

DISCURSO INAUGURAL

*Sergio Gaete R. **

Las IX Jornadas de Derecho Público, cuya organización ha correspondido a la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, han sido convocadas por ella en torno al tema de "La Nueva Institucionalidad en una Constitución Plena".

Institucionalidad y Constitución son términos indisolublemente ligados, ya que ésta es la principal expresión normativa de aquélla en un ordenamiento jurídico dado.

Por otra parte, ambos conceptos denotan un contenido variable de equilibrio y dinámica del Poder, según los distintos casos o elementos constitutivos propios de una concreta Institucionalidad o Constitución.

A su vez, el Poder se sitúa en el umbral de la regulación jurídica y de la necesidad del Derecho, motivo por el cual parece oportuno en esta oportunidad hacer de una breve reflexión sobre estas materias un camino inicial propicio para el posterior desarrollo de los temas fundamentales que se abordarán en torno a la Institucionalidad y la nueva Constitución en nuestra concreta realidad nacional.

El Derecho, como instrumento de justicia, de bien común, de seguridad, de certeza y de paz, se sitúa entre los extremos de la dominación de los súbditos por el poder total ejercido por un soberano sin límite ni freno a su voluntad y la anarquía de la completa e irrestricta libertad de un conglomerado humano que actúa sin otras limitaciones que las inherentes a la debilidad de cada cual para imponer respecto de los demás la esfera de su libre actuación.

El Derecho, como norma de conducta de carácter obligatorio al que por igual se sujetan gobernantes y gobernados, constituye un elemento distributivo de libertad y de poder entre ellos que, en cuanto tal, describe una determinada Institucionalidad que se inserta en algún punto del ancho espacio existente entre los señalados extremos del poder soberano absoluto y de la anarquía.

Surge de la consideración anterior un primer problema que es menester dilucidar: ¿constituirá verdadero Derecho aquel cuya Institucionalidad se sitúe en una zona demasiado próxima a alguno de los señalados externos? La respuesta debe ser negativa.

* Profesor Titular, Decano Facultad de Derecho, Universidad Católica de Chile; Presidente de la Comisión Organizadora.

En efecto, si la proximidad al régimen que hemos denominado de anarquía hace que las libertades individuales no puedan ser reguladas por un adecuado aparato coercitivo, que impida que las facultades y derechos subjetivos florezcan al amparo del poder de quienes puedan imponerlos sobre los demás y no como fruto de la axiología, de la estimativa jurídica y de los valores que han inspirado la sanción y promulgación positiva de esas facultades, no habrá verdadero derecho. No tendrá eficacia el Derecho vigente por la imposibilidad de su imposición forzada en resguardo de una esfera de libertad que desborda los fines de regulación social del Derecho.

Por otro lado, si la proximidad al régimen que hemos llamado de poder soberano absoluto anula y conculca las libertades y facultades fundamentales del hombre, tampoco habrá verdadero Derecho, ya que esta vez el vigente sería contrario a los derechos subjetivos anteriores y superiores al Estado, respecto de los cuales el Derecho Positivo se encuentra en inferior rango jerárquico de primacía. No debe olvidarse que el Derecho Positivo es declarativo del Derecho Natural, pues la autoridad civil expresa en leyes los principios dictados por la razón natural y añade las reglas convenientes para su debida aplicación. El Derecho Natural y el Derecho Positivo formulan un sistema unitario de organización jerárquica, pues las normas positivas se desprenden de los principios éticos fundamentales. Como anota Carnelutti, la superioridad del Derecho Natural sobre el positivo está simbolizada en la sencillez del Decálogo comparada con la complicación del Derecho Penal.

Ahora bien, descartando los extremos antes señalados y las zonas que por su proximidad con ellos privan de eficacia al Derecho o lo tornan incompatible con el Derecho Natural, ¿en qué zona del restante espacio puede el Derecho situarse sin dejar de ser eficaz o sin perder su legitimidad? Tal interrogante no tiene una respuesta invariable. De acuerdo al Derecho, como instrumento ordenador de conductas, no puede establecerse por medio de una regla fija el grado de renuncia de las propias libertades para una pacífica convivencia que permita encontrar al grupo social de que se trate su bien común. Dependerá de las condiciones por las que atravesase ese grupo y serán ellas las que legitimen un grado mayor o menor de restricciones, según las que sean necesarias en el momento histórico de que se trate.

