

LAS CONSTITUCIONES: ESPEJISMO DE LA SEGURIDAD JURÍDICA

SALVADOR MOHOR ABUQUAD
Profesor de Derecho Constitucional

S U M A R I O

i. La estructura dicotómica de las Constituciones. ii. Las fuentes formales secundarias en el ámbito de protección de los derechos constitucionales. iii. La Constitución de 1980 en la perspectiva de nuestro modelo de análisis: 1. Igualdad ante la ley. 2. Indemnización del error judicial. 3. Igualdad ante la Justicia. 4. Estado de peligro de perturbación de la paz interior. 5. El recurso de protección. 6. Otros casos. iv. Anatomía de técnica de generación y aplicación del Derecho y reivindicación de la Constitución: 1. Anatomía de la técnica de generación y aplicación del Derecho: a) Los supuestos o condiciones objetivas. b) Los supuestos o condiciones subjetivas. 2. Reivindicación de la Constitución.

I. LA ESTRUCTURA DICOTÓMICA DE LAS CONSTITUCIONES

En toda Constitución es posible distinguir básicamente dos partes: la dogmática o relacional y la institucional u orgánica. La primera, es decir, la dogmática o relacional, sabemos, es aquella que contiene esencialmente la idea de organización social o la idea de Derecho a que adhiere la comunidad estatal, y una de sus más importantes manifestaciones es la de los derechos humanos o libertades públicas. La segunda, en cambio, está destinada a regular la generación, estructura, funciones, atribuciones e interrelaciones de los llamados órganos de poder o, como comúnmente se les denomina, poderes del Estado.

Pues bien, la parte institucional u orgánica, se nos presenta general y relativamente como un estatuto jurídico preciso, dados la delimitación conceptual precisa de sus términos y su conveniente exten-

sión o desarrollo normativo. De este modo, su aplicación no ofrece mayores problemas de interpretación, aunque, naturalmente, no sea posible descartarlos de manera absoluta. Lo importante es destacar que normalmente ellos no se presentan con la frecuencia, magnitud y trascendencia que revisten, en cambio, en la parte dogmática de las Constituciones. Las eventuales excepciones confirman la regla. Se podría, pues, afirmar, que la parte orgánica va dirigida a la razón de las personas, puesto que busca fundamentalmente impresionar su entendimiento.

Contrariamente a lo que ocurre con la parte orgánica o institucional, la dogmática o relacional se nos ofrece como un estatuto jurídico de suyo impreciso o ambiguo, dado que el constituyente emplea, de modo general, un lenguaje jurídico de indefinida amplitud conceptual y extraordinariamente breve o conciso. De ahí es que la Constitución genera, en esta medida, notable incertidumbre e inseguridad. Dentro de la ambigüedad de sus términos lo dice todo y no dice nada. Podríamos así expresar que esta parte de la Ley Fundamental se encuentra dirigida fundamentalmente al corazón de las personas, puesto que, considerando la imposibilidad de un acceso enteramente racional, persigue, en cambio, despertar una reacción emocional de adhesión o admiración hacia los fines que vagamente describe. Es así como el Constituyente utiliza en esta sección las más altisonantes y solemnes expresiones del lenguaje jurídico político, pero también las más imprecisas por las dificultades anexas a su delimitación conceptual: Bien común, seguridad nacional, seguridad de la sociedad, libertad, igualdad, inviolabilidad, subsidiaridad, autonomía o independencia, etc. La aplicación práctica de estas ideas a la realidad contingente de la vida relacional se puede tornar consecuentemente muy dificultosa y la valoración o evaluación de resultados a la luz de sus exigencias, extraordinariamente equívoca y susceptible de encontradas apreciaciones.

Se trata, por cierto, de conceptos analógicos, de los cuales el Derecho no puede prescindir. No estamos, pues, ni podríamos estarlo, en contra del uso de tales expresiones, pero sostenemos que ellas encierran ideas que exigen de parte de los constituyentes un mayor desarrollo relativo a fin de impedir su eventual utilización con fines diversos de aquellos que inspiraron el establecimiento de la Constitución.

II. LAS FUENTES FORMALES SECUNDARIAS EN EL ÁMBITO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES

Según sea la parte de la Constitución que se considere, el papel que juegan las fuentes formales secundarias del Derecho, relativamente a la Ley Fundamental resulta muy diferente. En efecto, si se considera la parte institucional u orgánica, las siguientes etapas del proceso de generación y aplicación del Derecho (legislación, administración y jurisdicción) no importan sino, básicamente, un adecuado desarrollo de la preceptiva fundamental, sin que, esencialmente, exista el peligro de una deformación o desviación de su propio sentido, puesto que, como se ha dicho, el punto de partida es un estatuto jurídico suficientemente preciso. Una eventual deformación, por regla general, no será imputable a este estatuto en términos de una mayor o menor imprecisión con la frecuencia que a consideraciones más bien de carácter metajurídico. Las fuentes formales secundarias encuentran en la Constitución un adecuado marco de referencia normativa dentro del cual poder inscribir convenientemente sus disposiciones o preceptos. Ellas no hacen sino desarrollar la normativa fundamental de un modo general y obligatorio (caso este de las leyes y reglamentos complementarios) o aplicarla a un caso concreto y particular (decretos supremos simples y sentencias judiciales). En ambos casos la Constitución ofrece una orientación normativa básica dentro del contexto de cuyas disposiciones se desenvuelve el ordenamiento secundario. No cabría, pues, recitar en este caso los versos del poeta: "se hace camino al andar y al volver la vista atrás se ve la senda que nunca se ha de volver a pisar... El ordenamiento secundario no es camino enteramente nuevo y al volver la vista atrás siempre será posible descubrir la luz de los preceptos constitucionales orientando la labor del legislador, del administrador y del juez.

