Artículo: Reflexiones en torno al memorandum elaborado por la H. Comisión Redactora de la reforma o la nueva Constitución Política..
Revista: Nº161, año XLI (En-Jun, 1974)
Autor: Sergio Galaz Ulloa

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

UNIVERSIDAD DE CONCEPCION
ESCUELA DE DERECHO
CHILE

BIBLIOTECA

REVISTA DE DERECHO

AÑO XLI — Nº 161 ENERO-JUNIO DE 1974

Director: HUMBERTO TORRES RAMIREZ
Subdirector: LUIS HERRERA REYES
Secretario: MARCELO FERREIRA BIZAMA

Consejo Consultivo:

JORGE ACUÑA ESTAI
SERGIO GALAZ ULLOA
ARTURO PARADA KREFT
MARIO ROJAS RODRIGUEZ
BERNARDO GESCHE MULLER
HECTOR RONCAGLIOLO DOSQUE
ELIZABETH EMILFORK SOTO

Artículo: Reflexiones en torno al memorandum elaborado por la H. Comisión Redactora de la reforma o la nueva Constitución Política..
Revista: Nº161, año XLI (En-Jun, 1974)
Autor: Sergio Galaz Ulloa

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

REFLEXIONES EN TORNO AL MEMORANDUM ELABORADO POR LA H. COMISION REDACTORA DE LA REFORMA O LA NUEVA CONSTITUCION POLITICA

SERGIO GALAZ ULLOA
Departamento de Derecho Público

Aun cuando la mayoría de las Constituciones modernas, por no decir la totalidad, afirman haber sido sancionadas y promulgadas por "el pueblo" en quien reside la potestad constituyente o, para decirlo más claramente, la Soberanía, es lo cierto que "el pueblo" no interviene para nada en la elaboración de las Constituciones. Jamás "el pueblo" ha hecho una Constitución, y en buena lógica jamás podría hacerla. Una Constitución, quiérase que no, traduce y encarna las opiniones y los intereses de sus autores, del grupo de personas que se reúne para dar forma y contenido al texto fundamental. Es evidente que tales intereses y opiniones abarcan toda la gama de la vida social, de modo que no sólo comprenden materias de índole económica, sino también religiosa, nacional, familiar, política, etc. Ahora bien, si se admite esto se comprenderá que la responsabilidad que pesa sobre aquellos a quienes se ha confiado tan ardua empresa sea de proporciones muchas veces insospechadas. Creo, por lo tanto, que siempre será de utilidad insistir sobre este aspecto, pues en la medida en que los autores reales del texto fundamental adquieran conciencia de la trascendentalidad de su obra, en esa misma medida la nueva Constitución merecerá el respeto y la veneración que los ciudadanos habrán de profesarle por sentir que en ella se condensan sus más caras aspiraciones.

Dentro de este orden de ideas, es altamente halagador analizar con cierta detención el Memorandum elaborado por la Comisión designada por la H. Junta de Gobierno para realizar la labor constituyente, en el que se señalan claramente las metas u objetivos fundamentales que en su pesada tarea se proponen alcanzar.

Artículo: Reflexiones en torno al memorandum elaborado por la H. Comisión Redactora de la reforma o la nueva Constitución Política..
Revista: Nº161, año XLI (En-Jun, 1974)
Autor: Sergio Galaz Ulloa

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Y digo que es halagador porque tales metas u objetivos expresan principios de valor permanente que la Ciencia Política ha venido plasmando a lo largo de muchos años, de modo que si la nueva Constitución o la Reforma que se proyecta es concordante con esa formulación teórica y filosófica, podemos abrigar la certeza de que su texto será, a no dudarlo, un instrumento eficaz que habrá de garantizar la pacífica, armónica y recíprocamente respetuosa convivencia social.

Lo anterior explica suficientemente lo difícil que resulta formularle observaciones a un texto tan prolija y acabadamente elaborado sobre principios tan generales, máxime si se considera que esos principios son compartidos por el suscrito. De ahí que las observaciones que me permito formular a continuación, han de tenerse más que como observaciones al Memorándum, como simples reflexiones, también de índole muy general, que tal vez sería prudente plantearse con ocasión del análisis y discusión de las diversas materias que el nuevo texto habrá de contener.

Mi primera reflexión, que pareciera referirse a un aspecto puramente formal, creo que reviste más importancia de la que comúnmente se le atribuye por los cultores de la Ciencia Política. Soy un decidido partidario de la conveniencia de que la Constitución sea breve, sobria. Siempre he sostenido en mis trabajos y publicaciones que la Constitución sólo puede regular los aspectos fundamentales de la vida estatal, porque es una normativización de la totalidad, del conjunto, y, por consiguiente, no puede descender a detalles particulares, sino que ha de limitarse a establecer unos cuantos principios firmes sobre los que repose el resto de la estructura del Estado y del Derecho, pues de otro modo, se haría inoperante, perdería solemnidad, firmeza y eficacia y se desvirtuaría al perder su carácter fundamental. Por eso concuerdo plenamente con el Presidente del Tribunal Supremo de los Estados Unidos John Marshall, cuando, con ocasión del caso McCulloch versus Maryland, en 1819, expresó: "Para que una Constitución incluya el detalle exacto de todas las subdivisiones que sus grandes poderes admiten, y de todos los medios que éstos pueden poner en acción, debería tener la prolijidad de un código legal y la mente humana difícilmente podría abarcarla. El público probablemente no la comprendería. La naturaleza de una Constitución requiere, por tanto, que sólo se establezcan sus grandes líneas, que se consignen únicamente sus objetivos principales y que los ingredientes menores que los componen sean deducidos de la naturaleza misma de estos objetivos". A la pregunta: "¿Qué debe contener una Constitución?" podría responderse, pues, brevemente: "Lo mínimo, y este mínimo traducirse en normas legales". Característica esencial de la Constitución ideal sería su máxima brevedad posible.

