EL ESTADO DE DERECHO EN LA DOCTRINA Y PRACTICA INSTITUCIONAL CHILENA

ERIC EDUARDO PALMA GONZALEZ

UNIVERSIDAD NACIONAL
ANDRES BELLO

Mis sinceros agradecimientos a Juan Manuel Reveco, por su valioso aporte en la preparación de este libro.

A Carlos Schaerer, por sus comentarios al texto provisorio.

A la Universidad Nacional Andrés Bello, su Facultad de Ciencias Jurídicas y Humanidades, y en especial al Decano, Jaime Hales Dib, por el estímulo que me ha brindado para llevar adelante este trabajo.

A mis ayudantes de la Universidad Nacional Andrés Bello, por su interés permanente en el resultado de esta investigación.

A Ana Rosa Meyer y su paciencia para mecanografiar este trabajo.

A mis padres, a María Francisca y a nuestra pequeña Isidora.

Cuadernos Universitarios Serie Debates N° 3

Cuadernos Universitarios
UNIVERSIDAD NACIONAL ANDRES BELLO
Serie Debates N° 3
República 252
Santiago-Chile
Derechos Reservados
Registro de Propiedad Intelectual
Inscripción N° 67.814.

Portada: Pedro Garrido
Producción: Dirección de Extensión e Investigación. República 217
Impresión: Servicios Profesionales S.A. "Publicopra" Sazié 2264-B

Mayo 1994

2.1.3. Panorama de la doctrina en la segunda mitad del siglo XX (1950-1985). 33

CAPITULO III

USO DEL CONCEPTO EN LA PRACTICA POLITICO-INSTITUCIONAL CHILENA. 45

3.1. Consideraciones previas. 45

CAPITULO IV

UTILIZACION DEL CONCEPTO EN EL PERIODO 1970-1973. 49

4.1. El Gobierno de la Unidad Popular y el Estado de Derecho. 49

4.2. Las entidades opositoras al Gobierno de la Unidad Popular y el Estado de Derecho. 52

CAPITULO V

UTILIZACION DEL CONCEPTO EN LA ELABORACION DE LA CONSTITUCION DE 1980. 61

5.1. El Estado de Derecho en la Comisión de Estudios, elaboración y proposición de una nueva Constitución Política del Estado. 61

5.1.1. El Estado de Derecho identificado con el principio de legalidad. 62

5.1.2. El Estado de Derecho identificado con el respeto efectivo de los derechos humanos. 74

5.2. El Estado de Derecho en las Actas Constitucionales número 2 y 3 de 1976. 76

CAPITULO VI

CRITICA DE LA CONSTITUCION DE 1980 A PARTIR DEL CONCEPTO ESTADO DE DERECHO. (BREVES CONSIDERACIONES). 81

CONCLUSIONES. 85

ORIENTACION BIBLIOGRAFICA BASICA. 89

INDICE

PRESENTACION ____ 9

PROLOGO ____ 13

INTRODUCCION ____ 17

CAPITULO I

LA DOCTRINA JURIDICA EXTRANJERA ____ 19

1.1. Génesis del concepto. ____ 19

1.2. Transformaciones del concepto. ____ 21

1.2.1. Estado de Derecho Liberal. Estado de Derecho Social. Estado de Derecho Democrático. ____ 21

1.2.1.1. Estado de Derecho Liberal. ____ 21

1.2.1.2. Estado de Derecho Social. ____ 23

1.2.1.3. Estado de Derecho Democrático. ____ 24

1.3. Otros usos del concepto. ____ 26

1.3.1. Utilización del concepto prescindiendo de su carácter histórico. ____ 26

1.3.2. Desafortunada utilización del concepto Estado de Derecho en la obra de Hans Kelsen. ____ 27

CAPITULO II

EL CONCEPTO ESTADO DE DERECHO EN LA DOCTRINA CHILENA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO, CONSTITUCIONAL Y POLITICO. ____ 31

2.1. Etapas en la recepción del concepto. ____ 31

2.1.1. Panorama de la doctrina en el siglo XIX. ____ 31

2.1.2. Panorama de la doctrina en la primera mitad del siglo XX. ____ 32

Esta publicación del profesor Palma, por ejemplo, no es un trabajo final ni pretende agotar el tema. Es un aporte jurídico e histórico a una discusión que, si bien ha estado presente en los escenarios políticos, se ha mantenido sofocada en los círculos académicos, en los que se privilegian otros aspectos jurídicos menos conflictivos.

La experiencia de los últimos 20 ó 25 años en Chile demuestra la importancia del tema y de ello se ocupa el autor, entendiendo que no está todo resuelto, sino que la búsqueda recién comienza. La irrupción de los anglosajones en el debate, la reformulación en las vertientes hispanas, la elaboración propia de juristas de América Latina, son elementos nuevos que deberán considerarse en el futuro al tratar estos temas. El presente libro mira el tema del Estado de Derecho en la perspectiva histórica, analiza hacia atrás, pero no da pasos en la línea que señalo. Era necesario primero hacer este trabajo, para luego dar inicio a las discusiones que recojan lo más intenso de las elaboraciones del mundo actual.

No corresponde a esta presentación analizar la obra, pues eso lo hace el profesor Nogueira en las páginas siguientes.

Corresponde decir algunas palabras acerca del autor: académico riguroso y profesor exigente, metódico en el estudio, entusiasta de la Historia del Derecho, disciplina a cuyo cultivo dedica sus mejores esfuerzos, ha hecho una opción de vida por lo académico, postergando aspiraciones de éxito profesional o desarrollo político, vertientes ambas para las que demuestra especiales condiciones. Comparte sus esfuerzos entre nuestra casa de estudios y la Universidad de Talca.

Vinculado a las vertientes ideológicas socialistas, con formación en el pensamiento marxista, es un intelectual libre que está permanentemente revisando y reformulando, rechazando, por cierto los dogmas y las visiones rígidas a las que muchos se han sentido invitados por tanto tiempo.

Su vocación docente se hace patente cada día, no sólo en sus clases sino en los numerosos trabajos que realiza para perfeccionar sus propios conocimientos y sus métodos de enseñanza. En 1993 preparó para sus alumnos algunos materiales docentes que llamaron la atención de sus colegas por la originalidad pedagógica y la utilización puede considerarse por lo menos satisfactoria.

El profesor Palma ha sido acogido en un ambiente pluralista, que cree en la libertad y la excelencia. La vinculación dinámica entre estos tres elementos, permite entender

PRESENTACION

En razón de las funciones que cumplo en la Universidad, me ha correspondido presentar este libro del profesor Eduardo Palma González. Ello resulta ser para mí una grata oportunidad de celebrar, con este joven académico, un hito más en la tarea en la que se encuentra empeñada nuestra Facultad en el sentido de contribuir en todas las formas posibles al debate académico y al crecimiento de nuestro patrimonio intelectual.

El mundo contemporáneo nos plantea hoy innumerables desafíos y los temas de discusión en los ámbitos académicos, tal vez como pocas veces antes, presentan opciones que no sólo se refieren a las estructuras sociales o al desarrollo tecnológico, sino que afectan a la persona, su realización y su destino. En ese marco, los aportes integrados de la Ciencia Política, el Derecho, la Historia y otras de las llamadas ciencias humanas, constituyen un objeto de especial atención en los círculos universitarios de todo el mundo.

Nuestra Facultad, tal vez muy nueva aún, está ofreciendo a sus académicos la posibilidad de reflexionar, investigar, debatir. Y para ello, un instrumento eficaz -quizás el mejor- es la publicación del pensamiento, pues ello activa el intercambio y la discusión. Muchos de nosotros, llevados por un afán perfeccionista muy extendido en los círculos académicos chilenos, enfrentan la tarea de escribir y publicar como si acaso cada texto debiera ser una verdadera obra maestra. Nosotros lo hemos entendido de otro modo: es el modo eficaz que permite a un intelectual compartir sus puntos de vista y aportar en la disciplina en la que está inmerso. Por ello, incentivamos a los profesores y les ofrecemos espacios para que sus ideas, sus investigaciones, sus reflexiones puedan tomar forma de manuales, ensayos breves, divulgación de investigaciones, manuscritos para la discusión y de ese modo avanzar.

PROLOGO

El joven profesor de Historia del Derecho don Eric Eduardo Palma González nos presenta en su obra "El Estado de Derecho en la Doctrina y Práctica Político Institucional Chilena", un interesante ensayo sobre el concepto y el desarrollo histórico del Estado de Derecho y su uso en la Doctrina y el Ordenamiento Jurídico Nacional.

En el primer capítulo el autor se remonta a los orígenes del concepto de Estado de Derecho, que encuentra en la escuela alemana del derecho del primer tercio del siglo XIX, con Adam Müller (1809) y Carl Th. Welcker, aunque será Robert Von Mohl en 1829 y 1832 - 1833, quien le dará mayor consistencia y realizará un análisis más sistemático del Estado de Derecho en su versión liberal en su obra "La Ciencia Policial según los Principios del Estado de Derecho".

El profesor Palma reconoce como inherente a la concepción del Estado de Derecho, los principios del imperio de la ley; la distribución del poder del Estado en órganos diferentes que desarrollan los cometidos o funciones estatales; la sujeción de la administración al control jurisdiccional y la concepción y garantía de los derechos fundamentales, los que constituyen los principios copulativos y esenciales para poder hablar de la existencia de un Estado de Derecho. Concordemos, con el autor, que el Estado de Derecho tiene un contenido valorativo y substancial dado por los derechos humanos y su garantía efectiva, la concepción formalista y positivista que señalaba que todo Estado, por estar dotado de un ordenamiento jurídico era Estado de Derecho, como llegó a sostenerlo Kelsen en la primera mitad de nuestro siglo, le produjo un daño enorme a la concepción del Estado de Derecho, el que sólo puede realizarse en una perspectiva democrática, donde el ordenamiento jurídico sea expresión auténtica de la idea de derecho vigente en la sociedad y ésta se realice en el pleno respeto y garantía de los derechos humanos.

que la excelencia es un proceso y no una meta terminal, en el que, justamente por el pluralismo y el respeto y por la libertad intelectual, es posible siempre alcanzar alturas mayores. Esta Casa de Estudios se guía con esos criterios. Muchos no compartirán los puntos de vista aquí contenidos, pero ello no ha sido impedimento para su edición. Por el contrario, esperamos que resulte un aliciente que potencie los afanes creadores de nuestros académicos.

