

LA CONCIENCIA CONSTITUCIONAL Y SU APLICACION AL CASO CHILENO*

Miguel Angel Fernández González

Ayudante de Derecho Político y Constitucional

1. ¿QUE ES LA CONCIENCIA CONSTITUCIONAL?

"*Conciencia* significa, en general, el saber en común de un mismo hecho. La *con-scientia* es, por tanto, una conspiciencia que puede tener lugar entre dos personas o bien, dentro de una sola persona, con referencia a los diversos hechos o actos de su vida. Este sentido de la conciencia es el más aproximado a la acepción vulgar, del cual hay que separar los sentidos gnoseológicos, psicológico y aun metafísico"¹.

No se trata de entrar en divagaciones filosóficas acerca del tema, pues ello nos apartaría largamente de lo que, en definitiva, importa. Por tanto, asumamos como *conciencia* la primera frase transcrita: un saber en común acerca de un mismo hecho. El punto, por ende, resulta ser determinar cuál es ese hecho.

La respuesta, en principio obvia, será la Constitución. Digo en principio, pues ello no es del todo cierto. La verdad es que el hecho en torno al cual debe existir un saber en común no es, por decirlo gráficamente, el texto constitucional, el papel escrito con el articulado.

De este modo, hay una conciencia sobre la Constitución y una conciencia sobre el constitucionalismo.

La conciencia sobre la Constitución es el saber en común acerca del texto constitucional vigente. En verdad, no es conciencia constitucional, sino que conocimiento constitucional. Podríamos decir, para utilizar una expresión más demostrativa, que ella se traduce en cuánto se sabe acerca del texto constitucional. ¿Qué artículos, incisos, expresiones o instituciones contenidas en la Carta son las más o menos conocidas y por qué? Puede, obviamente, referirse tanto a la Constitución en vigor como a las anteriores o, incluso, a las Constituciones de otros países.

Cuando me refiero a la conciencia sobre el constitucionalismo, por el contrario, pienso propiamente en la conciencia sobre los valores o principios constitucionales que se puedan haber ido adquiriendo a lo largo del tiempo. Si digo conciencia sobre la Constitución pregunto: ¿Qué dice la Carta Fundamental acerca de cómo se elige al Presidente de la República o a los parla-

* Exposición realizada por el autor con motivo del seminario de becarios de la Corporación *Libertas*, el 15 de abril de 1991, sobre la base de un extracto de los Capítulos IV y V de su Memoria de grado, titulada *La Conciencia Constitucional*.

¹ JOSÉ FERRATER MORA: *Diccionario de Filosofía* (Ed. Atlante, México, 1944), pp. 127-131.

mentarios? Si, en cambio, digo conciencia sobre el constitucionalismo pregunto: ¿Es o no un valor predominante en la sociedad la renovación periódicas de las autoridades?

Si digo conciencia sobre la Constitución me pregunto: ¿Cuáles son los procedimientos que ella contempla para la protección de los derechos humanos? Si, por el contrario, digo conciencia sobre el constitucionalismo me pregunto: ¿Es o no un principio político y moral de esta sociedad el respeto y promoción de los derechos del hombre?

Si digo conciencia sobre la Constitución me remito a las estadísticas, la prensa, las elecciones, los foros. Si digo conciencia sobre el constitucionalismo me remito a lo anterior, pero, además, a las bibliotecas, las universidades, el parlamento, los libros de historia, las instituciones y personas que son reserva moral.

En suma, conciencia sobre la Constitución es lo que hay; conciencia sobre el constitucionalismo es lo que queda. Conciencia sobre la Constitución es lo que puede o no acabarse; conciencia sobre el constitucionalismo es lo que debemos luchar porque perdure.

Si hemos definido *conciencia* como el saber en común en torno a un hecho, la clave está, como digo, en determinar ese hecho, esto es, delimitar la noción de lo constitucional. Dicho de otro modo, ¿acerca de qué debe existir un saber en común cuando nos referimos al tema constitucional?

A mi entender, acerca de la validez, la eficacia y la representatividad de la Constitución.

En conclusión, la conciencia constitucional es: el saber en común de una sociedad en torno a la validez, eficacia y representatividad de la Constitución que la rige.

La *validez*, primer elemento esencial del *hecho constitucional*, se refiere a la legitimidad y juridicidad de la Constitución. A su turno, la *eficacia* se refiere a que sea, en la clasificación de Loewenstein, una Constitución normativa, esto es, que "sea como un traje que sienta bien y que se lleva realmente"². Por último, la *representatividad* ha de ser entendida en orden a que la comunidad se sienta interpretada por la Constitución, lo cual se concreta en que aquello que los tribunales resuelvan, en base a la Carta Fundamental, sea lo que el hombre medio, razonable y común habría querido que se resolviese. Que se sienta interpretado por la aplicación de la norma constitucional.

En esta línea, la conciencia constitucional es el saber en común de una sociedad acerca de la *efectividad* de su Constitución.

Efectividad es "la calidad de efectivo"³, es decir, de "real y verdadero en oposición a lo quimérico, dudoso o nominal"⁴. Aplicado a nuestro tema, se refiere a si efectivamente la Constitución, respecto de la cual existiría un saber en común o conciencia, es o no válida, eficaz y representativa para la sociedad a la cual rige.

² KARL LOEWENSTEIN: *Teoría de la Constitución* (Ed. Ariel, Barcelona, 1983), p. 217.

³ *Id.* nota 1, p. 504.

⁴ *Id.*, p. 295.

2. EFECTOS SOBRE LA CONCIENCIA CONSTITUCIONAL

Dentro de los temas más relevantes acerca de la conciencia constitucional, los efectos que produce la falta o carencia de ella constituye uno de los aspectos más interesantes de revisar, pues es, a ojos vista, la materia que más importa conocer para superar las falencias que de ellos se derivan.

El primer efecto, el más claro, es que el hombre se vuelve indiferente a la Constitución y, con ello, el pueblo, como conjunto, se desapega de ella.

“Parece difícil pensar que la Constitución signifique algo, en cualquier lugar, para el hombre medio triturado entre las fuerzas de arriba y de abajo; su actitud ante su Constitución es de indiferencia porque ésta se muestra indiferente ante él”⁵.

Más aún, “la depuración del derecho constitucional, su reducción a meras articulaciones formales, le aleja peligrosamente de la realidad, como dijimos, pero conviene insistir en ello para evitar que el texto básico defraude a la ciudadanía, yugulando el sentimiento constitucional”⁶.

Lo relevante y lo grave no es que el pueblo se desapegue de la Constitución, sino que se desapegue del principio general que va envuelto tras el Derecho, el cual reza que la única forma civilizada de solucionar pacíficamente los conflictos es por medio del Derecho; y él constituye el marco inescapable de referencia para la acción de gobernantes y gobernados.

Allí radica el aporte de fondo que puede realizar una conciencia constitucional sobre el constitucionalismo sólida, cual es que, a pesar de la indiferencia del pueblo por la Constitución, subsista el principio enunciado junto a aquellos que la sociedad considera como sus valores predominantes. No va a importar, en el largo plazo, que momentáneamente se produzca tal desapego de la Constitución e, incluso, de todo el ordenamiento jurídico, si se mantienen invariables las grandes directrices de esa sociedad.