Conviene que la Institucionalidad puesta por el Derecho, sin dejar de ser cierta y uniforme en el respeto de las libertades individuales y de las estructuras de poder y de su control, sea lo suficientemente flexible para que por la vía de ella misma pueda perdurar y protegerse sin necesidad de la modificación revolucionaria de la Constitución que la consagre.

Se presenta un segundo problema, no menos importante que el anteriormente esbozado, cual es el de determinar a quién corresponde la facultad

de dotar y modificar la Constitución que contemple los lineamientos básicos de la Institucionalidad.

Sobre esta materia, tradicionalmente se distingue entre el Poder Constituyente Originario y el Poder Constituyente Derivado. En virtud del Poder Constituyente Originario es que la comunidad se da por vez primera un ordenamiento jurídico, o bien lo vuelve a crear con independencia del anterior en forma revolucionaria. En virtud del Poder Constituyente Derivado se procede a la reforma de la Constitución, de conformidad con el sistema que ella misma contemple al efecto.

La diferente naturaleza de ambas clases de Poder Constituyente resulta evidente. En efecto, mientras el Poder Constituyente Derivado debe sujetarse al marco de regulación constitucional en que descansa y se encuentra, por lo tanto, limitado y sujeto al Derecho instituido en su ejercicio y titularidad, el Poder Constituyente Originario no reconoce limitación formal alguna en su ejercicio, ya que el ordenamiento jurídico positivo fundamental será precisamente el resultado de su ejercicio, sin que pre-exista otro alguno vigente al cual deba sujeción. Es por ello que, por su naturaleza, todo lo correspondiente al Poder Constituyente Originario no pertenece propiamente al mundo jurídico instituido.

La fundamentación, ejercicio, límites y titularidad del Poder Constituyente en etapa de primigenidad deberá buscarse, pues, en un Derecho superior al positivo. Por lo tanto, debe encontrarse en el Derecho Natural.

Con respecto al Poder Constituyente Originario en sí mismo, se constituye en una competencia que no se encuentra dada sino determinada por la necesidad que surge de la sociedad misma de dotarse de una Institucionalidad que sirva de soporte a un ordenamiento jurídico que permita la convivencia colectiva. Su fundamento existencial se encuentra, pues, en último término, en la naturaleza humana, cuya doble dimensión espiritual y material exige al hombre la convivencia con sus semejantes en sociedad.

En consecuencia, cada vez que surja un Estado nuevo o que se produzca el rompimiento de una Institucionalidad jurídica anterior, se hará menester, por imperativo de la convivencia social, estructurar y crear una primera o nueva Institucionalidad que permita al respectivo conglomerado humano la obtención de su bien común, es decir, el orden de la sociedad que haga posible lograr la perfección de sus miembros. Al establecer la Institucionalidad y todo el ordenamiento jurídico, primero en el ejercicio del Poder Constituyente Originario y luego a través de los Poderes Constituidos, se da concreción al Derecho Natural, en el que el Estado tiene su propio fundamento. La ley se busca en la naturaleza humana y en la historia, a partir de verdades trascendentales que limitan la arbitrariedad y van forjando el derecho en continuo anhelo de mejoramiento, siempre con ayuda de los datos que proporciona la razón y la historia.

El ejercicio del Poder Constituyente Originario, como quiera que no está subordinado a una Institucionalidad anterior, no reconoce en lo formal límite alguno. De ello se sigue que en cuanto el procedimiento adoptado sea eficaz para lograr el objetivo que se persigue de dotar a la comunidad de que se trate de una Institucionalidad básica que sirva de sustento de su ordenamiento jurídico positivo, cualquiera que sea el procedimiento que se emplee será válido.

Desde el punto de vista substancial, el ejercicio del Poder Constituyente Originario es también ilimitado, en cuanto la Constitución primigenia del Estado y de las bases del ordenamiento jurídico puede efectuarse con una amplia y discrecional potestad para elegir el régimen político que se considere más adecuado y para reglar la organización y funcionamiento del gobierno, así como las relaciones entre éste y los habitantes. Sin embargo, dicha ilimitación es únicamente positiva, sin que puedan violarse los límites impuestos por el Derecho Natural, derivados de la naturaleza del hombre y que ningún procedimiento, mayoría ni unanimidad podría contrariar sin apartarse del Proyecto Creador y de sus fines trascendentales. Del mismo modo, no podría dejarse de respetar las características que históricamente configuren la sana identidad y el ser propio normal del cuerpo social que se regule, en cuanto ellas no sean contrarias al Derecho Natural, ya que éste y la costumbre habrán adquirido una vigencia que, si bien extrajurídica, conviene respetar en pro de la mantención de los elementos que hayan probado servir a la causa de la perfección del cuerpo social. Por el contrario, aquellos que se hayan demostrado como perjudiciales a dicha finalidad, deberán extirparse, constituyendo tal imperativo, en cuanto debe cumplirse en el ejercicio del Poder Constituyente Originario, una limitación del mismo, justificada con el deber de apartarse de todo aquello que desvía al hombre de su camino de perfección y de los medios que le sirven para socorrerlo.