Queremos agradecer a la Vicerrectoría Académica, y a Francisco Luna en particular, el apoyo decidido que ha dado a la política de divulgación y edición que desde esta Facultad estamos impulsando. Los directores de las Escuelas y en este caso concreto el profesor Eduardo Saffirio, constituyen agentes entusiastas de la creación, la investigación y la extensión, tarea en la que los cuerpos académicos que han formado los secundan con singular entusiasmo.

Mis felicitaciones al profesor Palma y mis deseos que los lectores -académicos, jueces, políticos, abogados y estudiantes- aprovechen la obra y sientan que su espíritu agita las aguas de un cierto conformismo que se advierte en ambientes aledaños.

Jaime Hales Dib
Decano
Facultad de Ciencias Jurídicas y Humanidades

proteger y garantizar, constituyendo tales derechos un límite a la potestad pública y ello dentro de un régimen republicano y democrático.

El trabajo del profesor Palma tiene el mérito de poner de relieve las dificultades que la sociedad y el Estado chileno han tenido para poder establecer la vigencia de un Estado de Derecho y la necesidad de cuidarlo y desarrollarlo adecuadamente, buscando su profundización y enraizamiento no sólo en el ordenamiento jurídico, sino también en la cultura y en el comportamiento de los distintos actores políticos y sociales de nuestra comunidad nacional.

Humberto Nogueira Alcalá
Doctor en Derecho
Profesor de Derecho Político y Constitucional.

A su vez, no es posible considerar al Estado de Derecho sólo en una perspectiva sincrónica, su consideración debe realizarse en la perspectiva diacrónica, en su desarrollo histórico, lo que permite mostrar el paso del Estado de Derecho, de la realidad liberal del siglo XIX, a la concepción del Estado Social y Democrático de Derecho predominante en la segunda mitad del siglo XX. En efecto, se le han agregado al valor de libertad que presidía al Estado Liberal de Derecho, los valores de la igualdad y la justicia social, la concepción del Estado Gendarme ha sido sustituida por la del Estado promotor del bien común; el derecho de propiedad ha dejado de ser un derecho absoluto y pasa a ser un derecho limitado por su función social; los derechos civiles y políticos se han complementado con los derechos económicos, sociales y culturales; la economía libre ha pasado a ser una economía social de mercado, donde existen pluralidad de agentes económicos y modalidades de gestión empresarial en las que participan tanto los particulares como el Estado.

Uno de los aspectos más discutidos del Estado de Derecho es el principio de la supremacía constitucional y los mecanismos a través de los cuales se realiza el control de constitucionalidad, ya que diversos Estados a los cuales no sería posible discutir su carácter de Estados de Derecho, no establecen tal principio como es el caso de Inglaterra, Nueva Zelandia e Israel, puesto que carecen de Constitución rígida.

El autor pasa revista a la concepción limitada del Estado de Derecho en la perspectiva de los actores políticos y de los Tribunales de Justicia en el período 1970-1985 en Chile, donde a menudo se confundía la existencia de un ordenamiento legal con Estado de Derecho, aunque dicho ordenamiento jurídico no revistiera los caracteres sustantivos propios del Estado de Derecho, el único verdadero y auténtico, el que tiene por base la dignidad de la persona humana y cuyo norte es la realización, protección y garantía efectiva de sus derechos en un régimen democrático donde la ley es la expresión genuina de la voluntad del cuerpo político; donde las autoridades ejercen un poder que se encuentra distribuido entre distintos órganos y funciones con suficientes controles horizontales y verticales; y donde quienes detentan poder son responsables de sus actos, asumiendo las responsabilidades civil, penal, administrativa y política que deriven del mal uso de sus atribuciones.

Si bien los constituyentes de 1980 no tuvieron la suficiente claridad o voluntad para establecer la concepción del Estado de Derecho como principio constitucional, éste en la práctica se deduce del Capítulo de Bases de la Institucionalidad en sus artículos 6° y 7°, a los cuales dan substancia los artículos 1°, 4° y 5°, que concretan el reconocimiento de la dignidad de la persona humana, aseguran los derechos fundamentales como derechos inherentes al ser humano que el Estado sólo debe

2° La mayor precisión del Estado de Derecho. La tiranía en cuanto forma abusiva e ilegítima del ejercicio del poder nos remite fundamentalmente a nociones de justicia, a valoraciones éticas. La violación del Estado de Derecho en cambio se determina evaluando la conducta de los titulares del poder en relación con prescripciones de conductas establecidas en normas jurídicas positivas, demostrables, preestablecidas y rara vez controvertibles.

3° El mayor alcance del concepto Estado de Derecho. La noción que nos ocupa tiene un radio de acción mayor, involucra al Estado mismo y a la totalidad de sus órganos.

Me inspiran al realizar este trabajo varios objetivos fundamentales.

1° Destacar la importancia del término en el panorama conceptual del Derecho Público de nuestros días.

2° Alertar sobre las nefastas consecuencias que puede acarrear el desconocimiento de las transformaciones que ha experimentado su significado.

3° Destacar la importancia del concepto en la vida política y académica chilena a partir de la década de 1970.

4° Establecer el significado que se le otorga en Chile, tanto en la doctrina, como en la práctica político-institucional.

Los temas planteados en los puntos 1° y 2° los desarrollo en el capítulo I. Los siguientes en los capítulos II, IV, V, y VI. En ellos se procura demostrar que el concepto Estado de Derecho ha experimentado, desde su nacimiento, diversas transformaciones. Que no obstante el claro significado que ha tenido en su evolución, ha sido objeto, sin embargo, de deformaciones. Sostengo de hecho que Hans Kelsen hizo un pésimo uso del concepto.

Queda demostrado en nuestro trabajo que el uso del concepto por la doctrina chilena es tardío. Asimismo, que ella no tiene un manejo comprensivo de todos sus significados hasta avanzada parte importante de la década de 1980.

Procuro demostrar además que a partir de la década de 1970 se usa el concepto en la contingencia política, y con importantes consecuencias para el sistema político - institucional.

Finalmente me permito señalar las conclusiones que se derivan de la investigación, y trazar algunas ideas sobre algunos cuestionamientos que ella me ha provocado.

El Autor

INTRODUCCION

LA IMPORTANCIA DEL CONCEPTO.

El concepto Estado de Derecho tiene, a partir de la década de 1970, un papel significativo en la práctica político institucional chilena. Desde entonces ha venido reafirmando su enorme valor.

No existe otro concepto en la actualidad dotado de la riqueza que exhibe este término. El designa un conjunto de principios y procedimientos que no están englobados actualmente en otra noción. Al considerar el concepto para calificar positivamente el ejercicio del poder, como cuando decimos, este gobierno respeta el Estado de Derecho, o para criticar el abuso de poder, la noción revela toda su riqueza.

Esto se aprecia claramente en la relación tiranía, Estado de Derecho.

Los teóricos de la política recurren cada vez menos a la figura de la tiranía, para calificar negativamente al poder público que actúa lesionando los derechos individuales. El concepto Estado de Derecho ha desplazado aquella figura, existiendo números razones para ello:

1° Una de orden histórico. La tiranía está estrechamente vinculada a una realidad y concepción personalista del poder público. Así en la medida que el titular del poder, rey o emperador, se identifica con el Estado no se concibe un poder institucionalizado. El Estado de Derecho en cambio corresponde a un período de creciente institucionalización, despersonalización del ejercicio del poder público. Estado y titular del poder estatal son entidades perfectamente diferenciadas, y ocurre que la institucionalización del poder es la regla casi unánime en los diferentes Estados en nuestros días.

torno de un individuo que se concibe con la facultad y el deber de desarrollar todas sus capacidades. Para obtener esto debe actuar dentro de los límites de la razón y el derecho y debe hacerlo para que se obtenga el fin señalado. La comunidad tiene que darse una organización que sea favorable al objetivo al que tiende el individuo. Por consiguiente el Rechtsstaat debe regular de tal modo la vida colectiva que los individuos sean estimulados, apoyados en grado máximo en el ejercicio y aprovechamiento de todas sus fuerzas, libre e integralmente. (2).

¿Qué tipo de actividades desarrolla este Estado?. Von Mohl señala que "una actuación negativa de "Entfernung", "Abhaltung", "Wegräumung" de los elementos que puedan perjudicar a los ciudadanos, pero también una "positive Beförderung", "Unterstützung, "Sorge", "Hilfe". (3) Es decir una actuación negativa de alejamiento, impedimento, prohibición y despeje de los elementos que puedan perjudicar a los ciudadanos, pero también un favorecer positivo: apoyo, cuidado y ayuda.

En su obra von Mohl rechazó la contraposición entre Estado de Policía y Estado de Derecho. La Policía tiene un lugar fundamental dentro del Estado de Derecho pues contribuye a la obtención de los fines del mismo. El Estado tiene "que procurar tanto policía como derecho". (4) Pero la policía del Estado de Derecho no es despótica. El Estado-Policía que subsiste con el Rechtsstaat se subordina a la libertad del individuo, la razón y el derecho.

Respecto de la forma de gobierno que podría darse en un Estado de Derecho, von Mohl se inclinó por la monarquía. Diseñó un régimen parlamentario en el cual el rey conservó todo su poder, lo que no significaba que gobernara el Estado según sus ideas pues debía sujetarse al programa elaborado por la mayoría parlamentaria.

La obra de los años 1832-1833 es reconocida por los autores como un hito en la historia del concepto. En ella se contiene una elaboración acabada del mismo y von Mohl lleva la noción a la controversia política.