Artículo: Reflexiones en torno al memorandum elaborado por la H. Comisión Redactora de la reforma o la nueva Constitución Política..
Revista: Nº161, año XLI (En-Jun, 1974)
Autor: Sergio Galaz Ulloa

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Pero hay, además, otras razones que estimo revisten singular importancia y que procuraré resumir en la forma más clara posible.

Si una Constitución es ante todo un texto legal, una superlegalidad, para emplear la expresión más adecuada, es obvio que su objetivo no es otro que establecer normas legales supremas. De ahí que, en lo posible, debe limitarse a proclamar normas legales, no opiniones, aspiraciones, directivas o tendencias políticas. "Además, si ha de proclamar normas legales y si de modo especial estas normas han de ser Ley Suprema, vinculando el cuerpo legislativo igualmente con el poder ejecutivo y con el poder judicial —y ésta es la manifiesta intención de la mayor parte de las Constituciones—, estas normas deberán ser poco numerosas, generales y fundamentales. Asimismo deben referirse a materias aptas y propias para ser descritas y ordenadas en forma de norma legal. Finalmente el lenguaje empleado, inevitablemente general y lato en muchas materias, debería a su vez evitar en lo posible la ambigüedad, la emotividad y lo tendencioso. Si se desea que una Constitución evoque no solamente el respeto debido a la Ley, sino también la complementaria veneración que se debe a la Ley Suprema, lo más seguro y prudente será excluir de sus confines, en la medida de lo posible, todo aquello que no deba ser considerado una norma legal. En todo caso esta es la forma en que conciben una Constitución las personas formadas en lo que podría llamarse perspectiva inglesa de la ley constitucional".

Con todo, conviene tener presente que para muchas personas una Constitución es algo más que una selección de normas legales supremas. Muchas veces es un manifiesto, un credo o un testamento político. Y, en consecuencia, puede argüirse que inspira el respeto, la afección, y de hecho la obediencia del pueblo en un sentido que ningún documento exclusivamente legal puede inspirar. Por eso, es corriente distinguir hoy en día, en una Constitución dos partes: una que viene denominándose desde antiguo, parte dogmática, en que se hace una declaración de derechos, y otra orgánica en donde está la organización de los poderes. Ahora bien, es en esta primera parte o tabla de derechos donde se ha reñido la más ardua batalla del pueblo con la técnica, porque todo un proceso de aspiraciones, de ansias y de programas que las gentes desean ver inscritas en la Constitución, han ensanchado su restricto radio de antes para hacerlo mucho más henchido de problemas.

Pienso, no obstante, que el papel más relevante que debe asignársele a una Constitución es el de garantizar la libertad de los ciudadanos. Por lo demás, históricamente, las Constituciones nacieron, precisamente, para garantizar la libertad y evitar los abu-

Artículo: Reflexiones en torno al memorandum elaborado por la H. Comisión Redactora de la reforma o la nueva Constitución Política..
Revista: Nº161, año XLI (En-Jun, 1974)
Autor: Sergio Galaz Ulloa

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

sos y las demasías de quienes detentaban el poder. Y quisiera señalar desde el comienzo que al utilizar la expresión libertad estoy, afortunadamente, utilizando esta mimética y omnímoda palabra desde un punto de vista concreto: el de libertad política.

Nuestra propia y reciente experiencia nacional nos ha demostrado la fragilidad de esta esencial garantía, sin la cual acaso la vida no mereciera la pena de ser vivida.

En realidad, y simplificando al máximo, podríamos decir que lo que pedimos de la libertad política es protección. ¿Cómo podemos obtenerla? En último análisis desde los tiempos de Solón hasta nuestros días, la solución se ha buscado siempre en la obediencia a las leyes y no a los amos. Como expresó tan acertadamente Cicerón, **legum servi summus ut liberi esse possimus,** somos sirvientes de la ley para poder ser libres. Y el problema de la libertad política siempre ha estado entrelazado con la cuestión de la legalidad, pues se remonta hasta el problema de contener el poder haciéndolo impersonal.

Hay, pues, una muy especial conexión entre la libertad política y la jurídica.

Haciendo una vigorosa reducción, recordemos muy someramente que Montesquieu, quien todavía se atenía a la protección de la ley natural, pudo muy simplemente afirmar que somos libres porque estamos sujetos a "leyes civiles". Pero nuestro problema empieza exactamente donde su declaración termina, pues estamos obligados a hacer la pregunta que Montesquieu (así como Rousseau) podía pasar por alto y que es: ¿Cuáles leyes son "leyes civiles"?

Para comenzar: ¿Qué es derecho? En la tradición romana **ius** —el término derecho en latín— ha quedado inextricablemente conectado con **iustum** (lo que es justo); y con el curso del tiempo, la antigua palabra latina que significaba derecho se ha convertido en el término inglés (e italiano y francés) que significa justicia. En suma, **ius** es tanto "derecho" como "justo". Esto quiere decir que el derecho no se ha concebido como cualquiera regla general impuesta por un soberano (iussum) sino como la regla que representa y expresa el sentido de justicia (iustum) de la comunidad. En otras palabras, se ha pensado en el derecho no sólo como una norma que tiene la "forma" de ley, sino también como un "contenido", es decir, como la norma que tiene asimismo el valor y la cualidad de ser justa.

