

Poder constituyente e interpretación constitucional: originalismo v/s funcionalismo*

PABLO FUENZALIDA CIFUENTES**

¿Puede una generación vincular a otra, a todas las demás, en sucesión perpetua? Yo pienso que no. El creador ha hecho la tierra para los vivos, no para los muertos. Los derechos y los poderes sólo pueden pertenecer a las personas, no a las cosas, no a la mera materia, no dotada de voluntad. Los muertos no son ni siquiera cosas. Las partículas de materia que compusieron sus cuerpos forman o parte ahora de los cuerpos de otros animales, vegetales o minerales, en cientos de formas. ¿A qué, entonces, están unidos los derechos y poderes que ellos tuvieron mientras poseyeron forma de hombres? Una generación puede vincularse ella misma mientras su mayor parte continúa viva; cuando ha desaparecido, otra mayoría ha ocupado en su lugar todos los derechos y deberes que sus predecesores habían poseído una vez y pueden cambiar sus Leyes e instituciones para que les sirvan a ellos. Nada, pues, es inalterable, salvo los derechos inherentes e inalienables del hombre.

Thomas Jefferson¹

Es ya lugar común en el derecho constitucional chileno encontrar sentencias de nuestros tribunales, en que su argumentación principal se base en las Actas de la Comisión de Estudios para una Nueva Constitución, la cual aparece con el nombre de “Constituyente”, aunque rara vez se pronuncian sobre qué debemos entender por dicho concepto. Por esto, me propongo abordar el problema de la potestad constituyente en relación con la teoría del derecho y de la interpretación constitucional. La comprensión de este concepto es fundamental a la hora de intentar explicar de dónde provendría la fuerza normativa de la Constitución. Para ello explicaré dos concepciones distintas sobre la potestad constituyente, compara la que que comparto con un fallo del Tribunal Constitucional que ilustra perfectamente el asunto en el constitucionalismo nacional.

* Este artículo responde a las críticas recibidas a un trabajo anterior (Fuenzalida, 2003: 69-75). Las mejoras se debieron a los comentarios que realizara el profesor Renato Cristi, a quien tuve el agrado de conocer a través del profesor Pablo Ruiz-Tagle. A ambos deseo expresar mi gratitud, en especial al profesor Cristi, quien se diera el tiempo de enviarme sus críticas desde Canadá. También agradezco los comentarios de mis amigos Carlos Correa y Fernando Londoño. Los profesores Carlos Carmona y Eduardo Aldunate me señalaron ciertas incoherencias y vacíos. Desgraciadamente el tiempo y el espacio no me permiten hacerme cargo de ellas, aunque espero poder hacerlo en un futuro cercano. Los errores obviamente sólo son míos.

** Estudiante, Facultad de Derecho Universidad de Chile

¹ Citado en García de Enterría (2002).

I.

El gran problema que plantea el poder o potestad constituyente consiste en ser el primer poder regulador con el cual se establece la Constitución; pero a la vez ser el único poder no regulado de todo el ordenamiento jurídico, llegando a poner en duda el que realmente sea una potestad. Para una teoría de la argumentación jurídica, este concepto no deja de ser importante ya que al no poder dilucidar realmente si es o no una potestad, y si es o no legítima, se utilizan criterios procedimentales de validez en el razonamiento jurídico, sin poder considerarlos de manera clara como legítimos².

Al hablar de poder o potestad en el derecho moderno, básicamente se plantean las siguientes preguntas: ¿qué es y cuáles son sus competencias específicas?, ¿quién (es) es (son) su (s) titular (es)?, ¿bajo qué procedimientos actúa dicho poder?, ¿cuáles son sus límites? Creo que puede responderse a ellas, mínimamente, desde dos concepciones diferentes e incluso antagónicas. La primera la llamaré concepción negativa y a la segunda la llamaré afirmativa. El criterio clasificador consiste en si ellas niegan o afirman la existencia de un poder constituyente.

a) Desde una concepción negativa, se definiría al poder constituyente como “la atribución de establecer normas constitucionales, es decir, normas detentadoras del máximo rango jerárquico dentro del sistema jurídico” (Bascañán, 1998: 22). Esta forma de concebir al poder constituyente es propia del positivismo jurídico³. Ella consiste en suponer que existe una norma fundamental, la cual no ha sido creada según algún procedimiento legal y previamente establecido, que nos permita considerar al derecho como un conjunto de normas válidas que se fundamentan en normas de superior jerarquía, las cuales a su vez establecen cómo crear a las normas de inferior jerarquía. Aplicada esta hipótesis al problema de la validez de la Constitución, supondría remontarse hasta el establecimiento de la primera Constitución histórica de un Estado determinado, la cual sería válida por esta sola suposición. Las demás interrogantes se responden de la misma forma, a través de la norma hipotética fundamental. Al no otorgarle ningún contenido en cuanto a su titular, procedimientos y límites, se busca inhibir esas interrogantes con lo que se termina por descartar el que sea realmente una potestad.

Desde esta postura, los jueces no requerirán ir más allá de lo dispuesto en el período histórico en que dicha norma fue creada, lo que conducirá inevitablemente a que su interpretación tenga como fin último el conservarla tal cual como fue concebida. Esta forma de interpretación es conocida en el derecho norteamericano como *originalismo*. A decir de Ronald Dworkin, éste consiste en concebir que “la Constitución significa lo que los políticos que la redactaron quisieron decir originariamente” (Dworkin, 1994:174). En otras palabras, “que la Constitución se debe interpretar de tal modo que signifique sólo lo que sus autores esperaban que sería el resultado de haber escrito lo que escribieron” (idem: 176-177). De esta forma, no debiera extrañarnos un considerando como el siguiente:

² Como señala Habermas: “Los procedimientos que ofrecen las teorías de la justicia para explicar cómo puede entenderse algo desde un punto de vista moral sólo tienen en común con los procedimientos jurídicamente institucionalizados el que la racionalidad del procedimiento ha de garantizar la ‘validez’ de los resultados obtenidos conforme a tales procedimientos. Pero los procedimientos jurídicos cumplen aproximativamente las exigencias de una racionalidad procedimental perfecta porque quedan ligados a criterios institucionales y a criterios independientes, recurriendo a los cuales puede establecerse desde la perspectiva de un no implicado si una decisión se produjo o no conforme a Derecho. El procedimiento que representan los discursos morales, es decir, los discursos no jurídicamente regulados, no cumplen esta condición. Aquí la racionalidad procedimental es imperfecta o incompleta”. Habermas (1988:39-40).

³ Para lo que sigue, me estoy refiriendo al clásico libro de Hans Kelsen, *Teoría Pura del Derecho* (1987:135-145).

“criterio que el Constituyente -según consta de las actas de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución N^os. 337 y sgts.-, estimó que conducía a una creciente proliferación de los partidos políticos, con perjuicio de la estabilidad democrática”⁴.