En relación con la titularidad del Poder Constituyente Originario, del mismo modo como lo concerniente a su fundamentación de existencia, ejercicio y límites escapan a la regulación jurídico-positiva, esta última materia es también, como se dijo, de regulación normativa supra-positiva.

Si el Poder Constituyente Originario sirve a la ordenación institucional de un conglomerado humano que presenta factores que lo aglutinan y le dan un ser moral, que hace necesaria e indispensable esa ordenación, en principio corresponderá a todos los integrantes del conglomerado humano el dotarse de la Institucionalidad que convenga a sus propias características, y en ellos residirá, consecuencialmente, el Poder Constituyente que les permitirá añadir a la identidad de su ser moral, la consecuente personificación jurídica e institucional.

Recordemos que el Poder Constituyente Originario precisa de su ejercicio cuando la comunidad se da por vez primera un ordenamiento jurí-

dico, esto es, cuando nacen nuevos Estados, o bien cuando lo vuelve a crear con independencia del anterior en forma revolucionaria.

Lo anteriormente dicho respecto de la residencia de la titularidad del Poder Constituyente en los integrantes del conglomerado humano que se organiza jurídicamente, vale respecto del surgimiento de nuevos Estados y encuentra su fundamentación en el derecho natural que compete a todos los miembros de una sociedad para reglamentar su participación en ella, su estructura y órganos de expresión de la voluntad colectiva.

Sin embargo, tratándose de una sociedad como aquella que personifica el Estado, el inmenso número de sus miembros en relación con la posibilidad de que todos ellos concurren libre, espontánea e ilustradamente a consentir en todos los aspectos normativos de la Institucionalidad que convenga al Estado en ciernes, plantea un problema práctico insuperable, aun en el orden jurídico natural, que es aquel en que hemos situado la fundamentación del Poder Constituyente en su existencia, límites y titularidad.

Podría pensarse que este problema encuentra solución en el establecimiento de un sistema de consentimiento mayoritario, de tal suerte que, residiendo el Poder Constituyente en el pueblo, o nación, es decir, en el sustrato material del Estado, sería la mayoría de las personas que lo integran la que legítimamente podría ejercerlo. Tal sistema no resuelve el problema planteado. En efecto, en esa hipótesis, ¿quién o quiénes determinarían la mayoría necesaria para el ejercicio del Poder Constituyente Originario? ¿Qué legitimación jurídico natural tendrían para establecer una mayoría determinada? ¿Conforme a qué procedimiento se determinaría la concurrencia de la mayoría que fuere establecida? Si en el sufragio universal se pensare, para elegir por la mayoría que se estableciese a un cuerpo legislador o asamblea constituyente, ¿cuáles serían las estructuras institucionales que tendrían a su cargo la organización y control de los comicios, que no podría haberlas ya que del nacimiento de un nuevo Estado y de su institucionalidad primigenia se trataría? Igual interrogante cabría formularse si se pensara en una consulta plebiscitaria respecto de una Constitución que se sometiese a la aprobación del conglomerado humano y, en esta hipótesis, cabría también preguntarse, ¿quiénes tendrían titularidad para convertirse en Poder Preconstituyente Originario que tuviere competencia para elaborar el correspondiente texto constitucional? ¿Nuevamente sería todo el pueblo? Y si sólo algunos de sus integrantes, ¿en virtud de qué criterio selectivo?

Ninguno de los interrogantes planteados ni muchos otros que podrían seguir formulándose en torno a este problema encuentra una respuesta adecuada en el orden jurídico-natural, ya que, conforme a éste, es en todos los miembros de la comunidad en quienes reside el Poder Consti-

tuyente y, aún en el caso de encontrarse justificación jurídico-natural a su ejercicio por una determinada mayoría, el único sistema válido de constatación de la misma, al no existir estructuras institucionales anteriores a la primera Institucionalidad que se trata de crear, sería el control de todos por cada uno de los miembros de la colectividad, lo cual nos vuelve al problema de la imposibilidad práctica de su ejercicio en comunidades que, a diferencia de los primitivos núcleos sociales, cuentan con gran número de personas.

