

LA ESENCIA DE LOS DERECHOS Y SU LIBRE EJERCICIO EN LA NUEVA CONSTITUCION

JOSÉ LUIS CEA EGAÑA

Profesor de Derecho Constitucional
Facultad de Derecho
Universidad de Chile y Universidad Católica de Chile

SUMARIO

1. Fines del Derecho. 2. Objeto de este ensayo. 3. Historia fidedigna. 4. Derecho comparado. 5. Análisis de la disposición. 6. La esencia de los derechos y su libre ejercicio. 7. Sanciones y responsabilidades. 8. Excepciones. 9. Garantías. 10. Conclusiones.

I. FINES DEL DERECHO

En la concepción contemporánea, el Derecho es definido como un sistema de normas jurídicas positivas, válidamente formulado por la autoridad del Estado-Nación, para regular la convivencia humana con certeza, eficacia y justicia.

De lo anterior fluyen tres elementos del Derecho que corresponden a otros tantos objetivos y cuya investigación implica la utilización de métodos diversos.

El Derecho, en efecto, se manifiesta formalmente como un Sistema de Normas Jurídicas Positivas, orientado a lograr la seguridad o certeza en la vida social. El estudio de este aspecto es propio de la Dogmática o Ciencia del Derecho Positivo. Pero a la vez, el Derecho es establecido con la intención de que sea un Régimen Normativo Eficaz, porque es cumplido por acatamiento de los destinatarios de sus mandatos, o bien, y en el caso contrario, la autoridad lo impone coactivamente. A la Sociología Jurídica incumbe el examen de este aspecto. Por último, en el Derecho está plasmado un Conjunto de Valores sobre el Hombre, la So-

ciudad y el Estado, elegido por quienes dictaron las normas que los encarnan y que, desde el punto de vista de la legitimidad, debe ser confrontado con el parámetro de la Justicia para evaluarlo. Es a la Filosofía a quien corresponde pronunciarse sobre este aspecto ¹.

2. OBJETO DE ESTE ENSAYO

A la luz de lo expuesto se trata de examinar, con carácter preliminar y más para recibir sugerencias que formular proposiciones, el artículo 19 N^o 26 de la nueva Constitución, cuyo texto es el que a continuación transcribo:

“Artículo 19.—La Constitución asegura a todas las personas:

26^o—La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.

Se exceptúan las normas relativas a los estados de excepción constitucional y demás que la propia Constitución contempla”.

Estimo que esta disposición permite investigar cómo y en qué medida en ella se funden las tres dimensiones que he señalado para el fenómeno jurídico: reconocimiento formal de los derechos en un texto positivo; recursos destinados a dotar de eficacia su ejercicio, y constatación de la existencia de valores que les dan sentido.

3. HISTORIA FIDEDIGNA

Tanto en el texto elaborado por la Comisión de Estudios que presidió don Enrique Ortúzar, como en los que fueron difundidos después, consta que se procuró dar especial seguridad y protección a los derechos y deberes reconocidos en la Carta.

¹ Para un desarrollo de estas proposiciones puede consultarse mi ensayo “Epistemología Jurídica”, publicado en el presente número del *Boletín de Investigaciones*.

A) En efecto, entre las metas u objetivos fundamentales para la Nueva Constitución se consignó, el 26 de noviembre de 1973, esa idea al sostener que “la dignidad del ser humano, su libertad y derechos fundamentales, son anteriores al ordenamiento jurídico, el que debe prestarles segura y eficaz protección”. Análogo predicamento fluye de aseverar que “como instrumento esencial para la adecuada protección de los Derechos Humanos, la Constitución chilena establecerá mecanismos expeditos para prestar eficaz e inmediato amparo al afectado, en todos los casos en que una garantía de libertad o un derecho básico esté o pueda estar amenazado, restringido o coartado por actos u omisiones arbitrarios de una autoridad o de particulares”. Lo mismo cabe decir respecto de que la Constitución “contemplará normas sobre la interpretación y aplicación de la ley para lograr una efectiva seguridad jurídica y evitar que por la vía de los resquicios, se burle su finalidad”. En fin, se reitera la idea cuando se proclama que “el Poder Judicial debe ser guardián de los derechos humanos, a fin de impedir que las garantías constitucionales carezcan de eficacia jurídica”².