En la parte dogmática o relacional, en cambio, el papel que cumplen las fuentes formales secundarias puede resultarnos descorazonador. En efecto, si emplea el Constituyente un lenguaje jurídico impreciso, por la excesiva amplitud conceptual de sus expresiones y la concisión de sus términos, corresponderá precisamente a las demás etapas del proceso de generación y aplicación del Derecho la fijación del verdadero sentido de la normativa fundamental. Se sostiene frecuentemente que es bueno que así sea y experimentan gran regocijo

quienes piensan que, de este modo, se va produciendo una actualización progresiva del sentido o espíritu de la Constitución, adecuándose a los imperativos siempre crecientes y cambiantes de la realidad social. Lo anterior, sin embargo, no pasa de ser un sofisma, porque no se encuentra suficientemente identificado el objeto de la actualización. En efecto, ¿cuál es el punto de partida de la interpretación actualizada si no se conoce claramente el sentido primitivo de la Constitución? Por otra parte, no corresponde propiamente a la ley ni a la sentencia judicial actualizar el sentido del ordenamiento jurídico y, específicamente, de la normativa constitucional. En el caso de la Constitución, que es el que nos interesa, ello es tarea del órgano constituyente derivado, el cual, de acuerdo con el procedimiento de reforma de la Constitución, deberá modificarla para adaptarla a las nuevas condiciones imperantes. Cosa aparte es que dicho camino no se siga en razón de la complejidad del procedimiento de reforma. A este respecto resulta paradójal constatar la firmeza con que se defiende la conveniencia de estabilizar las constituciones en el tiempo mediante la institucionalización de un procedimiento de reforma de relativa complejidad, para luego, a pretexto de que impide una modificación expedita de la Constitución, se le soslaye recurriendo a la interpretación actualizada de sus preceptos. La determinación del sentido de la Constitución por la ley que debe desarrollar sus preceptos habrá de situarse en el momento histórico en que la Constitución fue generada. Lo mismo rige para la sentencia judicial y, en general, para todas las fuentes formales secundarias que apliquen o desarrollen las normas constitucionales. El sentido de la Constitución sólo podrá modificarse o alterarse por el procedimiento de reforma institucionalmente consagrado, y aclararse, cuando eventualmente se presente confuso, por la vía de las leyes interpretativas. Lo contrario significa desconocer la distribución del trabajo político que involucra la separación de las funciones gubernamentales y, con el riesgo consecuente del abuso de poder, propender a la concentración de las mismas en unas pocas manos.

Como prácticamente resulta que el sentido de la parte dogmática de la Constitución viene a quedar determinado en las próximas etapas del proceso de generación y aplicación del Derecho, según se ha explicado precedentemente, la organización constitucional democrática puede enfrentar el inconveniente de ver diferida la esperanza de protección de las libertades públicas, es decir, la seguridad jurídica,

hacia tales etapas. La comunidad ha conferido a sus representantes el mandato de generar una Constitución como baluarte de sus derechos frente al Estado, de manera tal que la esperanza de protección se encuentra referida, en lo fundamental, al momento histórico en que ella se origina y considerando su naturaleza jurídica de ley primaria y jerárquicamente superior del ordenamiento jurídico. Si el Constituyente delega —como en la práctica sucede— su responsabilidad normativa en las demás etapas del proceso de generación del Derecho, se niega, en cierto modo, a sí mismo y defrauda en esa medida la seguridad jurídica, puesto que aparece no sólo remitiéndola a otro momento histórico sino, además, a instancias jerárquicamente inferiores del proceso de generación normativa.

El fenómeno recién descrito constituye la principal causa de la desvalorización de las Constituciones como instrumento de resguardo de las libertades públicas y de su consiguiente desprestigio como fuente formal de Derecho jerárquicamente superior. En efecto, la amplitud conceptual excesiva y la concisión de los términos en el lenguaje utilizado normalmente en la parte dogmática o relacional, determina las siguientes anomalías:

a) No conociéndose exactamente el alcance preciso de sus normas, pueden en ellas cobijarse las más disímiles y contradictorias posiciones interpretativas, independientemente del sentido que el Constituyente haya querido imprimir a la Constitución. Así, en realidad, serán las específicas condiciones imperantes en un momento histórico determinado, en lo político, económico, social, cultural, etc. las que, en definitiva, irán fijando de hecho, cada vez y progresivamente, el sentido de las normas constitucionales, comprometiéndose en esa medida las exigencias de la seguridad jurídica, al margen, naturalmente del procedimiento de reforma institucionalizado.

b) El inconveniente precedentemente señalado conduce a la larga a una situación de liberalidad interpretativa en que la Constitución toda es puesta en entredicho, aún en aquellos pasajes en los que el Constituyente ha empleado un lenguaje preciso y técnicamente adecuado, sobre la base de la argumentación de que ella, al generar un ordenamiento institucional, ha querido innovar incluso en la significación técnica de los términos o expresiones del lenguaje jurídico. Así, la significación que en definitiva se imponga dependerá del específico interés que pueda y desee protegerse. Al final de cuentas la generalización de esta práctica termina por hacer desaparecer prác-

ticamente la Constitución. De tanto hacerla decir lo que no dice, los pueblos se quedan sin Ley Fundamental... y sin protección. Insistimos, pues, a un proceso de defraudación interpretativa de la significación de las palabras técnicas y del sentido que ellas asumen dentro del contexto normativo que configuran.

