

NOTAS SOBRE EL DESCREDITO DE LA CONSTITUCION ESCRITA

No deja de tener una cierta ironía el hecho de que hoy cuando la constitución escrita habiendo conquistado la casi totalidad del mundo y alcanzado cuantitativamente su punto más alto, se encuentra cualitativamente, en el punto más bajo de su prestigio.

KARL LOEWENSTEIN

Puede consultarse en cualquier manual del ramo: el constitucionalismo escrito se inicia con la Revolución francesa; más concretamente aún, con la Constitución francesa del 3 de septiembre de 1791, en cierto modo, y por lo que guarda proximidad, no sólo temporal sino ideológica, con la Constitución del Estado de Virginia.

¿Cuáles son, a grandes rasgos, los factores que influyen en la ponderación superlativa del código fundamental escrito? La perspectiva histórica permite explicar el papel significativo de las primeras constituciones: se estaba en el momento de la caída de un régimen —el del absolutismo y de la dependencia; y del “estreno” de otro— el de la soberanía popular y de la libertad individual— que hacía consustancial consigo mismo la constitución escrita (el nuevo régimen era por definición democrático-liberal y constitucional) y ésta, en cuanto emanación de la soberanía declaradora de derechos políticos y de libertad, y organizadora y limitadora del poder, es decir, en cuanto fuente y reduccion legal de las libertades, tuvo que polarizar el entusiasmo de los muchos adeptos al nuevo orden y convertirse en principal símbolo de él¹.

El concepto de constitución acuñado por Thomas Paine, representa un ejemplo ilustrativo sobre el tópico: “una constitución no es el acto

¹Una excelente ilustración del tópico en *El papel de la Constitución en la Vida Política y Social Contemporánea* (Comunicación al IV Congreso Internacional de Derecho Comparado, París, 1954) del profesor José Miranda González. Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México, VII (1954), 61 ss.

de un gobierno, sino de un pueblo que constituye su gobierno, y un gobierno sin una constitución es un poder sin derecho”².

Entre nosotros, Camilo Henríquez resulta aún más expresivo: “un pueblo sin constitución es una asociación de hombres en quienes no se divisa otro enlace que el de aquellas relaciones mantenidas por la costumbre y expuestas continuamente a romperse con el choque de las pasiones... Yo me atrevo a decir que un pueblo sin Constitución es un grupo de infelices dejados al capricho y a la intolerancia del poder físico: estado deplorable en que tampoco puede pronunciarse un juicio sobre los empeños del más fuerte... Todo conspira imperiosamente porque se acelere el precioso momento en que Chile oiga la voz inspiradora de la Constitución. ¡Dichoso el gobierno bienhechor que realice esta dulce esperanza!”³.

El Preámbulo de nuestra Constitución de 1828, muy en el estilo de la época, expresaba: “Chilenos, ha llegado el día solemne de la consolidación de nuestra libertad. Ella no puede existir ni jamás ha existido sin leyes fundamentales. Los depositarios de vuestra voluntad, en desempeño sublime del cargo que le habéis conferido, han sancionado la Constitución Chilena, que de ahora en adelante debemos mirar como el principal elemento de nuestra existencia política... Ella establece las más formidables garantías contra los abusos de toda especie de autoridad; de todo exceso de poder. La libertad, la igualdad, la propiedad, la facultad de publicar vuestras opiniones, la de presentar vuestras reclamaciones y quejas a los diferentes órganos de la soberanía nacional, están al abrigo de todo ataque. “Leed con atención, medita con profundidad el capítulo que afianza el uso de estos preciosos dones...”⁴.

Es el período en que la constitución escrita alcanza su prestigio casi sobrenatural entre los pueblos del mundo. La palabra constitución tiene un significado explosivo. En la práctica casi no se distingue entre constitución y revolución. Por ella se combate con

²*Los Derechos del Hombre*, Ed. Aguilar, Madrid, 1963, 249.

³Artículo publicado en el *Monitor Araucano*, tomo II, Nº 69 de 21 de agosto de 1814, Colección de Historiadores y Documentos relativos a la Independencia, tomo XXVII.

⁴Transcripción tomada de la obra de Julio Bañados Espinosa, *Constituciones de Chile*, Ed. Miranda, Santiago, 1889, 559.

arroyo de cruzado y el grito "constitución o muerte" es el tema de muchas canciones populares.

La idea de constitución corresponde a la de instrumento para frenar el poder, y toda lucha contra el constitucionalismo, es la última defensa del poder absoluto de los soberanos contra las limitaciones que el ciudadano quería imponerle. La anécdota —verdadera o falsa— que hace aparecer al viejo emperador de Austria prohibiendo a su médico de cabecera referirse para nada a su constitución orgánica, resulta por demás esclarecedora a este respecto.

Para los pueblos que habían logrado su emancipación, el código fundamental también tenía su valor simbólico: "es el término de tantos sacrificios, la indemnización de tantas pérdidas y el complemento de tantas esperanzas, cuantas han sido nuestras vicisitudes domésticas, desde que rompimos el yugo colonial que nos afrentaba"⁵.