B) Más tarde, en el Acta Constitucional N° 3, de 1976, a través de la Igual Protección de la ley en el ejercicio de los Derechos, del Recurso de Protección y del Principio de Ininvocabilidad, se avanzó en la misma dirección³.

C) En el capítulo de los Derechos y Deberes Constitucionales del Anteproyecto de Nueva Constitución preparado por la Comi-

² “Memorándum de la Comisión Constituyente con las Metas u Objetivos Fundamentales para la Nueva Constitución Política de la República”, transcrito *Actas Oficiales de la Comisión Constituyente*, en Sesión 18ª, celebrada el 22 de noviembre de 1973, pp. 23, 25, 28 y 29.

³ Consúltense el artículo 1° N° 3, el artículo 2° y el artículo 11° inciso 1° del Decreto Ley N° 1.552, Acta Constitucional N° 3, publicado en el Diario Oficial el 13 de septiembre de 1976.

El autor deja constancia de que deplora la supresión del inciso 1° del artículo 11° citado, pues debió haber sido incorporado a la Constitución de 1980 para reforzar el principio de protección eficaz de los derechos y libertades asegurados en ella, a través de una regla de hermenéutica constitucional con sentido finalista. Reitero así lo que sostuve en “Bases para la Interpretación Auténtica de la Constitución”, pp. 295-296, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 6 Nos. 1-4 (febrero-agosto de 1979).

sión de Estudio presidida por don Enrique Ortúzar, se consignó un párrafo de Disposiciones Generales, cuyo artículo 27 era del tenor siguiente⁴:

Los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta asegura o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio. Se exceptúan las normas relativas a los estados de emergencia que la propia Constitución contempla.

A propósito de los Estados de Excepción Constitucional, en el mismo anteproyecto aparece como N° 8 del artículo 46 una regla según la cual “las requisiciones que se practiquen darán lugar a indemnizaciones en conformidad a la ley”. “También —agregaba esa regla— darán derecho a indemnización las limitaciones que se impongan al derecho de propiedad cuando importen privación de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio”.

En el artículo 69, inciso 2° del anteproyecto aludido, por último, consta que “las leyes que interpreten los preceptos constitucionales no podrán vulnerar el sentido de sus disposiciones y requerirán de quórum calificado”.

Para una correcta hermenéutica, útil es recordar la génesis del artículo 27 antes transcrito.

En efecto, habiéndose encomendado al señor Enrique Evans la elaboración de un anteproyecto de aquel precepto, él propuso uno en que “las leyes que regulen o complementen las garantías que asegura este capítulo, no podrán afectarlas en su esencia ni imponer condiciones o requisitos que impidan su efectivo ejercicio”⁵. Fundando su proposición, expresó el señor Evans que “la forma de enfocar el tema es en relación con las leyes que van a complementar la Constitución Política en materia de derechos constitucionales, las leyes que van a regular el ejercicio de estas garantías y las que puedan interpretar algún precepto constitucional.

⁴ Comisión de Estudio de la Nueva Constitución: *Anteproyecto de la Nueva Constitución Política de la República* (Santiago, mimeo, 18 de octubre de 1978).

⁵ *Actas Oficiales de la Comisión Constituyente*, Sesión N° 212ª, celebrada el 19 de mayo de 1976, p. 2.

Piensa que éstas serían las tres formas de leyes que deberían estar reguladas por este precepto en términos de que ellas no pudieran, en caso alguno, ya sea al complementar el texto, al regular el ejercicio de algún derecho o al interpretar algún precepto constitucional, afectar la esencia del derecho de que se trata, ni imponer condiciones y requisitos de tal naturaleza o entidad para el ejercicio de ciertos derechos o garantías que, en la práctica, se traduzcan en verdadera abrogación de garantías constitucionales”⁶.

En el debate subsecuente, el señor Alejandro Silva Bascuñán señaló que “toda restricción de la libertad establecida debe interpretarse restrictivamente y de manera exclusiva en relación con la finalidad específica con que se ha dictado el precepto y no con otra inspiración”⁷, criterio que fue compartido por los demás miembros de la comisión⁸.

El señor Ortúzar, por su parte, precisó que “esta disposición habría que hacerla extensiva a las leyes que interpreten el texto constitucional, de acuerdo con lo que había señalado el propio señor Evans” y que, además, se podría adicionarla con la palabra “tributos”, entregando consecuentemente como proposición de la mesa la que copio a continuación: “Las leyes que interpreten, regulen o complementen las garantías constitucionales que asegura este capítulo no podrán en caso alguno afectarlas en su esencia ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su efectivo ejercicio”⁹.