Este ha sido el sentido general acerca de la naturaleza del derecho hasta hace poco. Sin embargo, en la práctica se nos presenta un problema muy serio, pues el derecho no se da, tiene que hacerse. Sólo las sociedades primitivas y tradicionalistas pueden pasarse sin hacer leyes de manera deliberada y manifiesta, por lo que tenemos que contestar estas preguntas: ¿Quién

Artículo: Reflexiones en torno al memorandum elaborado por la H. Comisión Redactora de la reforma o la nueva Constitución Política..
Revista: Nº161, año XLI (En-Jun, 1974)
Autor: Sergio Galaz Ulloa

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

elabora el derecho?, ¿cómo? y, además, ¿quién interpreta las leyes? **Para que podamos ser gobernados por leyes; o, más bien, por medio de leyes, los propios creadores del derecho deben estar sujetos a normas jurídicas,** pero esto es obviamente una formidable y fatigosa empresa. **El problema tiene que resolverse dentro del Estado Constitucional, disponiendo el procedimiento legislativo de tal manera que la "forma de ley" constituya también una garantía e implique un control de su contenido.** Un gran número de arbitrios constitucionales se ha destinado a crear las condiciones para un proceso legislativo en el que el **ius** siga ligado al iustum, en el que el derecho siga siendo la ley justa. Por esta razón se confía la legislación a cuerpos electos que deben responder periódicamente ante el electorado y por la misma causa no se da **carta blanca** a los funcionarios electos, sino que se les considera como depositarios del poder, restringidos y sujetos a un papel representativo.

Pero esta solución, o digamos situación, ha reaccionado sobre nuestro concepto del derecho. Por lo tanto, la remisión que el texto constitucional suele hacer a lo que disponga la ley, o en la forma que la ley determine, o en conformidad a la ley, u otros giros semejantes, pueden no revestir ninguna garantía. Quiero decir que las llamadas leyes orgánicas encargadas de reglamentar los preceptos constitucionales —especialmente las garantías individuales— pueden a la postre terminar por desvirtuar esas garantías y, en definitiva, no garantizar nada.

La razón es sencilla, aunque creo que no se ha reparado suficientemente en ella. En efecto, tenemos ahora un sentimiento diferente acerca de la naturaleza del derecho, pues, por una parte la jurisprudencia analítica (que evoca el nombre de John Austin) y el positivismo jurídico (del tipo de Kelsen) por la otra, han acabado por dar al derecho y concretamente a la ley positiva, una definición de pura forma, es decir, por identificar la ley con la forma de la misma. Este cambio es en realidad consecuencia un tanto obvia del hecho de que la existencia del Estado de derecho parece eliminar la posibilidad misma de una ley injusta, permitiendo con ello que el problema del derecho se reduzca a un problema de forma más bien que de contenido. Pero, por desgracia, los formalistas pasan enteramente por alto esta circunstancia, o sea, el hecho de que la definición formal de la ley presupone la existencia del Estado Constitucional. Por esto el alto nivel de refinamiento sistemático y técnico alcanzado con este método, no puede liberarlo del cargo de haber sacado conclusiones sin prestar atención a las premisas y de haber levantado así una estructura cuya perfección lógica es minada por su falta de cimentación.

Artículo: Reflexiones en torno al memorandum elaborado por la H. Comisión Redactora de la reforma o la nueva Constitución Política..
Revista: Nº161, año XLI (En-Jun, 1974)
Autor: Sergio Galaz Ulloa

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

El resultado de esta inadvertencia, en lo que atañe al problema político que la legalidad constitucional trata de resolver, es que Austin, Kelsen y sus numerosos discípulos han creado, aunque sin intención, un estado de cosas muy triste. Tendemos hoy a aplicar el concepto de "Constitución" a cualquier tipo de organización de un Estado, y el de "Ley" a cualquier mandato del Estado que se exprese en la forma establecida por el propio soberano. Ahora bien, si el derecho ya no es una cosa que se califique por su valor —un ius que es iustum— y si la idea de la ley se limita por una parte a los mandatos que llevan la marca de la voluntad del soberano y por otra se extiende hasta toda orden que el soberano quiera imponer, es claro que una ley así definida ya no puede resolver nuestros problemas. Según la definición de pura forma, una ley sin rectitud es, pese a todo, una ley. Por lo tanto, la legislación puede ser rudamente tiránica y, sin embargo, no sólo se la puede llamar legal sino que también se la puede respetar como jurídica. De esto se desprende que tal concepto de la ley no permite que se piense en ella como salvaguardia de la libertad.

Si los métodos analíticos-positivistas de la jurisprudencia moderna no son tranquilizadores —al menos para quienes se ocupan de la libertad política— debe admitirse que el desarrollo **de facto** de nuestros sistemas constitucionales lo es menos aún. Lo que los padres fundadores del constitucionalismo liberal tenían presentes, en relación con el proceso legislativo, era llevar el imperio del derecho hasta el interior del Estado mismo, es decir, extender la esfera de **jurisdictio** al propio campo del **gubernaculum** (gobierno). El constitucionalismo inglés se originó realmente en esta forma, ya que muchos principios básicos de la Constitución de ese país **son inducciones o generalizaciones derivadas de las decisiones dictadas en cada caso por los tribunales en relación con los derechos de los individuos en particular.** Y como la práctica constitucional inglesa ha inspirado siempre a los constitucionalistas continentales, la teoría del garantismo así como la del Estado de Derecho (en su primera etapa) consideraba precisamente que era necesario revestir al **gubernaculum** con un manto de **jurisdictio.** Me pregunto a manera de simple reflexión, ¿puede concebirse un principio más sabio que éste? Y me pregunto, también, con cierta perplejidad no exenta de angustia, ¿será realmente necesario, como se expresa en el punto 7º del Memorandum, que para que el sistema que se propone instaurar sea realmente operante y eficaz, sea menester "la existencia de un Gobierno fuerte, impersonal y dotado de amplios poderes"? (referida la expresión gobierno al Ejecutivo).

Sin embargo, debe señalarse que una vez transcurrido un período relativamente corto, el constitucionalismo cambió, aun-

Artículo: Reflexiones en torno al memorandum elaborado por la H. Comisión Redactora de la reforma o la nueva Constitución Política..
Revista: Nº161, año XLI (En-Jun, 1974)
Autor: Sergio Galaz Ulloa

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

que menos rápida y completamente, en los países de habla inglesa, de un sistema basado en el imperio del derecho a otro centrado en el gobierno de los legisladores. Y no tiene objeto negar el hecho de que esta transformación modifica **per se,** de manera considerable, la naturaleza y concepto del derecho.