Para ya a mediados del siglo XIX se puede observar en todo el mundo un claro descenso del papel de la constitución escrita. Recordemos que en 1862, Fernando Lasalle, en una célebre conferencia, advertía sobre la fragilidad de la constitución escrita frente a los factores reales de poder existentes en toda sociedad organizada. "Una constitución escrita se hace en caso de apuro, en veinticuatro horas, pero con hacerla nada se consigue si es prematura"⁶.

En el presente el papel de la constitución ha decrecido aún más. De la Constitución con mayúscula se ha venido a parar a la constitución con minúscula, y en la mayoría de los países apenas se la considera sino como un código más —el político— por el que sólo muestran un alto interés los dirigentes políticos y los profesionales del derecho. Karl Loewenstein en su divulgada "Teoría de la Constitución", escribe: "en nuestro tiempo el pueblo —y esto rige tanto para la amplia masa como para la mayoría de los intelectuales— ha dejado de tener un contacto personal con su constitución". Y agrega más adelante, "la triste verdad es que la constitución se ha distanciado emocional e intelectualmente de los destinatarios del poder. Para el hombre de la calle la constitución significa muy poco. Solamente una fracción microscópica de la población en todos los países está lo suficientemente interesada para leerla, por no hablar de aquellos

⁵Cita tomada del Preámbulo de la Constitución de 1828, *ob. cit.*, 560.
⁶¿Qué es una Constitución? Ed. Siglo Veinte, Buenos Aires, 1959, 5.

que la pueden realmente asimilar”⁷. Jean Blondell, resulta aún más categórico: “ninguna constitución se observa plenamente, y muchas de ellas perduran precisamente porque no se cumplen”⁸.

Podrían multiplicarse las citas con apreciaciones similares por cuanto existe consenso entre los autores contemporáneos en que se ha originado lo que se suele llamar “deterioro”, “descrédito”, “decadencia” o “pérdida del sentimiento constitucional”.

Son, por cierto, complejos los factores que han producido este fenómeno, y cualquier intento de simplificación puede resultar poco científico. Es más, si bien es cierto que la experiencia que nos preocupa comprende todo el ámbito del llamado “mundo Occidental”, no es posible dejar de reconocer que existen peculiaridades nacionales muy determinantes para cualquier análisis serio del problema. La prudente ponderación de los factores de política interna y externa no puede por lo mismo ser ajena en la determinación de las relaciones causales. Puntualizada esta reserva, en el marco limitado de unas simples notas, intentaremos reseñar la incidencia de algunos hechos en la pérdida de significación del código fundamental. Desde luego, está el factor ideológico. El constitucionalismo escrito —ya lo hemos expresado— nace estrechamente vinculado al liberalismo, cuyo principio rector es la libertad en todos sus aspectos. “Dado que el *telos* del constitucionalismo de la primera época fue la limitación del poder absoluto y la protección de los destinatarios del poder contra la arbitrariedad y falta de mesura de los detentadores del poder, todas las constituciones del final del siglo XVIII y principios del XIX están necesariamente teñidas de ideología liberal”⁹.

Ahora bien al comenzar a ser desplazado en el mundo el liberalismo por las corrientes socialistas (o si se prefiere —para evitar las pugnas ideológicas— al evolucionar el liberalismo), el contenido de las constituciones debió necesariamente experimentar variaciones. Las nuevas corrientes consideran como principio rector el de igualdad, y sostienen que sólo por este camino se llega a la libertad. Como lógica consecuencia los textos que en forma explícita o tácita reconocen que junto al valor individuo existe el valor sociedad, se ven precisados a limitar en

⁷*Teoría de la Constitución* Ed. Ariel, Barcelona, 1970, 202 y 227.

⁸*Introducción al Estudio Comparativo de los Gobiernos*, Ed. Revista de Occidente, Madrid, 1972, 318.

⁹Loewenstein, *ob. cit.*, 211.

gran medida los derechos individuales a la acción de la comunidad en persecución del bienestar de sus miembros. La consagración de los llamados derechos sociales en la parte dogmática constituye sin duda uno de los fenómenos más relevantes de este cambio originado por la nueva implementación ideológica del concepto de constitución. Pero hay más, la consagración de los derechos sociales conlleva imprescindiblemente a una nueva concepción del papel del Estado. El abstencionismo propio de la concepción liberal es sustituido por el intervencionismo estatal. Precisamente, se considera que es el Estado el instrumento para crear las condiciones que permitirán concretar efectivamente los derechos sociales. Puede aceptarse o rechazarse la intervención estatal, pero hay ciertos hechos que a este respecto se presentan como evidencia. Para reconocer y garantizar un derecho fundamental clásico, bastaba con enunciarlo para transformarlo en realidad. Para garantizar la libertad de locomoción —por ejemplo— basta con la pasividad del Estado. No ocurre lo mismo con los derechos sociales. Para dar satisfacción al derecho al trabajo, a la educación, etc., pareciera que el Estado debe ejercer actividad.