Como afirma Kelsen, este ejercicio teórico sería sólo la constatación de una “operación que todo jurista realiza, a menudo inconscientemente, cuando después de haber descartado el derecho natural como fuente de validez del derecho positivo, considera, sin embargo, este derecho positivo como un orden normativo válido, y no como un simple dato psicológico que consiste en las relaciones de motivación entre dos o más actos”⁵. Y, aunque para Kelsen sólo constituye una constatación típica y común propia de los juristas, la validez de dicha norma no resulta de dicha hipótesis científica sino que, si como él mismo afirma, una norma es válida si ha sido establecida conforme a reglas que instauran un procedimiento previamente determinado para su creación⁶, ello no corresponde a este caso ya que la creación de dicha primera Constitución ha correspondido históricamente a procesos generalmente revolucionarios, por lo tanto ausentes de derecho, a través de los cuales se ha intentado validar el orden constitucional establecido⁷.

Si es así, la siguiente afirmación de Kelsen: “[s]i esta primera Constitución es válida, todas las normas creadas conforme a sus disposiciones lo son también”⁸, no puede ser respondida por su teoría del derecho sin dificultades y contradicciones.

Con respecto al originalismo como consecuencia de aceptar la concepción negativa sobre el poder constituyente, también podemos encontrar una serie de problemas y contradicciones. Como señala Dworkin, el originalismo le dice a los jueces “que presten atención, no a lo que los autores de la Constitución querían decir, sino a lo que ellos intentaron obtener al decir lo que dijeron” (Dworkin, 1994:180). En nuestro ordenamiento jurídico, semejante razonamiento ha sido confirmado por nuestra jurisprudencia en el ya mítico fallo Luksic Craig, Andrónico y otros con Martorell Cammarella, Francisco y otro, del 15 de junio de 1993, donde la Corte de Apelaciones de Santiago, en su considerando octavo falló: “Nadie discute que el constituyente siguió, aunque no lo diga expresamente, un orden de prelación en las garantías y derechos que consagra el artículo 19. Desde luego, la ordenación en que aborda tales derechos y garantías no es arbitraria, como lo prueba la sucesión descendente de su importancia. Así, se comienza con la vida y la integridad personal, luego la igualdad ante la ley, después la igual protección ante la ley y

⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N^o 67 (1989), que recayó sobre el proyecto de ley que modifica las leyes orgánicas constitucionales N^os 18.603 y 18.700, relativas a los partidos políticos y a la ley sobre votaciones populares y escrutinios.

⁵ *Ibidem*, 139-140.

⁶ *Ibidem*, 136-137.

⁷ Hermann Heller ha realizado una acertada crítica a la postura de Kelsen: “El jefe de la Escuela vienesa afirma primeramente, que la norma originaria instituye a la autoridad constituyente. La constitución [...] adquiere su relevante validez jurídica de la norma originaria, si bien su contenido proviene ‘del acto empírico de voluntad de la autoridad constituyente’. En consecuencia, tenemos, en primer término, una constitución dotada de una relevante validez jurídica y, después, una autoridad constituyente, un logogrifo que no podemos entender. La solución para este galimatías del pensamiento es bien sencilla y consiste en que, sin una voluntad que positivice las normas jurídicas fundamentales, no puede hablarse de validez jurídica relevante...” (Heller, 1995:136).

⁸ Kelsen, op. cit., 145.

en seguida, en el número 4 la honra, en circunstancia que la libertad de información está contemplada en el número 12⁹⁹.

Nuestra jurisprudencia a usado las actas más allá de lo que nuestro ordenamiento ha consagrado como elemento histórico en la interpretación jurídica, rozando el límite de atribuirles carácter normativo, pero debe tenerse presente que dichas actas no son una fuente formal de nuestro ordenamiento jurídico por cuanto ellas no fueron plebiscitadas. Cabe agregar que ellas sólo representan un tercio del debate constitucional, faltando para poder completarlo la posibilidad de acceder a las actas del Consejo de Estado y a las actas de la Junta de Gobierno. Además, su uso muchas veces demuestra parcialidad por quienes las citan, todo lo cual ha reducido el debate constitucional a dicho “*antecedente genético, prescindiendo de consideraciones sobre teoría constitucional, sobre la función de los distintos institutos constitucionales y su inserción dentro del sistema normativo coherente*”¹⁰. Esta concepción hermeneútica paulatinamente va estancando la interpretación constitucional, otorgándole un carácter estático e idealizando al ‘buen derecho viejo’¹¹.

Por todo esto, creo razonable dejar de lado esta postura respecto al poder constituyente, pasando entonces a explicar la que he denominado concepción positiva.

b) Descartando entonces la concepción anterior, desde una concepción positiva del poder constituyente, se le puede definir como “*aquella fuerza y autoridad (política) capaz de crear, de sustentar y de cancelar la Constitución en su pretensión normativa de validez*”¹². Este concepto permite plantear abiertamente cuál debe ser la preocupación jurídica posterior a su manifestación: encontrar la forma en la cual quienes se manifestaron como dicha magnitud y fuerza política elemental perseveren en lo manifestado y creado en un determinado momento histórico. Dicho de otra forma, que la Constitución mantenga su legitimidad no sólo al momento de su génesis, sino a lo largo de toda su existencia, distanciándose de

⁹ En RDJ, Tomo XC 1993, N° 2, mayo-agosto, sección quinta, pp. 164-174. El destacado es mío. Esta postura podríamos enmarcarla en lo que Alexy concibe como un orden duro de principios, consistente en “un orden de los principios o un orden de los valores controlable intersubjetivamente [sic] y que en cada caso condujera exactamente a un resultado”. Alexy (1994: 170).

¹⁰ Aldunate (2001:24-25).

¹¹ Desde una perspectiva política, resulta dudoso seguir otorgándole autoridad a dichas actas si se tiene presente que el proceso de redacción de la Constitución de 1980 fue bastante oscuro y que el plebiscito a través del cual supuestamente se buscaba la ratificación popular fue realizado sin registros electorales, sin libertad de prensa, permitiendo un solo acto público de la oposición en el Teatro Caupolicán. Además, el texto fue propuesto por la Junta de Gobierno, la cual encomendó su preparación a una comisión de estudios, integrada por académicos designados, sin poder saber a ciencia cierta quiénes redactaron el texto final. Sobre el proceso de redacción y posterior ratificación plebiscitaria de nuestra actual Constitución, ver Hunneus (2000: 228-245).

¹² Böckenförde (2000: 163). Renato Cristi me hizo notar que el concepto de Böckenförde es claramente influenciado por Carl Schmitt, quien lo definía así: “*Poder constituyente es la voluntad política cuya fuerza o autoridad es capaz de adaptar la concreta decisión de conjunto sobre modo y forma de la propia existencia política, determinando así la existencia de la unidad política como un todo*”. Cursivas en el original (Schmitt, 1934:86). Hermann Heller ha dicho al respecto lo siguiente: “*Carl Schmitt representa el único intento importante para regenerar el dogma de la soberanía mediante la reintegración de un sujeto de voluntad capaz de ser su titular*”(Heller, 1995:153).

dicho momento generalmente revolucionario¹³. Agrega de Otto (1998:53) que “[l]a doctrina del poder constituyente es, por tanto, la formulación en términos de dogmática constitucional del principio de legitimación democrática, del mismo modo que lo es el dogma de la soberanía popular, de la cual el poder constituyente es la expresión máxima”.