Hay muchas desventajas prácticas, por no decir peligros, en nuestro concepto legislativo del derecho. En primer lugar, el gobierno de los legisladores se está convirtiendo en una verdadera manía de hacer leyes, en una temible inflación del derecho positivo. Dejando de lado la cuestión de cómo podrá la posteridad entendérselas con centenares de miles de leyes, cuyo número crece en proporción gigantesca. El hecho es que la inflación de éstas descredita por sí sola el derecho. No es solamente la cantidad excesiva sino también la mala calidad de ellas lo que disminuye su valor. **Nuestros legisladores son malos elaboradores de leyes, lo que se debe a que el sistema no fue hecho para permitirles que reemplazaran a los juristas y a la jurisprudencia.** A este respecto conviene recordar que cuando la teoría clásica del constitucionalismo encomendó la garantía institucional de la libertad a una asamblea de representantes, no asignó a dicha asamblea la labor de cambiar las leyes, sino por el contrario, la de impedir al monarca cambiarlas unilateral y arbitrariamente. **Por lo que a la función legislativa respecta, los parlamentos no se concibieron como cuerpos técnicos especializados, ni mucho menos como instrumentos destinados a acelerar la producción de leyes.**

A mayor abundamiento, las leyes excesivamente numerosas y de mal acalidad no sólo desacreditan el derecho actual sino que minan también **lo que nuestros antepasados construyeron, es decir, un relativamente estable y espontáneo derecho de la tierra, común para todos y basado en reglas de aplicación general;** pues de manera inevitable, "los cuerpos legislativos son por lo general indiferentes y hasta ignorantes con respecto a las formas y concordancias básicas del patrón jurídico. **Imponen su voluntad por medio de reglas confusas que no pueden ser aplicables en términos generales; buscan ventajas parciales por medio de reglas especiales que destruyen la naturaleza de la ley misma".**

Añádase a lo anterior que en la política conformadora del Estado actual, que le ha llevado a invadir los campos más insospechados de la actividad individual en su obsesión de atenazar agotadoramente el fenómeno social, se ha puesto de manifiesto una cierta incapacidad de la Ley para servir de vehículo del intervencionismo estatal, por la pesadez y falta de agilidad del procedimiento legislativo. La consecuencia inmediata a la que asistimos en nuestros días, es una "desparlamentariza-

Artículo: Reflexiones en torno al memorandum elaborado por la H. Comisión Redactora de la reforma o la nueva Constitución Política..
Revista: Nº161, año XLI (En-Jun, 1974)
Autor: Sergio Galaz Ulloa

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

ción" de la norma en beneficio del Poder Ejecutivo. Los más claros síntomas de este proceso son, a mi juicio, los siguientes: la conversión de la Ley formal en vehículo de actos puramente administrativos, como es el caso de las llamadas leyes de planes (Massnahmegesetz, según la conocida terminología alemana), que se resisten a ser encuadrados bajo el tradicional concepto de Ley; en segundo lugar, la "reglamentarización" de materias tradicionalmente acogidas a una reserva legal; es el cáso de la Constitución francesa de 1958, cuyo art. 34 establece, en realidad, una cláusula general de competencia reglamentaria, hasta ahora desconocida, que la Ley no puede invadir; finalmente, la pérdida de la independencia del Parlamento respecto del Gobierno, ya que éste logra un incondicional apoyo a sus proyectos de ley por la mayoría parlamentaria, a la que generalmente pertenece, (no sólo en los sistemas parlamentarios sino que también en los de tipo presidencial) y por ser el Gobierno el que mejor puede disponer de los informes y datos necesarios para la elaboración de las futuras disposiciones. Es bien evidente que de todo esto se deduce la gubernamentalización creciente de las leyes actuales y bien puede decirse que éstas son, más que el producto de auténticos "parlamentos", fruto de verdaderos "aclamentos".

Tampoco es sólo una cuestión de la generalidad de la ley. La fabricación de leyes en masa acaba por perjudicar también el otro requisito fundamental del derecho, o sea, su certidumbre; la que no sólo consiste en una redacción precisa de las leyes o que éstas sean escritas, sino también en la certeza general de que serán duraderas. Y a este respecto, el presente ritmo de fabricación de leyes estatutarias nos trae a la memoria lo ocurrido en Atenas, donde "Las leyes eran ciertas (esto es, expresadas con precisión en una fórmula escrita), pero nadie estaba seguro que cualquier ley válida ahora, podría durar hasta mañana".

Tampoco esto es todo. En la práctica, la concepción legislativa del derecho acostumbra a aquellos a quienes se dirigen las normas a acatar todos y cada uno de los mandatos del Estado, esto es, aceptar todo **iusum** como **ius.** La legitimidad se convierte en legalidad, en una legalidad de mera forma por cierto, ya que el problema de que la ley sea injusta se descarta como metajurídico. De esto se sigue que el paso de la libertad a la esclavitud puede ocurrir silenciosamente, sin solución de continuidad, casi sin percibirse. Una vez que el pueblo se acostumbra al gobierno de los legisladores, el **gubernaculum** ya no tiene que temer a la oposición de la **jurisdictio.** Ha quedado despejado el camino para la supresión legal de la legalidad constitucional. Quien haya tenido la oportunidad de observar, por ejemplo, cómo se afirmó el facismo en el poder —y lo mismo reza para el marxismo en Chile— sabe lo fácil que es manipular el orden jurídico existen-

Artículo: Reflexiones en torno al memorandum elaborado por la H. Comisión Redactora de la reforma o la nueva Constitución Política..
Revista: Nº161, año XLI (En-Jun, 1974)
Autor: Sergio Galaz Ulloa

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

te para servir los fines de una dictadura sin que el país se dé realmente cuenta de ello. Resulta superfluo hablar ahora de los resquicios legales.