Ante una sugerencia del señor Evans, la comisión acordó dejar constancia de que “la regulación, complementación o interpretación de las garantías que asegura la Constitución corresponden exclusivamente al ámbito de la ley”, como asimismo, que “ni el poder administrador ni ningún otro poder público pueden atribuirse la facultad de regular, complementar o interpretar las garantías que asegura el texto constitucional”¹⁰.

Acuerdo hubo también en la comisión para aceptar la precisión del señor Ortúzar en orden a dejar bien en claro que la frase

⁶ *Id.*, en p. 3.

⁷ *Id.*, en p. 7.

⁸ *Id.*, Sesión N° 213^a, celebrada el 20 de mayo de 1976, en p. 18.

⁹ *Id.*, Sesión N° 212^a, cit. en p. 9.

¹⁰ *Id.*, en p. 10.

“en los casos en que la Constitución lo autoriza”, solamente rige respecto de las disposiciones que “limiten las garantías que ella asegura”¹¹.

Al señor Silva Bascuñán, en fin, se debió la introducción de la referencia explícita a los estados de emergencia, “de manera que se entienda que el precepto rige fuera de los límites permitidos dentro de los regímenes constitucionales de emergencia, porque, entonces, quiere decir que el principio general está afectado y la excepción estaría relacionada con una u otra de las limitaciones a ciertas libertades, dentro de los regímenes de emergencia que establezca la propia Constitución”¹².

D) Aunque el Consejo de Estado “tomó como base para su informe el proyecto elaborado por la Comisión de Estudio de la nueva Constitución Política”¹³, en mi opinión le introdujo algunas modificaciones positivas y otras lamentables. Entre las últimas se encuentra la eliminación del artículo 27 ya reproducido, porque a juicio de la mayoría del Órgano Consultivo era superfluo¹⁴.

E) Finalmente, el 11 de agosto de 1980, fue publicado en el Diario Oficial el texto de la Constitución que, sometida a ratificación plebiscitaria el 11 de septiembre del mismo año¹⁵, con-

¹¹ *Id.*, Sesión N° 214^a, celebrada el 25 de mayo de 1976, en p. 2.

¹² *Id.*, Sesión N° 213^a, cit. en pp. 4-6.

¹³ *Informe del Consejo de Estado recaído en la consulta formulada por S. E. el Presidente de la República, acerca del Anteproyecto sobre nueva Constitución Política del Estado*, p. 13 (Santiago, mimeo, 1° de julio de 1980).

¹⁴ *Id.*, en p. 57.

Cabe agregar que el artículo 27 fue suprimido con el voto en contra del señor Ortúzar, solamente; se abstuvieron los señores Cáceres, Coloma y Medina.

¹⁵ El resultado oficial del plebiscito celebrado el 11 de septiembre de 1980 fue anunciado por el Contralor General de la República y Presidente del Colegio Escrutador Nacional, don Osvaldo Iturriaga Ruiz, el 15 de octubre del mismo año y publicado en la prensa de Santiago el día siguiente. De acuerdo con esa información, los resultados oficiales fueron los que se indican a continuación:

Votación Sí	En Blanco	Total	Votación No	Nulos	Tot. General
4.121.067	83.812	4.204.879	1.893.420	173.569	6.271.868
65,71%	1,33%	67,04%	30,19%	2,77%	100%

tiene normas que perseveran en la línea aludida¹⁶. De esas normas, la transcrita me interesa examinar aquí en su sentido objetivo.

Debo precisar que, en mi criterio, tal sentido coincide con la finalidad de la norma, la que se comprende integrando los tres elementos mencionados y no desvinculándolos, para privilegiar un ya sobrepasado positivismo, o el mero empirismo sustentado por el sociologismo o la pura deontología jurídica.

4. D E R E C H O C O M P A R A D O

Al dictar la norma citada, el Poder Constituyente chileno se inspiró¹⁷ en el artículo 19 N^{os} 1 y 2 de la Ley Fundamental de Alemania Federal, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 19. 1. Cuando de acuerdo con la presente Ley Fundamental, un derecho fundamental puede ser restringido por la ley o en virtud de una ley, ésta deberá tener carácter general y no ser limitada al caso individual. Además, deberá citar el derecho fundamental, indicando el artículo correspondiente.