En consecuencia, la solución del problema planteado, es decir, la justificación de la titularidad del Poder Constituyente en una persona o conjunto de personas distintas de todo el cuerpo social o de una mayoría del mismo, pertenece al campo de lo parajurídico, aun en el orden del Derecho Natural, pero recibe, sin embargo, como se verá, una convalidación jurídica *a posteriori* conforme al mismo Derecho Natural.

En efecto, el punto de desarrollo en que un conglomerado humano precisa de una Institucionalidad que permita su posterior evolución dentro de una estabilidad jurídico política, perfila entre sus miembros —personas o grupos— que se destacan por el ejercicio de una autoridad, si bien no instituida, aceptada por el resto del cuerpo social, que los coloca en condiciones de poder establecer una determinada Institucionalidad, sin sujeción o formalidad alguna o a las que de facto estimen adecuado implementar. La así naciente Institucionalidad, si es rechazada por el cuerpo social que se niega a sujetarse a ella, no llegará a constituirse en tal, y la comunidad seguirá su inestable camino en búsqueda de su identidad jurídica. Pero bien puede producirse un acatamiento tácito de la naciente Institucionalidad, si sin formalidad alguna se constata la aprobación popular por su espontánea y pacífica inserción dentro del nuevo orden establecido. Como también puede producirse un acatamiento expreso de la naciente Institucionalidad si, a través de los mecanismos que ella misma contemple al efecto, reciba el sancionamiento popular. Ahora bien, en ambas hipótesis de acatamiento tácito o expreso del orden constitucional de que el nuevo Estado se dote, se habrá purgado la ilegitimidad originaria de quienes se arrogaron la titularidad del Poder Constituyente. Tal legitimación, en una visión fenomenológico del Derecho, encontrará fundamentación jurídica para quienes piensan que la realización o cumplimiento mismo del deber ser forma parte del Derecho, además de los principios axiológicos en que el deber ser descansa y del orden normativo natural que lo contiene. No hacemos referencia en este caso al orden normativo positivo, ya que la justificación del establecimiento del primer ordenamiento positivo, como ha quedado dicho, no puede tener este mismo carácter. O bien, encontrará una fundamentación jurídica en el principio de Derecho Natural que postula la con-

validación jurídica de lo obrado por otro sin poder suficiente, por la ratificación de aquel sobre quien deban recaer los efectos de lo obrado. Siguiendo uno u otro camino, o conjugando ambos, podremos, por consiguiente, sostener que, si en principio el Poder Constituyente Originario reside en el pueblo, a nombre de éste lo detenta legítimamente por ulterior convalidación aquel o aquellos que se encuentren en condiciones de poder establecer una Institucionalidad que reciba el acatamiento popular.

En cuanto a la titularidad del Poder Constituyente Originario en virtud del cual se vuelve a crear en forma revolucionaria un ordenamiento jurídico básico, con independencia del anteriormente existente, es ésta una materia de mucho mayor vigencia que la anterior, ya que siendo muy poco frecuente en el mundo actual el florecimiento natural de nuevos Estados, son, en cambio, de suma frecuencia las transformaciones institucionales que rompen la lógica normativa de creación regular del derecho establecida por un ordenamiento jurídico.

Para determinar en estos casos la titularidad del Poder Constituyente Originario, en cuyo ejercicio se implanta una nueva institucionalidad, es menester distinguir si el rompimiento de la anterior institucionalidad proviene de una revolución legítima o ilegítima.

Habrá revolución legítima cuando ella se haga en el ejercicio del derecho de rebelión respecto de los que, conforme a la Institucionalidad vigente, detentan el poder. Será ilegítima la revolución, cuando se haga para usurpar un poder legítimamente ejercido a cuando no se cumplan con todos los requisitos que autorizan el ejercicio del derecho de rebelión.

Ahora bien, comenzando por el caso de una revolución estimada como ilegítima, cabe también distinguir dos situaciones.

Si la nueva Institucionalidad propuesta por los que encabezan la revolución recibe un acatamiento espontáneo por parte de la comunidad, en forma tácita o expresa, ello será un indicio de que, o la revolución no es efectivamente ilegítima, o que, habiéndolo inicialmente sido, el pueblo hace suyo no obstante lo actuado y opta por la nueva Institucionalidad. En tal caso, la titularidad del Poder Constituyente Originario en los que encabezan la revolución quedará legitimada *a posteriori* del mismo modo como en el caso del nacimiento de un nuevo Estado.