No llegaré al extremo de decir que la decadencia del gobierno constitucional —entendida como el hábito de considerar las leyes como instrumentos del Estado y no el Estado en términos jurídicos— nos ha privado ya de la sustancia de la protección jurídica, pero quiero hacer hincapié en que hemos llegado a un punto en el que dicha protección depende exclusivamente de la supervivencia de un sistema de garantías constitucionales. Como nuestros derechos ya no están protegidos por nuestro concepto del derecho ya no estamos amparados por el imperio de éste (usando la terminología de Mosca) únicamente por recursos de "Defensa jurídica". Y como muy pocas personas parecen darse cuenta cabal de este hecho, es importante que llamemos la atención sobre el mismo. Por doquiera, pero especialmente en las democracias racionales —como la nuestra— hay una demanda de racionalización de las Constituciones. Ahora bien, esta demanda no revela otra cosa que el constante desgaste de las técnicas del **garantismo.** El ideal de estos reformadores es transformar el derecho en una franca legislación y ésta, a su vez, en un gobierno de legisladores liberado de los grilletes de un sistema de contenciones y equilibrios. En suma, su ideal son Constituciones tan democráticas que, propiamente hablando, dejen de ser Constituciones. Esto significa que ellos y, desgraciadamente la mayoría de las demás personas, no pueden comprender que cuanto más sean socavadas las realizaciones del constitucionalismo liberal por el llamado constitucionalismo democrático, más nos acercamos a la solución a que llegaron los griegos y que determinó su caída, o sea, que el hombre estaba sujeto a leyes que podían cambiarse tan fácilmente, que resultaban impotentes para dar la protección del derecho, conforme al principio de que **quod populo placuit legis habet vigorem,** lo que place al pueblo tiene fuerza de ley.

Viendo el sistema griego desde el punto de vista avanzado de nuestros conocimientos, observamos que lo que faltaba a su concepción jurídica era precisamente la noción de "limitación", noción que como se descubrió después, es inseparable de ella.

Es evidente, entonces, que "por Gobierno se entiende algo más que gobernar con arreglo al texto de una Constitución. Significa gobernar con arreglo a normas, por oposición a gobierno arbitrario; quiere decir gobierno limitado por los preceptos de una Constitución, y no solamente limitado por el deseo y la capacidad de los que ejercen el poder. Podría ocurrir, por tanto, que, aun cuando el gobierno de un país particular sea conducido con arreglo a los términos de una Constitución, ésta no

Artículo: Reflexiones en torno al memorandum elaborado por la H. Comisión Redactora de la reforma o la nueva Constitución Política..
Revista: Nº161, año XLI (En-Jun, 1974)
Autor: Sergio Galaz Ulloa

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

hiciera otra cosa que establecer las instituciones de gobierno, dejando que éstas después funcionen con plena libertad. En este caso difícilmente podría hablarse de gobierno constitucional. **La verdadera justificación de las constituciones, el concepto que preside su origen, es el de limitar la acción gubernamental exigiendo que los que gobiernan se amolden a la ley y a las normas".**

"Si el gobierno constitucional es un gobierno limitado, dedúcese que cualquier forma de absolutismo será uno de sus enemigos. Evidentemente un centro de opinión y un movimiento organizado que aspiren a establecer un gobierno omnipotente es una fuerza opuesta al gobierno constitucional. El absolutismo aparece en múltiples nombres y formas; puede llamársele totalitarismo, dictadura del proletariado, facismo, o nacismo, y esculpírsele incluso en una Constitución, pero es incompatible con el gobierno constitucional por cuanto aspira a ser ilimitado y supremo. En consecuencia, las perspectivas del gobierno constitucional dependen de la fuerza del absolutismo en sus distintas formas. Si este avanza, el gobierno constitucional retrocede. A mediados del siglo XX dos terceras partes de la población mundial vive bajo alguna forma de gobierno absoluto.

"¿Puede concluirse, entonces, que la democracia es requisito previo indispensable para el gobierno Constitucional? Si democracia sólo significa sufragio universal o igualdad de condiciones, no se deduce en absoluto que ha de producir el gobierno constitucional. El sufragio universal puede crear y apoyar la tiranía de una mayoría, de una minoría o de un solo hombre. De Tocqueville en su monumental obra "La Democracia en América" dijo que "es más fácil establecer un gobierno absoluto y despótico sobre un pueblo cuyas condiciones de vida social son igualitarias que sobre otro pueblo cualquiera". El absolutismo del siglo XX por lo general se ha apoyado en el sufragio universal, y además en el sufragio universal obligatorio. ¿No han sido las modernas tiranías instaladas en el poder por mayorías de más del 90%?".

Sólo cuando democracia significa a la vez libertad e igualdad puede preverse con alguna confianza que se produzca el gobierno constitucional. Si los hombres pueden no sólo votar, sino hacerlo en favor de un gobierno distinto del que ostenta el poder, y si están garantizados sus derechos incluso frente al mismo Estado, entonces se da la posibilidad de que el gobierno limitado exista. Muchas veces en una democracia los individuos valoran más la igualdad que la libertad, y cuando lo creen necesario arrojan la libertad para asegurar la igualdad. Si un gobierno democrático ha de ser constitucional, debe proteger la libertad. Democracia, tal como se entiende por ejemplo en los Estados Unidos y en los países de la Commonwealth británica,

Artículo: Reflexiones en torno al memorandum elaborado por la H. Comisión Redactora de la reforma o la nueva Constitución Política..
Revista: Nº161, año XLI (En-Jun, 1974)
Autor: Sergio Galaz Ulloa

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

quiere decir libertad, y en efecto coloca a ésta en primer lugar, aún antes que la misma igualdad cuando es preciso escoger. En estos países gobierno democrático y gobierno constitucional son casi una misma cosa.

Esta es la razón de que nuestra tradición jurídica sea romana y no griega. Lo ocurrido a los griegos es, pues, bastante importante precisamente porque nos muestra cómo **no** proceder si queremos libertad conforme a derecho.

Hay, entonces, como vemos, innumerables motivos de alarma. En tanto que el derecho, como anteriormente se entendía, era en efecto un sólido dique contra el poder arbitrario, la legislación, tal como ahora se entiende, no es, o puede llegar a no ser, ninguna garantía.