III. LA CARTA FUNDAMENTAL DE 1980 EN EL CONTEXTO DE NUESTRO MODELO DE ANÁLISIS

El Constituyente de 1980 ha dado, en general, a la parte dogmática un desarrollo conveniente, configurando así, en lo substancial, las reglas del juego político que habrán de imperar. No obstante, si aplicamos nuestro análisis a la Constitución de 1980, resulta posible, todavía, advertir imprecisiones que, en cierta medida, son reiteraciones de los preceptos de la Carta de 1925. Veamos algunas de ellas:

1. *Igualdad ante la Ley* (art. 19 Nº 2, C. 1980).

La Constitución reconoce y asegura la igualdad ante la ley, pero ¿qué significado tiene concretamente éste derecho en el terreno jurídico, es decir, prescindiendo de consideraciones puramente filosóficas? Existen tres criterios metodológicos, a nuestro juicio, susceptibles de ser utilizados en esta problemática.

1.1. *Criterio material abstracto.* Normalmente se piensa —y de este modo han procedido invariablemente nuestros tribunales— que el principio de igualdad ante la ley se satisface jurídicamente aplicando una misma disposición normativa a quienes se encuentran en las condiciones predeterminadas en ella, es decir, recurriendo a la generalidad de las normas. Este punto de vista, material abstracto, parece no satisfacer las exigencias de justicia anexas al principio en cuestión, toda vez que, sobre su base, sería lógicamente procedente aceptar la validez normativa de preceptos tales como: “todos los negros serán esclavos” o “ningún noble pagará contribuciones”. Recordaremos que es precisamente bajo su alero que se hará posible en Chile la coexistencia de regímenes previsionales tan disímiles y discriminatorios, en el sentido negativo de la expresión.

1.2. *Criterio material concreto.* De acuerdo con esta nueva perspectiva metodológica (criterio material concreto), sólo una normativa

que ni instituyera situaciones de privilegio o de inferioridad o injusticia social satisficaría plenamente el principio de igualdad ante la ley, al margen de la generalidad o particularidad de los preceptos. Pero se presenta el problema relativo a la determinación del patrón de referencia valorativa en función del cual efectuar semejante calificación. Se nos ofrecen, entonces, dos vías de solución: adoptar un criterio material concreto de carácter relativo, o bien, otro de carácter absoluto. El relativo supone la adhesión a la Constitución misma como patrón valorativo, puesto que ella es, se supone, la concreción institucional de los valores predominantes en una época. Sin embargo en este caso enfrentaremos la ambigüedad o imprecisión de la Constitución en su parte dogmática o relacional, según se ha explicado anteriormente. El absoluto, por su parte, nos invita a adherir como centro de referencia valorativa, a un ordenamiento normativo supra-constitucional, como, por ejemplo, la Ley Moral Natural o, específicamente, el Derecho Natural. Resulta evidente que este punto de vista presenta multiplicados los inconvenientes del criterio relativista: la ambigüedad o imprecisión normativa.

1.3 *Criterio formalista.* De acuerdo, por fin, con un criterio formalista, el problema de la igualdad o desigualdad frente al Derecho no puede lógicamente ni siquiera plantearse, puesto que la ley, precisamente por su condición de tal, no puede ser sino vehículo de justicia normativa. Esta perspectiva tan propia de los regímenes autocráticos obviamente no satisface las exigencias de justicia subyacentes en la concepción humanista cristiana del hombre y de la sociedad propia de la civilización occidental.

En definitiva, como podrá apreciarse, asistimos a un panorama de incertidumbre derivado fundamentalmente de la imprecisión del lenguaje jurídico empleado.

2. *Indemnización del Error Judicial (art. 19 Nº 7, letra i, C. 1980).*

El art. 19, Nº 7, letra i), que consagra en favor del sometido a proceso que haya sido sobreseído o absuelto y del condenado que ha sido posteriormente absuelto, el derecho a cobrar, en procedimiento breve y sumario, una indemnización por el daño moral y patrimonial que hubiere sufrido, cuando previamente la Corte Suprema haya declarado la resolución judicial correspondiente como injustificadamente errónea o arbitraria, emplea algunas expresiones que han pasado

a ser objeto de controversia interpretativa: "sometido a proceso" y "procedimiento breve y sumario".