A este concepto se opuso el elaborado por von Stahl, Robert von Gneist y Otto Bähr. Son las ideas de Stahl las que se imponen durante la segunda mitad del siglo XIX. Para este autor " ..... El Estado de Derecho..... debe establecer y asegurar jurídicamente con toda precisión, las vías y los límites de su actividad así como la esfera de libertad de sus ciudadanos" (5). Así tenemos que al concepto primitivo que asignaba al Estado un cometido, al establecer que en su actuar el Estado de Derecho debe contribuir a la realización de todas las fuerzas físicas y espirituales del hombre,

CAPITULO I

LA DOCTRINA JURIDICA EXTRANJERA.

1.1. GENESIS DEL CONCEPTO.

El concepto Estado de Derecho surge en las primeras décadas del siglo XIX en Alemania. La palabra Rechtsstat, Estado de Derecho, es un vocablo alemán sin correspondencia exacta en otras lenguas.(1)

Puesto que se trata de una expresión acuñada en una época determinada no carece de relevancia determinar sus orígenes. La doctrina generalmente señala como su creador a Robert von Mohl, lo que constituye un error. En efecto la expresión la usa por primera vez Adam Müller, en su obra "Elemente der Staatskunst", (Elementos del arte del Estado) publicada en el año 1809. Luego otro alemán Carl Th. Welcker la empleará en su texto "Die Letzten Gründen von Recht, Staat und Strafe", (Los fundamentos últimos del Derecho, del Estado y de la Pena), editada en 1813 en Giessen. Más tarde John Christoph von Aretin escribe "Staatsrecht der Konstitutionellen Monarchie", (El Derecho del Estado de la Monarquía Constitucional) empleando en sus páginas el concepto.

Robert von Mohl escribe en 1829 "Staatsrecht des Königsreichs Württemberg" (El Derecho estatal del reino de Württemberg) y en los años 1832-1833 "Die Polizeiwissenschaft nach den Gründsätzen des Rechtsstaates". (La Ciencia Policial según los principios del Estado Derecho).

El autor español Joaquín Abellán, estudiando el pensamiento de von Mohl como exponente del liberalismo alemán, nos entrega una serie de conclusiones en relación con el tema que nos ocupa. Según él, von Mohl plantea que existen tipos de Estado que corresponden a modos de entender la vida humana. El Rechtsstaat está vinculado con la forma racional sensible de ver la existencia del hombre. Esta visión gira en

La idea de un poder limitado se manifestó en España en el Estado hispano-visigodo y en algunos reinos españoles en la Edad Media, (*) sin embargo el planteamiento liberal fue más allá. El Estado no sólo no ha de actuar contra ley, sino además, sólo podrá hacerlo según la ley. Esto último supone la existencia de normas jurídicas previas y precisas a las cuales someterse. Recordemos en este sentido que la Constitución francesa del 3 de septiembre de 1791 establecía que el rey podía exigir obediencia sólo en nombre de la ley.

Será la Constitución política del Estado el cuerpo normativo que contenga las declaraciones y las protecciones de los derechos individuales. Dado su carácter de norma de superior jerarquía dentro del ordenamiento jurídico asegura que el resto de la normativa jurídica respete esos derechos. Por otro lado fija también las órbitas de actuación de los diferentes órganos del Estado y sus atribuciones y los obliga a obrar dentro de esa órbita.

Manuel García Pelayo nos dice en su obra "Derecho constitucional comparado", que la teoría del Estado liberal burgués de Derecho tiene por finalidad garantizar la libertad, la propiedad, la seguridad. Supone, dice, la supresión de todo factor irracional en la organización y actividad del Estado; Dios como elemento de justificación del orden jurídico desaparece, el poder de mandar deriva del Derecho no del carisma ni de la tradición. El racionalismo jurídico procura, como vemos, dar también en el ámbito de los asuntos públicos, el golpe definitivo contra la tradición irracional.

Los principios esenciales de esta concepción son los siguientes:

1. El imperio de la ley, particularmente respecto de la Administración. La ley se concibe como la manifestación de la voluntad nacional.

2. La separación de los poderes públicos, distinguiéndose un Ejecutivo, Legislativo y Judicial.

(*) El Estado Hispano-Visigodo se extiende desde el año 507 hasta el año 711 de. C. A partir del siglo VII, y más precisamente de la tercera década de dicho siglo (633-636) por influencia de la Iglesia Católica se establece que el rey debe actuar respetando la ley y ciertos principios éticos. Sin embargo, las clientelas que se disputaron contínuamente el poder, afectaron gravemente la aplicación de estas normas. El reino Astur que se consideró heredero del Estado-Hispano-Visigodo y que dará origen a León y Castilla en los siglos IX, XI respectivamente, mantendrá la idea de sujeción del rey a normas éticas y legales. A ello contribuirá por cierto la concepción del origen del poder que predominó en la Baja Edad Media según la cual, el pueblo, que recibe el poder de Dios; se lo entrega al rey a través de un pacto, contrato, obligándose éste a respetar las leyes como consecuencia. Valga recordar que en numerosas ocasiones el rey dejó de cumplir lo acordado con las Cortes.

en libertad, y según la razón, a través de la policía, se opone, y triunfa sobre él, uno que prescindía de la actuación del Estado consistiendo el Rechtsstaat en la sola sujeción de la actividad del Estado a la ley, a fin de garantizar las libertades individuales.

1.2. TRANSFORMACIONES DEL CONCEPTO.

1.2.1. ESTADO DE DERECHO LIBERAL, ESTADO DE DERECHO SOCIAL, ESTADO DE DERECHO DEMOCRATICO.

La noción Rechtsstaat ha experimentado una serie de transformaciones como consecuencia de que diversas ideologías han recurrido a él y procurado según las circunstancias históricas, construir el modelo de Estado que propugnaban a partir del tipo ideal de Estado de Derecho, con las modificaciones que estimaban necesarias. Formulado inicialmente dentro de la órbita del pensamiento liberal ha sido reformulado por el *neo-liberalismo* y el *socialismo*.

1.2.1.1. ESTADO DE DERECHO LIBERAL.

Lo que hemos expresado con ocasión de la génesis del concepto debe tenerse a la vista en este punto.

Alemania elaboró el concepto, las Revoluciones Americana y Francesa crearon las condiciones materiales para la implementación de las instituciones político-jurídicas que conforman el Estado de Derecho Liberal.

El aporte del liberalismo, de la burguesía, a la teoría del Estado es en este aspecto insoslayable. La proposición teórica de imponer limitaciones al ejercicio del poder estatal con el fin de proteger ciertas libertades del individuo, recurriendo al Derecho, la proposición de la existencia de mecanismos a los que los particulares pudieran recurrir para hacerlas efectivas, la aplicación de esos postulados, constituyen una conquista histórica que la humanidad no puede, a estas alturas de los tiempos, desconocer ni renunciar.

asignada al Estado, la que en todo caso debe desarrollarse dentro del marco normativo ya consolidado del Estado de Derecho Liberal.

Esta concepción ha sido vinculada a la noción Estado de Bienestar.

1.2.1.3..ESTADO DE DERECHO DEMOCRATICO

La ejecución por el Estado de Derecho Social de las actividades destinadas a la prestación de servicios, no trae consigo el surgimiento de instituciones políticas y jurídicas que den a este sistema de bienestar un carácter verdaderamente democrático. Esta crítica es el punto de partida de la nueva concepción del Estado de Derecho.

En el ideario socialista surge, también en el siglo XX, la convicción según la cual "....la democratización económica, social y política debe ser propuesta..... como meta de alcance universal.....". (6). Según esta visión la crisis del sistema capitalista, y su superación por el socialismo, significará para la sociedad la plena democratización. Democracia y socialismo, términos que se proclaman coincidentes, se institucionalizan bajo la fórmula Estado de Derecho Democrático, único capaz de hacer efectiva la vigencia de los derechos y libertades del hombre, fin último del Estado de Derecho.

Según Elías Díaz: "La democracia implica la participación real de las masas en el control de las decisiones y en los rendimientos de la producción; sin esa participación real no hay democracia" (7).

Los principios que conforman el Estado de Derecho Democrático son, según él, los siguientes:

1.- El de supremacia de la ley, expresión de la voluntad popular.

2.- El principio de separación de los poderes públicos.

3.- El principio de la sujeción de la Administración al control jurisdiccional.

4.- Se consagran también derechos y libertades fundamentales; garantía jurídico-formal y realización material. Estos derechos son:

1.- Derecho a la vida y a la integridad física. Respeto a la dignidad moral de la persona.

3. La sujeción de la Administración al control jurisdiccional.

4. La consagración de libertades y derechos fundamentales referidos al ámbito de la actividad económica y de la actividad política v.g. igualdad, libertad política, personal, de pensamiento y de expresión, económica, inviolabilidad del derecho de propiedad, etc.

1.2.1.2. ESTADO DE DERECHO SOCIAL.

Diversos factores de naturaleza política social y económica presentes en el siglo XX van a ser la levadura para la primera reformulación del concepto.

En 1930, Hermann Heller opondrá al Liberal Rechtsstaat el Social Rechtsstaat. Con ello perseguía superar la caducidad que percibía en la idea liberal y hacer frente al mismo tiempo a los Estado totalitarios, basados en el nacionalismo o en el socialismo marxista-leninista.

Heller pensaba que el Rechtsstaat Liberal no respondía a la naturaleza propia de un auténtico Estado de Derecho, a saber, según su propuesta, la obtención de la justicia social y de la igualdad. Su planteamiento constituye por tanto una crítica al formalismo del Estado de Derecho Liberal.

La noción Helleriana se plasmará en el texto constitucional alemán del año 1949, la Carta Fundamental de Bonn. Sin embargo, la interpretación de que fue objeto la noción helleriana significó el surgimiento de la concepción neo-liberal del Estado de Derecho.