Respecto a las manifestaciones del poder constituyente como ejercicio de la soberanía, se han distinguido dos variantes del asunto en el caso Marbury v/s Madison, el primero que versó sobre el control constitucional o de revisión judicial de la ley en la historia:

La base sobre la que se erige la totalidad del edificio americano se encuentra en la idea de que el pueblo tiene un derecho originario de establecer para su gobierno futuro los principios que juzgue más adecuados a su propia felicidad. El ejercicio de ese derecho originario supone un gran esfuerzo, que no puede ni debe repetirse con frecuencia. Los principios así establecidos se consideran fundamentales. Y, puesto que la autoridad de la que proceden es suprema, y sólo ocasionalmente se manifiesta, están destinados a ser permanentes.

Esta voluntad originaria y suprema organiza el gobierno y asigna a los diversos poderes sus funciones específicas. Puede detenerse aquí, o bien, fijar, además, límites que tales poderes no podrán transgredir (Traducido por Varela, 1998:92).

El fallo recoge la visión de John Locke respecto al poder constituyente, según lo ha interpretado Carl Friedrich (1968:132-133). Ésta consistiría principalmente en dos premisas. La primera sería la existencia de un poder residual y desorganizado de resistencia en la comunidad que busca restringir al gobierno de turno. Y la segunda se refiere a que este poder constituyente sólo puede llegar a actuar cuando el gobierno deja de funcionar satisfactoriamente al fracasar. Esto permite realizar la distinción entre poder constituyente originario o potestad constituyente originaria o en sentido propio, y poder constituido o potestad constituyente derivada. El segundo no trae mayores problemas ya que consiste en la potestad establecida en la Constitución, la cual se encuentra reglamentada y con la cual se puede crear, modificar y derogar nuevas normas constitucionales atendiendo a los procedimientos debidamente establecidos en ella, el cual existe “con la esperanza de anticiparse a la revolución por la vía de la reforma constitucional, y por lo tanto suministra una restricción adicional sobre el gobierno. Pero si el poder de reformar falla, el poder constituyente emerge en su punto más crítico”¹⁴.

¹³ Böckenförde, op. cit., 168. Ya Andrés Bello, en forma magistral, había notado este problema cuando afirmaba: “La constitución escrita pudo haberse formulado de mil modos, sin que los hechos tomaran otro rumbo que el que efectivamente tomaron, porque estos nacían de los antecedentes sociales y aquella fue un accidente pasajero. ¿Puede calificarse de otro modo una constitución que se saluda hoy con aclamaciones y juramentos para escupirse mañana?” (Bello, 1971: 56).

¹⁴ Friedrich (1968:133). La traducción es mía.

Respecto a la potestad constituyente originaria, la solución aunque no es jurídicamente aceptable, si lo es desde un punto de vista político, dado que la potestad constituyente originaria otorgaría en un principio legitimidad a la Constitución. Al atender a la teoría política, el sujeto histórico que tendría dicha titularidad sería el pueblo¹⁵. Como distingue Böckenförde (2000:165-166), pueblo podría entenderse en tres variables o tipos: en sentido político, como nación, o sea, un grupo de hombres que se delimita y se reúne políticamente, que es consciente de sí mismo como magnitud política; como un determinado grupo o estrato social que exista en el pueblo, pero que sólo representa al pueblo político; y desde una perspectiva marxista, el poder constituyente le correspondería al proletariado. Pero dicho actor, debido a su magnitud y fuerza política, una vez que haya actuado, como dije anteriormente, va a seguir estando presente. De aquí entonces la necesidad de canalizar jurídicamente dicha magnitud, que en una primera respuesta, la encontramos en la potestad derivada o poder constituido que acabamos de ver, la cual refuerza tres aspectos¹⁶:

- Se fortalece la validez normativa de la Constitución, al someter estos poderes constituidos a la misma;
- Se reconoce la necesidad y existencia de un poder legitimador supremo;
- Se restringe la capacidad de esta magnitud política para intervenir en cualquier momento sobre la Constitución legitimada por este supuesto titular.

Una segunda posibilidad, que plantea Böckenförde (2000: 170-172), es buscar que por medio del desarrollo y prácticas de procedimientos democráticos, se puedan articular las manifestaciones de dicho poder constituyente. Esto está directamente vinculado con la idea de democracia dualista¹⁷. Con este concepto se busca explicar que en una democracia existirían dos grandes ocasiones en la vida política de una nación o pueblo: uno, llamado momento constitucional, en el cual el pueblo interviene de forma más directa en el ordenamiento jurídico; otro, llamado momento normal o de legislación normal en el cual el pueblo se manifiesta a través de la participación canalizada ordinariamente a través de las urnas,

¹⁵ El punto actualmente es muy relevante respecto al reconocimiento de los pueblos indígenas, ya que si es el "pueblo" el titular de la soberanía (art. 5 de la Constitución), nuestro Tribunal Constitucional respecto a la aprobación, y posterior requerimiento de un grupo de diputados para que se declarara inconstitucional el Convenio n°169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, tuvo que pronunciarse. En el considerando 34°, el Tribunal Constitucional falló: "Que como puede apreciarse lo medular en esta inconstitucionalidad está en determinar el significado que debemos entender de el Convenio N°169 a la expresión "pueblos indígenas", ya que si comparte la tesis de los requirentes, en orden a que a dicha expresión debe dársele el alcance que ellos le atribuyen, es indudable que el Convenio sería inconstitucional, pues se estaría creando una especie de nuevo Estado dentro del Estado de Chile. Si, por el contrario, se acepta la tesis sostenida por el Presidente de la República en el sentido que la expresión en estudio está tomada como un conjunto de personas de un lugar o país que no están dotadas de potestades públicas y que gozan de determinados derechos que se encuadran dentro de la Carta Fundamental, resulta igualmente indudable, que el Convenio N° 169 no es inconstitucional". Más adelante, el Tribunal define pueblos indígenas como "un conjunto de personas o grupos de personas de un país que poseen en común características culturales propias, que no se encuentran dotadas de potestades públicas y que tienen y tendrán derecho a participar y a ser consultadas, en materias que les conciernen, con estricta sujeción a la Ley suprema del respectivo Estado de cuya población forman parte. Ellos no constituyen un ente colectivo autónomo entre los individuos y el Estado", considerando 44°. Ver sentencia del Tribunal Constitucional de 4 de agosto de 2000, Rol N° 309.

¹⁶ Böckenförde, *op. cit.*, 170.

