales tuvieron un carácter eminentemente transformador de la realidad. El carácter emancipador de los procesos constitucionales es una característica que va en el ADN y que siempre ha significado más derechos, más igualdad, más libertad y más democracia.

La importancia de ambos procesos trascienden hasta la actualidad. En el caso norteamericano destaca la Constitución de Pensilvania (1776) declarando la obediencia y sumisión del poder constituido (poder político) al mandato materializado en el texto Constitucional surgido del poder constituyente. En el caso francés, consagra la tradicional separación de poderes del Estado y el derecho que tiene toda generación a dotarse de un texto constitucional que los gobierne según los modos sociales de su época.

Las Constituciones democráticas nacen con la voluntad de ser normativas, son en esencia revolucionarias y pretenden cambiar la realidad jurídica y social. Con posterioridad, este pretendido es vaciado y convirtiéndolo en un concepto puramente formal. Esto es la gran lucha entre el constitucionalismo normativo y el constitucionalismo nominal.

Las constituciones nominales tienen como principal efecto efecto que sus normas y derechos que establece no pueden ser invocados y exigidos. Los s derechos y libertades ahí establecidas no podrán ser aplicadas por un tribunal. El poder constituyente es traspasado a la ley cuyos principales creadores es el Parlamento burgués u oligarca, integrado por privilegiados sectores sociales, y la exclusión de sectores especialmente vulnerables.

Es así como en el siglo XIX (y parte del siglo XX) se habla de “Estado legal” representado por una hegemonía de Constituciones nominales.

Este nominalismo propio del del liberalismo conservador es fervientemente discutido por los diferentes movimientos sociales que buscan y consiguen la normatividad a través de distintos momentos revolucionarios que tienen ocasión a finales del siglo XIX y principio del siglo XX, y cuyo mayores hitos tiene ocurrencia en Latinoamérica con la Constitución de Querétaro (México) de 1917, y en Europa en el período de entre guerras mundiales, con la Constitución de Weimar (actual Alemania) de 1919 y la Austria de 1929.

Si el poder constituyente popular se materializa a través de la Constitución para que sus idearios se apliquen requiere, a lo menos, de dos condiciones fundamentales: 1) Que sea la norma Suprema, y 2) Que tenga aplicación directa.

La primera condición implica que tenga una condición preferente “ley de leyes”: que todo el ordenamiento jurídico y toda autoridad deba observar. La segunda, que la Constitución no puede depender de que una ley para ser aplicada sino que debe poder serlo de manera directa, incluso, no podrá usarse la excusa de que no existe una ley de desarrollo para privar el mandato constitucional.

Los jueces tienen un rol fundamental en la operatividad de un Estado Constitucional. Este rol es especialmente eficaz cuando es garantizado por un tribunal propio constitucional, también denominados control concentrado. Contrariamente, la experiencia acredita que los sistemas de control difuso la vigencia de las normas constitucionales está menos garantizada. Aquí por tanto radica la importancia del Tribunal Constitucional.

En cuanto al contenido las constituciones más modernas son más complejas técnicamente, y abarcan diversos aspectos. Uno de ellos, es el aspecto en un preámbulo donde se establecen determinados principios axiológicos o fundamentales que deberá observarse, por ejemplo, el Tribunal Constitucional al momento de interpretar las normas del texto Fundamental. Este aspecto se puede definir como los “elementos de los principios de vida en común y que nos identifican como sociedad.” Seguidamente, en la parte de garantías y derechos específicos (parte dogmática) son propiamente los derechos y garantías para los ciudadanos y ciudadanas, el que cada proceso constitucional sintetiza nuevos sujetos de protección y nuevos derechos. Ejemplo de aquello es la posibilidad de dotar como sujetos de derecho a la naturaleza, o establecer estatutos a grupos históricamente discriminados, entre ellos, mujeres, pueblos indígenas, niños, niñas y adolescentes, entre otros.

Un tercer aspecto que toda Constitución trata dice relación con la forma de organización del gobierno y su estructura. Autores como Gargarella expresa que es uno de los aspectos más débiles de los procesos constitucionales, pues se ha continuado utilizando modos de

gobiernos de hace más de 100 años. Es un desafío para el proceso chileno establecer mecanismos de gobiernos donde pueda existir más participación ciudadana, y una mejor distribución del poder a nivel territorial.

Finalmente, la parte económica es un aspecto que no debe ser abandonado por el mundo social y sindical. El sistema económico y las normas constitucionales que la regulen harán posible o no, de hacer realidad el Estado social a través de el cumplimiento efectivo de los derechos que el propio texto constitucional garantice. En definitiva, el aspecto económico juega un rol al momento de que una Constitución normativa pueda serlo en los hechos.

## BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

GUASTINI, R. (1999): “Sobre el concepto de Constitución” en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, Nº 1, México. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24484881e.1999.1.5566>

GARGARELLA, R. (2010): “Apuntes sobre el constitucionalismo latinoamericano del siglo XIX. Una mirada histórica”, en *Revista IUS*, Vol. 4, Núm. 25, México. Disponible en: <https://doi.org/10.35487/rius.v4i25.2010.215>

PISARELLO, T. (2011): *Un largo Termidor. La ofensiva del constitucionalismo democrático*, Ed. Trotta, España.

TREMOLADA Álvarez, E. y MARTÍNEZ Dalmau, R. (2014): “Jerarquía constitucional y aplicación preferente del derecho de la integración. Elementos para la solución del posible conflicto entre derechos e integración”, en *rev. Universitas Bogotá*, Nº128: 383-409. Disponible en: <https://doi.org/10.11144/Javeriana.VJ128.jcap>

ESTUPIÑÁN Achury, L., STORINI, C., MARTÍNEZ Dalmau, R. y DE CARVALHO Dantas, A. (2019): *La Naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático*, Universidad Libre, Bogotá. Disponible en: <http://files.harmonywithnatureun.org/uploads/upload866.pdf>

MARTÍNEZ Dalmau, R. (2015): “El debate entre parlamentarismo y presidencialismo en los sistemas constitucionales latinoamericanos: estado de la cuestión”, en *Elecciones*, Vol. 13, Nº 15, pp. 35-53. Disponible en: <https://www.onpe.gob.pe/modEducacion/Publicaciones/1994-5272.pdf>

## **ANEXO**

Se pone a disposición del lector las grabaciones de las clases del profesor Rubén Martínez Dalmau que fueron sintetizadas y sistematizadas en el presente documento.

### **CLASE 1: HACIA UN ESTADO CONSTITUCIONAL**

Link: [https://www.facebook.com/watch/live/?ref=watch\\_permalink&v=153596429904083](https://www.facebook.com/watch/live/?ref=watch_permalink&v=153596429904083)

### **CLASE 2: GARANTÍAS Y MECANISMOS DEL CUMPLIMIENTO DE LA CONSTITUCIÓN**

Link: <https://www.facebook.com/cut.chile/videos/420197412578634>

### **CLASE 3: CONTENIDOS MATERIALES DE UNA NUEVA CONSTITUCIÓN**

Link: <https://www.facebook.com/cut.chile/videos/486719922337460>