Dicha concepción sostiene que el Estado es Estado Social y Estado de Derecho. A él le compete realizar determinadas tareas sociales que el individuo no puede ejecutar, en este sentido es social. Sin embargo, al asumir estas tareas no se produce una alteración fundamental de orden jurídico-institucional, la fórmula liberal de Rechtsstaat se mantiene. El Estado Social persigue el bienestar de los individuos y a través de la actividad administrativa satisface esta preocupación. La Administración adquiere un nuevo sentido ya que realiza una función social a través de la prestación de servicios. Para cumplir con esta tarea no requiere de vinculaciones con el poder político, por ello es que no se afecta el orden jurídico-institucional del primitivo liberalismo.

La nota definitoria de este Social Rechtsstaat viene dada entonces por la nueva tarea

Es erróneo obviamente presentar el panorama de las modificaciones limitándose a señalar que se trata de más o menos cualidades. Detrás de cada nueva formulación hay una ideología, circunstancias históricas que la hicieron viable, y no obstante la subsistencia de algunos principios, cada nueva concepción procura distinguirse de las otras. Sin embargo la nueva forma de Rechtsstaat que se elabora no contiene elementos que constituyan una negación de la que procura superar. Así se aprecia claramente en la contraposición Estado de Derecho Liberal y Estado de Derecho Democrático, este último no suprime la propiedad privada ni la iniciativa individual aunque sí establece limitaciones en beneficio de la colectividad.

Hoy por hoy se puede afirmar que existen Estados que responden a uno u otro concepto de Estado de Derecho, se han construído teniendo como modelo tales nociones.

1.3. OTROS USOS DEL CONCEPTO.

1.3.1. UTILIZACION DEL CONCEPTO PRESCINDIENDO DE SU CARACTER HISTORICO.

¿Tiene algún significado actualmente la expresión Estado de Derecho?. Tanto la Ciencia Política, como el Derecho Político, Constitucional y Administrativo suelen utilizar el concepto sin considerar su carácter de entidad histórica, y para contraponer los términos Estado de Policía y Estado de Derecho. Interesadas todas estas disciplinas en el tema de los límites para la actuación de los órganos del Estado se explica que recurran, prescindiendo de sus transformaciones, a la noción que enfrentó y superó al Estado de Policía para caracterizar al poder público sometido a limitaciones.

En este caso regularmente la noción está haciendo referencia a cuatro grandes principios:

1.- El imperio de la ley.

2.- La separación de los poderes públicos.

3.- La sujeción de la Administración al control jurisdiccional.

4.- La protección de ciertas libertades políticas y personales.

2.- Derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Derecho a una veraz información.

3.- Derecho a la libertad religiosa y de creencias, con manifestación externa del culto, etc.

4.- Derecho a la libertad de circulación y de residencia e inviolabilidad del domicilio, correspondencia, etc.

5.- Derecho a la libertad de reunión y asociación (partidos políticos, sindicatos, etc).

6.- Derechos económicos y sociales tendientes a una efectiva nivelación e igual dad socio-económica (derecho al trabajo, seguridad social, huelga, etc.).

7.- Derechos políticos tendientes a la institucionalización de la democracia y el Estado de Derecho (intervención y fiscalización efectiva de las funciones de gobierno, elecciones libres, etc.).

8.- Derecho efectivo de todos los hombres a una participación igualitaria en los rendimientos de la propiedad.

9.- Derecho a la igualdad ante la ley.

10.- Derecho a la seguridad y garantía en la administración de justicia,concebida ésta independiente de toda instancia política (derecho a no ser arbitrariamente detenido, derecho del detenido a no ser objeto de maltratos, derecho a un proceso dotado de las suficientes garantías, derecho a contar con recursos jurídicos adecuados, etc.)". (8).

Es una constante en la idea de Estado de Derecho Democrático el asegurar una efectiva realización de los principios evitando de ese modo que sólo constituyan declaraciones de propósitos.

En la introducción señalé que el concepto en estudio podía prestarse a equívocos. Ello, como vemos sólo, es posible si quien utiliza el término lo hace sin considerar las diversas reformulaciones que él ha experimentado. Estamos frente a una noción que ha sufrido modificaciones en términos tales que podría hablarse de una adjetivización del concepto; el Estado de Derecho puede ser liberal, social o democrático.

profesor Kelsen, a un "Estado con ciertas determinadas instituciones jurídicas, tales como la legislación democrática, la sujeción de los actos ejecutivos del jefe del Estado al refrendo del ministro responsable, la libertad política y civil de los ciudadanos, la independencia del poder judicial, la jurisdicción contencioso-administrativa etc., es decir un Estado de Derecho en sentido técnico". (12).

Dado que la expresión Estado de Derecho formal no se vincula esencialmente con el significado del concepto Rechtsstaat, la utilización del término es criticable. No se puede aceptar que para superar la distinción entre Estado de Poder y Estado de Derecho, inexistente dentro de la Teoría pura, se introdujera un elemento de distorsión en el panorama conceptual del Derecho Público. La noción Rechtsstaat se refiere a una cualidad del poder estatal, adjetiviza al mismo. Kelsen no lleva el concepto a un formalismo absoluto, como sostiene García-Pelayo en su obra "Derecho constitucional comparado", sino que transforma en equívoco un concepto hasta entonces unívoco y que representaba una conquista histórica; la sujeción en el ejercicio del poder estatal a la ley con el fin de proteger a los individuos, a quienes se dota de mecanismos para hacer aplicable la ley a los gobernantes.

Los perjuicios que ha provocado la noción Estado de Derecho formal han sido enormes para la comprensión del concepto.

También ha provocado graves problemas en términos prácticos. Estados organizados de modo totalitario y que se han dotado de un ordenamiento jurídico han reclamado para sí el carácter de Estado de Derecho buscando su legitimización, y a pesar de que violan los derechos de los individuos.

1.3.2. DESAFORTUNADA UTILIZACION DEL CONCEPTO ESTADO DE DERECHO EN LA OBRA DE HANS KELSEN.

También se usa el concepto en un sentido absolutamente formal para indicar que la actividad del Estado está regulada por el Derecho y sin consideración de los contenidos de esta regulación. Este atentado al término tiene sus antecedentes en una inadecuada comprensión de las ideas de Hans Kelsen, quién en todo caso utilizó el concepto de modo desafortunado.

En su "Teoría pura del Derecho" Kelsen procura analizar el fenómeno jurídico prescindiendo de toda connotación moral. El Derecho, en cuanto objeto científico, constituye una técnica específica de organización social. No hay lugar, por consiguiente, para el planteamiento del problema de la Justicia dentro de la Teoría pura. La Justicia como problemática no puede ser abordada científicamente.

Afirma que el Derecho es una "técnica social que consiste en provocar la conducta socialmente deseada a través de la amenaza de una medida coercitiva que debe aplicarse en caso de un comportamiento contrario". (9). Que el "Estado es una sociedad políticamente organizada, porque es una comunidad constituida por un orden coercitivo, y este orden es el derecho". (10).

El poder estatal es el poder que ha organizado el derecho positivo, el poder del derecho, es decir la eficacia del orden positivo. El derecho, agrega, es el orden estatal mismo y cualquiera pueda ser su contenido.

Así las cosas, concluye, la antítesis de poder y derecho expresada en la contraposición de fin jurídico y fin de poder, y por consecuencia, de Estado de Derecho y Estado de Poder, es completamente inadecuada para suministrar una división de los posibles contenidos del orden estatal. La esencia del Estado radica en que convierte el poder en Derecho.(11). Este planteamiento es lo que lleva a Kelsen a sostener que todo Estado es Estado de Derecho.

Dentro de la concepción kelseniana la afirmación anterior es acertada. Sin embargo, ella no está vinculada al significado histórico del concepto Rechtsstaat, el cual tenía al momento de la elaboración de la Teoría pura más de cien años de existencia. Tan acertada es esta afirmación que el propio Kelsen se ve en la necesidad de denominar a su Estado de Derecho, Estado de Derecho formal. E indica seguidamente que el mismo está referido a un Estado cuyos actos son realizados en su totalidad sobre la base de un orden jurídico. La expresión no designa, según el

CAPITULO II

EL CONCEPTO ESTADO DE DERECHO EN LA DOCTRINA CHILENA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO, CONSTITUCIONAL Y POLITICO.

No constituye un reduccionismo el estudio de la recepción del concepto de Estado de Derecho por la doctrina jurídica chilena limitando el análisis sólo a las tres áreas de conocimiento referidas, el término es objeto de principal preocupación en estos tres ámbitos y excepcionalmente en el Derecho Privado.

Propongo distinguir diversas etapas en esta recepción atendiendo al uso y a la comprensión del significado del concepto.

2.1. ETAPAS EN LA RECEPCION DEL CONCEPTO: SIGLO XIX. PRIMERA MITAD DEL SIGLO XX. SEGUNDA MITAD DEL SIGLO XX.

2.1.1. PANORAMA DE LA DOCTRINA EN EL SIGLO XIX.

En ninguna de las obras de Derecho Administrativo y Constitucional analizadas se encuentran referencias al concepto Rechtsstaat. (13).

En Europa el debate entre las nociones Estado de Policía y Estado de Derecho se prolongó durante toda esta centuria desde que la expresión Rechtsstaat fuera acuñada. Sin embargo nuestra doctrina no participa de esta discusión.

Podemos afirmar entonces que la instauración del Estado constitucional en Chile no presenta en el plano de las ideas la contradicción entre Estado de Policía y Estado de Derecho, ello aunque el Estado Portaliano que organizó la República fue un estado fuerte, autoritario y realizador.

NOTAS.

(1) Lucas Verdú, Pablo, "Estado de Derecho y justicia constitucional" en Revista de Estudios Políticos Nueva Epoca, Núm. 33, pp 7 a 47. Madrid, 1983.

(2) Abellán, Joaquín, "Liberalismo alemán del siglo XIX; Robert von Mohl", en Revista de Estudios Políticos Nueva Epoca, Núm. 33 pp 123 a 145. Madrid, 1983,

(3) Mohl von, Robert cit. por Joaquín Abellán, ob. cit., pág. 133.