2. En ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su esencia.

Aunque no es igual a la regla reproducida, lo concreto es que de allí se tomó la idea de proteger en su esencia los derechos, a

Por otra parte, de conformidad con cifras estimativas elaboradas por el Instituto Nacional de Estadísticas al 30 de junio de 1980, el derecho a sufragio en el plebiscito correspondería a 6.753.656 personas, o sea, el 60,82% de un total nacional de 11.104.293 habitantes (*El Mercurio*, 12 de agosto de 1980).

El 21 de octubre del presente año, el Presidente de la República promulgó la nueva Constitución, la que entrará en vigencia el 11 de marzo de 1981.

¹⁶ Por ejemplo, el artículo 1^o incisos 3^o y 4^o, el artículo 5^o inciso 2^o, los artículos 6^o, 7^o, 8^o y 9^o, el artículo 19 Nos. 3^o, 4^o, 7^o, 9^o, 18^o, 19^o, 20^o, 21^o y 22^o, los artículos 20 y 21, los artículos 39 a 41 y la disposición transitoria vigésimo cuarta, el artículo 57, el artículo 66, el artículo 73, el artículo 78, el artículo 80, el artículo 82 en varios de sus números, el artículo 88 y el artículo 90.

¹⁷ *Actas Oficiales de la Comisión Constituyente*, Sesión N^o 148^a, celebrada el 26 de agosto de 1975, Anexo de Documentos, p. 27.

la cual pronto se agregó la prohibición al legislador para imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio¹⁸.

5. ANÁLISIS DE LA DISPOSICIÓN

A) La Constitución “asegura (...) la seguridad”, redacción que es defectuosa y con sentido retorcido. Para obviar tales defectos, bastaba proclamar que ella “asegura a todas las personas (...) que los preceptos legales que por mandato...”, etc., o bien, usar un término sinónimo como el de certeza.

Al margen de estas consideraciones, interesa destacar que la seguridad reconocida a todas las personas es el fin esencial asignado al Derecho en su concepción positiva.

B) La disposición está referida sólo a preceptos legales y varias observaciones surgen sobre el particular.

Son, para comenzar, preceptos legales de toda especie, incluyendo las leyes interpretativas, la legislación delegada, los tratados y toda otra norma que tenga fuerza material de ley en el régimen jurídico chileno. Para este efecto, menester resulta examinar el catálogo contenido en el artículo 60 de la Constitución y relacionarlo con lo prescrito en el artículo 32 N° 8 de ella. Cabe observar que es atribución del Tribunal Constitucional, conforme al artículo 82 N° 12, resolver sobre la constitucionalidad de los Decretos Supremos dictados en el ejercicio de la potestad reglamentaria del Presidente de la República, cuando ellos se refieran a materias que pudieren estar reservadas a la ley.

Son, enseguida, preceptos legales de cualquier jerarquía, incluyendo las leyes orgánico-constitucionales, las de quórum calificado y las comunes. Ninguna diferencia ni discriminación formuló al respecto el Poder Constituyente, siendo por ende improcedente establecerlas en sede interpretativa, porque lo prohíbe el artículo 19 N° 1, y se opone a una máxima aceptada en la lógica jurídica.

Son, en tercer lugar, preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen “las garantías” que ella “establece”. He aquí una doble impropiedad de lenguaje, pues, se

¹⁸ *Supra*, notas 4 y 5.

alude a los derechos subjetivos inherentes a las personas, los que la Carta se limita a reconocer y asegurar si, como parece inevitable, me atengo a los artículos 1º y 5º del Capítulo I de ella. Impropiamente también existe en la referencia a las garantías, ya que ellas son las acciones y recursos consagrados para defender los derechos, las libertades, las igualdades y las inviolabilidades, aplicando la taxonomía tradicional en materia de derechos humanos reconocidos en las Constituciones.