¹⁷ Ackerman (1999: 150-151).

delegando su 'potestad' en representantes¹⁸. El primer caso es descrito por Ackerman como "dar a sus gobernantes órdenes de movilización". Estos "momentos constitucionales", como los llama este autor, serían aquellos donde el pueblo realmente ejercería el poder constituyente, en contraste con los momentos de vida política ordinaria, dónde será el poder delegado el que representará al pueblo¹⁹.

Para encauzarlos, Böckenförde constata cuatro procedimientos: a través de una Asamblea Nacional constituyente, conformada por medio de elecciones democráticas; convocar o elegir democráticamente una Convención que elabore un texto constitucional, el cual como proyecto es sometido a plebiscito; por iniciativa popular, donde se realiza una votación general del pueblo sobre una propuesta de reforma o sobre una nueva elaboración de una Constitución jurídica propuesta generalmente por un número determinado de ciudadanos o en su defecto desde alguno de los órganos del Estado; y un cuarto procedimiento, donde también hay una votación general del pueblo, pero lo que es plebiscitado finalmente es una propuesta unilateral de un nuevo orden y que es propuesta por regla general por los gobernantes de ese momento, en la mayoría de los casos de facto, la cual genera cierto escepticismo y dudas respecto a su legalidad²⁰.

Para Ackerman en cambio, la forma de conservar la voluntad de dicha magnitud política es a través del control constitucional ejercido sobre los representantes y las normas que ellos crean, como una forma de mantener las órdenes que el pueblo directamente le ha dictado a sus representantes, como soberano. En el caso que los representantes intenten salirse de dichos mandatos, los órganos encargados de controlar que las actuaciones del legislativo y del ejecutivo respeten la Constitución, velarán por mantener incólume la voluntad soberana del pueblo²¹. He aquí entonces la importancia de la noción de poder constituyente que se tenga respecto a la interpretación constitucional.

Queda intentar responder el problema de si dicha potestad tiene límites, y cuáles serían aquellos. Un poder no regulado con anterioridad a su ejercicio, no tendría límite alguno que sea realmente exigible a través de un procedimiento a la vez preconstituido. Así las cosas, la afirmación de Ignacio de Otto (1998:55) echaría abajo todo lo sostenido:

¹⁸ Coincidentemente Schmitt: "los hombres mismos se fijaban, por virtud de una decisión consciente, el modo y la forma de su propia existencia política. Cuando se suscitó ahí conscientemente, y fue contestada, la cuestión del poder constituyente, aparecía mucho más clara la fundamental novedad del fenómeno. Un pueblo tomaba en sus manos, con plena conciencia, su propio destino, y adoptaba una libre decisión sobre el modo y forma de su existencia política". Schmitt, *op. cit.*, 90.

¹⁹ Previo a canalizar jurídicamente estos momentos constitucionales es necesaria la existencia de dos derechos fundamentales: la libertad de expresión y de reunión. Sólo si existe una real consagración y protección de ambos podría llegarse a una decisión madura, la cual presupone el intercambio de posturas y puntos de vista; "si esa oportunidad no existe, nada puede ser decidido". Friedrich, *op. cit.*, 131.

²⁰ Me parece interesante este punto, ya que la historia constitucional chilena refleja que el ejercicio de la potestad constituyente originaria, ha sido siempre enmarcada en el último procedimiento, donde una minoría, generalmente de facto, propone una carta constitucional, y el plebiscito donde es ratificada denota excesivas irregularidades. Sobre ello volveré en la segunda parte.

²¹ Este punto no sólo es interesante desde un punto de vista teórico y político, sino que sobretodo desde una perspectiva práctica y jurídica, ya que los órganos que velan por la constitucionalidad de las actuaciones de otros órganos podrían estar ejerciendo la potestad constituyente originaria, sobre todo en el caso de los tribunales constitucionales, que debido a su forma de organización y facultades podría entenderse que estarían por sobre la misma Constitución. En nuestro sistema constitucional, se ha dicho que este es el caso del control de constitucionalidad de los tratados internacionales, tema de por sí delicado, debido a la "pobreza institucional" de nuestra Constitución en dichas materias, por lo que nuestro Tribunal Constitucional ante los requerimientos sobre cuestiones de constitucionalidad de dichas normas ha "tenido que avanzar en 'tierra virgen' para abrir senderos, como no ha sucedido con ningún otro asunto ante dicho órgano. En estos fallos, el Tribunal Constitucional ha tenido que llenar vacíos y resolver problemas que ni siquiera la doctrina había formulado. Por lo mismo, ha estado al borde de pasar de 'guardián' del poder constituyente, a poder constituyente". Carmona (2001: 67).

“A la hora de fundamentar la validez de la Constitución no será posible invocar el poder constituyente, porque con ello se llega a un resultado exactamente contrario al que se pretende: si el pueblo tiene el poder constituyente, la Constitución no lo limita, y si la Constitución lo limita, el pueblo no tiene poder constituyente”.

Se podría intentar establecer límites impuestos desde afuera del ordenamiento jurídico derivados del derecho natural, o límites internos a esa potestad, los que se traducirían en el reconocimiento de los derechos fundamentales. Nuestra Constitución establece como límite al ejercicio de la soberanía “el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana” (art. 5° inc. 2°). Pero, aunque expresamente el texto constitucional reconozca límites, no es real garantía de los mismos si dicho precepto puede ser modificado, aunque su quórum sea altísimo²². Se podría afirmar, junto a Bascuñán (1998: 31), que dicho límite sería una “condición de validez del ejercicio de toda potestad estatal”, pero el mismo autor coincide al señalar que en caso de modificación del artículo respectivo, aunque nos encontraríamos ante un “ejercicio abusivo de la potestad constituyente”, y que dicho abuso no podría ser considerado como un ejercicio válido de la misma, no es posible garantizar dichos límites de manera procedimental. Por lo tanto, desde una lectura jurídica, dicho límite no es tal al poder ser derogado.

Pero esto no significa que no podamos responder esta pregunta sobre los límites y el alcance del art. 5° desde una perspectiva que no sea la jurídica por lo menos en un principio. Esta dificultad podría resolverse si se piensa que el poder constituyente (tanto el democrático como el monárquico) se refiere directamente sólo a la forma de generación de la autoridad política, y no respecto a su contenido. En cuanto a su contenido, puede responderse esta pregunta atendiendo a la idea de elementos esenciales constitucionales de John Rawls. Rawls identifica dos clases de ellos (1996:216-217). Una de ellas, serían los principios fundamentales que especifican la estructura general de gobierno y el proceso político. La segunda clase la constituirían aquellos derechos y libertades básicas de la ciudadanía, en pie de igualdad, que la mayoría legislativa ha de respetar. Ambos solo serán modificados en los momentos constitucionales. Hoy, para que una Constitución sea considerada como tal debe cumplir con dos imperativos: que exista separación de poderes del Estado y se consagren los derechos fundamentales de los individuos²³. Si una Constitución no reconoce los derechos fundamentales del individuo, ella no podría ser considerada como Constitución por parte del pueblo como titular del poder constituyente. Como afirma Rawls, “en la medida en que haya un sólido acuerdo sobre los elementos constitucionales esenciales y se consideren razonablemente justos los procedimientos políticos establecidos, se podrá conservar normalmente la aceptada cooperación social entre ciudadanos libres e iguales en derechos” (Rawls, 1996:219). De manera similar se pronuncia de Otto al decir que “[l]a exigencia democrática se desplaza así hacia el contenido de esa regulación para asegurar que ésta sea el cauce adecuado de expresión de la voluntad democrática y no un obstáculo a la democracia” (1998:56). En nuestro caso, Óscar Godoy sostiene que nuestros esenciales constitucionales se encuentran en el momento de ruptura con algún tipo de dependencia y con el comienzo de una vida independiente, esto es, “se hicieron explícitos a través de la decisión de asumir la