Ahora bien, ciertamente constituirá una voz de alerta, un llamado de atención, a los encargados de velar porque aquella reserva jurídico-moral perdure y se perfeccione para acrecentarla, a través del desarrollo de la conciencia sobre la Constitución. Tarea encomiable que compete, en primer lugar, a las autoridades y, especialmente, a la judicatura, pues su acción habrá de ser ejemplo de conocimiento, aplicación y conciencia del Derecho.

Un segundo efecto, todavía más peligroso, por las consecuencias más inmediatas que podría acarrear, aunque, en el fondo, no es más que una profundización del anterior, lo que obliga a poner mayor cuidado respecto de aquél, es ya no sólo al alejamiento del Derecho o de la Constitución, sino que el alejamiento del poder.

“La masa de la población es extraña a los detentadores del poder instituidos; desconfía de los gobiernos y de sus pretenciosas burocracias, de los parlamentos y de sus litigiosos y egoístas partidos, de los tribunales y de sus jueces y, con todos ellos, de la Constitución misma”⁷.

Esta disociación conlleva una doble consecuencia, por una parte, así como el pueblo se aleja de la autoridad también ésta se aleja de aquél. Ello lleva, con

⁵ Id. nota 2, p. 229.

⁶ PABLO LUCAS VERDÚ: *Manual de Derecho Político* (Ed. Tecnos, Buenos Aires, 1987), p. 40.

⁷ Id. nota 2, p. 230.

el paso de muy corto tiempo, aparejado que los detentadores del poder se encapsulen, es decir, comiencen a vivir dentro de una burbuja, escapando y desconociendo los problemas reales de la sociedad que creen dirigir.

Por otra parte, ese enclaustramiento de la autoridad provoca que el pueblo no se sienta obligado por los actos que de ella emanan, los cuales, obvio, se expresan a través de normas jurídicas. No es que los súbditos lleguen a desobedecer las normas, sino que pierden conciencia del valor de ellas, valor en cuanto validez más que eficacia, y eso llevado al plano específico de la Constitución es la pérdida de la conciencia constitucional, la cual es mucho más rápida e inapreciable que las de otras normas, pues la Carta Fundamental ya está mucho más lejana y desapegada del pueblo.

Esto ocurre con tamaña magnitud porque la Constitución, al fin y al cabo, como ordenación jurídica del Estado, el cual no es más que una forma de organización en constante proceso de transformación social, no es sino la mixtura, lo más armónica posible, de los dos motores de la historia: la libertad y el poder.

“Lo que es en esencia la Constitución de un país: la suma de los factores reales de poder que rigen en ese país.

Pero, ¿qué relación guarda esto con lo que vulgarmente se llama Constitución; es decir, con la Constitución jurídica? No es difícil comprender la relación que ambos conceptos guardan entre sí.

Se cogen esos factores reales de poder, se extienden en una hoja de papel, se les da expresión escrita, y a partir de ese momento, incorporados a un papel, ya no son simples factores reales de poder, sino que se han erigido en derecho, en instituciones jurídicas, y quien atente contra ellos atenta contra la ley, y es castigado”⁸.

El mismo autor termina señalando: “Hemos visto qué relación guardan entre sí las dos Constituciones de un país, esa Constitución real y efectiva, formada por la suma de los factores reales y efectivos que rigen en la sociedad, y esa otra Constitución escrita”⁹.

Ese es el punto. Cuando la Constitución real se desvincula del pueblo, o éste de aquélla, la Constitución escrita es —como dice el mismo Lassalle— una simple hoja de papel.

La autoridad, en cambio, enclaustrada y ajena al pueblo, no tardará en desconocer la hoja de papel y hará sentir los factores reales de poder. No es necesario reseñar aquí lo que ello puede significar. Sin embargo, aun no poniéndonos en el peor de los casos, por lo menos, la autoridad va a quedar congelada, sin posibilidad de desarrollar las tareas de más largo aliento, su carrera política, por un buen tiempo, si no para siempre, habrá concluido.

Un tercer efecto, aparentemente menos gravitante que los anteriores, y, por lo mismo, menos perceptible en el corto plazo, es la creciente fe que se produce, a raíz de la inconsciencia constitucional, en las ideologías.

Así, “la desarmonía entre las pretensiones ideológicas proclamadas en la Constitución y las insuficiencias de la vida diaria de la masa de destinatarios del poder, incrementa en éstos la tentación de escapar de la *libertad* de un orden

⁸ FERDINAND LASALLE: *¿Qué es una Constitución?* (Ed. Ariel, Barcelona, 1987), p. 92.

⁹ *Id.* p. 99.

constitucional que no puede satisfacer sus necesidades para caer en las panaceas escatológicas de las flautas mágicas de los cazadores de ratas¹⁰.

Vale decir, se sirve del texto constitucional para poner a su servicio el ordenamiento jurídico y, ni siquiera es a su servicio personal, sino que a los pies de la ideología que sustenta. Pues, entonces, la Constitución, como, una vez más todo el Derecho, sólo va a servir como mero instrumento al servicio de la ideología dominante, hasta que el sistema colapse.

No abundaré en el tema, ya que suficiente se ha escrito sobre ello. Lo importante es que la ideologización, efecto de los factores que disminuyen la conciencia constitucional, y hasta la conciencia jurídica, puede resultar no sólo negativa ética, política o teóricamente, sino que puede significar el enfrentamiento social.

El cuarto efecto, mirado, principalmente, desde la perspectiva de los gobernantes, es que la falta o pérdida de la conciencia constitucional acarrea la ejecución de prácticas extraconstitucionales.

Así es, "cada vez más, los procedimientos constitucionales van siendo sustituidos por la dinámica extraconstitucional de los grupos pluralistas a los que están unidos íntimamente la vida y felicidad de cada ciudadano"¹¹.

La actuación de los gobernantes, por ende, no se va a circunscribir, exclusivamente, a lo estatal ni al régimen político, ni siquiera a todo lo político, pues hay cuestiones en el Estado que no siendo políticas le competen igualmente. Entonces, aparece casi como un imperativo el empleo de prácticas extraconstitucionales que, sin embargo, no van, necesariamente, a atentar, desde el punto de vista sustantivo, contra la Constitución, aunque siempre atentarán formalmente contra ella.

Las prácticas extraconstitucionales, en fin, pueden erigirse en una verdadera Constitución paralela, con lo cual es obvio cómo se perjudica la conciencia constitucional de los gobernantes y, más severamente, de los gobernados. Una conciencia constitucional pobre acarrea estas prácticas, pues el respeto por la Ley Fundamental es mínimo, cuando no pura verborrea.

Por último, la más importante de las consecuencias que acarrea la falta de conciencia constitucional es que la Constitución y el constitucionalismo ya no cumplen sus fines.

Son finalidades reconocidas de la Constitución y del constitucionalismo: la ordenación, la limitación y la juridicidad. La falta o pérdida de conciencia constitucional, ciertamente, afecta a cada uno de estos fines; empero, el primero y el tercero de ellos pueden ser subsanados por otras vías, por ejemplo, porque los líderes políticos conservan la idea, al menos formal de la regulación social y estructuración del poder.

La verdad es que una conciencia constitucional afectada severamente importa un grave escollo para alcanzar la más trascendente de las finalidades de la Constitución y, en general, del constitucionalismo, la limitación del poder.