(4) Abellán, Joaquín, ob. cit., pág. 129.

(5) Hintze, Otto, "Historia de las Formas Políticas", traducción de José Díaz García, Revista de Occidente, España, s.f. Pág. 159.

(6) Díaz, Elías, "Estado de Derecho y Sociedad Democrática", Editorial Cuadernos para el diálogo. Madrid, 1968, Pág. 33.

(7) Díaz, Elías, ob. cit., pág. 100.

(8) Díaz, Elías, ob. cit., pág. 27.

(9) Kelsen, Hans, "Teoría General del Derecho y del Estado", traducción Eduardo García M. Universidad Autónoma de México. Textos universitarios. 1969. Pág. 22.

(10) Kelsen, Hans, ob. cit., pág. 226.

(11) Kelsen, Hans, "Teoría General del Estado", traducción Luis Legaz y Lacambra, Editorial Nacional, México 1965. Pág 57.

(12) Kelsen Hans, "Teoría general del Derecho.... ob. cit., pág. 120.

Estos autores tienen el gran mérito de ser los primeros en usar el concepto en sus explicaciones de clases y en relación con la realidad institucional chilena. Ambos coinciden en señalar que la Constitución de 1925 contiene ciertos postulados del Estado de Derecho, así se desprende de sus artículos cuarto y ochenta y siete.

Tan sólo cuatro tratadistas de un total de doce mencionan al Estado de Derecho, lo que nos indica que hasta la primera mitad del siglo XX no existe en nuestro país una valoración generalizada del concepto. Cabe recordar que en el siglo XIX no hubo ninguna mención.

El uso que le dan Juan Antonio Iribarren, Ernesto Merino, Manuel Jara Cristi, Rafael Raveau, no es uniforme; lo vinculan con materias e instituciones diversas. Los autores no perciben al parecer que la noción está conformada por un conjunto interrelacionado de principios y técnicas.

Los juristas mencionados eran contemporáneos, dictaron cátedra en la misma época. Esto nos permite presumir que intercambiaron ideas, conocimientos, es más, en el caso de los profesores de Derecho Administrativo contribuyeron a la redacción del programa del curso. Es claro entonces que el concepto Estado de Derecho no era parte del conjunto sistemático de nociones que manejaban y les preocupaban. No formularon mayores preguntas acerca de su contenido y alcance. La noción es utilizada sin mayor análisis.

No obstante la precariedad del uso se puede concluir que estas ideas se enmarcan dentro del concepto Estado de Derecho Liberal, con especial énfasis en el principio de legalidad y control jurisdiccional de la Administración.

2.1.3. PANORAMA DE LA DOCTRINA EN LA SEGUNDA MITAD DEL SIGLO XX (1950 - 1985).

Del estudio de diez obras de Derecho Administrativo y diez de Derecho Constitucional (15) publicadas entre los años 1950 - 1985 se concluye lo siguiente:

De las veinte obras analizadas tan sólo dos no contienen referencias al concepto. Es evidente el mayor interés que el término despierta en este período, interés que va en algunos casos mucho más allá de una simple referencia. Así tenemos que seis autores: Hugo Caldera Delgado, José Luis Cea Egaña, Alejandro Silva Bascuñan, Francisco Cumplido, Mónica Madariaga, Enrique Silva Cimma, se detienen en la enumeración y análisis de sus elementos.

2.1.2. PANORAMA DE LA DOCTRINA EN LA PRIMERA MITAD DEL SIGLO XX.

Del análisis de diez obras de Derecho Administrativo y cinco de Derecho Constitucional publicadas en este período por autores chilenos (14) se desprenden las siguientes conclusiones:

La primera referencia a la noción que nos ocupa, según el estado actual de mi investigación, la efectúa Aníbal Bascuñán el año 1935 en un artículo publicado en el Boletín del Seminario de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, donde comentaba la obra de Guillermo Izquierdo "La racionalización de la Democracia. Un estudio de las nuevas tendencias constitucionales.

Más tarde, en el año 1936, Juan Antonio Iribarren y Ernesto Merino, ambos profesores de Derecho Administrativo en la Universidad de Chile, en sus obras respectivas "Lecciones de Derecho Administrativo - apuntes de clases - " y "Derecho Administrativo - apuntes de clases - " recurren a la noción vinculándola con las siguientes materias:

1. Naturaleza y elementos del Estado. El fin jurídico. El Estado somete su propia acción a un régimen jurídico.

2. Lo contencioso administrativo en Chile. La importancia que la Constitución de 1925 da a los tribunales contencioso-administrativos es una conquista democráti ca. En cuanto caso de autolimitación del Poder Ejecutivo es un típico ejemplo del Estado de Derecho.

3. Legalidad Administrativa. La ley es fuente del Derecho Administrativo. En el Estado de Derecho la Administración debe desenvolverse según la ley que la organiza y la dota de medios de acción.

4. Responsabilidad estatal. La responsabilidad de la administración y del personal administrativo son inherentes a un Estado de Derecho.

5. Artículo cuarto de la Constitución Política de 1925. En un Estado de Derecho sólo es posible para las autoridades, funcionarios, o personas, en materia de derecho público, lo que la ley ordena o autoriza.

que se encuentran perfectamente concatenados" (20), agregando, ..."en un Estado Social y democrático de Derecho, la Administración también requiere subordinarse a la ley".

Reitera luego el término Estado Social y democrático de Derecho y recuerda que ".....la democracia es un supuesto del Estado de Derecho y que la misma no es sólo la política sino.... democracia plena donde es dable conjugar tanto la democracia política a nuestro juicio insoslayable y conciliable con una democracia social.... económica y cultural". (21).

Transcurridos dieciseis años de su publicación de 1964, postula un nuevo concepto de Estado de Derecho que resulta de la profundización de uno de los principios de su primitiva concepción, el democrático. Es el único autor del Derecho Administrativo que postula la democracia íntimamente vinculada al Estado de Derecho; si aquella no existe tampoco éste, y la democracia no se limita a la participación política, es plena, es decir extendida a los planos social, económico y cultural. Deviene así el Estado en un Estado de Derecho Social y Democrático.

Tienen relación con este planteamiento los conceptos expresados en el año 1984 por el abogado, Ministro del Interior en el gobierno del Presidente Salvador Allende, Carlos Briones, con ocasión del seminario "Un sistema jurídico-político constitucional para Chile", organizado por el Instituto Chileno de Estudios Humanísticos. En su ponencia Briones aborda el tema del Estado Social de Derecho. Señala: "Resumidamente, podríamos decir que las características del Estado Social de derecho se proyectan bajo las siguientes improntas: organización racional y democrática; intervención en toda la actividad social y económica; el Estado como regulador decisivo del sistema social; estructuración de la sociedad a través de medidas directas o indirectas lo que significa, según algunos comentaristas "la disposición y la responsabilidad, la distribución y la competencia del Estado para la estructuración del orden social". (22). Luego agrega: "....Este Estado .....estimula y desarrolla las formas asociativas, garantiza el otorgamiento de prestaciones sociales, formaliza un estatuto constitucional de derechos económicos y sociales, *procura una justa distribución del ingreso y la participación de los trabajadores en ese ingreso, asegura niveles mínimos* de salarios para satisfacer las necesidades básicas, diseña las infraestructuras de los servicios sociales, diseña las políticas de pleno empleo, de salud y de seguridad social. En una palabra, tiende a corregir los defectos "disfuncionales" de la sociedad industrial capitalista y de sus formas de producción". (23).

Es conveniente, dada su relevancia, comentar los planteamientos de Enrique Silva Cimma, Carlos Briones, José Luis Cea Egaña y además los de Gonzalo Ibáñez Santa María.

Enrique Silva Cimma en su obra "Derecho Administrativo" del año 1959, así como en diversos artículos, (16) estudia el concepto con relativa profundidad. En su trabajo "El Estado de Derecho y el Derecho Público" nos da a conocer su primera concepción. Según sus planteamientos el Estado de Derecho aparece como protector de los individuos. Para ello el Derecho Público consagra los "derechos públicos subjetivos del individuo..... que limitan en cierto sentido el Poder Público.... *estos derechos públicos, derechos generales de la libertad, derecho general a que se* cumplan y hagan cumplir las leyes, derechos políticos o de ciudadanía entendidos correctamente subsistirán como tales dentro de los límites trazados por las leyes. Estos derechos no pueden ser suprimidos de las Constituciones.... sin atentar contra los cimientos mismos de un Estado Democrático de Derecho. Ello sería transformar ese Estado Democrático en dictadura". (17).

Además de la protección, señala cuatro principios fundamentales: "....en un Estado de Derecho, el Derecho Público consagra un conjunto de principios institucionales.... El principio democrático, la separación de funciones, la constitucionalidad de las normas y por lo tanto la supremacía de la Constitución, y el Control". (18). El Derecho Público general, dice, consagra, como piedra angular del Estado de Derecho, el principio democrático y dentro de él, el gobierno representativo.

Silva Cimma sostuvo que en el ordenamiento jurídico chileno se manifestaban esos cuatro principios, y lamentaba que no se hiciera efectivo el artículo 87 de la Constitución Política de 1925 que establecía los tribunales administrativos, y que no se diera mayor extensión a la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la ley, lo que haría más concreta la protección de los individuos.

En su trabajo sobre el contencioso-administrativo en América Latina, publicado en el año 1979, a propósito de la seguridad jurídica sostuvo que ella se materializa en lo que se denominan las instituciones de garantía; habeas corpus, la protección o control de la constitucionalidad y el control contencioso-administrativo, para luego indicar: ".....si no hay Democracia no hay Estado de Derecho; si no hay Estado de Derecho no pueden existir las garantías; si no hay garantías no tiene sentido la existencia del contencioso-administrativo". (19). En relación con el contencioso-administrativo señalaba: "....la Democracia y el Estado de Derecho son conceptos

además de las señaladas hay otras. Lo que se requiere es que, mediante ellas, se pongan en ejercicio los dos medios genéricos o principistas y que se alcance, con la mayor aproximación posible, la finalidad propuesta". (24).