²² Respecto a las reformas constitucionales, nuestra actual Constitución reconoce dos quórumos diferentes dependiendo si recaen sobre distintos capítulos de la misma norma. La regla general, es que dicho quórum consista en las tres quintas partes de los diputados y senadores en ejercicio. Y si recae sobre los capítulos I, III, X, XI, XIV, se requiere de dos tercios de los diputados y senadores, actualmente en ejercicio, siendo éste último el caso del artículo 5°. Ver artículo 116.

²³ El primer imperativo es propio del modelo mecanicista de Constitución y el segundo del modelo normativo Troper (1999). Los he desarrollado en Fuenzalida (2003:75-77).

soberanía, con independencia de nuestros lazos con la monarquía española, bajo la forma política republicana, en el período 1810-1833” (Godoy, 1996:276).

Teniendo presente esta concepción del poder constituyente me parece que se puede avanzar hacia una interpretación funcionalista de la Constitución. Los jueces, como representantes no electos deben justificar sus acciones ante los gobernados quienes han manifestado su voluntad a través de los momentos constitucionales. Muchas veces ellos no requerirán verdaderas reformas a la Constitución, como es el caso de Estado Unidos y el New Deal de Roosevelt, país en el cual luego de un período de resistencia judicial²⁴, cambió totalmente la forma de concebir judicialmente la Constitución, traduciéndose en un fuerte activismo judicial. Por lo tanto, los jueces requerirán un mayor perfeccionamiento en sus justificaciones que deje al pueblo conforme.

Por funcionalismo en la interpretación constitucional entiendo, siguiendo a Wróblewski (1985:45), que es aquel contexto que “contiene todos los factores relacionados con la creación, aplicación y funcionamiento del derecho que no pertenecen a los contextos lingüístico²⁵ ni al sistémico²⁶”. El Tribunal Constitucional Federal alemán, en resolución del 14 de febrero de 1973 identificó esta tendencia de la interpretación constitucional cuando estableció lo siguiente:

“El derecho no se identifica con la totalidad de las leyes escritas. Frente a lo positivamente establecido por el poder del Estado puede haber a veces un *plus* en lo que toca a derecho, que tiene su fuente en el orden constitucional considerado como una totalidad de sentidos y que puede actuar como correctivo frente a la ley escrita; encontrar ese *plus* y realizarlo en sus decisiones es tarea de la jurisprudencia constitucional” (Citado en Habermas, 1998:317).

Nuestro Tribunal Constitucional también ha fallado de manera similar como por ejemplo, en el fallo que recayó sobre el proyecto de ley orgánica constitucional sobre el Tribunal Calificador de Elecciones²⁷, el cual recogió los tres contextos anteriormente enunciados. En un principio el Tribunal hizo una interpretación en base a contextos lingüísticos²⁸. Pero ante la ineficacia y restricción que representa dicho contexto por sí sólo, nuestro Tribunal se apoya en el contexto sistémico²⁹. Finalmente, el Tribunal Constitucional falla el fondo del asunto atendiendo a contextos funcionales:

²⁴ “Se dice que el error de la Corte Suprema en los casos de libertad contractual fue que estaba desfasada en relación con la opinión pública dominante. Pero esto fue verdad sólo al final de esa época, y ésta es la razón de que la época haya terminado. Además la crítica puede convertirse fácilmente en un cumplido para la Corte por su firmeza frente a la opinión popular contraria”. Posner (2000:586).

²⁵ Aquel que corresponde al lenguaje legal inconcreto. Wróblewski (1985: 43).

²⁶ Entendido como aquel que atiende al sistema legal al que pertenece la regla. *Ídem*.

²⁷ Sentencia Tribunal Constitucional Rol N° 33, 24 de septiembre de 1985.

²⁸ “8° Que en un primer análisis de este precepto, en conformidad a su estricto tenor literal, y con prescindencia del resto de las disposiciones de la Carta Fundamental, conduce a pensar que el artículo 84° de la Constitución y las normas legales que lo complementan entrarán a regir, sin excepciones ni limitaciones de ninguna especie, en la fecha que señale la ley orgánica constitucional respectiva, con motivo de la primera elección de diputados y senadores. De esta manera, la vigencia del artículo 84° se vincularía exclusiva y directamente con la referida elección de parlamentarios.”

²⁹ “9° Que, sin embargo, esta rígida interpretación del texto constitucional resulta inadmisibles, porque ella está en pugna o contradice el artículo permanente y las disposiciones transitorias de la Carta Fundamental [...]. 19° Que una interpretación que conlleve a tal conclusión resulta definitivamente inadmisibles. La Constitución es un todo orgánico y el sentido de sus normas debe ser determinado de manera tal que exista entre ellas la debida correspondencia y armonía, excluyéndose cualquiera interpretación que conduzca a anular o a privar de eficacia algún precepto de ella”.

“11° Que lo anterior, sin embargo, no podría cumplirse si mediante una interpretación aislada de la disposición decimoprimer transitoria se concluyera que el Tribunal Calificador de Elecciones entra a regir, sin excepciones, sólo con motivo de esa primera elección de parlamentarios. En efecto, con esta tesis, se privaría de toda eficacia, hasta esa fecha, al artículo 18 de la Carta Fundamental y a la ley orgánica constitucional respectiva, encargada de regular la forma en que se realizarán los actos plebiscitarios porque es, precisamente, a ese Tribunal, a quien le corresponde verificar si ellos se han efectuado en conformidad a las normas que lo rigen, es decir, si han sido legítimos;

12° Que la doctrina y la jurisprudencia del propio Tribunal Calificador de Elecciones demuestran con nitidez que éste constituye una fase esencial y vital en los actos electorales y plebiscitarios, cuya ausencia impide prácticamente su realización legítima [...]

14° Que la conclusión anterior, que fluye espontáneamente de la debida correspondencia y armonía que debe existir entre los distintos preceptos de la Carta Fundamental, la ratifica el hecho de que ese plebiscito será la expresión de la voluntad del pueblo, quien ejerciendo la soberanía, resuelva 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 ese 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”³⁰.