El constitucionalismo, bien lo sabemos, nace y se perfecciona en la necesidad de restringir los abusos que quien detente la soberanía pueda cometer. La

¹⁰ Id. nota 2, p. 230.

¹¹ MANUEL JIMÉNEZ DE PARGA: *Los Regímenes Políticos Contemporáneos* (Ed. Ariel, Barcelona, 1986), p. 231.

Constitución escrita es el seguro de vida de las sociedades, de la democracia y del respeto a los derechos del hombre.

“La Constitución escrita como instrumento primario para el control del poder político no ofrece ya la garantía absoluta para distribuir y, por tanto, limitar el poder; ha dejado ya de ser una protección frente al retorno de la autocracia”¹².

En definitiva, el punto es que la existencia de una Constitución no es sinónimo de democracia. Incluso, puede ser que ella misma sirva de temible instrumento a la opresión. Largas han sido las épocas en que los pueblos, regidos por una rimbombante Carta Fundamental, han visto sesgados y cegados sus derechos más primarios¹³.

Creo que esa es la expresión y la idea con la que debemos quedarnos al concluir este acápite, pues ella es el nudo del problema que se enfrenta hacia el futuro, la Constitución ya no es sinónimo de democracia. “Con una habilidad diabólica, la moderna autocracia ha pervertido a la Constitución, convirtiéndola en un instrumento para asentar su poder ilimitado”¹⁴.

¿Por qué ha ocurrido así? En primer lugar, porque las Constituciones dejaron de ser reflejo fiel del sentir y del querer de su pueblo. En segundo lugar, porque esa falta de representatividad se transformó en desapego y este recíproco alejamiento ha provocado insoslayables perjuicios. En una palabra, porque la conciencia constitucional, más allá de cuáles sean los factores que la provocan o cuáles los efectos que cause, se ha ido perdiendo.

3. EL ATEISMO JURIDICO DEL HOMBRE CONTEMPORANEO

La inconsciencia constitucional, en particular, la falta de conciencia jurídica, en general, ha provocado en los pueblos –gobernantes y gobernados– un vacío muy peligroso. En efecto, tal inconsciencia ha generado desconfianza y ésta ha provocado severo dolor a los hombres. El espacio que antes ocupaba el Derecho ha sido llenado por la ignorancia, la autotutela, la fantasía, la tortura, la persecución, la incivilización, la pérdida total de cordura.

¿Cuál es ese espacio? El de los conflictos. Estos se solucionaban por medio de los mecanismos que el Derecho había previsto, buenos, regulares o malos, siempre perfectibles, pero hoy, ante la inconsciencia respecto del Derecho, pues se es inconsciente de la madre de las normas –la Constitución– se han ido buscando otras fórmulas de solución. Al imponerlas, en fin, han vencido los más fuertes, quienes poseían la conciencia del problema, las armas, o para ser claros, la suficiente viveza de imponerse, *de facto*, por sobre el ser humano común y corriente.

Ni siquiera los entendidos creen en la solución jurídica. Ellos mismos emplean artes no del todo santas. La sociedad contemporánea, en las postrimerías del siglo XX, ha perdido la fe en el Derecho.

¹² Id. nota 2, p. 231.

¹³ Id. p. 218.

¹⁴ Id. p. 231.

Eso es la conciencia constitucional, en una palabra, fe en el Derecho.

Nosotros, hombres de hoy, somos, jurídicamente, ateos.

La pregunta es: ¿Qué hacer para que el hombre, común y corriente, vuelva a tener fe en el Derecho? O, lo que es igual: ¿cómo acrecentar la conciencia constitucional y, con ello, la conciencia jurídica, en general?

Justo es advertir que la pregunta apunta a cómo remediar un efecto. Luego, la clave es atacar las causas que generan ese efecto y, de este modo, salvar la situación. Se trata de factores que generan la pérdida de la conciencia constitucional, pero en la formulación y desarrollo de estos elementos tal vez no se daría con aquél que ha provocado la pérdida de fe en el Derecho.

Ese factor o causa, bajo el cual es posible agrupar a todos los demás y que, de ser corregido, sin ser eliminado, haría desaparecer, si no a todos, al menos a los más importantes y disminuiría, hasta hacer inofensivos, a los demás, es el positivismo jurídico.

No quiero levantar al positivismo jurídico como el feroz Satanás ante el iusnaturalismo, pues, ello no sólo sería muestra del simplismo en esencia, sino que resultaría inútilmente burdo. Quiero, aunque parezca tarea difícil, analizar al positivismo en un prisma objetivo, no para hacerlo desaparecer, sino para invitarlo, como un buen compañero de viaje, a hacer causa común en la misión de recuperar la fe en el Derecho.

El positivismo ha sido el origen de la desconstitucionalización de los pueblos, de la pérdida de fe en el Derecho y, siendo claros, de las atrocidades que, amparados en la ley, se puedan haber cometido en los últimos tiempos.

Ello, bien lo sé, no es culpa del positivismo, sino que han sido torpezas cometidas por hombres determinados cuya cuenta la historia habrá de cobrarse, más allá de lo que ya han pagado. Por ello, es que se precisa un nuevo orden en la concepción del Derecho; un orden que supere la estulticia de disputarse la primacía de la visión jurídica: Positivismo o iusnaturalismo, pues mientras los juristas se agotan en la discusión bizantina, hay quienes destruyen a sus pueblos en aras de demenciales objetivos.

El Derecho debe ser reformulado, al menos en cuanto a la forma de aproximarse a su estudio, interpretación y análisis. Esta es la tarea de los estudiosos de esta ciencia en los próximos años. En términos concretos, si la Constitución o el constitucionalismo eran sinónimo de democracia y ya no lo son, el camino no es, ni puede ser, la autocracia, sino que la reformulación de esa Constitución y de ese constitucionalismo.

El análisis, como todo estudio, supone ciertos puntos de partida que, al menos para el autor, resultan indiscutibles. Uno primero es que existe un Derecho Natural o un conjunto de principios, perfeccionadores del hombre, que son objetivos y buenos para él; un segundo supuesto es que existe una ley escrita o positiva que debe ser concreción de esos principios; un tercer supuesto es que la sociedad debe aceptar esos principios; una cuarto es que la autoridad también debe aceptarlos y, además, debe aceptar aquéllos que la sociedad, por cualquier razón, ha hecho suyos.

En suma, existe un Derecho Natural, existe un Derecho Positivo, existe un orden objetivo y unos valores sociales que deben ser respetados.

La reformulación del conocimiento del Derecho pasa por determinar cómo compatibilizar cada uno de estos supuestos con los demás y todos ellos con la realidad. Lo primero es tarea del jurista; lo segundo, del político.

¿Cómo enfrentar tal tarea? La respuesta no es simple ni única. La verdad es que escapa a la visión y al intento de todo estudioso del Derecho. Ella debe ser proporcionada por la puesta en práctica de elementos nuevos, aunque no originales, en la vivencia del ordenamiento jurídico.

Por una parte, es indispensable tener claro que lo que se aplica y se debe respetar es el Derecho Positivo. Los hombres, las autoridades, los jueces, no se regulan en sus relaciones sociales por otra norma que no sea aquella que está escrita en los Códigos. Por otra parte, esos Códigos deben ser justos.