Aunque los límites de estas reflexiones nos impiden profundizar en el estudio de este fenómeno, es importante de todos modos insistir en que la Ley ha dejado de ser el poderoso y auténtico símbolo de libertad de otro tiempo para convertirse casi en un instrumento de auténtica opresión; el ciudadano se siente cada vez más víctima que beneficiario de la Ley, y, lejos de buscar protección en ella, la busca contra ella; el ciudadano siente la esclavitud de la Ley. En la misma medida en que paulatinamente se logra la identificación entre Estado y sociedad, que ha sido señalada como una consecuencia del creciente intervencionismo estatal, se produce un divorcio cada vez más intenso entre el Estado y el individuo, y al presentir éste el socavamiento de su libertad individual, experimenta una reacción en el sentido de supervalorar el sistema de protección jurídica de sus derechos frente a aquella acción totalizadora y absorbente, y vuelve sus ojos confiadamente hacia el Poder Judicial que aparece como último baluarte de defensa de su libertad y de sus derechos. Es altamente significativo a este respecto, y bien valdría la pena meditar en ello, el que la Constitución francesa de 1958 defina precisamente a la autoridad judicial como la salvaguardia de la libertad individual.

Es verdad que los historiadores modernos han desarrollado una aguda sensibilidad para la diversificación de los eventos. Cada suceso se considera como único, de lo que se desprende que la actitud de los historiadores de nuestros días podría expresarse mejor con la fórmula: "La historia nunca se repite" que con la máxima de Cicerón.

Sin duda alguna, los acontecimientos históricos son únicos cuando se ven desde la perspectiva de los historiadores profesionales. Si utilizamos lentes tan poderosos como los de ellos, cada manzana parecerá también que es única. No obstante, no quiere decir que en botánica no podamos hablar de "la manzana" en general. Cada ser humano en particular también es único,

Artículo: Reflexiones en torno al memorandum elaborado por la H. Comisión Redactora de la reforma o la nueva Constitución Política..
Revista: Nº161, año XLI (En-Jun, 1974)
Autor: Sergio Galaz Ulloa

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

pero los sociólogos y demás personas que se ocupan de las ciencias sociales tendrían que buscarse otro empleo, si no reconociéramos el hecho de que, para ciertos fines, podemos considerar a los individuos como si fueran iguales. **Mutatis mutandis,** hay bastantes repeticiones en la historia para permitirnos aprender, si sabemos cómo, una buena cantidad de cosas del pasado porque éste no es sólo lo pretérito. Así pues, todo lo que estoy dispuesto a conceder es que desgraciadamente es enteramente cierto —como Bernard Shaw agudamente observó— que aprendemos por experiencia que los hombres nunca aprenden por experiencia. Sin embargo, ésta no es razón para exaltar la ignorancia, y ciertamente no estaremos mejor sin visión ni conocimientos históricos.

En realidad, no tenemos alternativa. Explícita o implícitamente, muchas de nuestras aseveraciones se basan en ejemplos y pruebas sacados del pasado. Y es difícil concebir cómo podría ser de otra manera y cómo podrían prescindir la teoría y la ciencia de la política del campo de pruebas de la historia. En la investigación empírica, la lógica es un instrumento de rectificación, es decir, el método lógico es solamente un método que no puede probar **per se** que una declaración empírica **tenga** que ser cierta. Por otra parte, la historia es el único laboratorio experimental en gran escala que tenemos. Así, la teoría y la ciencia política llegan a conclusiones empíricamente válidas hasta el grado en que elaboren un conjunto sistemático de predicciones basadas en el testimonio histórico.

Por consiguiente, creo que hoy como ayer, libertad y legalidad están ligadas, porque la única forma en que sabemos organizar un sistema político que no sea opresivo consiste en despersonalizar el poder, colocando el derecho por encima de los hombres. Pero esta vinculación nunca ha sido tan precaria como ahora. Cuando el imperio de la ley se convierte en el gobierno de legisladores, queda abierto el camino, al menos en principio, hacia una opresión "en nombre de la ley", que no tiene precedente en la historia de la humanidad. Queda abierto, repito, a menos que retornemos al Estado Constitucional con renovado vigor y atención despierta.

Esta tesis no tiene nada de legalista. Creo en la ley como instrumento esencial de la libertad política, pero sólo mientras esta libertad sea la base y condición de todo lo demás. En otras palabras, nuestras libertades están protegidas hoy día por los "derechos" y no por la ley-como-forma, a la que tantos juristas parecen atenerse. Y nuestros derechos son la institucionalización de una libertad **de,** el atavío jurídico de una libertad concebida como ausencia de restricción. Es en este sentido, y estrictamente en estas condiciones, en que he subrayado que sólo la libertad conforme a derecho, sólo un sistema constitucional que sea ins-

Artículo: Reflexiones en torno al memorandum elaborado por la H. Comisión Redactora de la reforma o la nueva Constitución Política..
Revista: Nº161, año XLI (En-Jun, 1974)
Autor: Sergio Galaz Ulloa

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

trumento regulador impersonal (no el poder popular como tal), han sido, y siguen siendo los guardianes de las sociedades libres.

No quiero decir de ninguna manera con esto que el problema de la libertad se haya agotado con la solución liberal, o que no sea importante complementar una libertad vista como no restricción, añadiéndole una libertad **para** y un poder sustantivo para. Pero es igualmente importante llamar nuevamente la atención hacia el debido enfoque del problema de la libertad política, porque es la libertad **de** y no la libertad **para** la que marca la línea divisoria entre la libertad y la opresión políticas. Cuando definimos la libertad como poder **para,** el poder **para** ser libres (de los ciudadanos) y el poder para ejercer coerción (del Estado) se entremezclan fácilmente, lo que se debe a que esa libertad positiva puede usarse en todas direcciones y para cualquier fin.