Como en la parte orgánica (la que determina la estructura y funcionamiento del poder estatal) las constituciones no han experimentado grandes modificaciones (se mantiene muy cercana a la fórmula del "siglo de las luces"), los ordenamientos jurídicos fundamentales contemporáneos se nos presentan como una extraña mixtura de principios ideológicos que implican una diversa posición frente a la relación individuo, sociedad y estado.

El resultado de este confusionismo ideológico realizado en términos mecánicos —no descartamos la posibilidad de una gran síntesis en base al respeto a una adecuada escala de valores— ha originado en la práctica resultados desalentadores para el prestigio de la constitución escrita.

En efecto, en primer lugar emerge el problema —que en los países subdesarrollados alcanza su grado de tensión máximo— y que se refiere al conflicto entre la seguridad social y la seguridad política. Esta, buscando una estabilidad que prevalezca sobre cualquiera circunstancia: aquella acelerando transformaciones sociales, causa siempre de perturbaciones políticas.

Intimamente vinculado a este fenómeno, propio de la faz agonal de la política, se encuentra la reacción psicológica del grupo humano

frente a la inoperancia del texto fundamental para lograr justicia y paz social. Los grandes sectores preocupados por sobre todo de la seguridad económica, ven con desengaño que la constitución consagra y define numerosos derechos sociales, pero en la práctica ellos quedan reducidos a simples orientaciones de la acción legislativa, no dando lugar a prestaciones jurídicas positivas. "El Estado tiene, primero, que actuar para satisfacer estos derechos fundamentales. No son derechos en sentido jurídico, ya que no pueden ser exigibles judicialmente del Estado, antes de que no hayan sido institucionalizados por una acción estatal"¹⁰. Frente a situaciones de esta naturaleza —fáciles de constatar en todos los medios— la indiferencia del ciudadano por la constitución resulta explicable.

Contribuye a agudizar las situaciones reseñadas, la existencia de poderes de hecho frente al poder constitucionalizado. No representan desde luego estas fuerzas políticas una manifestación exclusiva de la sociedad contemporánea, pero es efectivo que ellas nunca habían logrado, como en el presente, tanta gravitación en la decisión política. La pugna entre el poder establecido y los poderes de hecho, deteriora efectiva y permanente la consistencia del orden jurídico fundamental. No es en la constitución, sino en los grupos, en los cuales actúa, en los que el individuo vuelca toda su lealtad y aspiración de bienestar.

Si el descrédito y la indiferencia de la sociedad contemporánea por la constitución escrita parece explicable con la sola consideración de los factores enunciados —insistimos en que existen otros igualmente dignos de ser ponderados— cabría preguntarse acerca de las alternativas a seguir para revitalizar la conciencia constitucional en los detentadores y destinatarios del poder. Esperamos en próximas notas abordar el tópico, pero por el momento nos parece prudente formular algunas reflexiones elementales. Desde luego, parece una buena "terapia" todo intento para "desidealizar" la constitución escrita. La constitución, ninguna institución (norma, cuerpo u órgano), puede ser considerada como la panacea para dar solución a los problemas políticos, económicos y sociales de la época contemporánea. En este sentido, nos parece que en la parte dogmática las constituciones se han excedido, en cierta forma, en la consagración de derechos sociales —que al margen de la justicia de su contenido— resultan en la mayoría de los países im-

¹⁰Loewenstein, *ob. cit.*, 401.

posibles de concretar. Como anota Blondell, "al extenderse al campo de la orientación política las nuevas declaraciones de derecho trataron de salirse del terreno que les pertenece. Esto no es decir que estuviera 'mal' que los autores de las constituciones hicieran suyas declaraciones que incluían nuevos derechos positivos. Pero debió reconocerse que las constituciones, como tales, no pueden cumplir ese cometido"¹¹.

En lo que atañe al papel propio de toda constitución —aun cuando pueda aparecer restringido— esto es, control del poder político, en términos que la palabra constitución vuelva a representar para los pueblos la antítesis de despotismo, arbitrariedad, poder incontrolado, habrá que considerar las fuerzas sociales, económicas y espirituales, organizadas y activas, que en la actualidad al margen del aparato institucional, influyen en la acción gubernativa y ejercen presión para imponer sus pretensiones. Como ya lo puntualizaba Lasalle en el siglo pasado, "de nada sirve lo que se escriba en una *hoja de papel*, si no se ajusta a la realidad, a los factores reales y efectivos de poder"¹², de otro modo se continuará invadiendo el terreno de las utopías en desmedro de la Constitución, agregamos nosotros.

MARIO VERDUGO MARINKOVIĆ*

¹¹Blondell, *ob. cit.*, 323.

¹²Lasalle, *ob. cit.*, 39.

*Profesor de Derecho Político.