Entonces, procede preguntarse. ¿Qué es lo justo? No se trata de dar una definición¹⁵. Lo justo es lo acorde al Derecho Natural, aunque, contingentemente, parezca retrógrado, inexplicable e, incluso, injusto.

Podríamos decir que lo justo es aquello que se conforma al Derecho Natural. Lo importante es, por ende, quién determina o define el Derecho Natural. Aquéllos que, dentro de la sociedad, posean autoridad moral, esto es, quienes sean líderes verdaderos de la sociedad.

La crisis del Derecho (de la justicia) no es más que la crisis de la forma de aproximarse a él, esto es, del positivismo jurídico. Triunfante por décadas ha llegado su ocaso, pero en el entendido de un positivismo ideológico. Ya no es la panacea. Es preciso, por ende, una reformulación, no tanto del Derecho, como he señalado, sino más bien del camino que la sociedad ha escogido para acercarse a él, es decir, del positivismo.

No planteo que se busque un nuevo positivismo, una nueva panacea, un nuevo falso dorado, sino que se integre al positivismo aquella parte de la que adolecía, el factor humano.

El positivismo hizo un aporte significativo al mundo jurídico, social y político; fue capaz de situar lo normativo en niveles de conocimiento y aplicación inigualables, por ello "es, pues, en la esencia y en la propia vida del derecho positivo donde nos corresponde penetrar en primer lugar, volviéndolo a situar en el centro del mundo social, del que es elemento integrante, para estudiarle en función de las fuerzas intelectuales y morales de la humanidad que, exclusivamente, le pueden dar real valor"¹⁶.

Tan profundo e inabarcable resulta el tema de la reformulación del positivismo jurídico —y, junto con él, de todo el Derecho— que apenas estas pocas reflexiones sirven de punto de partida a discusiones inacabables. No se trata de convencer a los positivistas de las bondades del Derecho Natural o a la sociedad de la obligación en que se encuentra de respetarlo, pues, si la mayoría dominante quiere alterar la moral, mediante la norma jurídica, no sólo podrá hacerlo, sino que, probablemente, lo hará, salvo que sus líderes verdaderos la detengan.

En último término, lo que conviene dejar bien establecido es que hay dos formas de entender el Derecho o como pura norma positiva —que, en cuanto tal, debe ser cumplida, cualquiera que sea su prescripción— o como reflejo de valores, los cuales, si son primarios, transforman la norma en inmodificable. En este sentido, hay dos tipos de normas jurídicas, las que son expresión de valores primarios y las que expresan otro tipo de valoraciones.

¹⁵ JOHN RAWLS: *Teoría de la Justicia* (Fondo de Cultura Económica, México, 1978), pp. 23, 32 y 232.

¹⁶ FRANÇOIS GENY, citado por MIGUEL REALE: *Teoría Tridimensional del Derecho* (EDEVAL, Valparaíso, 1978), p. 28.

Las primeras son inmodificables, las segundas pueden cambiarse según la realidad social vaya cambiando. Por ejemplo, del primer grupo es la norma que castiga el homicidio; del segundo, la que establezca el régimen político. Aunque la sociedad quiera que se legalice el homicidio quien sea la autoridad no puede hacerlo (supuesto que la autoridad recae en quienes no sólo son jurídica, sino que son moralmente aptos).

Ese es el dilema de la democracia y, por ello, señalábamos cuan relacionado estaba el problema de la conciencia constitucional con el de la democracia. Durante años se ha sostenido que basta el deseo manipulable de la mayoría para que las cosas se hagan realidad. Las barbaries, muchas veces, aunque no queridas, consentidas por omisión o desinformación, han mostrado que el principio de las mayorías no puede ser absoluto.

La conciencia constitucional y la conciencia jurídica son, en el fondo, la piedra angular de la supervivencia de la democracia. Por ello, es que "la revitalización de la conciencia constitucional en los destinatarios del poder tiene una importancia crucial si la sociedad democrático-constitucional quiere sobrevivir"¹⁷.

Abramos una nueva interrogante ¿cómo es posible generar o ayudar a generar la conciencia constitucional? Es decir, ¿cuál es el camino para que el hombre de la calle vuelva a tener fe en el Derecho y lo mire, esperando la confianza en el sistema, esto es, en los tribunales de justicia y en las autoridades del Estado? ¿Cuál es el camino para que el hombre de la calle espere de la sociedad en la que le ha tocado nacer una vida mejor, más digna y, por sobre todo, más libre, más justa y más pacífica?

Porque sólo allí donde hay paz puede haber libertad y si hay libertad podrá haber justicia, la que no es más que la libertad en ejercicio. En efecto, quien sienta que merece algo y no pueda optar por ello o tener la opción de alcanzarlo, siente la justicia como injusticia, la libertad como opresión y la paz como el mantenimiento del sistema en beneficio de unos pocos escogidos.

¿Cómo se logra la constitucionalización de las concepciones de justicia de un pueblo? Mucho hemos hablado de ello, verlo en un caso concreto es más de lo que podemos pedir. Ver la búsqueda de una sociedad, de sus autoridades y de sus hombres de Derecho por la constitucionalización de la conciencia de su pueblo es el caso de Chile.

4. ¿ES CHILE UN PUEBLO CON CONCIENCIA CONSTITUCIONAL?

El hecho de que los chilenos, aun antes de la emancipación y, probablemente con altibajos, hayan mantenido o persistido en sostener ciertos valores del constitucionalismo y la democracia; incluso más, que quienes han sido sus autoridades hayan manifestado creer y, en el hecho, normalmente, hayan respetado tales principios, permite sostener que en Chile ha existido conciencia constitucional sobre el constitucionalismo.

No ha existido nunca conciencia constitucional sobre la Constitución. Los chilenos jamás han tenido fe en la Constitución que los rige, sencillamente,

¹⁷ Id. nota 2, p. 231.

porque no la conocen. Nadie se ha ocupado en los colegios, en los medios de comunicación, en los discursos políticos, en ningún foro o actividad de dar a conocer la Ley Fundamental que, en el momento, haya estado en vigor.

Ello no es culpa del pueblo, no puede ser responsabilidad del lego en las cuestiones jurídicas, sino que es responsabilidad del entendido y, en especial, del que se supone actúa y ejerce sus actos en base a lo que la Carta Fundamental dispone.

Con todo, resulta curioso que a pesar de este abandono cultural, al menos, en el plano jurídico, en que los chilenos han vivido históricamente, exista un tan grande respeto por la ley, o que los otros valores, como el de la soberanía nacional o la separación de poderes, que no son más que expresiones de la limitación del poder, o el respeto a ciertos derechos fundamentales, sean tan celosamente custodiados por la comunidad nacional y por sus representantes.

En épocas de crisis se apela a ellos. Si se quiere atacar a alguna persona, institución, partido o grupo, se lo acusa de estar violentando tales valores. En épocas de normalidad y bonanza se sostiene que, en gran parte, es gracias al respeto de tales principios.

Volvamos a la pregunta que hasta ahora ha quedado sin respuesta. Si bien ha existido verdadera ignorancia acerca del Derecho escrito, no sólo de la Constitución, pero, por otro lado, ha habido una asimilación tan profunda de algunos principios, entre otros los señalados, ¿significa conciencia sobre el constitucionalismo?