Por lo tanto, las libertades llamadas democráticas, social y económica presuponen la técnica liberal de manejar el problema del poder. Y quiero acentuar el calificativo de liberal, porque ha venido a ser importante no confundir la noción liberal de libertad, que es perfectamente clara, con las múltiples y oscuras nociones que pueden derivarse de la fórmula de las "libertades democráticas" de que tanto se ha abusado. Cierto es que los ideales democráticos dan fuerza a la libertad del liberalismo al convertir una "posibilidad de" en un "poder para", sumando al derecho de ser iguales, las condiciones de igualdad. Pero, por mucho que la democracia impregne el liberalismo y lo amolde a sus metas, no veo cómo podamos distinguir y extraer de la necesidad de libertad como no restricción, una segunda forma de libertad política **sui generis.** A la pregunta de si podemos oponer a la libertad **de** otras formas más tangibles de libertad, yo contestaría: Otras libertades sí, desde luego, pero otra clase de libertad política no, puesto que no existe.

No se me oculta, por otra parte, cuán ardua será la tarea de la Comisión si, como aparece de la enunciación de propósitos, lo que se desea estructurar en Chile es un sistema democrático, como quiera que la democracia política es la más difícil de todas las empresas democráticas, es decir, la que funciona en las condiciones más precarias. Aunque la democracia en su sentido político representa la connotación más antigua y persistente de la idea de democracia, su largo historial sólo confirma que es la realización más decepcionante. Como sistema político, la democracia tiene que someter las múltiples voluntades de millones de personas dispersas a una sola autoridad y esto significa que las condiciones en que tiene que obrar no son sino una remota aproximación a las circunstancias óptimas que prevalecen en los grupos primarios y en las pequeñas comunidades integradas.

Artículo: Reflexiones en torno al memorandum elaborado por la H. Comisión Redactora de la reforma o la nueva Constitución Política..
Revista: Nº161, año XLI (En-Jun, 1974)
Autor: Sergio Galaz Ulloa

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Creo que tanto el jurista como el político han prestado poca atención al hecho de que entre una democracia de persona a persona y un sistema democrático en gran escala hay un abismo. En efecto, cuando se acuñó la palabra democracia, el pueblo a que se refería era el demos de una polis griega, esto es, una pequeña comunidad estrechamente unida. De ahí que cuando se habla de pueblo acuda a nuestra mente el recuerdo del demos griego, pero la verdad es que mientras mayor se haga una población, menos puede el concepto de pueblo designar una comunidad real, y más tiende a denotar una ficción lógica.

Las anteriores observaciones se vinculan con el propósito que se advierte en los redactores de la reforma de lograr u obtener una participación más activa del pueblo en la gestión gubernamental, en la inteligencia que mientras mayor sea la participación que se acuerde al pueblo, más democrático es el sistema que así lo consagra. Pienso, sin embargo, que la participación por sí sola poco o nada aporta a la solución de los problemas que debe encarar el Estado moderno. Y me atrevería a añadir que ninguna solución aporta al problema de la libertad política.

En efecto, como se ha expresado, hoy no vivimos en una polis, ni siquiera en una metrópolis, nuestra sociedad es una megalópolis. Nada hay más opuesto a ese todo orgánico deificado por los románticos que la sociedad moderna. Hoy "el pueblo" representa una sociedad sumamente inestable, atomizada y sin normas. Y ha sido la recaída en las soluciones dictatoriales la que ha llamado la atención de los escritores contemporáneos hacia esta realidad del demos moderno, cuya sensación de aislamiento y el correlativo miedo a la libertad lo singularizan. Por esto es por lo que en la actualidad se observa una tendencia cada vez más acentuada a usar el vocablo "las masas" en lugar de "el pueblo", en razón de la profunda transformación producida por la pérdida de la comunidad. "La estructura de grupo primario de nuestra sociedad se ha aflojado, ciertamente, y las relaciones inmediatas de vecindad, empleo y asociación son incapaces de llenar el enorme vacío que nuestro impetuoso mundo nuevo ha producido. El individuo se siente aislado, extraño y ajeno a sí mismo. En una palabra, se siente desarraigado. Es por esto que pedimos tan insistentemente la integración social, y que hablemos tanto de la socialización del hombre. Y esta es la razón de que la denominación adecuada para nuestra sociedad deba ser "sociedad de masas". Ahora bien, debe subrayarse que hombre de masa y pueblo de masa están en las antípodas de la sociedad equilibrada y ordenada que requiere un gobierno del pueblo. Se ve pues que el demos a que aludían los griegos en su definición fue sepultado hace siglos y que si no tenemos esto presente, edificamos sobre cimientos que ya no existen.

Artículo: Reflexiones en torno al memorandum elaborado por la H. Comisión Redactora de la reforma o la nueva Constitución Política..
Revista: Nº161, año XLI (En-Jun, 1974)
Autor: Sergio Galaz Ulloa

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Para que la democracia sea real la asignación nominal del poder y su ejercicio efectivo no deben quedar en las mismas manos. De manera que "poder del pueblo" es solamente una expresión elíptica. En efecto, esa frase describe unicamente el inicio del proceso político, pero lo deja suspendido en el aire, porque es evidente que el poder se ejerce sobre alguien y gobernar presupone la existencia de los gobernados, de modo que lo pertinente sería preguntar: ¿Poder del pueblo sobre quién? Más claramente formulada la pregunta: ¿quiénes son los súbditos de la soberanía popular? Si la expresión se ampliara, diría: "Democracia es el poder del pueblo sobre el pueblo". Pero es evidente que en tal caso el problema toma un aspecto completamente diferente, toda vez que el punto crítico y decisivo es el retorno del poder y no su ida. Si no se vigila este paso, si en el proceso de transmisión del poder los controladores pierden el control sobre los controlados, el gobierno sobre el pueblo está en peligro de ser totalmente ajeno al gobierno del pueblo.