En el lenguaje procesal —que es el único que podría razonablemente emplear el Constituyente— los términos, "sometido a proceso" y "procedimiento breve y sumario", no significan sino que se haya dictado el auto encargatorio de reo (art. 274, inc. 1º del Código de Procedimiento Penal) y que, por otra parte, existe la necesidad de aplicar el procedimiento del juicio sumario (art. 680, Nº 1 del Código de Procedimiento Civil), respectivamente. Lo normal es suponer que quienes intervienen en la elaboración de la Constitución son personas especializadas en el uso y significado del lenguaje técnico jurídico, como no cabe suponer que quienes deben intervenir en la construcción de un edificio desconozcan la terminología, usos y dichos propios de esa actividad. Y, sin embargo, la significación técnica de las expresiones utilizadas por el Constituyente ha sido cuestionada a pretexto de que restringen ellas considerablemente la amplitud o extensión del derecho reconocido. Nos hemos habituado de tal manera a la excesiva amplitud y consecuente imprecisión de los preceptos constitucionales que cuando, de pronto, éstos aparecen consignados de modo técnicamente adecuado, se les cuestiona igualmente, alimentándose y retroalimentándose con ello un espíritu de liberalidad interpretativa. El texto único y escrito preconizado por el constitucionalismo democrático para la Ley Fundamental, como garantía indubitable de las libertades públicas, comienza a adentrarse, con estas prácticas, por el camino tenue y nebuloso de la disolución y a perder, en esa misma medida su justificación. La Constitución sólo representa algo si se respeta exactamente su real sentido, es decir, el sentido de la Ley Fundamental al momento histórico de su propia generación (sin perjuicio de las modificaciones introducidas por las leyes de reforma y de la aclaración de sus pasajes oscuros por la vía de la ley interpretativa), y en la determinación de ese real sentido el lenguaje jurídico debe jugar un papel substancial.

3. *Igualdad ante la Justicia (art. 19, Nº 3, inc. 4º)*

Dentro del ámbito propio de la igualdad ante la justicia, existe un aspecto del denominado derecho al debido proceso que ha venido siendo desde hace bastante tiempo ya objeto de gran controversia: el relativo a la oportunidad con que debe estar establecido el tribunal

correspondiente. La redacción empleada por el Constituyente, esta vez, es tan deficiente técnicamente que no resulta posible de modo lógico entrar a fijar con precisión dicha oportunidad. Ordena el inc. 4º, del art. 19, Nº 3: "Nadie puede ser juzgado por comisiones especiales sino por el tribunal que le señale la ley y que se halle establecido con anterioridad por ésta". Surge de inmediato una interrogante: ¿con anterioridad a qué? Las alternativas lógicas que se plantean como posibles respuestas son las siguientes:

a) con anterioridad al hecho objeto del juzgamiento, solución ésta que, a nuestro juicio, ofrece las mayores garantías, y

b) con anterioridad al juzgamiento mismo. En este último caso se presenta el problema relativo a determinar cuándo se produce el juzgamiento. De acuerdo con una posición, el juzgamiento se produce con la iniciación del juicio, por lo que el tribunal debería existir, a lo menos, con anterioridad a ese momento. Según otra posición, el juzgamiento se produce con la sentencia definitiva debidamente ejecutoriada, con lo cual resulta que el tribunal que, en definitiva, ha de juzgar deberá existir antes de ese preciso momento. Independientemente del problema relativo a la justicia o conveniencia de cada una de estas alternativas, resulta clara la ambigüedad del texto constitucional. En todo caso, debemos llamar la atención acerca de un hecho que resulta curioso: la tendencia jurisprudencial, basada en el principio de que las leyes procesales orgánicas rigen in actum, ha favorecido, en general, la posición que menos garantías ofrece desde el punto de vista de la protección de los derechos: el tribunal debe estar establecido con anterioridad a la sentencia definitiva ejecutoriada. Es lamentable que no haya prosperado la proposición de la Comisión de Estudios Constitucionales (Comisión Ortúzar), de acuerdo con la cual la oportunidad del establecimiento del tribunal se sitúa con anterioridad a la iniciación del juicio.

4. *Estado de Peligro de Perturbación de la Paz Interior (art. 24 transitorio de la Constitución 1980)*

El estado jurídico de excepción denominado estado de peligro de perturbación de la paz interior (art. 24 transitorio C. 1980), confiere al Presidente de la República importantes facultades para restringir y, en algunos casos, suspender, la libertad personal, el derecho de reunión y la libertad de información, mediante decreto supremo firma-

do por el Ministro del Interior, bajo la fórmula "por orden del Presidente de la República".

Pues bien, las medidas adoptadas durante la vigencia de este estado jurídico de excepción en el ejercicio de las facultades que confiere al Presidente de la República, no serán, según lo supone el inciso final del artículo 24 transitorio citado, susceptibles de recurso alguno, salvo el de reconsideración ante la autoridad que las dispuso. Cabe, al respecto, formular las siguientes interrogantes derivadas precisamente de la ambigüedad del texto constitucional: ¿habrá querido el Constituyente prescindir, para esta situación particular, de las exigencias que plantean en beneficio de las libertades públicas los principios del constitucionalismo democrático, en general, y el principio del Estado de Derecho, en particular, a que se refiere el capítulo 1 de la Constitución? ¿Pueden infringirse impunemente por la autoridad las limitaciones de fondo y forma que establece el mismo artículo 24 transitorio para la adopción de las medidas de emergencia? ¿La exclusión de los recursos afecta sólo a los de carácter administrativo, como pareciera sugerir el texto constitucional, o a todos sin excepción? ¿La exclusión de los recursos afecta también a las acciones de amparo y de protección? ¿Habría querido el Constituyente sólo impedir la calificación de los fundamentos de hecho de las medidas de emergencia, por parte de los tribunales de justicia?

5. *El Recurso de Protección (art. 20, C. 1980).*

Las dudas e incertidumbres que emanan del denominado recurso de protección (art. 20), como consecuencia de la ambigüedad constitucional, han sido planteadas por el profesor E. Soto Kloss (El recurso de protección. Edit. Jurídica. Santiago. Chile. 1982), quien ha realizado una amplia sistematización de la jurisprudencia recaída en este recurso, dejando en evidencia una multiplicidad de encontradas posiciones en torno a aspectos fundamentales de este medio de protección que consagra la Constitución de 1980.