Debo decir que no. Quizás, lamentablemente, no.

“Pues bien —dice José Luis Cea— pienso que desde 1810 hemos tenido oportunidades y tiempo para convertir los ideales en realidades constitucionales arraigadas y, sin embargo, no lo hemos logrado con rasgos de continuidad perdurable”¹⁸.

Vale decir, el respeto y conciencia acerca de valores muy importantes no es suficiente para sostener que esa conciencia sea constitucional. La verdad, es que el respeto del pueblo de Chile por principios, que son también supuestos y objetivos del constitucionalismo, no es más que coincidencia.

Nadie introdujo en el ser nacional, más que la raza y la historia, tales valores, independientemente de si ellos forman o no forman parte de lo que constituye la esencia de los regímenes constitucionales y democráticos. Lo que quiero decir es que la existencia de los valores constitucionales en el ser de Chile, aunque no es azar, no es producto del constitucionalismo.

En Europa y en Estados Unidos los valores jurídicos y políticos son los mismos que forman parte de sus centenarias democracias, gracias a ellas y por ellas. En Chile —como en Iberoamérica y en España—, en cambio, el respeto por tales preceptos es una cuestión de fe.

Para decirlo gráficamente, aunque no hubieran existido Constituciones, leyes, códigos o tribunales, igualmente la soberanía popular, la separación de poderes, el imperio de la ley, el resguardo del derecho de propiedad, de las libertades de educación, enseñanza y culto, serían valores predominantes para la sociedad chilena. ¿Por qué?

¹⁸ JOSÉ LUIS CEA EGANA: “Influencia del Tribunal Constitucional en el Proceso de Institucionalización Política” en *Constitución y Desarrollo Social* (Edi. Ediar Conosur, Santiago de Chile, 1988), pp. 65-66.

Porque ese es el verdadero legado de la Madre Patria, mejor dicho, de su ser. El ser de la España de Fernando, Isabel, Colón, Carlos y Felipe, está imbuido, más aún, está formado por valores como éstos y muchos otros más, que, con las diferencias, matices y alteraciones del caso, fueron traspasados a través de la espada y la cruz a Iberoamérica.

Y España está formada de esos principios no por Constituciones o leyes que lo enseñaran, sino porque la fe católica y apostólica se lo enseñó.

Ya la España conquistadora se debatía en profundas discusiones acerca del respeto al hombre, indígena americano. ¿Por qué? ¿Por alguna rara y alambicada cuestión jurídica o constitucional? No, España se plantea y resuelve, acertada o erradamente, el problema, porque la fe se lo exige y es esa fe la que nos traspasa cuando entra en el Nuevo Mundo.

Por lo tanto, nunca Chile va a tener conciencia constitucional. Por una muy sencilla razón: No la necesita.

Sabemos cuán ilusorio fue el proyecto constitucional de Juan Egaña, por su profundo desconocimiento y desapego de la realidad histórica en que se dictó la Constitución de 1823, sin embargo, recordemos el artículo 5º de esa Ley Suprema: "Después del catecismo será el primer libro en que se aprenderá la lectura en todas las escuelas de la nación la Constitución Política y en los institutos de educación se establecerán cátedras, lecciones o instrucciones públicas de Constitución".

Ello, en Chile, como en España, no es necesario, pues basta el catecismo, ya que ambos contienen los mismos principios abrazados por el pueblo, desde sus más entrañables orígenes.

Una cuestión totalmente distinta es la necesidad de que exista una conciencia constitucional sobre la Constitución, pues por grande que sea el respeto a valores suprajurídicos, ello no es suficiente cuando la realidad se presenta crítica, negativa, difícil de enfrentar. El 11 de septiembre de 1973, Chile, su pueblo y sus líderes tenían tales valores, los respetaban y deseaban, cada cual a su manera, hacerlos realidad, pero había una profunda falta de fe en el derecho vigente, como instrumento de cambio social, para unos, y como freno a los posibles excesos de la autoridad, para otros.

La fe en principios no es lo mismo que la fe en las leyes. La primera, al fin y al cabo, siempre habrá de imponerse, pero la falta de la segunda hace que el triunfo de aquélla pueda ser extremadamente doloroso. Sólo se adquiere fe en las leyes y, especialmente, en la Ley de leyes instruyendo sobre ellas, enseñándolas.

No se trata, ello sería absurdo, que cada hombre conozca las leyes o recite la Constitución, ni siquiera se trata que conozca las instituciones más importantes. Se trata de enseñarle al hombre de la calle que las leyes son eficaces, que los respetan, que no son ciegas, que son volubles, que avanzan junto con los tiempos, que son hechas por hombres para hombres y no por falsos dioses para pobres pecadores a los cuales hay, necesariamente, que castigar.

Recuerdo una frase del Quijote: Que la justicia jamás se incline con el peso de la dádiva, mas que lo haga con el peso de la compasión.

Esto es lo que el hombre común quiere de la ley, de sus leyes, de su Constitución, y quiere verlo, sentirlo, saberlo. Quiere tener fe en el derecho. Pero, una vez más, ello no es tarea de una institución —la ley— sino que es tarea de quienes la usan, la aplican. El buen uso, bien difundido, hará creer en la norma jurídica. El mal uso será el agnosticismo legal y la creencia en

disvalores, en ideologismos, en demagogias, en la solución fácil, pero utópica e irrealizable.

¿Y quién usa, entonces, la ley? ¿A quién toca la primera tarea en el rol por dotar a Chile de un pueblo con fe en el Derecho, más allá de la fe que se pueda tener en los grandes principios del constitucionalismo y la democracia? A la autoridad y, dentro de ella, a los tribunales de justicia.

5. LA LABOR JURISPRUDENCIAL

Si a los tribunales, dado que son los llamados a interpretar la ley y a hacerla realidad en la diaria labor de resolver lo contencioso y de dar fijeza a las situaciones que los hombres comunes, y también los entendidos, someten a su conocimiento, corresponde la primera tarea en formar y acrecentar la fe de los ciudadanos en el derecho, a ellos debemos orientar las siguientes líneas en la búsqueda por encontrar la manera de que cumplan tan decisivo rol político-jurídico-institucional.

Por la estructura que hoy poseen las instituciones del Estado, recogida y regulada por la respectiva Constitución y su legislación complementaria, sin perjuicio de la labor que compete a los tribunales ordinarios, en especial, a los máximos tribunales de cada país, en el acercamiento de las leyes a los hombres que éstas pretenden regir, aparecen, en el plano constitucional, tribunales especialmente creados para verificar la observancia y respeto de la Carta Fundamental.

La actividad de los tribunales ordinarios de justicia es, qué duda cabe, la más importante de entre las dos mencionadas, en el sentido que venimos señalando. En efecto, al hombre de la calle tanto más le importa el ejercicio de la jurisdicción por parte de aquellos jueces a los que recurre con mayor frecuencia. La jurisdicción constitucional, en cambio, está más alejada de él y, normalmente, sólo la conoce, sin llegar a entenderla del todo, a través de la prensa o gracias a las disputas o desacuerdos en torno a tal o cual fallo de los políticos o abogados involucrados.