El fallo de nuestro Tribunal Constitucional transcrito sólo es entendible bajo este prisma, si nos situamos en el momento histórico en que es dictaminado, el año 1985, donde el pueblo se manifestaba en sucesivas movilizaciones por el retorno a la vida democrática. Si el Tribunal Constitucional hubiera interpretado a la Constitución recurriendo a las Actas otra historia hubiera sido, distorsionando la voluntad popular por la vía de un plebiscito irregular, similar al de 1980. En cambio, el Tribunal optó por una Constitución de principios, dentro de la cual cláusulas generales y abstractas como el art. 4 que consagra que Chile es una república democrática significando una mejor y más exacta comprensión de la libertad y de la igualdad de los ciudadanos (Dworkin: 158). Entonces, abogar por una interpretación constitucional funcional me parece coherente con lo expresado por Jefferson y retomado en nuestros días por Ronald Dworkin (:190):

³⁰ Otro ejemplo lo encontramos en el fallo que recayó sobre el proyecto que modificó la Ley Orgánica Constitucional N° 18.700 sobre Votaciones Populares y Escrutinios, que en su considerando 13° estableció: “*Que esta interpretación es la que mejor se aviene no sólo con la letra de la Constitución, sino, también, con su contexto y espíritu, ya que la norma que contempla el derecho a establecer, operar y mantener canales de televisión e implícitamente a imponerles obligaciones justas y razonables, como es la gratuidad, guarda perfecta armonía con el deber del Estado de asegurar una participación equitativa e igualitaria del pueblo en los plebiscitos y elecciones el cual, a través de estos procesos, ejerce la soberanía*”. Ver sentencia Tribunal Constitucional Rol N°56, 9 de agosto de 1988.

“La Constitución insiste en que nuestros jueces hagan todo lo posible colectivamente por construir, reinspeccionar y revisar, generación tras generación, la estructura de la libertad y de la igualdad que imponen sus cláusulas importantes, en su majestuoso y abstracto mandato”.

El funcionalismo se ve limitado y enriquecido por la interpretación en base a principios, los cuales actúan como factores activos, dinamizantes, que son usados para fundamentar decisiones o reglas particulares. “Un principio es el punto de partida de una argumentación. Es el sustento de un razonamiento que orienta el entendimiento hacia una conclusión más particular³¹”. El modelo de una Constitución de principios entiende que la aplicación del derecho es un acto de razonamiento, que se expresa a través de una argumentación³². Aunque no es el objeto de este trabajo, explicaré muy brevemente este aspecto. Para evitar caer en la incertidumbre máxima, el derecho, según la teoría de la argumentación jurídica se compone a la vez de reglas y principios. Lo relevante de los principios es que ellos constituyen el núcleo permanente del derecho, como a la vez su parte más dinámica y activa. Las reglas, en cambio, al ser mandatos definitivos sólo admiten una aplicación del tipo todo o nada (o se cumplen o incumplen), y en caso de conflictos entre reglas sólo pueden solucionarse, o introduciendo una cláusula de excepción en una de las dos reglas, o declarando a una de ellas inválida.

II.

¿Cual es el estado de estos asuntos en Chile? Nuestro Tribunal Constitucional nos da una pauta para abordar todos estos temas, en un fallo de 1998:

“10°. Que, en efecto, como lo manifestara este Tribunal en la sentencia recaída en el Rol N° 46, la Constitución es el estatuto jurídico de mayor jerarquía dentro del ordenamiento positivo que surge como expresión de un Poder que se denomina ‘Constituyente’. A éste se le define [según Segundo Linares Quintana] como ‘la facultad inherente a toda comunidad política soberana a darse su ordenamiento jurídico político originario por medio de una Constitución y a reformar a ésta total o parcialmente cuando sea necesario’(...) De esta manera, el Poder Constituyente puede ser de dos clases: ‘originario’ y ‘derivado o instituido’. El primero es aquel que inicialmente dicta una Constitución o crea una posterior, desligada de su predecesora, a consecuencia de una ruptura institucional. El segundo se expresa cuando, en virtud de una disposición constitucional que lo autoriza, se reforma, revisa o enmienda la Carta Fundamental;

De los conceptos anteriores fluye que el Poder Constituyente originario es la expresión máxima del Poder del Estado, ya que crea el ordenamiento jurídico fundamental, estableciendo los «poderes constituidos» fijando sus atribuciones, encauzando sus actuaciones y, en fin, imponiéndoles limitaciones para asegurar, recíprocamente, su independencia y dar debida protección a los derechos de las personas que la misma Constitución reconoce;”

³¹ Barros (1984:270-271).

³² *Ibidem*, 272.

11°. Que la Carta Fundamental de 1980 constituye una manifestación del Poder Constituyente originario, ya que ella surge como consecuencia del quiebre institucional ocurrido en septiembre de 1973 y al margen de las normas establecidas en la Constitución de 1925 para su reforma;

12°. Que, en consecuencia, al Tribunal le está vedado entrar a conocer de una pretensión de validez o legitimidad de los preceptos contenidos en el artículo 4° y en la disposición decimocuarta transitoria, inciso primero, de la Carta Fundamental, ya que el hacerlo importaría arrogarse una facultad que no se le ha conferido y lo que es más grave, situarse por sobre el Poder Constituyente originario;

El fallo a la luz de lo que expuse anteriormente sin duda plantea varias interrogantes las que deben ser respondidas críticamente. Respecto a la definición, aunque nuestro Tribunal Constitucional cita a Segundo Linares Quintana, lo hace de forma incompleta, obviando la distinción de sujetos titulares del poder constituyente que dicho autor realiza entre las monarquías y el Estado Constitucional, siendo en las primeras el monarca, y en los segundos el pueblo (Cristi, 2001:143). El argumento del Tribunal Constitucional es similar al siguiente: “[El poder constituyente] No es susceptible de traspaso, enajenación, absorción o consunción. Le queda siempre la posibilidad de seguir existiendo, y se encuentra al mismo tiempo y por encima de toda Constitución, derivada de él, y de toda determinación legal-constitucional, válida en el marco de esta Constitución”. El párrafo recién transcrito pertenece a Carl Schmitt (1934:106), quien fuera el principal constitucionalista de la Alemania nazi. Las ideas de Schmitt jugaron un importante papel en la elaboración de nuestra Constitución, y su posterior justificación. La junta militar después del 11 de septiembre de 1973 destruyó la Constitución de 1925, por la vía de arrogarse el poder constituyente originario. Jaime Guzmán admitió esto en un artículo de 1975, declarando que la junta militar había asumido la plenitud del poder político, con lo cual reconoció que la junta adoptó “una posición análoga a la de las monarquías absolutas de Europa en los siglos XVII y XVIII, cuyos príncipes también eran los sujetos de una plenitud potestatis(...) al mismo tiempo que se le sustrae al pueblo de su Poder Constituyente, la junta se lo arroga a sí misma, por sí y ante sí(...) Una nueva “Constitución del 73” esta [ría] vigente” (Cristi, ídem:83-84).