6. En fin, ofrecen igualmente dificultades interpretativas por la amplitud conceptual y concisión de los términos constitucionales, entre otras, las siguientes disposiciones de la parte dogmática: art. 19, Nº 5 (Inviolabilidad del hogar y de la correspondencia privada; art. 19, Nº 7, letra e) (libertad provisional); art. 19, Nº 8 (derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación); 19, Nº 9 (derecho a la

protección de la salud); 19, Nº 10 (derecho a la educación); 19, Nº 13 (derecho de reunión); 19, Nº 16, inc. 5º (derecho a la negociación colectiva); 19, Nº 16 (libertad de trabajo); 19, Nº 17 (admisión a todas las funciones y empleos públicos); 19, Nº 18 (derecho a la seguridad social); 19, Nº 20 (igual repartición de las cargas públicas); 19, Nº 20, inci. 2º (derecho a no verse afecto a una tributación manifiestamente desproporcionada o injusta); art. 23 y 1º, inc. 3º (autonomía de los grupos intermedios); art. 8º (defensa de las bases de la institucionalidad); para señalar algunos de los casos más notorios.

En las situaciones señaladas lamentablemente sólo encontramos una regulación constitucional mínima, quedando, en general, entregada a la ordenación secundaria (ley, reglamento, sentencia) lo substancial del contenido normativo de los derechos o libertades reconocidos. La protección en lo fundamental de los derechos que se pretende obtener con la disposición del Nº 26 del art. 19, de acuerdo con la cual la ley no debe, a pretexto de reglamentar el ejercicio de las libertades que la Constitución reconoce, afectarlas en su esencia, parecería no poder surtir efecto práctico alguno, si no se conoce con exactitud cuál es precisamente esa esencia, a lo cual obviamente no contribuye la imprecisión del lenguaje constitucional.

IV. ANATOMÍA DE LA TÉCNICA DE GENERACIÓN Y APLICACIÓN DEL DERECHO Y REIVINDICACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN

1. *Anatomía de la técnica de generación y aplicación del Derecho.* El ordenamiento jurídico, en su sentido objetivo, se genera naturalmente para luego ser aplicado. La aplicación del Derecho, considerado en el sentido señalado precedentemente, se traduce, por su parte, y en última instancia, en los derechos y obligaciones subjetivos que se radican, modifican o se pierden en una o más personas determinadas.

Pues bien, para que esa radicación o nacimiento, modificación o pérdida de derechos u obligaciones se produzca, o, en otros términos, para que las personas se transformen en titulares de derechos o en sujetos pasivos de obligaciones, deben cumplirse o satisfacerse los supuestos o condiciones que establece para cada caso el ordenamiento

jurídico objetivo. En esta perspectiva, la autoridad que interviene en el proceso de generación del Derecho en sentido objetivo, se ve enfrentada a una alternativa cuyos términos conforman una dicotomía normativa: o adopta el método consistente en establecer supuestos o condiciones de carácter objetivo, o bien, recurre a la institución de los supuestos o condiciones subjetivos. A su vez, estos últimos, pueden asumir el carácter de subjetivos absolutos o subjetivos relativos.

a) *Los supuestos o condiciones objetivos.* Los conceptualizamos como aquellas exigencias de carácter concreto que se establecen en una etapa anterior del proceso de generación y aplicación del Derecho relativamente a una o más etapas posteriores de su aplicación progresiva. Sus características son las siguientes:

1. Son constatables sensiblemente en cuanto se trata de hechos, actos o situaciones fácticas susceptibles de ser verificados por nuestros sentidos.

2. En las etapas posteriores de la generación y aplicación del Derecho (ley, reglamento, sentencia), no pueden ser desconocidas o modificadas sin que se advierta claramente la transgresión correspondiente. De ahí es que en tales etapas prácticamente se vean confirmadas y asegurada, por tanto, su exacta aplicación.

3. Como consecuencia de lo anteriormente dicho, constituyen las denominadas "reglas del juego", puesto que resulta posible conocerlas de una manera virtualmente indubitable anticipadamente. Y así, por ejemplo, en caso de un eventual conflicto de intereses, el juez sólo debe limitarse a constatar sensiblemente, por los medios de prueba legales, los hechos, actos o situaciones en que ellas consisten y decidir, en consecuencia, si ha nacido, se ha modificado o extinguido el derecho correspondiente.

Son condiciones o supuestos objetivos: el depósito del acta constitutiva y de los estatutos en la Inspección del Trabajo respectiva para la constitución de un sindicato; el título traslativo de dominio y el modo de adquirir, para la constitución del derecho de propiedad; el nacer para el goce de los denominados derechos humanos; el haber sido concebido para merecer la protección de la ley; el otorgamiento de escritura pública, su inscripción en el Registro de Comercio y su publicación, para la constitución de personalidad jurídica, tratándose de ciertas sociedades, etc.

b) *Los supuestos o condiciones subjetivos.* Ocurre muy a menudo

que el órgano encargado de intervenir en el proceso de generación del Derecho, no establece como condiciones o supuestos del nacimiento, modificación o pérdida de los derechos u obligaciones subjetivos, hechos, actos o situaciones concretos, es decir, no instituye directa e inmediatamente los supuestos de la aplicación o ejecución del ordenamiento jurídico objetivo. En estos casos el órgano o autoridad correspondiente difiere prácticamente su responsabilidad normativa a las siguientes etapas de la generación y aplicación del Derecho: la ley, el reglamento o la sentencia.