Empero, para el estudioso del Derecho, la situación es enteramente inversa. La labor de la justicia ordinaria es importante y estadísticamente más relevante, pero jurídica y sustantivamente es la tarea desarrollada por la justicia constitucional la que informa a la primera y la que, en definitiva, sirve de nutriente a su desarrollo y perfeccionamiento.

Por ello, queda entregada la tarea a otros investigadores de verificar los caminos, las causas y los efectos de la labor de los tribunales ordinarios, en cuanto medios y cauce para hacer que la ley descienda de los códigos y se aloje en el corazón de los hombres. A este investigador, en cambio, compete, por la naturaleza de esta Memoria, verificar la misma tarea, pero realizada por el Tribunal Constitucional.

En el caso chileno y, seguramente, en el de todos los países que no poseemos una constancia constitucional, al estilo inglés o americano, o un acervo jurídico, como el alemán o el suizo, o una estabilidad política, a la usanza de Canadá o los Países Bajos, resulta por demás trascendente la actividad que desarrolle el órgano al cual compete la custodia y puesta en práctica de la respectiva Ley Fundamental.

Ciertamente que estamos partiendo de un supuesto, cual es que la Ley Suprema refleje, meridianamente, lo que el pueblo quiere para sí, en lo político, lo social, lo económico y lo institucional. Que recoja sus tradiciones. Que pueda proyectarse al futuro. Que sea capaz de adaptarse.

Si la Constitución responde, en la medida de lo posible, a lo que es la idea de Derecho de la sociedad (incluyendo la que ha sido y la que será en el futuro) reflejando sus valores, entonces la tarea del juez será acercar dicha Ley, primero a los que deben conocerla, pues en ella se enmarcan y en base a ella actúan, entiéndase, fundamentalmente, la clase política, los jueces ordinarios, los abogados, los funcionarios de la administración pública, y luego a los demás miembros de la comunidad.

Si el hombre de la calle advierte que quienes han asumido el liderazgo de la sociedad están conformes con la aplicación que el juez hace de la Carta Fundamental, si advierten que ellos consideran justa la Ley y su aplicación por el tribunal llamado a hacerla efectiva, si ellos perciben, con ese olfato tan propio de la opinión pública y del electorado, que las reglas del juego, el rayado de la cancha, establecido por la Constitución está, dentro de lo aceptable, sirviendo al ejercicio de la vida política, entonces, la Constitución se habrá institucionalizado y la conciencia constitucional sobre ella, más allá de la que se tenga, muy valiosa y definitiva sobre el constitucionalismo, será una realidad.

Ese pueblo, por sobre todas las eventuales diferencias, habrá alcanzado la plenitud del desarrollo político y la estabilidad y seguridad de su sistema estarán garantizadas. Ya no habrá que temer asonadas militares, golpes de timón, bizantinas disputas ideológicas, y el pueblo, de la mano de sus gobernantes, podrá caminar en la búsqueda de otras realizaciones, sean éstas económicas, sociales, internacionales, jurídicas o espirituales, por mencionar sólo algunas.

No hay posibilidad de que una sociedad alcance metas, en cualquier orden, si previamente no ha definido, institucionalizado y aceptado, las reglas del juego en que los actores de la vida social se moverán para ir tras esos objetivos.

El Gobierno de las Fuerzas Armadas y de Orden definió. El tribunal Constitucional institucionalizó. La perdurabilidad de la democracia será el signo de aceptación.

La Constitución chilena de 1980 es legítima y ha sido ratificada por la aprobación de las reformas constitucionales en julio de 1989, sin perjuicio de que pueda ser objeto de otras enmiendas, para acercarla, todavía más, a la realidad y a la tradición chilenas. La definición de las reglas de juego, por lo tanto, adoptada por el Gobierno de las Fuerzas Armadas y de orden ha sido confirmada por la votación popular en 1980 y en 1989. Allí está el orden básico para el desarrollo de todos los aspectos de la vida de Chile.

Sin embargo, las especialísimas circunstancias en que esta Ley fue elaborada, estudiada, ratificada y promulgada, generó la necesidad de legitimarse en el escenario político y jurídico de Chile. La sociedad —a pesar de la votación de 1980— percibía una fuerte contradicción entre lo que ella quería y lo que en realidad estaba sucediendo. Tal contradicción se fue agudizando al paso de los años y se hizo ostensible el 5 de octubre de 1988.

La verdad es que no existía dicha antinomia, simplemente ocurría que habían dos Constituciones, una de las cuales —la vigente en ese momento— no respondía, en absoluto, al ser de Chile, pero que habría, necesariamente, pues la palabra de los Institutos Armados estaba en ello empeñada, de dar paso a otra

Constitución, contenida en el mismo texto, la cual, en términos generales, sí satisfacía sus expectativas.

Pero el rechazo a la institucionalidad transitoria fue tan manifiesto y tan grande que contaminó las aguas de la institucionalidad permanente, al punto que fue necesario reformar ésta, aún antes de que entrara plenamente a regir.

Con todo, la sola reforma de la Constitución permanente de 1980 no habría bastado, de no haber existido la certidumbre de que con esa Carta Fundamental se podía vivir y rehacer la democracia. Si esta certeza no hubiera existido en los actores políticos, quienes la traspasaron al hombre de la calle, ni siquiera se habría planteado el camino de la reforma, lisa y llanamente, se habría ido a una constituyente que, a la larga, habría resultado apoyada por los propios Institutos Armados, pero nadie sabe a qué costo político, institucional y, por qué no decirlo, de vidas humanas.

¿Cuál fue la razón por las que los actores políticos de la década del 80 y, a través de ellos, el resto de la sociedad chilena, tuvo un mínimo de confianza en que la Constitución del 80 podría servir como rayado de la cancha para el libre ejercicio de la democracia que se aproximaba?

La razón es que existió un organismo, creado al alero de la misma Constitución, que institucionalizó la Ley de 1980, aun antes de la reforma de 1989. Ese organismo fue el Tribunal Constitucional.

Cuando la historia mire a las últimas décadas del siglo XX tendrá que rendir tributo a las Fuerzas Armadas y de Orden por haber definido el camino de retorno a la democracia; al tribunal Constitucional por haber pavimentado ese camino; y a la sociedad chilena, representada en tres o cuatro líderes, que no es del caso mencionar, pero cuyos nombres los libros de historia habrán de consignar, por haber aceptado ese camino.

Tal trilogía, por sobre cualquiera otra alambicada disquisición, más bien política que científica, ha hecho posible el retorno de la anhelada democracia, aunque con vicios y errores que deberán ser corregidos, pero permitiendo una convivencia civilizada entre los chilenos, sin importar su pensamiento.

6. LA LABOR INSTITUCIONALIZADORA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La tarea institucionalizadora del Tribunal Constitucional, creado por la Constitución de 1980 en su Capítulo VIII, se ha manifestado en dos grandes vertientes. Una, propiamente jurídica. Otra, jurídico-política.

a. *La vertiente jurídica*

Quiero significar con esta expresión lo que ha constituido el gran aporte del Tribunal Constitucional, cual es ir definiendo los principios o reglas para la interpretación de la Constitución de 1980.

Efectivamente, nada puede brindar mayor certeza, mayor conciencia constitucional, que conocer la manera cómo el tribunal interpreta la ley. Ahora, si además dicha hermenéutica se apoya, básicamente, en la realidad del hombre común, esto es, en sus valores, entonces, la interpretación cumplirá el magno efecto de acercar la norma superior y abstracta a la realidad particular de cada sujeto, es decir, en una palabra, hará justicia.