Schmitt respecto a la titularidad del poder constituyente reconocía la existencia de dos titulares principales, el monarca o el pueblo, pero también abría las puertas a una tercera posibilidad, una minoría influyente que no tiene su origen en una votación porque sino sería un representante o titular del poder constituyente derivado. Schmitt, aunque no menciona a las fuerzas armadas como posibles minorías titulares del poder constituyente, claramente coinciden con este esquema, y si llegan a ser titulares la forma de manifestar dicho poder será a través de un plebiscito en que se aprueba un proyecto “surgido de un modo cualquiera” (Cristi, ídem:104-105).

Pero el fallo del Tribunal Constitucional comete un grave error histórico, cual es obviar la recuperación del poder constituyente por parte del pueblo, en las elecciones de 1988 y principalmente en el plebiscito de 1989, aunque sea en forma parcial. Desgraciadamente, la misma Constitución le permitió en parte sostener aquella interpretación porque, pese a que en el plebiscito de 1989 la Constitución fuera reformada de manera tal que fuera posible que volviera a existir pluralismo político con la derogación del artículo 8, la equiparación de fuerzas civiles con las militares en el Consejo de Seguridad Nacional y la modificación de la facultad de éste de poder ‘representar’ sus diversas inquietudes y posturas a los demás poderes del Estado por ‘hacer presente’, y muchas otras que no cabrían en ninguna democracia que se merezca el nombre de tal, el mantenimiento de la consagración de las fuerzas armadas como garantes de la institucionalidad aún desdibuja que esta recuperación de la soberanía sea total.

Cabe hacer notar que el fallo en comento tenía por objeto de discusión si el general Augusto Pinochet podía o no asumir como senador vitalicio en razón de que no habría desempeñado el cargo de Presidente de la República que la Constitución exige como requisito básico para el cargo. Destaco este punto porque nuestro Tribunal Constitucional desconoció uno de nuestros elementos esenciales constitucionales, consagrado ya en la Constitución de mayor vida en nuestra historia republicana, la de 1833³³, que consagraba que la fuerza pública era esencialmente obediente y que ningún cuerpo armado estaba facultado para deliberar. Como decía Manuel Carrasco Albano en 1858:

“Si la fuerza pública pudiera deliberar y obrar de propia autoridad, si se convirtiesen en guardias pretorianas que pretendiesen imponer su voluntad a los primeros mandatarios de la Nación, la Constitución sería un fantasma, el orden público una farsa y las garantías individuales que ella nos asegura, una mera sombra” (citado en Godoy, 1996:284).

Sin lugar a dudas que si el mismo Tribunal Constitucional niega que el poder constituyente le pertenezca al pueblo y que aun persiste en la junta militar, nuestros jueces interpretarán la Constitución de manera originalista, negando la existencia real de un momento constitucional en el plebiscito de 1989, que aunque no fue total, sí resultó fundamental en relación al orden que se estableció desde ese momento. No significa esto que debemos olvidar lo que en el pasado se ha hecho, porque sin memoria no existiría un pueblo y mucho menos un pueblo soberano. Por eso podemos aprehender de lo que en la experiencia pasada se ha hecho respecto a la interpretación jurídica. Y ese es el aporte de los estudios históricos que muestran cómo se avanzó desde la interpretación exégeta que buscaba desentrañar la intención del legislador hacia aquella que otorga significado a la norma objeto del proceso de interpretación.

Como he señalado recién, en un principio se concebía que el intérprete debía recurrir al sólo tenor literal, propio de la hermeneútica exegética del siglo XIX, donde la interpretación consistía en desentrañar la voluntad del autor del objeto a interpretar, esto es, la voluntad del legislador. La influyente dogmática civilista chilena, la cual era exégeta en sus inicios, conjugaba la primacía del tenor literal de que habla el Código Civil en su artículo 19 con la llamada interpretación verdadera y con el argumento de la claridad. Esta posición, la de quienes *“esgrimen la claridad en la esfera jurídica(...) es la de aquellos que parten asumiendo la capacidad del lenguaje para transmitir conceptos claros y distintos, sin margen de duda, esto es, que los conceptos significados por el lenguaje de los legisladores permiten identificar sus objetos en forma plena y distinta. Esto posibilitaría que el destinatario de ese lenguaje, juez o simple ciudadano, pudiesen comprender inmediatamente los conceptos en forma íntegra, sin confusión o vaguedad, por determinar ellos de*

³³ Artículo 157 ubicado en el capítulo XI.

*manera precisa sus objetos*³⁴ ". Habernos hecho caer en cuenta del error que por casi dos siglos nuestros civilistas cometieron en lo relativo a las normas de interpretación del Código Civil, desde los primeros comentarios de dicho cuerpo normativo recorriendo la obra de Fabres, Cood, Alfonso, Barros Errázuriz y Claro Solar, hasta nuestros días, así como la correcta interpretación de dichos preceptos, ha sido uno de los tantos aportes del profesor Guzmán Brito (1992). Si se atienden las consecuencias que dicha concepción produjo respecto al rol de los jueces en la interpretación de la ley, se pueden encontrar similitudes con los problemas de nuestro actual estado de la interpretación constitucional. Lo anterior es ilustrado en el párrafo siguiente:

“Cuando Montesquieu plantea su concepto de División de Poderes y asigna una función más bien reducida al juez como boca que pronuncia las palabras de la ley, no solo está legando el concepto predominante de la actividad interpretativa en búsqueda de un significado correcto ya previsto por el legislador, sino que está permitiendo al juez asumir un rol de irresponsabilidad en el Estado de Derecho. En efecto, puesto que la tesis de la interpretación como actividad investigadora le permite siempre escudarse en la responsabilidad de un emisor virtual, de un legislador que ha sido el que ha expresado *su voluntad* y frente al cual el juez no tiene facultades, y tampoco obligaciones para con los ciudadanos; la decisión, así vista, no es su responsabilidad, sino que viene predeterminada por la ley. Ha sido el gran mérito del método normativo-estructurante que un autor alemán viene proponiendo desde hace unas tres décadas, el demostrar que esto implica una disminución a las exigencias que se pueden formular al juez, y que en un Estado de Derecho consisten en un elevado grado de legitimación racional de las decisiones vinculantes³⁵.”

Cabe señalar que nuestros jueces muy tímidamente han empezado a desarrollar doctrina constitucional con prescindencia de las actas. Una de ellas es la concepción jerarquizada de los derechos que sigue teniendo su base en el argumento originalista, según el caso Martorell ya tratado. Pero han empezado a surgir nuevas doctrinas que se acercan a una interpretación funcionalista más cercana a una Constitución de principios, la cual es conocida como concepción de carácter razonado y parcial, esperando que comience a ser desarrollada progresivamente, así como otras que permitan olvidar el originalismo que nos tiene entrapados³⁶.