Pues bien, cuando de esta manera procede, el órgano generador de Derecho puede utilizar alguno de estos dos criterios normativos que señalaremos a continuación:

1. Puede fijar, a lo menos, formalmente un supuesto básico consistente en un bien o valor meramente jurídico que deberá ser satisfecho como condición de generación, modificación o pérdida de los derechos u obligaciones subjetivos, tales como, la moral, el bien común, la seguridad nacional, las buenas costumbres, la seguridad de la sociedad, el orden público, la utilidad pública, el éxito del sumario, etc. Los hemos denominado supuestos subjetivos de carácter relativo.

2. La otra alternativa normativa consiste en prescindir de señalar formalmente referencia alguna a supuesto o condición de cuyo cumplimiento o satisfacción dependa el nacimiento, modificación o extinción de los derechos u obligaciones, limitándose a delegar el órgano o autoridad generadora del Derecho en sentido objetivo, su responsabilidad normativa, en las siguientes etapas del proceso jurídico, como cuando, por ejemplo, el Constituyente se remite enteramente a la ley, el reglamento, el autoacordado o, incluso, a la sentencia judicial. Estamos en presencia de lo que hemos denominado supuestos o condiciones subjetivas de carácter absoluto. En realidad, en este caso no se encuentran ausentes los valores o bienes jurídicos a que nos referíamos en el punto anterior (b.l.), pero como no han sido formalmente (o nominalmente) señalados en la etapa normativa primaria, deben ser descubiertos más o menos discrecionalmente en las etapas siguientes, dentro del contexto de los principios e instituciones constitucionales.

Relativos o absolutos, los supuestos o condiciones señalados precedentemente, asumen el carácter de subjetivos en cuanto el órgano generador de Derecho que declina su responsabilidad de normar por la vía de las condiciones objetivas, genera una situación o clima de in-

certidumbre jurídica cuya cobertura sólo vendrá a producirse en las etapas siguientes del proceso de elaboración y aplicación del Derecho, abriéndose, así, a los órganos reguladores que intervienen en estas etapas una potestad relativamente discrecional o menos registrada que aquella de que dispondrían en caso de haberse establecido supuestos o condiciones objetivas.

3. Características de las condiciones o supuestos subjetivos:

3.1. Relativamente a las etapas posteriores del proceso jurídico no son constatables sensiblemente, sea porque antes no se han establecido nominalmente en la forma de bienes o valores que, de acuerdo con el ordenamiento normativo, deben ser satisfechos como supuesto del nacimiento, modificación o extinción de derechos u obligaciones, o porque, habiéndose instituido, consisten precisamente en tales bienes o valores jurídicos, de significación puramente abstracta o metafísica (condiciones subjetivas absolutas o relativas, según el caso).

3.2. Sea que se trate de condiciones o supuestos subjetivos de carácter absoluto o relativo, en las etapas posteriores de la generación y aplicación del Derecho, el órgano normador se ve enfrentado a una alternativa de dos términos: objetivizar las condiciones subjetivas, o bien, reiterar las subjetivas traspasando, a su vez, la facultad normadora, a otras instancias del proceso jurídico.

La objetivación de las condiciones o supuestos subjetivos no es otra cosa que la transformación de estas últimas en supuestos o condiciones de carácter objetivo. Esta transformación es requisito ineludible para la aplicación del Derecho en su sentido de ordenamiento jurídico objetivo. En otros términos, la aplicación progresiva del ordenamiento normativo a través de las sucesivas etapas de su gestación, requiere necesariamente de la formulación de condiciones objetivas sobre la base de cuyo cumplimiento o satisfacción fáctica u ontológica sea posible decidir, en última instancia, si un derecho u obligación en sentido subjetivo ha nacido, se ha modificado o extinguido. Es posible omitir esta transformación en alguna etapa intermedia del proceso generador del Derecho, como por ejemplo, en la etapa legalista, a costa de deferir la responsabilidad normativa a la o las etapas siguientes del proceso en cuestión, pero, al final, es decir, en la última etapa, deberá operarse necesariamente dicha transformación, única forma de poder decidir concretamente si, en definitiva, un determinado efecto jurídico se ha radicado o no en una o más personas individualmente consideradas.

La objetivación de los supuestos o condiciones subjetivas para los efectos de hacer posible la generación de una ordenación complementaria o de ejecución, opera sobre la base de la selección más o menos discrecional de hechos o situaciones fácticas que el órgano correspondiente estima adecuados a la satisfacción de los bienes o valores jurídicos constitutivos de los supuestos o condiciones subjetivas, y que le vienen impuestos desde una o más etapas anteriores del proceso jurídico. Resulta, así, que la objetivación es un fenómeno indispensable para la adopción y justificación de la decisión normativa en la etapa respectiva del proceso jurídico.