Si tuviera que definirse en un concepto la hermenéutica creada por el Tribunal Constitucional, para la interpretación de la Constitución, tendría que decirse que ellas es *axiológica*. El mismo Tribunal ha sostenido que "el ordenamiento institucional estructurado por la Constitución de 1980 descansa sobre ciertos principios y valores básicos"¹⁹.

¿Cuáles son las reglas de interpretación de la Constitución establecidas por el tribunal Constitucional, a través de su jurisprudencia?

- 1º La más importante fuente de interpretación de la Constitución es su norma más relevante: el artículo 1º²⁰.
- 2º Debe indagarse la voluntad de la Constitución y debe estarse a ella, una vez determinada²¹.
- 3º La interpretación de la Constitución debe ser sistemática; no pueden interpretarse disposiciones aisladas, pues todas forman un conjunto orgánico y coherente²².
- 4º Debe existir la debida correspondencia entre las distintas normas del texto constitucional²³.
- 5º Debe primar el contenido sustancial de la norma (representado por la intención del constituyente) por sobre su redacción literal²⁴.
- 6º Deben excluirse las interpretaciones que llevan a dejar sin aplicación preceptos del texto constitucional²⁵.
- 7º Las normas de excepción deben interpretarse restrictivamente²⁶.

En conclusión, la hermenéutica constitucional es mucho más amplia que su par privada, reflejada en las reglas del Código Civil, aunque aquélla no excluya,

¹⁹ Sentencia de 21 de diciembre de 1987, pronunciada en el requerimiento en contra de Clodomiro Almeyda Medina, invocando el artículo 8º de la Constitución, Rol Nº 46, cuyo extracto fue publicado en el Diario Oficial el 11 de enero de 1988.

²⁰ Sentencia de 5 de abril de 1988, pronunciada al ejercerse el control de constitucionalidad del proyecto de Ley Orgánica Constitucional sobre Votaciones Populares y Escrutinios, Rol Nº 53, publicada en el Diario Oficial el 13 de abril de 1988.

²¹ Id. nota 19.

²² Sentencia de 24 de febrero de 1987, pronunciada al ejercerse el control de constitucionalidad del proyecto de Ley Orgánica Constitucional sobre Partidos Políticos, Rol Nº 43, publicada en el Diario Oficial el 7 de marzo de 1987.

²³ Sentencia de 2 de octubre de 1988, pronunciada al ejercerse el control de constitucionalidad de la Ley Orgánica Constitucional sobre Bases de la Administración del Estado, Rol Nº 39 y sentencia de 26 de noviembre de 1981, pronunciada en el requerimiento sobre cuestión de constitucionalidad suscitada durante la tramitación del proyecto de Ley Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras, Rol Nº 5.

²⁴ Id. nota 23; y voto disidente en la sentencia citada en nota 19.

²⁵ Voto disidente en la sentencia de 31 de enero de 1985, pronunciada en el requerimiento de inconstitucionalidad en contra del Movimiento Democrático Popular y de las organizaciones denominadas Partido Comunista de Chile, Movimiento de Izquierda Revolucionaria y Partido Socialista de Chile (facción que encabeza el señor Clodomiro Almeyda), invocando el artículo 8º de la Constitución, Rol Nº 21, cuyo extracto se publicó en el Diario Oficial el 16 de febrero de 1988; y sentencia de 24 de septiembre de 1985, pronunciada al ejercerse el control de constitucionalidad sobre el proyecto de Ley Orgánica Constitucional sobre Tribunal Calificador de Elecciones, Rol Nº 33, publicada en el Diario Oficial el 3 de octubre de 1985.

²⁶ Resolución de fecha 2 de junio de 1983, que declaró improcedente el requerimiento en contra del Ministro del Interior Enrique Montero Marx, fundado en el artículo 8º de la Constitución, Rol Nº 16.

necesariamente ésta, sino que la adapte a la realidad del Derecho Público, en general, y de la Constitución, en especial²⁷.

Sin embargo, existe un complemento esencial de la hermenéutica constitucional que hasta aquí no aparece siquiera mencionado. Tal es el factor político.

No dudo que quien lea estas palabras se sobresaltará y negará la verdad de ellas. Si quien lee es un juez, entonces, esta investigación podría llegar a quedar marcada por una especie de estigma o complejo: el Poder Judicial, sus jueces, no se meten en política; ellos y su actividad están ajenos a la contingencia; la política y la judicatura son, en fin, menesteres incompatibles.

La verdad es que esas afirmaciones, relativamente válidas, son falsas si con ellas se pretende sostener que al fallar el juez no ejerce una actividad política de primerísima importancia o, pero aún, si con ellas se quiere decir que el juez no debe considerar el factor político –histórico y actual, sobre todo el actual– al resolver la controversia que se le plantea. Esto, en suma, lo hace el juez ordinario y, con mayor y más responsable razón, el constitucional.

Los jueces, dígase de una vez, hacen política cada vez que sentencian.

Si los fallos son permanentemente inicuos, si los tribunales demoran los procesos, si los auxiliares de la administración de justicia viven del cohecho y la desidia, si los abogados dilatan las causas, injurian al contradictor, dilapidan los dineros que el cliente les adelanta o carecen de conocimientos jurídicos, si los demás poderes del Estado privan a la judicatura de lo que, en justicia, merece, si la prensa la hostiga, si los partidos la atacan por mezquinos afanes electorales, entonces, todo eso, al final, no es más que falta de olfato político, pues el sistema que mantiene y acrecienta tal forma de justicia no tardará mucho en derrumbarse, pues la corrosión de los cimientos judiciales no es más que el primer síntoma en la destrucción de todo el régimen político, social y moral de un pueblo.

El juez debe tener en cuenta la política. Más, el juez constitucional²⁸.

Baste una sola pregunta: ¿cuál es la razón última del éxito, seguridad y estabilidad de la más antigua democracia universal, a pesar y con todos sus tremendos y despreciables defectos? ¿Cuál es el engranaje de la máquina que hecho de los Estados Unidos la más duradera de las democracias?

Abandonemos la respuesta a un entendido: "El juez americano se parece en todo, pues, a los magistrados de otras naciones. Pero está revestido de un inmenso poder político. ¿Cuál es la razón? El juez se mueve dentro del mismo círculo y se vale de los mismos medios que los otros jueces. ¿Por qué, pues, posee un poder de que éstos carecen?"

Este solo hecho es la causa: los americanos han reconocido a los jueces el derecho de fundamentar sus decisiones en la Constitución más que en las leyes. En otros términos, se les permite la no aplicación de las leyes que les parezcan inconstitucionales²⁹.

Tal es la causa del éxito de la democracia americana y, todavía más, de su sistema presidencial. En efecto, en el régimen presidencialista americano el

²⁷ PATRICIO ZAPATA LARRAÍN: "La Interpretación de la Constitución", en XVII *Revista Chilena de Derecho* N° 1 (1990).

²⁸ Cfr. JOSÉ MANUEL LARRAÍN RÍOS: "Los Jueces y la Crisis de la Justicia" en *El Mercurio*, 27 de marzo de 1991, p. A2.