O bien, son preceptos legales que limiten las garantías en los casos en que la Constitución lo autoriza. Aquí cabe hacer una alusión a la historia fidedigna, pues ella prueba que la norma surgió a propósito de Derecho de Propiedad, cuando se captó que límite no es lo mismo que privación, y el señor Julio Philippi propuso, entonces, diferenciar ambos conceptos con la idea de esencia, compatible sólo con el primero de ellos. Agregó que tal idea no era extraña a nuestro régimen jurídico, desde que el Código Civil la recogió¹⁹ en el artículo 1444, al distinguir en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza y las puramente accidentales, siendo de esencia aquellas cosas sin las cuales o no produce efecto alguno o degenera en otro contrato diferente. Este origen del precepto explica por qué el artículo 41 Nº 8 de la Carta es el único que se refiere específicamente a la esencia y lo hace a propósito del Derecho de Propiedad. Después, la Comisión de Estudio acordó ampliar este margen restringido, aplicando la norma protectora a todos los derechos reconocidos en la Constitución y no sólo en su artículo 19²⁰. Pues y en efecto, los derechos y libertades que pueden ser afectados en su esencia no son únicamente los contenidos en el Capítulo III, sino que, también y quién sabe si más trascendentales que aquellos, todos los que constan en la Carta, trátense de gobernados frente a gobernadores o de éstos y aquéllos entre sí. La historia fidedigna es convincente en este punto, ya que, entre

¹⁹ *Supra*, nota 17 en pp. 27-28. Además, Sesión Nº 149ª, celebrada el 2 de septiembre de 1975, en pp. 3-4, y Sesión Nº 150ª, celebrada el 4 de septiembre de 1975, en pp. 10 a 22.

²⁰ *Actas Oficiales de la Comisión Constituyente*, Sesión Nº 155ª, celebrada el 2 de octubre de 1975, en pp. 4 a 23, y Sesión Nº 156ª, celebrada el 7 de octubre de 1975, en p. 6.

otros ejemplos, se dio el del Poder Judicial amenazado en la esencia de su independencia al ser violado el principio de separación de poderes²¹.

Pero los preceptos legales que interpreten la Constitución, ¿caben en la restricción analizada? El señor Ortúzar lo dijo así, redactó la norma incluyendo a las leyes interpretativas y en ese entendido lo apoyó la Comisión. Después, sin embargo, la proposición desapareció en el informe del Consejo de Estado, el cual fundó su opinión en argumentos que revelan falta de comprensión de la regla²². Pienso, no obstante, que hay que entender incluidas a tales leyes y así, por de pronto, se desprende del artículo 63. Tampoco se hace distinción en los artículos 80, 82 y 83. En definitiva, es claro que regular, complementar o limitar será siempre materia de interpretación y sólo así podrán ser esas tres operaciones diferenciadas —primero por el autor del precepto legal y después por el órgano jurisdiccional que se pronuncia sobre su constitucionalidad— de una mera privación o violación del derecho o libertad de que se trate.

C) De otra parte, no cabe duda de que la competencia para regular, complementar o limitar los derechos le es reconocida al legislador sólo cuando existe un mandato expreso de la Constitución o si se trata de un caso también explícitamente autorizado por ella. Esto quiere decir que, en principio, es constitucionalmente inobjetable una ley que regula, complementa o limita los derechos subjetivos sólo si es dictada sobre la base de un mandato o autorización previo y expreso del Poder Constituyente para esos efectos. O sea, los preceptos legales no pueden regular, complementar o limitar los derechos y libertades sin orden o permiso expreso del Poder Constituyente. He aquí, por ende, una garantía de seguridad que obliga a una interpretación restrictiva. Entre otras consecuencias, lo anterior permite aseverar que, de no cumplirse lo indicado, esos preceptos legales serían inconstitucionales y vulnerarían la esencia y libertad que asegura la norma consultada. Concretamente, opino que sería inconstitucional un precepto legal que, interpretando extensivamente el texto consti-

²¹ *Id.*, Sesión N° 150^a, celebrada el 4 de septiembre de 1975, en p. 16.

²² *Supra*, nota 14.

tucional, establezca una restricción a los derechos fundamentales en donde no existe una clara y explícita autorización o mandato previo del Poder Constituyente.

D) Se excluyen de lo anterior las normas distintas y los actos inferiores a los preceptos legales. En la historia fidedigna quedó formal constancia de tal sentido²³, y el texto así lo señala. Para ellos, en efecto, fueron ampliados y creados, respectivamente, los recursos de amparo y protección, aunque las reglas que el Código de Procedimiento Penal contempla para el primero, superlativamente el límite que señala su artículo 306, podrían ser revisadas para determinar si respetan la esencia de los derechos constitucionalmente reconocidos.