El gran valor de esta exposición radica en que, por primera vez en el área del Derecho Público, se contiene en una misma obra la distinción entre Estado de Derecho Liberal y Social. Además se expone de un modo muy claro una diferenciación entre los principios y los elementos que lo conforman, distinción de gran utilidad a la hora de verificar si una realidad estatal corresponde o no a la idea de Estado de Derecho.

Finalmente, cabe comentar la obra de Gonzalo Ibáñez Santa María; "El Estado de Derecho. Notas para su estudio". Este autor es una calificada excepción dentro del tratamiento general del tema. Considera que las formas de Estado de Derecho que se han ofrecido en el Chile independiente son tres; a saber; liberal, marxista y demócrata cristiano. Y plantea que antes de que se rompieran los lazos con la metrópoli regía el Estado de Derecho Absolutista.

Expresa "... la historia de aquellos períodos donde se forja la esencia más profunda de nuestra tradición; me refiero a aquella que empieza en la antigua Hispania con la llegada de los romanos primero, del cristianismo después, y de la cual, por lo menos en su cultura, somos herederos. Para nosotros.... termina al menos oficialmente con el último Hasburgo español. Esa historia es pródiga en sabiduría política y jurídica. En ella aprenderíamos lo que es un Estado de Derecho conforme a los requerimientos de nuestra naturaleza.... aprenderíamos que el Estado de Derecho no tiene por finalidad hacer felices a los pueblos.... sino orientarlos al cumplimiento de sus deberes temporales para con Dios....." (25).

Como se aprecia, los postulados de Ibáñez se apartan sensiblemente de todas las concepciones vistas. Da al Estado de Derecho una tarea de índole ético-religiosa: tiene que orientar al hombre al cumplimiento de sus deberes temporales para con Dios.

Lo cierto es que esta obra merece una serie de reparos.

Es un error histórico sostener que el período de la dominación romana en España sea un ejemplo de una vida orientada al cumplimiento de los deberes temporales para

Como vemos, el planteamiento de Carlos Briones coincide con la noción Estado de Derecho presentada por Elías Díaz y con las ideas de Silva Cimma en diversos aspectos.

El estudio del profesor José Luis Cea Egaña es un valioso aporte al conocimiento del tema, distingue entre Estado de Derecho Liberal y Estado de Derecho Social como momentos históricos del Estado de Derecho.

Nos dice que si se atiende a la significación predominante del Estado de Derecho, que es la que corresponde a su vinculación con el constitucionalismo, las notas que lo caracterizan son las siguientes:

I.- Finalidad personalista: la dignidad de la persona humana supremo valor terrenal.

II.- Medios genéricos y principistas:

1.- políticos: soberanía del pueblo....;
2.- jurídico: Imperio de la ley.

III.- Técnicas jurídicas:

1) Supremacía de normas jurídicas fundamentales - Constitución - entre las cuales se incluye la 'Declaración de Derechos';

2) Distinción entre poder constituyente y poderes constituídos (rigidez constitucional);

3) División orgánica y funcional entre los poderes constituídos;

4) Independencia del poder judicial;

5) Designación por elección de los titulares del poder constituyente y de los poderes constituídos, mediante competencia pacífica normativamente regulada;

6) Legalidad administrativa;

7) Control de la actividad de los órganos estatales e institucionalización de la oposición. En lo que se refiere a las técnicas jurídicas..... no todas son necesarias y

torno al concepto Estado de Derecho Liberal.(26).

Las materias con que vinculan el término los diversos tratadistas varían, como es evidente, según el área del derecho que analizan. Así tenemos que el Derecho Administrativo efectúa las siguientes relaciones:

1.- Control jurídico de la Administración.

2.- Responsabilidad del Estado y de sus funcionarios.

3.- Principio de la legalidad administrativa.

4.- La seguridad jurídica.

5.- La separación de poderes o de las funciones del Estado.

6.- El reconocimiento de los derechos públicos subjetivos del individuo.

7.- El Estado de Policía y la actividad de Policía.

8.- El Estado Legal, antecedente histórico del Estado de Derecho.

9.- La democracia política, social, económica y cultural como elementos del Estado de Derecho Social y Democrático.

10.- Actas Constitucionales dictadas por la Junta Militar de Gobierno del año 1973.

En lo tocante al área del Derecho Constitucional y Político tenemos lo siguiente:

1.- Racionalización e institucionalización del poder estatal.

2.- Aspectos políticos y jurídicos de la burguesía y del liberalismo. Revolución Francesa y Constitución Norteamericana.

3.- Constitucionalismo.

4.- La democracia política y el Estado de Derecho democrático.

con Dios. La figura del Dominus constituye la negación más rotunda de este planteamiento (*) .

Menos aún se puede sostener que el período de la Hispania romana, así como el Hipano-visigodo, sean ejemplos de sabiduría política y jurídica. ¿Dónde está la sabiduría de la esclavitud, de la pérdida de la condición de ciudadano y su sustitución por el carácter de súbdito? ¿y qué decir de las cruentas luchas entre clientelas en el período visigodo? (**)

No obstante que el autor comentado señala que su obra se trata de notas para un estudio, la falta de desarrollo del concepto propuesto constituye un error lamentable. Máxime cuando confunde los gobiernos con las formas de asociación política. Como bien enseña Mario Verdugo en su texto "Manual de Derecho Constitucional", el Estado es una de las tantas formas de asociación política en la historia. Los gobiernos son a su vez, formas de ejercicio del poder de estas asociaciones. Luego no puede decirse que en Chile haya existido un Estado de Derecho liberal, marxista, demócratacristiano, por haber gobernado estos partidos en diversos períodos de la historia de Chile. Por lo demás, la enumeración estaría incompleta, pues no se hace mención al gobierno conservador del período 1830 - 1861.

Estimo que la noción Estado de Derecho Absolutista constituye una contradicción en los términos, es una expresión confusa imposible de conciliar con los principios del Rechtsstaat.

El panorama expuesto nos permite concluir que en el período 1950 - 1985 hay un claro interés por conocer y emplear el término. La noción pasó a formar parte del patrimonio conceptual de la doctrina chilena del Derecho Administrativo, Político y Constitucional.

Esto puede atribuirse al surgimiento en Chile en el año 1956 del Comité de Defensa del Estado de Derecho, institución dependiente de la Comisión Internacional de Juristas de Ginebra y de la Federación Interamericana de Abogados. Esta entidad realizó publicaciones referidas al tema en los diarios girando sus planteamientos en

---

(*) La periodificación de la dominación romana sobre la Península Ibérica, admite claramente la distinción de cuatro períodos: 1° Del año 197 al 27 A. de C. dominación bajo el sistema Republicano Romano. 2° 27 A. de C. al 235 D. de C., Principado y Alto Imperio. 3° 235 al 284 D. de C. período de anarquía. 4° 284 al 476 D. de C., dominación bajo el sistema político del dominado.
A lo largo de estos seis siglos la religión española fue fundamentalmente politeísta, basta recordar que tan sólo el año 312 se dicta el edicto de tolerancia respecto del cristianismo.

(**) Ver en este sentido Tomás y Valiente, Francisco, "Manual de Historia del Derecho Español". Edit. Tecnos, Cuarta Edic. 1983.

NOTAS.

(13) Ver en este sentido, Palma González, Eric Eduardo, "La recepción del concepto Estado de Derecho por la doctrina jurídica chilena", Memoria de prueba, Escuela de Derecho, Universidad de Chile, 1986.

(14) La nómina de autores con sus respectivas obras es la siguiente:

1.- Amunategui Rivera, Domingo, "Derecho administrativo", Santiago 1907.

2.- Letelier, Valentín, "Derecho Administrativo", (recopilación de Carlos Cereceda y Juan J. Fuenzalida), Santiago 1910.

3.- Letelier, Valentín "Dictámenes", (recopilado por Eduardo Larraín y Alberto Díaz), Santiago 1936.

4.- Iribarren, Juan Antonio, "Lecciones de Derecho Administrativo - apuntes de clases", Santiago 1936.

5.- Merino, Ernesto, "Derecho Administrativo- apuntes de clases", Santiago 1936.

6.- Jara Cristi, Manuel, "Derecho Administrativo - notas de clases y anexos legislativos", Santiago 1936.

7.- Varas, Guillermo, "Derecho Administrativo, nociones generales", Santiago 1940.

8.- Jara Cristi, Manuel, "Derecho Administrativo" Segunda Edición Santiago 1943.

9.- Varas, Guillermo, "Derecho Administrativo" Segunda Edición, Santiago 1948.

10.- Jara Cristi, Manuel, "Manual de Derecho Administrativo", Santiago 1948.

11.- Roldán, Alcibiades, "Elementos de Derecho Constitucional de Chile", Santiago 1913.

5.- Los derechos y libertades fundamentales. Los derechos humanos. Los derechos sociales.

6.- Legitimidad del ejercicio del poder estatal.

7.- Derecho natural.

8.- Bien común.

9.- Control jurídico del poder estatal.

10.- Derecho de resistencia a la opresión; recurso para proteger la legitimidad del Estado de Derecho sin consagración positiva.

Mirado en su conjunto, el análisis de la doctrina chilena puede considerarse bastante completo. Se abordan prácticamente todos los aspectos relevantes en el tratamiento de esta materia.

La generalidad de la doctrina maneja la noción Estado de Derecho en su versión liberal, siendo escasos los autores que incursionan en la noción Estado de Derecho democrático, denominándole en todo caso Social y Democrático o sólo Social en la visión de Briones. Tan sólo un autor desarrolla la idea de un Estado de Derecho Absolutista.

Las referencias formuladas nos muestran la presencia, aunque escasa, de una perspectiva histórico-política. El Estado de Derecho se relaciona en sus orígenes con fenómenos históricos y políticos determinados, la Revolución Francesa y la Independencia Norteamericana. Falta, sin embargo, una mayor conciencia del aporte alemán.