3.3. La objetivación de las condiciones subjetivas debe constar formalmente en el texto de la correspondiente decisión normativa, puesto que de no ser así prácticamente se estaría defiriendo la responsabilidad de normar a la o las etapas siguientes del proceso jurídico. Así, por ejemplo, existe objetivación cuando el legislador entiende que el bien o valor jurídico utilidad pública cuya satisfacción exige el Constituyente para proceder a efectuar una expropiación, se encuentra suficientemente cubierto si ésta tiene como causa concreta la responsabilidad de construir un ferrocarril, un camino o un establecimiento público, y así expresamente se establece en la ley de expropiación correspondiente. Pero si el legislador omite señalar concretamente tales causas de expropiación, aparece delegando implícitamente en la Administración la responsabilidad de fijar las condiciones objetivas cuya satisfacción permitirá decidir la expropiación, con lo cual no hace sino reiterar las condiciones o supuestos de carácter subjetivo de la etapa anterior.

3.4. La objetivación puede ser total o parcial, según que las condiciones subjetivas de la etapa anterior se transformen total o parcialmente en otras de carácter objetivo. Un ejemplo aclarará la idea.

La Constitución (art. 19, Nº 7, letra e) expresa que el juez concederá la libertad provisional cuando se den las condiciones o supuestos que satisfagan las exigencias de las investigaciones del sumario, la seguridad de la sociedad y aquellas que impone la seguridad del ofendido, pero no instituye concretamente tales condiciones o supuestos (se limita, pues, a fijar condiciones meramente subjetivas), encargando prácticamente al juez y a la ley su establecimiento (es decir, su objetivación). El Constituyente se remite a la ley cuando expresa "la ley establecerá los requisitos y modalidades para obtenerla". Pues bien, en este caso el legislador puede entrar a fijar exhaustivamente

las condiciones objetivas de cuyo cumplimiento dependerá el nacimiento del derecho a la libertad provisional, consagrándolas expresamente en el texto de la ley, lo cual ocurriría si estableciera, por ejemplo, que "sólo en los casos que se indican a continuación se entenderá que las investigaciones del sumario, la seguridad de la sociedad y la seguridad del ofendido se encuentran plenamente satisfechas, debiendo el juez, por lo tanto, conceder la libertad provisional...". Pero el legislador puede no llegar a objetivizar completamente las condiciones subjetivas de la etapa anterior, como si después de establecer algunos supuestos concretos sobre la base de los cuales el juez debe decidir la libertad provisional, añadiera "y en los demás casos en que el juez lo estimara procedente". En esta situación ocurrirá que será el juez quien deberá objetivar los supuestos o condiciones subjetivas reiterados parcialmente por el legislador, fijando las exigencias que concretamente deberán satisfacerse a efecto de decidir la procedencia de la libertad provisional.

La objetivación de los supuestos o condiciones subjetivas puede no producirse, según se habrá podido comprender, en alguna etapa intermedia del proceso jurídico, pero necesariamente deberá materializarse en la última etapa, es decir, en la jurisdiccional, porque el juez para decidir, en definitiva, si un derecho u obligación existe, se ha transformado o se ha extinguido, no puede lógicamente hacerlo sobre la base de la mera afirmación personal de que determinados bienes o valores jurídicos se han o no satisfecho. Si así fuese se estimularía la arbitrariedad judicial. Para evitarlo, el juez debe concretamente fijar los hechos o situaciones fácticas sobre la base de cuya consideración ha llegado racionalmente a la conclusión de que determinados valores o bienes jurídicos se han o no satisfecho y, en consecuencia, decidir si se ha radicado o no determinado efecto jurídico en una o más personas individualmente consideradas.

3.5. El establecimiento de condiciones subjetivas, supone prácticamente deferir la responsabilidad normativa a las demás etapas del proceso jurídico, que será donde verdaderamente se irá fijando el sentido y alcance del ordenamiento jurídico. Si tomamos como punto de partida o etapa primaria a la Constitución lo anterior no sólo significa un desplazamiento diacrónico, es decir, en el plano histórico, de la responsabilidad normativa, sino, además, un desplazamiento hacia instancias jurídicas de un valor regulador jerárquicamente inferior (ley, reglamento, sentencia). Consecuentemente se posterga en

el tiempo la fijación definitiva de las "reglas del juego", comprometiéndose así, las exigencias de la seguridad jurídica.

2. *Reivindicación de la Constitución.* La dinámica de la presente ponencia nos lleva lógicamente a sostener que la reivindicación de la *Constitución como baluarte de los derechos o libertades públicas*, se encuentra ligada a las condiciones o supuestos de carácter objetivo, de manera tal que nos atrevemos a afirmar que la protección constitucional de los derechos y libertades resulta directamente proporcional a la cantidad y calidad de tales presupuestos.

Hagámonos cargos de algunas objeciones que podrían formularse a esta tesis:

a) *Conduce hacia una Constitución desarrollada.* Dentro del contexto de los principios del constitucionalismo clásico, las constituciones desarrolladas son un disvalor o, en el mejor de los casos, un inconveniente no compatible con el carácter de permanencia que, se espera, posea la Ley Fundamental. Se piensa —en la lógica de esta perspectiva— que sólo puede permanecer en el tiempo una Constitución que contenga las normas más substanciales del ordenamiento jurídico; las reglamentarias, en cambio, se encuentran expuestas a constantes modificaciones, lo cual conspira contra la seguridad jurídica.