E) Un breve comentario haré sobre las prohibiciones. Recaen ellas tanto sobre el legislador propiamente tal como sobre quien por autorización suya legisla. Desde este último punto de vista, cabe recordar que, con sujeción al artículo 61 en relación con la disposición transitoria vigésima primera, letra b), la autorización por el Congreso o la Junta de Gobierno al Presidente de la República para que dicte disposiciones con fuerza de ley, no puede extenderse a la nacionalidad, la ciudadanía, las elecciones ni el plebiscito, como tampoco a materias comprendidas en las garantías constitucionales o que deban ser objeto de leyes orgánico-constitucionales o de quórum calificado.

6. LA ESENCIA DE LOS DERECHOS Y SU LIBRE EJERCICIO

Llego al punto más difícil de resolver. ¿Cuál es la esencia de un derecho subjetivo y en qué consiste su libre ejercicio? Hay varias posibilidades de respuesta, algunas de las cuales resumo en seguida:

Desde el punto de vista de la Filosofía del Derecho, la esencia de un derecho subyace al orden positivo en que se lo formula y lo trasciende. Cualquiera sea la concepción jurídica que se adopte con excepción de lo positivo-formal, siempre la esencia de los Derechos Humanos es anterior y superior al ordenamiento en

²³ *Actas Oficiales de la Comisión Constituyente*, Sesión N° 212ª, celebrada el 19 de mayo de 1976, en p. 10.

sentido objetivo. Adoptando el ángulo del Derecho Positivo, la esencia es la que el mismo sistema de normas fundamentales describe o autoriza deducir o inferir de su texto. La Sociología Jurídica, en fin, no trabaja con esencias, pero permite constatar cuáles son las incorporadas a las normas y el sentimiento que de ellas tienen las autoridades y la comunidad. Creo en la necesidad de una integración armónica a través de la jurisprudencia constructiva. O sea, en la correlación de la norma positiva con la realidad social y la justicia, determinando la ponderación de estos últimos dos elementos el sentido de aquélla, cuando es necesaria la hermenéutica para dilucidarlo.

En general, es menester comenzar examinando el texto para determinar si contempla el núcleo del derecho o libertad reconocido, o si, por el contrario, se limita a mencionarlos. Cuando el núcleo de un derecho subjetivo está ya en el texto de la Constitución, debe ser interpretado para fijar su sentido. Esa interpretación tiene que ser extensiva en favor del titular del derecho y restrictiva respecto de la competencia asignada a la autoridad legislativa para regularlo, complementarlo, limitarlo o restringirlo. La Constitución de 1980 contempla, como regla general, el núcleo de los derechos y libertades reconocidos, aunque en casos como el de la libertad ambulatoria y el derecho de propiedad se extiende en su desarrollo, desconfiando de la obra legislativa ulterior.

¿Y si, por el contrario, el núcleo no está en la Constitución, la que sólo nombra un Derecho y no proporciona elementos para configurarlo? En esta hipótesis, grave por la amplia indeterminación del discurso normativo, no creo que la discrecionalidad del legislador quede por tal defecto legitimada. Antes bien, entonces, es imperativo proceder a la integración o creación jurídica para colmar los vacíos mediante una interpretación teleológica congruente con los Principios Generales del Derecho y la Equidad. En otras palabras, no hay lagunas en la Constitución ni puede haber en ella resquicios.

Tampoco puede el legislador impedir el libre ejercicio de los derechos reconocidos. ¿Cuándo surge tal impedimento? Reconocido el Derecho subjetivo, su ejercicio no puede ser esencialmente limitado, y ello ocurre cuando los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen, complementen o limiten los derechos, igualdades, libertades o inviolabilidades reconocidos impongan

condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio. En otras palabras, si para el Titular no hay manera de que pueda realizar lo que el Derecho subjetivo lleva consigo, imposibilidad que resulta de la desproporción entre las restricciones establecidas por el legislador para cumplir los fines de la Constitución, por una parte, y el libre ejercicio de los derechos subjetivos en ella reconocidos, por otra²⁴. En síntesis, creo que éste es un problema cualitativo y no cuantitativo.

La Jurisprudencia es la que debe modelar tales conceptos, porque es tarea de interpretación. Esta tiene que ser hecha buscando el sentido objetivo y que, como dije, es la finalidad de las normas no en sí mismas, sino que conectadas con la evolución social y la idea de justicia también progresiva. El Capítulo I de la Constitución se torna aquí capital, como lo habría sido un preámbulo, de haber existido.