²⁹ ALEXIS DE TOCQUEVILLE: *La Democracia en América* (Ed. Sarpe, Madrid, 1984), p. 110.

verdadero poder no radica en el Ejecutivo, sino en la Suprema Corte, en virtud del control de constitucionalidad.

No se tema que una judicatura con tamaño poder se pueda transformar en una especie de dictadura o autocracia judicial. Ello no es posible, pues, retomando la idea de Tocqueville: "Los americanos han conferido, pues, a sus tribunales un inmenso poder político, pero al obligarles a no atacar a las leyes sino por medios judiciales han reducido grandemente los peligros de ese poder"³⁰.

¿Nuestra Corte Suprema no tiene, acaso, dicho poder?

Lo tiene, lo ha tenido desde 1925 y hoy está condensado en el artículo 80^º de la Constitución del 80, como si la coincidencia del guarismo quisiera transformarse en un llamado de atención: "La Corte Suprema, de oficio o a petición de parte, en las materias de que conozca, o que le fueren sometidas en recurso interpuesto en cualquier gestión que se siga ante otro tribunal, podrá declarar inaplicable para esos casos particulares todo precepto legal contrario a la Constitución. Este recurso podrá deducirse en cualquier estado de la gestión, pudiendo ordenar la Corte la suspensión del procedimiento".

He allí la piedra angular de todo el sistema jurídico y político chileno.

Más bien es sabido consecuencia nefasta, la más nefasta de todas, del positivismo jurídico y de aquel complejo judicial de la prescindencia política, que nuestra Corte Suprema no ha ejercido, como actividad y actitud permanente, su rol político-institucional.

Empero, tan grande carencia ha sido, felizmente, suplida por la labor del Tribunal Constitucional establecido en la Constitución de 1980.

b. *La vertiente jurídico-política*

Me remito, pues las palabras sobran cuando la jurisprudencia, esto es el Derecho vivo, reclama ser escuchada, a la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional el 24 de septiembre de 1985 con motivo de ejercer el control de constitucionalidad del proyecto de Ley Orgánica Constitucional sobre Tribunal Calificador de Elecciones, la que fue publicada en el Diario Oficial el 3 de octubre del mismo año.

Recordemos, muy brevemente, la controversia.

Amparadas en el texto de la disposición decimoprimer transitoria, las autoridades de la época pretendían legislar en el sentido de que el Tribunal Calificador de Elecciones actuaría, por primera vez desde marzo de 1973, para la primera elección de parlamentarios, quedando, en consecuencia, sin dicho organismo contralor el plebiscito presidencial que, posteriormente, se llevó a efecto el 5 de octubre de 1988.

Las autoridades se amparaban en el tenor literal de la norma señalada, la cual rezaba: "El artículo 84^º de la Constitución relativo al Tribunal Calificador de Elecciones, comenzará a regir en la fecha que corresponda de acuerdo con la ley respectiva, *con ocasión de la primera elección de senadores y diputados*, y sus miembros deberán estar designados con treinta días de anticipación".

³⁰ *Id.* p. 112.

Lo importante es que la primera elección de diputados y senadores se verificaría mucho después del plebiscito presidencial. Se comprenderá, entonces, la importancia *política*, para el restablecimiento de la democracia, que adquiriría la decisión del Tribunal en cuanto a declarar si la legislación propuesta por las autoridades era o no constitucional. El Tribunal asumió su rol político, decisivo en la transición, con coraje e inteligencia jurídica.

“Demostrado que el plebiscito antes referido debe celebrarse de acuerdo a la ley orgánica constitucional a que se refiere el artículo 18º de la Carta Fundamental, resulta igualmente demostrado que el Tribunal Calificador de Elecciones deberá estar en funciones para conocer de ese acto plebiscitario, ya que es el requisito necesario para que el señalado artículo 18º reciba cabal y completa aplicación”³¹.

Tal fue la decisión propiamente jurídica. Mas hubo una fundamentación, decisiva, por cierto, política, esto es, el Tribunal consideró la realidad política y no eludió la responsabilidad histórica que le correspondía.

Sostuvo el Tribunal Constitucional:

“Ese plebiscito será la expresión de la voluntad del pueblo, quien ejerciendo la soberanía, resuelve sobre el acto político más importante con que se inicia el período en que cobrarán plena vigencia todas las disposiciones permanentes de la Carta Fundamental. En consecuencia, la especial trascendencia de este acto plebiscitario y la letra y espíritu de la Constitución, confirman plenamente que éste debe ser regulado por las disposiciones permanentes y no por normas especiales que, en un conjunto de disposiciones destinadas sólo al efecto, establezcan tribunales o comisiones *ad hoc*, para que cumplan las funciones que nuestra Carta Fundamental ha entregado a “un” tribunal determinado.

La interpretación contraria no sólo hiere el espíritu de la Constitución, sino, también, el sentido común, que es base de toda interpretación lógica, ya que ella podría importar exponer el plebiscito mismo a un enjuiciamiento de legitimidad con grave perjuicio para el desarrollo normal de la futura institucionalidad”³².

En fin, “en la cátedra se enseña que los jueces no pueden limitarse a la exégesis de los cuerpos normativos, porque con ello pueden en sus fallos sacrificar la justicia y demás valores en aras de la seguridad que tampoco se obtiene sólo por esta vía. Incesantemente se explica que el intérprete tiene, por supuesto, que examinar el tenor literal de los preceptos, pero además y principalmente penetrar en su proceso nomogenético fidedigno, en su conexión lógica con otras disposiciones, en su comparación para dilucidar las semejanzas y diferencias con las reglas de ordenamientos extranjeros y, sobre todo, en su finalidad, puesto que ésta con frecuencia no fluye de los elementos enunciados y debe buscarse en sí misma o acudiendo a principios generales y a la equidad”³³.

³¹ Id. nota 25.

³² *Id.*

³³ JOSÉ LUIS CEA EGAÑA prologando el *Repertorio de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional* de Eugenio Valenzuela Somarriva (Ed. Jurídica, Santiago de Chile, 1989).

7. CONCLUSION

Mis amigos, el Derecho es el instrumento para que la libertad, la paz y la justicia sean una realidad, aunque nunca será perfecta ni dejará a todos satisfechos, al menos permitirá que los conflictos se enmarquen en un orden razonable y debido.

Quien debe hacer, antes que nadie, de estas expresiones una realidad, es la judicatura, pero a quienes están en la acera del Derecho compete alguna cuota de responsabilidad, hoy más necesaria que nunca, de hacer de estos principios una verdadera profesión de fe.

Sólo así los valores que una sociedad como la nuestra admira y quiere para sí, dejarán de ser utopías para transformarse en sueños que, en la medida perfectible de lo humano, pueden irse haciendo realidad. Eso es la democracia.

Ello es una verdad que quienes se encuentren en la profesión jurídica deben respetar, mantener y acrecentar. Ello es la luz que los que sufren ven al final del camino y que aquellos que no sufren desean tener para hacer de Chile y de su pueblo –Dios así lo permita– un país mejor, más justo, más bueno.

Chile se merece su historia, con sus bondades y sus estigmas. Chile, del mismo modo, se merece un futuro donde la fe en la democracia, la fe en la libertad para emprender del hombre y la fe en la justicia social, sean posibles.