Si la nueva Institucionalidad propuesta por los que encabezan una revolución ilegítima no recibe el acatamiento espontáneo del pueblo, se producirá la contrarrevolución o guerra civil o el sometimiento forzado de la colectividad a la nueva Institucionalidad. En este caso, la nueva Institucionalidad no será el resultado del ejercicio legítimo de un Poder Constituyente Originario ni habrá residido éste legítimamente en los que la establecieron, ya que su imposición forzada al pueblo significará que

ella no se inserta en la zona en que se mueve y rige el Derecho, zona que, como se dijo al comienzo de estas ideas, abarca un tramo que, desde el punto equidistante de los extremos de la anarquía y del poder absoluto, recorre una determinada extensión hacia cada uno de ellos. La revolución habrá dado lugar, en tal caso, a un régimen totalitario, en el que no se da la posibilidad de una legítima titularidad y ejercicio del Poder Constituyente Originario, que sólo puede dar lugar a un Estado de Derecho.

Finalmente, si la revolución es legítima, el Poder Constituyente Originario para el establecimiento de la nueva Institucionalidad reside en quienes encabezan la revolución. En efecto, si la revolución tiene un efecto destructivo de la Institucionalidad vigente, ya que con prescindencia de ella advienen al poder quienes la dirigen, y si ello resulta legítimo por ser fruto del derecho de rebelión, es obvio que al efecto derogatorio de las normas constitucionales que regulan los poderes públicos se sigue coetánea y consecencialmente un efecto creador de una nueva Institucionalidad en que todos o algunos de ellos pasan a ser ejercidos legítimamente por otras personas y de conformidad al nuevo estatuto jurídico que para su ejercicio ellas mismas dicten. Si de la legitimidad de la revolución y del consecuente legítimo nacimiento de un nuevo gobierno, se deriva la derogación de la Constitución en todo aquello que pugna con el ejercicio de la autoridad por el nuevo gobierno, preciso es concluir que en éste radica el poder de mantener, modificar o derogar la Constitución.

Ahora bien, si legítima y originariamente adquieren los nuevos gobernantes la Potestad Constituyente, por haber advenido al poder en virtud de una revolución legítima, ellos conservan y mantienen tal potestad mientras detenten el poder en aras del bien común. En efecto, la Potestad Constituyente Originaria es consubstancial e inseparable del ejercicio de las demás potestades de que se invisten los nuevos gobernantes ya que, de otro modo, el ejercicio de estas últimas tendría que subordinarse a unas normas constitucionales legítimamente derogadas, o bien, la regulación de su ejercicio carecería de fuerza constitucional, lo que equivale a asignarle el carácter de inconstitucional a tal regulación y ejercicio. Esto último estaría en pugna con la legitimidad de origen del nuevo gobierno, que no puede dar paso a una ilegitimidad de ejercicio, como lo sería un gobierno inconstitucional, sino por una causa nueva y suficiente que no existiera al tiempo de la revolución legítima.

En consecuencia, reside en los nuevos gobernantes revolucionarios el Poder Constituyente Originario, tanto para el establecimiento de la nueva Institucionalidad, que automáticamente se crea como consecuencia de la revolución, como para regular transitoria y definitivamente la nueva Institucionalidad.

En cuanto a la oportunidad y contenido de la regulación definitiva de la nueva Institucionalidad, no tendrán los mencionados depositarios del Poder Constituyente Originario limitación formal alguna y, substancialmente, no tendrán más límites, como anteriormente ha quedado dicho, que los derivados del Derecho Natural y de las características que históricamente configuren la sana identidad y el ser propio normal de la colectividad de que se trate.

He querido, al inaugurar estas Jornadas, esbozar las ideas precedentes sobre el Poder, la Libertad y el Derecho, como un modesto aporte al desarrollo de las mismas, que se sitúa en el umbral del establecimiento de una nueva Institucionalidad, bajo cuya consideración fundamental han sido convocadas en esta oportunidad.

Agradezco a todos los que han contribuido a la organización de estas Jornadas y a los señores profesores cuya presencia y participación hará sin duda que produzca frutos, en un análisis desprovisto de toda motivación ajena a lo académico y científico, cuya excelencia los haga merecedores de ser ofrecidos como un aporte universitario a la causa del establecimiento de la mejor Institucionalidad para nuestra querida patria.

Formulando votos por que así sea, con el auxilio de Dios, declaro inauguradas estas Novenas Jornadas de Derecho Público.