³⁴ Quintana (2002:519). Señala el profesor Quintana que el recurso a la claridad es un argumento de autoridad que busca cancelar todo debate ulterior. Por lo tanto, distingue entre dos culturas jurídicas, una *cultura cartesiana* que sería aquella que estipula la claridad en el ámbito del derecho, y otra sería la *cultura deliberativa*, que busca a través del debate llegar a la certeza moral (520-522). Un ejemplo constitucional de la primera se encuentra en el considerando sexto del caso *Sepúlveda Farias, Waldo con Subdirector del Hospital Barros Luco-Trudeau* (RDJ), Tomo LXXXIV (1987), Nº 3, septiembre-diciembre, sección quinta, pp. 277-284) relativo al derecho a la vida y la protección de la salud, donde para determinar si hubo o no un atentado en contra de alguno de dichos derechos se señaló lo siguiente: “Que en estas condiciones y ante la necesidad imperiosa de definir el sentido y alcance de la disposición constitucional citada, es adecuado consultar su espíritu, el que fluye de su propio texto y del contenido de las Actas de la Comisión Constituyente que la redactó. De ambos elementos de interpretación surge con claridad el hecho de que la intención de su establecimiento como garantía de tal elevado rango ha sido la de proteger la vida e integridad física y síquica de las personas cuando ellas son amenazadas por atentados de la autoridad y/o de particulares, esto es, de terceros. No pueden tener otro sentido las limitaciones que para su resguardo significa la pena de muerte y la expresa prohibición de todo apremio ilegítimo, pues ambas acciones provienen de personas ajenas o extrañas al individuo mismo, que es el sujeto de la protección”. El destacado es mío.

³⁵ Aldunate (1998:30).

³⁶ Esta distinción es creación del profesor Ruiz-Tagle (2001:182-189).

Conclusión

Al comenzar estas líneas, cité una carta de Thomas Jefferson, con respecto a las distintas generaciones que conforman un pueblo. Arriesgando romper su belleza, creo que se vuelve imperativo que nuestros jueces reconozcan de una vez que las opiniones de una comisión redactora que comenzara a sesionar hace más de 30 años no los amarran, sobre todo cuando la Constitución que de allí se esperaba crear y conservar es diametralmente opuesta a nuestra Constitución de hoy en día, y se sostenía en principios inconciliables con una democracia. El ideal republicano consagrado en todas nuestras cartas fundamentales dice relación con el autogobierno del pueblo, y tiene como meta “la formación de ciudadanos y el cultivo de las virtudes cívicas” (Cristi, 1998:65). Nuestros jueces pueden y deben estar a la altura de aquel.

Referencias bibliográficas

- Ackerman, Bruce (1999), *La política del diálogo liberal*. Barcelona: Editorial Gedisa.
- Aldunate, Eduardo (1998), “Consideraciones preliminares para una teoría de la interpretación jurídica”, en *Revista Chilena de Derecho*, Número especial. Santiago: PUC, págs. 27-31.
- (2001), “La desconstitucionalización de la Constitución”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XXI*. Valparaíso: UCV, 2001, págs. 17-36.
- Alexy, Robert (1994), *El concepto y la validez del Derecho*. Barcelona: Editorial Gedisa.
- Barros, Enrique (1984) “Reglas y principios en el derecho”, en *Anuario de filosofía jurídica y social*, n° 2. Valparaíso: Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, págs.269-281.
- Bascuñán Rodríguez, Antonio (1998), *Los Modos de Creación de las Normas Jurídicas en el Derecho Chileno*. Santiago: Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Materiales de clase inéditos.
- Bello, Andrés (1971), *Escritos jurídicos, políticos y universitarios*. Valparaíso: Edeval.
- Böckenförde, Ernst Wolfgang (2000), *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*. Madrid: Editorial Trotta.
- Carmona, Carlos (2001), “Comentarios a la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Convenio N° 169 sobre pueblos indígenas”, en *Los tratados internacionales en la jurisprudencia constitucional*. Santiago: Fundación Facultad de Derecho, Universidad de Chile, págs. 65-157.
- Cristi, Renato (1998) “La crítica comunitaria a la moral liberal”, en *Estudios Públicos 69*. Santiago: Centro de Estudios Públicos, verano, págs. 47-68.
- (2000), *El pensamiento político de Jaime Guzmán. Autoridad y libertad*. Santiago: Ediciones Lom.
- Dworkin, Ronald (1994), *El dominio de la vida*. Barcelona: Editorial Ariel.
- Friedrich, Carl (1968), *Constitutional Government and Democracy. Theory and practice in Europe and America*. Waltham, Massachusetts : Blaisdell Publishing Company.
- Fuenzalida, Pablo (2003), “Justificación de la Constitución como premisa normativa”, en *Derecho y Humanidades*, Número 9, 2002-2003. Santiago: Facultad de Derecho, Universidad de Chile, págs. 69-96.

- García De Enterría, Eduardo (2002), “El principio de protección de la confianza legítima como supuesto título justificativo de la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador”, en *Revista de Administración Pública*, Número 159. Madrid: CEPC, págs. 173-206.
- Godoy, Óscar (1996), “¿Pueden las Fuerzas Armadas ser garantes de la democracia?”, en *Estudios Públicos* 61. Santiago: Centro de Estudios Públicos, verano, págs. 269-307.
- Guzmán Brito, Alejandro (1992), “La historia dogmática de las normas sobre interpretación recibidas por el Código Civil de Chile”, en *Interpretación, Integración y Razonamiento jurídico*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, págs. 41-81
- Habermas, Jürgen (1988), “¿Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad?”, en *DOXA* 5. Alicante: Universidad de Alicante, págs. 21-45.
- (1998), *Facticidad y validez*. Madrid: Editorial Trotta.
- Heller, Hermann (1995), *La soberanía: contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Hunneus, Carlos (2000), *El régimen de Pinochet*. Santiago: Editorial Sudamericana
- Kelsen, Hans (1987), *Teoría pura del derecho*. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires.
- Otto, Ignacio de (1998), *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*. Barcelona: Editorial Ariel.
- Posner, Richard (2000), *El análisis económico del derecho*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- Quintana, Fernando (2002), “Cultura jurídica en perspectiva hermeneútica”, en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* N° 20. Valparaíso: Edeval, 2002, págs. 513-527.
- Rawls, John (1996), *Liberalismo político*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Ruiz-Tagle Vial, Pablo (2001), “Una dogmática general para los derechos fundamentales en Chile”, en *Revista de Derecho Público* vol. 63 tomo I, Santiago: Universidad de Chile, Facultad de Derecho, págs. 179-199.
- Schmitt, Carl (1934), *Teoría de la Constitución*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
- Troper, Michel (1999), “La máquina y la norma. Dos modelos de Constitución”, en *Doxa* 22. Alicante: Universidad de Alicante, págs. 330-347.
- Varela Suanzes, Joaquín (ed.) (1998), *Textos básicos de la historia constitucional comparada*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Wróblewski, Jerzy (1985), *Constitución y Teoría General de la Interpretación Jurídica*. Madrid: Civitas.