En razón de lo anterior, creo que podemos convenir en que Democracia es un sistema político en el cual el pueblo ejerce el poder hasta el punto en que tiene facultad para cambiar a sus gobernantes pero no hasta el punto de gobernarse a sí mismo. De esto se desprende que la única manera en que el pueblo soberano puede conservar el grado de poder que necesita y que es capaz de ejercer, es no dando a sus gobernantes un poder ilimitado. Esto significa que un sistema puede subsistir como democracia, sólo cuando el principio "Todo el poder para el pueblo", se va modificando gradualmente a medida que la democracia se aproxima a su plenitud, hasta llegar al "Todo el poder para nadie".

Podemos convenir en que la cuestión de que la democracia directa sea preferible es una de aquellas que la razón contestaría en una forma, pero que la experiencia histórica nos induce a contestar en otra. Como cuestión de principio, es probable que nadie niegue que quien ejerce el poder por sí mismo debería estar en mejor situación que quien lo delega en alguien más y que un sistema basado en la participación es más seguro que otro basado en la representación. ¿Y cómo podemos negar lógicamente que la democracia directa es una democracia más genuina? Sin embargo, es imposible tener democracia directa a distancia, tener un sistema de autogobierno cara a cara entre ausentes. Cuanto mayor sea el número de personas afectadas menos efectiva es su participación. En este aspecto cuantitativo, la noción de autogobierno se diluye fácilmente hasta el punto de desaparecer.

Los dos sistemas no son, por lo tanto, alternativas entre las que se puede escoger basándose en gustos personales. Creo

Artículo: Reflexiones en torno al memorandum elaborado por la H. Comisión Redactora de la reforma o la nueva Constitución Política..
Revista: Nº161, año XLI (En-Jun, 1974)
Autor: Sergio Galaz Ulloa

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

que sólo nos estamos engañando si consideramos el referendum y la iniciativa popular de legislación como equivalentes y sustitutos modernos de la democracia directa.

Aunque las llamadas formas de integración directa de la democracia representativa funcionaran como agradaría a quienes por ellas abogan (y no es tal el caso), seguirán siendo incapaces de transformar un sistema representativo en semidirecto. Como dice un jurista con innegable acierto, si pongo una gota de tinta en la bañera, puedo decir que he producido agua teñida o tinta aguada; pero subsiste el hecho de que, aunque podría cómodamente tomar un baño en esa agua, no me sería posible usarla para escribir y el efecto real de introducir el referendum y la iniciativa popular legislativa, como formas de "integración directa" de la democracia es aproximadamente el mismo; sólo hace más dificultoso el sistema representativo. La principal razón de esto, es que en las presentes circunstancias las técnicas de gobierno directo se revelan como lo que realmente son: como técnicas muy rudimentarias que solamente pueden funcionar en situaciones muy sencillas para resolver problemas elementales.

Creo, además, que la participación del ejercicio del poder no implica necesariamente la libertad individual. Mi libertad vis a vis del poder político, no puede derivarse de la partícula infinitesimal de ese poder, por medio de la cual concurro con los demás en la creación de las reglas a que deberé estar sujeto. Por lo tanto, nuestro principio de la limitación y control del poder no significa que estemos obteniendo más por pedir menos, sino más bien que tratamos de resolver el problema de proporcionar libertad segura a cada individuo.

Es, por lo tanto, necesario encarar con la mayor claridad el problema de la soberanía popular o "poder popular" a fin de que ella no funcione como una aplanadora como ocurrió en Grecia en donde todo lo que la multitud aprobaba se convertía en ley, sin trabas en el ejercicio de un poder ilimitado. Bryce pudo así comentar con toda razón que "Impacientes ante las restricciones, aun ante aquellas que por ley se habían impuesto, ellos (el pueblo) gobernaban como un déspota, justificando la máxima de que nadie es lo bastante bueno para que se le confíe un poder absoluto". Y, tal vez por lo mismo, Hamilton tenía toda la razón cuando expresó sus temores diciendo: "Dad todo el poder a los muchos y oprimirán a los pocos. Dad todo el poder a los pocos y oprimirán a los muchos". Esto es perfectamente cierto, pero el secreto de la democracia radica precisamente en no dar todo el poder ni a los pocos ni a los muchos, sino en distribuirlo por turnos y conjuntamente entre unos y otros.

Artículo: Reflexiones en torno al memorandum elaborado por la H. Comisión Redactora de la reforma o la nueva Constitución Política..
Revista: Nº161, año XLI (En-Jun, 1974)
Autor: Sergio Galaz Ulloa

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Si la soberanía popular está llamada a desempeñar un papel constructivo, no debe absorber todos los demás elementos del proceso político, sino que, por el contrario, debe ser absorbida por ellos. En el proceso de tomar decisiones de los sistemas liberal-democráticos, el elemento puramente democrático es el más perceptible, pero de ninguna manera **es el** factor determinante. No es la soberanía popular en sí, como quiera que se la interprete, la causante del correcto funcionamiento de nuestros sistemas políticos. Tienen que entrar en juego otros factores decisivos, si se quiere que el principio de democracia produzca un resultado democrático, esto es, una sociedad libre en la que el pueblo, por ser libre, está en situación de ejercer realmente un poder que le pertenece.

Aunque la deontología asigna un lugar prominente a la soberanía popular, todos sabemos que la democracia no puede reducirse a eso. Siempre que el pueblo ha hecho uso de su soberanía para sancionar el advenimiento de un Dictador —y desgraciadamente el caso ya no es raro— hasta el más ferviente demólatra sostiene que tal régimen no es democrático. ¿Con qué derecho? Porque, evidentemente, no creemos que la democracia equivalga **sólo** al poder popular. De otra manera, tendríamos que considerar democrático cualquier sistema que el pueblo pareciera consentir.

Quiero expresar, finalmente, que también había formulado algunas reflexiones relativas a la descentralización administrativa que el Memorandum no consideraba, por lo menos de manera expresa, pero habiendo informado recientemente la prensa que la reforma en este punto ya ha sido despachada y sometida a la consideración de la H. Junta, detentora del Poder Constituyente, he preferido como es obvio, suprimir todo lo concerniente a este punto.