7. SANCIONES Y RESPONSABILIDADES

La sanción a la transgresión de la norma constitucional por el legislador es la nulidad para el caso, de acuerdo con lo prescrito en los artículos 6º, 7º y 80. Ese no es, sin embargo, suficiente castigo y será necesario conocer la legislación complementaria para ponderar si las responsabilidades y demás sanciones que ella contemple son o no un adecuado correctivo.

¿Y cuál sería la sanción si es en un proyecto de precepto legal que se comete la infracción? Con respecto al Tribunal Constitucional, su intervención implica que no puede nacer el precepto legal que, en el proceso de formación, ha sido impugnado de inconstitucional y así tal magistratura lo deja establecido, conforme al artículo 82 Nos. 1º y 2º; 3º, 6º y 12º.

8. EXCEPCIONES

Los artículos 39 a 41 y la disposición transitoria decimocuarta son claros en cuanto casos de excepción a la norma entendida.

²⁴ Ekkehart Stein: *Derecho Político*, pp. 65 y 247-250 (Madrid, Aguilar, 1973).

Pero ¿qué quiere decir “y demás (casos) que la propia Constitución contempla”, en el inciso 2º del artículo 19 Nº 26? ¿Cuáles son esos casos?

Tienen que ser, obviamente, situaciones expresamente previstas en el texto de la Constitución y no referidas a estados de emergencia. Deben ser, asimismo, casos distintos de los mencionados en el inciso 1º del artículo 19 Nº 26. ¿Cuáles son, entonces, esos casos que autorizan afectar un derecho en su esencia o limitar así también su libre ejercicio? Preliminarmente, me parece que la excepción podría referirse a los artículos 8º y 9º, 19 Nº 15, y 19, 23 y 57. No encuentro en la Carta otras situaciones análogas y creo que, por las razones expuestas, no es admisible crearlos sobre la base de suponer que están implícitos en ella.

9. GARANTÍAS

Las acciones y recursos son variados, pudiendo clasificarlos en mecanismos preventivos y represivos, por una parte, y de efectos generales o particulares, de otra.

La Contraloría General de la República es un mecanismo preventivo, general o particular según la representación que formule, que en el artículo 88, con las innovaciones ahora introducidas a sus facultades, puede resultar muy efectivo, especialmente en la fiscalización de una potestad reglamentaria que pasa en lo principal a ser casi potestad legislativa.

El Tribunal Constitucional es un mecanismo preventivo que puede obrar de oficio o no, siendo sus efectos generales y, en ciertos casos, excluyentes de una ulterior revisión de la constitucionalidad por la Corte Suprema, al tenor del artículo 83.

En las materias de que conozca o que le fueren sometidas en recurso interpuesto en cualquier gestión que se siga ante otro tribunal, la Corte Suprema puede obrar como un mecanismo represivo, de oficio o no, para defender la esencia de un derecho y su libre ejercicio. Pero los efectos de las declaraciones de tal Corte son relativos. Obviamente, la eficacia de la inaplicabilidad dependerá de que el Tribunal Supremo supere su concepción exegética y formal de ese mecanismo.

Creo que al conocer de las materias de casación y, por ende, de interpretación de las normas positivas, se abrirá una amplia opción en favor de la supremacía constitucional, aunque con alcances relativos. Cabe esperar que todos los jueces asuman con imaginación y coraje estos cometidos, obrando con cabal distinción entre la declaración de inaplicabilidad que incumbe sólo a la Corte Suprema, de un lado, y la prescindencia en sus fallos de preceptos legales inconstitucionales invocados por las partes, facultad que siempre han tenido y que los artículos 6º, 7º y 19 Nº 26, ahora confirman.

En el artículo 66 relacionado con el artículo 57, inciso 6º, se encuentra otra posibilidad de actuación que puede resultar efectiva.

Todos los mencionados son mecanismos de control de la supremacía y el artículo 19 Nº 26 es, en sí, una norma de supremacía constitucional, probablemente la más amplia y sustantiva que en el texto de una nueva Carta se encuentra.

10. CONCLUSIONES

En la nueva Constitución hay más garantías frente a los proyectos de preceptos legales que ante las leyes una vez vigentes. Prevenir más que reprimir sería una explicación de esta situación. La declaración de inconstitucionalidad, que propuso normar la Comisión presidida por Enrique Ortúzar, habría permitido solucionar dicho inconveniente. En este como en otros tópicos, la intervención del Consejo de Estado no fue afortunada, debilitando la seguridad, eficacia y justicia del ordenamiento jurídico.