No podemos dejar de resaltar la ausencia generalizada de una visión de conjunto del problema. No es atendible que el conocimiento de un concepto tan relevante experimente tal dispersión, menos aún que los autores no se citen unos a otros y que olviden señalar la fuente de la cual extraen el concepto.

Finalmente, y teniendo en consideración todo lo expuesto, pienso que cualquier manual o tratado de Derecho Administrativo, Constitucional o Político, que se elabore por nuestros días, tiene que considerar, dada su relevancia, el análisis de esta materia como un capítulo dentro del temario general.

11.- Bernaschina González, Mario, "Manual de Derecho Constitucional", Santiago 1955.

12.- Galaz Ulloa, Sergio, "Derecho Constitucional e instituciones políticas", Concepción 1960.

13.- Silva Bascuñan, Alejandro, "Tratado de Derecho Constitucional", Santiago 1963.

14.- Quinzio Figueiredo, Jorge Mario, "Manual de Derecho Constitucional", Santiago 1969.

15.- Andrade Geywitz, Carlos, "Elementos de Derecho Constitucional Chileno", Santiago, 1971.

16.- Cea Egaña, José Luis, "Curso de Teoría Constitucional - esquema para clases activas -", Santiago 1972.

17.- Verdugo Marinkovic, Mario, "Manual de Derecho Político", Santiago 1979 - 1981.

18.- Silva Bascuñan, Alejandro, "Derecho Político Ensayo de una síntesis", Santiago 1980, seg. edición 1984.

19.- Cumplido, Francisco "Estado de Derecho y paz", folleto, Santiago 1980.

20.- Cumplido, Francisco "El Estado de Derecho en la Constitución de 1980", folleto, Santiago 1981.

21.- Madariaga Gutiérrez, Mónica, "Derecho Administrativo y seguridad jurídica", Santiago 1966.

(16) Silva Cimma, Enrique, "El Estado de Derecho y el Derecho Público", Rev. de Derecho Público, Escuela de Derecho, U.de Chile número 2, Santiago, 1964.

"El contencioso-administrativo en América Latina", en "El control jurisdiccional de los poderes públicos en Venezuela", Caracas 1979.

12.- Guerra, José Guillermo, "La Constitución de 1925", Santiago 1929.

13.- Hörman Montt, Jorge, "Derecho Constitucional. Manual Teórico y Práctico", Santiago 1936.

14.- Raveau, Rafael, "Tratado elemental de Derecho Constitucional chileno y comparado", Santiago 1939.

15.- Estévez Gazmuri, Carlos, "Elementos de Derecho Constitucional chileno", Santiago 1949.

(15).- La nómina de los autores y sus obras es la siguiente:

1.- Aylwin, Patricio, "Manual de Derecho Administrativo", Santiago 1952.

2.- Silva Cimma, Enrique, "Derecho Administrativo", Santiago 1959.

3.- Aylwin, Patricio, "Apuntes de Derecho Administrativo" - apuntes de clases", Santiago 1960.

4.- Varela Caballero, Alex, "Cuadernos de Derecho Administrativo", Valparaíso 1963.

5.- Varela Caballero, Alex, "Curso de Derecho Administrativo", Valparaíso 1968.

6.- Pantoja, Bauza Rolando, "Manual de Derecho Administrativo", Santiago 1969.

7.- Flisfich, Mauricio, "Manual de Derecho Administrativo", Santiago 1969.

8.- Caldera Delgado, Hugo, "Manual de Derecho Administrativo", Santiago 1979.

9.- Daniel Argandoña, Manuel, "La Organización Administrativa en Chile. Bases fundamentales", Santiago 1982, Seg. Edición1985.

10.- Amunátegui, Gabriel, "Principios Generales de Derecho Constitucional", Santiago 1953.

CAPITULO III

USO DEL CONCEPTO ESTADO DE DERECHO EN LA PRACTICA POLITICO INSTITUCIONAL CHILENA.

3.1. CONSIDERACIONES PREVIAS.

Me parece conveniente formular una serie de consideraciones antes de desarrollar el tema del uso del concepto en la vida política chilena.

Queda claro, a estas alturas del análisis, que la noción que nos ocupa está íntimamente vinculada al poder político, al ejercicio del poder por los órganos estatales. No nació el Estado de Derecho como una limitación o una garantía frente a la actividad de los particulares. Los principios, las técnicas que lo conforman son obligatorias para el Estado y sus órganos. Ellos deben sujetar su accionar a las normas del Rechtsstaat y en beneficio de los individuos.

Adhiero al planteamiento de Mario Justo López según el cual el estudio de la vinculación entre el poder del Estado y el Derecho constituye uno de los temas más importantes del Derecho Público. Máxime cuando la relación que se postula es del tipo garantista: el Derecho establece los límites de la actuación del Estado para proteger a los individuos.

Es el poder del Estado, los órganos que ostentan el poder político estatal, los titulares de los cargos gubernamentales quienes deben subordinarse. (27). Se procura configurar un estatuto jurídico del poder estatal subordinando a los gobernantes al Derecho. El ámbito en el cual se desenvuelve el concepto está claramente delimitado. Consecuentemente no tiene sentido la discusión sobre las relaciones entre el Estado y el ordenamiento jurídico, llevado el tema a este ámbito tienden a identificarse los términos Estado y Derecho concluyéndose erróneamente que todo Estado es Estado de Derecho.

"Panorama del contencioso-administrativo en Latinoamérica", en "Derecho Procesal Administrativo", Bogotá 1980.

"La proteción jurídica de los administrados" en "La protección jurídica de los administrados", Bogotá, 1980.

(17) Silva Cimma, Enrique "El Estado de Derecho y el Derecho Público", Rev. de Derecho Público, Escuela de Derecho, Univ. de Chile, núm. 2, pág. 6, Stgo. 1964.

(18) Silva Cimma, Enrique, "El Estado de Derecho"... ob. cit., pág. 7.

(19) Silva Cimma, Enrique, "El contencioso-administrativo....ob. cit.., pág. 79, 82, 83,

(20) Silva Cimma, Enrique, "Panorama del contencioso-administrativo.... ob. cit.., 97, 101.

(21) Silva Cimma, Enrique, "La protección jurídica... ob. cit., pág. 116.

(22) Briones, Carlos, "Un sistema jurídico-político constitucional para Chile", Ichech, Santiago 1984, pág 10.

(23) Briones, Carlos, ob. cit., pág. 11.

(24) Cea Egaña, José Luis, "Curso de Teoría Constitucional.. ob. cit., pág. 217.

(25) Ibáñez Santa María, Gonzalo, "El Estado de Derecho. Notas para su estudio", Santiago, 1978. pág. 48.

(26) Illanez Benítez, Osvaldo, "El Comité de defensa del Estado de Derecho", Rev. de Derecho y Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Gaceta de los Tribunales, Santiago 1962.
"El Estado de Derecho", El Mercurio, Santiago 16 de Septiembre de 1970, pág. 3.

En el Estado de Derecho se han establecido y asegurado jurídicamente las vías y los límites de su actividad así como la esfera de libertad de los ciudadanos. El Rechtsstaat excede por tanto la idea de la simple limitación: El Estado sólo puede actuar sobre sus súbditos, más precisamente ciudadanos, conforme a una regla preexistente y sólo puede exigirles en virtud a reglas preestablecidas. La Constitución Política al conferir a los órganos del Estado ciertos poderes les está prohibiendo ejercer los no comprendidos en ese otorgamiento. (28).

El postulado de la subordinación del poder político a la ley constituye un pilar esencial del constitucionalismo clásico. La historia constitucional ha resaltado debidamente este punto, pero olvida las más de las veces que él no era un planteamiento novedoso en la historia política. Ya sabemos que en España la monarquía visigoda teóricamente se consideró sujeta a la ley y a la ética, la formula isodoriana establecía "rey serás si obras rectamente, si no obras rectamente no lo serás". Otro tanto ocurrirá con algunas monarquías españolas de la Baja Edad Media como consecuencia de la vigencia de la teoría pactista o contractualista. Esta precisión histórica sin embargo no puede llevarnos a desconocer la enorme relevancia de los postulados y prácticas del constitucionalismo clásico. Ellos excedían con creces el problema de la sujeción del gobernante al Derecho. Afectaban los fundamentos políticos de la estructura feudal teniendo como norte la defensa de los derechos naturales del individuo. Por otro lado, en el terreno de los hechos, se enfrentaron al régimen absolutista imperante, a una monarquía que no aceptaba la sujeción a la ley.

Es oportuno señalar que la relación entre Constitución Política y Estado de Derecho es estrecha, fue la Constitución el instrumento jurídico en el cual se expresaron sus postulados. La Constitución debe ser considerada -en este punto- en dos aspectos: Como instrumento para la fijación de las normas de Derecho Público, y como instrumento jurídico dotado de un contenido normativo específico. En el primer aspecto constituye la expresión del fenómeno codificador en el área del Derecho Público; es un código político. La paternidad del racionalismo jurídico es indiscutible, la Constitución expresa su método de fijación del Derecho vigente. En el segundo aparece en cambio como un cuerpo normativo que ampara determinados derechos, libertades individuales, para lo cual establece las formas de ejercicio del poder público y señala sus atribuciones específicas.

Podemos precisar entonces que la íntima relación entre el Rechtsstaat y la Constitución no significa necesariamente, que por tener un Estado un texto constitucional cumple con los principios del Estado de Derecho. Puede perfectamen-

Ahora bien, la circunstancia de que los obligados sean los órganos estatales no significa sin embargo que carezca de relevancia el atentado de los individuos contra las garantías, los principios del Estado de Derecho. La violación sea que provenga de órganos del Estado o de particulares provocará generalmente el mismo efecto jurídico, aunque no las mismas consecuencias políticas. La conducta violatoria constituirá seguramente un delito en el ordenamiento jurídico cualquiera sea su autor. Así por ejemplo los artículos 141 y 148 del Código Penal chileno establecen:

Artículo 141: "El que sin derecho encerrare o detuviere a otro privándole de su libertad, será castigado con la pena de presidio o reclusión menores en cualquiera de sus grados".