Creemos que esta observación —a la luz de lo explicado en esta ponencia— no pasa de ser un sofisma, porque —según pensamos haber demostrado— las llamadas normas fundamentales, en su afán de aparecer como tales, terminan por diluirse en la niebla de la vaguedad, desembocándose, precisamente, en lo que se desea evitar: la inseguridad jurídica. En este sentido, es preferible un extenso cuerpo de normas bien estructurado y preciso, de corta duración, a un escueto y vacío conjunto de preceptos que permanece afirmando constantemente su propia negación. Resulta irónico constatar que cuerpos de normas tan reglamentarios como los códigos de Derecho Civil y Derecho Comercial perduran largamente en la vida de los pueblos. Es cierto, debemos reconocerlo, que este tipo de normas regula relaciones entre particulares y que, las de Derecho Constitucional, persiguen, de modo principal, encuadrar jurídicamente relaciones entre gobernantes y gobernados, corriéndose, en este último caso, el riesgo de cambio que involucra el advenimiento al poder de nuevas ideas políticas. Sin embargo, más que un obstáculo a la permanencia del Derecho Constitucional y, específicamente, de las libertades públicas,

la característica señalada debería constituir precisamente la razón fundamental del desarrollo normativo de las Constituciones.

En efecto, y especialmente en lo que dice relación con los derechos humanos o libertades públicas, no debe hacerse residir la esperanza de permanencia tanto en la brevedad o concisión de las normas constitucionales, como en la irrestricta voluntad colectiva de mantenerlas y asegurarlas. Ellas deberían ser parte esencial del consenso básico que asegura la unidad orgánica y funcional dentro de la cual se hace racionalmente posible desarrollar la vida política. Razonar de otro modo importa reconocer la inexistencia de ese consenso básico y, consecuentemente, la inestabilidad de la organización social en el Estado.

Como refuerzo adicional a la necesidad de desarrollar la Constitución considérese que, en la actualidad, por lo menos en el plano del razonamiento teórico, las libertades públicas, como ámbito de resguardo de la persona frente al poder, son hoy componente incuestionable del acervo cultural de la humanidad.

b) *Las denominadas condiciones subjetivas en el fondo no son sino categorías jurídicas indeterminables a priori.* Debemos reconocer la seriedad de esta objeción que, en apariencia, se yergue como el mayor obstáculo a nuestras pretensiones. Efectivamente, las condiciones subjetivas están constituidas por conceptos o categorías de difícil determinación apriorística. Se trata de valores o bienes tales como la utilidad pública, el bien común, la seguridad nacional, la seguridad de la sociedad, la seguridad del ofendido, el éxito de las investigaciones del sumario, etc., que dificultosamente pueden ser transformados anticipadamente, con carácter exhaustivo, en situaciones o supuestos fácticos sin incurrir, al mismo tiempo, en un recuento meramente casuístico. Ello es así y no pretendemos desconocerlo. Antes bien, afirmamos la necesidad de hacer casuística hasta donde razonablemente ello sea posible, lo cual no significa otra cosa que realizar una tarea de objetivización total o parcial de tales bienes o valores, según ya se ha explicado anteriormente. Resulta evidente que el criterio en cuestión conducirá a un extraordinario desarrollo de las Constituciones. Pero ello no debe preocuparnos. Sólo supone un mayor trabajo o esfuerzo de normativización, cuya plena justificación reside en la salvaguardia de los derechos humanos. ¿Qué beneficio se obtiene pa-

ra la comunidad de prácticas normativas que satisfaciendo plenamente las exigencias de una técnica jurídica tradicionalista, terminan por exponer la substancia de los derechos a los peligros de la inseguridad jurídica?

La normativa constitucional debe tener el desarrollo que demande la protección efectiva de las libertades, al margen de toda otra consideración adjetiva. A menudo se hace la apología del Derecho anglosajón, citándosele como paradigma de claridad y concisión. La verdad es que ese Derecho posee tales características, pero ello no precisamente por su concisión, la cual no es sino aparente; se olvida que buena parte de él tiene su fuente formal en los precedentes de las sentencias judiciales y que codificados ocupan buena parte de estudios y bibliotecas.

c) *No se pueden objetivizar los supuestos o condiciones de cuya satisfacción depende la generación de los derechos sociales.* Esta objeción resulta, a nuestro juicio, fácilmente rebatible. En efecto, se afirma que la objetivización de los supuestos o condiciones de cuyo cumplimiento depende la generación de los derechos sociales, encuentra un obstáculo insalvable en las limitaciones propias de la potencialidad económica de un Estado, de manera tal que no resulta conveniente establecer de antemano y concretamente los supuestos objetivos de tales derechos, si, en definitiva, *más que jurídicos* son económicas las variables que los gobiernan. Así, por ejemplo, dentro de la lógica de esta perspectiva, antes que reconocer, en la Constitución, que se tiene el derecho a exigir una prestación económica del Estado, cada vez que se cumplan determinadas condiciones objetivas, se opta por establecer que el Estado "procurará" o "propenderá" a tales cuales fines, dejándose a la ley la responsabilidad de la fijación de tales supuestos.

Pensamos que resulta preferible no incluir en la Ley Fundamental derechos que, por no estar el Estado en condiciones de satisfacer efectivamente, generan falsas expectativas y terminan por desprestigiar a la Constitución. Si se opta por reconocer derechos sociales deben ser instituidos sólo en la medida de la real potencialidad económica del Estado y, en ese caso, no se divisa razón valedera, para prescindir del establecimiento de supuestos o condiciones objetivas a cuyo cumplimiento se subordine el nacimiento de tales derechos.

Concluimos afirmando, sobre todo tratándose de países carentes de una trayectoria jurídica y cultural dilatada, la necesidad de instituir Constituciones desarrolladas y la conveniencia de abandonar definitivamente la Constitución breve o, que es lo mismo, la ordenación fundamental inocua.