Artículo 148: "Todo empleado público que ilegal y arbitrariamente desterrare, arrestare o detuviere a una persona, sufrirá la pena de reclusión menor y suspensión del empleo en sus grados mínimos a medios".

En ambos casos se despliega una actividad lesiva del Estado de Derecho cuya falta de sanción contribuiría a un debilitamiento del mismo. Jurídicamente el efecto es entonces idéntico, se impone una pena. Su significado político en cambio es radicalmente distinto. En efecto, si son personas comunes las que atentan contra él, ni aún en el evento de que se tratara de una violación masiva y organizada, el poder público, el gobierno, no ve afectado frente a la ciudadanía su facultad de ejercer su legítima autoridad, aunque la misma pueda aparecer debilitada o ineficaz. Acontece lo contrario si son los detentadores de los poderes públicos los que incurren en la violación. Siendo en definitiva los órganos del Estado quienes están especialmente restringidos en su obrar, su responsabilidad no es sólo jurídica sino política. El ejercicio del poder sería ilegal y carecería de toda legitimidad, máxime cuando el criterio para distinguir un poder legítimo de uno ilegítimo es el respeto a los principios y técnicas del Estado de Derecho recogidos en la Constitución.

Ante la violación sistemática sólo queda recurrir a los mecanismos restauradores contemplados en el propio ordenamiento jurídico. El derecho a la resistencia y derrocamiento del gobierno abiertamente trangresor, debe ser el último recurso para mantener la vigencia del Estado de Derecho.

Los autores alemanes que acuñaron el concepto designaban con él a un Estado que se subordina a la razón y al Derecho (*).

(*) *No se ha destacado de modo suficiente la relación entre el pensamiento ilustrado, y el Rechtsstaat. Tanto los cientistas como los historiadores del Derecho al dar cuenta del fenómeno del racionalismo jurídico, destacan los derechos humanos naturales, derechos individuales, el derecho natural clásico y la codificación como sus aspectos fundamentales. Olvidan las más de las veces el término Rechsstaat. Al tradicional trinomio debe agregarse entonces este concepto para dar de ese modo una visión completa de los aspectos jurídicos de la ilustración.*

CAPITULO IV

UTILIZACION DEL CONCEPTO ESTADO DE DERECHO EN EL PERIODO 1970 - 1973.

4.1. EL GOBIERNO DE LA UNIDAD POPULAR Y EL ESTADO DE DERECHO.

El Gobierno de la Unidad Popular, especialmente el Presidente don Salvador Allende, pretendía llevar a Chile al socialismo a través de la llamada "vía chilena al socialismo". Esto significaba, en el plano jurídico, la transformación del Estado burgués chileno recurriendo a su propia institucionalidad. Allende y sus asesores estimaban que la Constitución Política de 1925, la legalidad burguesa, permitía la transformación del Estado. De hecho sostenían que su fuerza radicaba entre otros pilares, en la legalidad. Se trataba de reemplazar la Constitución burguesa dentro de la propia Constitución, respetando las instituciones políticas y las leyes.

Sectores más radicalizados plantearon la transformación del Estado burgués, no a partir de la vía legal, sino de la revolucionaria; la legalidad burguesa debía ser destruída totalmente y se la consideró inútil para transformar al Estado chileno en un Estado Socialista.

Tanto una como otra posición no recurre a la noción Estado de Derecho Liberal para referirse a la legalidad burguesa, al Estado legal burgués. Allende y los sectores más radicalizados del gobierno no utilizan el concepto de Estado de Derecho para desarrollar sus propuestas y sus críticas político-institucionales. No se trata de transformar el Estado de Derecho Liberal en otra forma histórica de Estado de Derecho sino de transformar el Estado legal burgués en un Estado Socialista.

El Programa de Gobierno expresaba, en el capítulo relativo al nuevo orden institucional, que el gobierno construiría un Estado Popular, el mismo se caracteri-

te acontecer que sólo exprese la fijación del Derecho vigente y que su contenido normativo viole flagrantemente sus postulados.

NOTAS.

(27) Justo López, Mario, "Introducción a los estudios políticos", Editorial Kapeluz, 1971, Argentina, Tomo II, pagina 1.

(28) Malberg R., Carré de "Teoría General del Estado". Versión española José Lión D. Editorial Fondo de Cultura Económica, México 1948, página 223.

nuestro Programa de Gobierno se ha comprometido a realizar su obra revolucionaria respetando el Estado de Derecho. No es un simple compromiso formal, sino el reconocimiento explícito de que el principio de legalidad y el orden institucional son consubstanciales a un régimen socialista, a pesar de las dificultades que encierran para el período de transición". Finalmente reflexionaba en torno al tema de la violencia indicando que estaba consciente de las dificultades que el proceso de transformación presentaba, especialmente del recurso a la violencia por el capitalismo. Afirmaba: "Con todo, es mi obligación advertir que un peligro puede amenazar la nítida trayectoria de nuestra emancipación y podría alterar radicalmente el camino que nos señalan nuestra realidad y nuestra conciencia colectiva; este peligro es la violencia contra la decisión del pueblo.

Si la violencia, interna o externa, la violencia en cualquiera de sus formas, física, económica, social o política llegara a amenazar nuestro normal desarrollo, y las conquistas de los trabajadores, correrían el más serio peligro la continuidad institucional, el Estado de Derecho, las libertades políticas y el pluralismo. El combate por la emancipación social o por la libre determinación de nuestro pueblo adoptaría obligatoriamente manifestaciones distintas de lo que con legítimo orgullo y realismo histórico denominamos la vía chilena hacia el socialismo... Si la violencia no se desata contra el pueblo, podremos transformar las estructuras básicas donde se asienta el sistema capitalista en democracia, pluralismo y libertad". (31).

Hay diferencias entre el Programa de Gobierno y las expresiones del Presidente Allende a partir de su victoria electoral. En aquel documento no se hacía mención al Estado de Derecho, tal concepto no jugaba rol alguno en el programa, la contingencia política llevará al presidente a su utilización.

La problemática jurídica no tenía mayor relevancia para el Gobierno y no teorizó sobre el tema. Si bien es cierto tenía claro que trataba de reemplazar la legalidad burguesa, comprendía al mismo tiempo que el problema era fundamentalmente político y económico, más que jurídico.

La oposición sin embargo recurrió al fenómeno jurídico para oponerse a la revolución en legalidad. En efecto, planteado el tema por la Democracia Cristiana con ocasión de la aprobación del Estatuto de Garantías Constitucionales, (*) el Gobierno de la Unidad Popular se verá en la necesidad de declarar su respeto al Estado de Derecho, siendo notorio que el concepto se identificó tan sólo con el principio de legalidad. De hecho, en sus discursos el Presidente Allende lo distingue del régimen de libertades, de la institucionalidad y del régimen de Derecho.

(*) Se denomina Estatuto de Garantías Constitucionales al conjunto de reformas que la Democracia Cristiana solicitó a Salvador Allende, aprobara, a cambio de su apoyo en la elección de Presidente de la República por el Congreso Nacional. Ellas se refieren entre otras cosas a la libertad de información, sindicalización, educación, etc.

zaría por la incorporación de las masas populares al poder estatal a través de un creciente proceso de democratización. Se afirmaba que las fuerzas populares no se habían unido para luchar por la simple sustitución de un Presidente de la República por otro, sino para llevar a cabo los cambios de fondo que la situación nacional exigía sobre la base del traspaso del poder de los grupos dominantes a los trabajadores. Expresaba el Programa: "En materia de estructura política el Gobierno Popular tiene la doble tarea de:

- Preservar, hacer más efectivos y profundos los derechos democráticos y las conquistas de los trabajadores; y transformar las actuales instituciones para instaurar un nuevo Estado donde los trabajadores y el pueblo tengan el real ejercicio del poder". (29).

Como se aprecia, la transformación del Estado no se entiende dentro de la perspectiva del Estado de Derecho. Pero esto no significa que el gobierno de la Unidad Popular, específicamente el Presidente Salvador Allende, no recurriera al concepto. De hecho, con ocasión de la discusión del llamado Estatuto de Garantías propuesto por la Democracia Cristiana, él expresaba con fecha 29 de septiembre de 1970 en su respuesta al Partido Demócrata Cristiano: "Nuestro programa expresa textualmente que el 'Gobierno Popular garantizará el ejercicio de los derechos democráticos y respetará las garantías individuales y sociales de todo el pueblo'. Y agrega que 'la libertad de conciencia, de palabra, de prensa y de reunión, la inviolabilidad del domicilio y los derechos de sindicalización y organización regirán efectivamente sin las cortapisas con que las limitan actualmente las clases dominantes". Señalaba más adelante "Hemos sostenido que todas las transformaciones políticas, económicas y sociales se harán a partir del orden jurídico actual y con respeto a un Estado de Derecho. (30).

Ante el Congreso Nacional, con ocasión del discurso del 21 de mayo de 1971, Allende expresaba que la construcción chilena del socialismo no tenía antecedente alguno. Se trataba de construir un nuevo modelo de Estado centrado en el hombre pero respecto del cual no habían experiencias anteriores que sirvieran de ejemplo. Establecía seguidamente los cinco puntos esenciales de la lucha política y social de su gobierno dentro de los cuales se consideraba el principio de legalidad, conquista irreversible mientras existiera la diferencia entre gobernantes y gobernados. En consecuencia, se respetaría el principio, pero se procuraría que la normativa jurídica respondiera a las necesidades del pueblo. En el discurso se sostenía asimismo que del realismo del Congreso iba a depender que a la legalidad capitalista sucediera la legalidad socialista. Agregaba a continuación: "Es conforme con esta realidad que

lo que se afectaba, a juicio del Colegio, era en definitiva el principio de legalidad. El prestigio, eficacia de la ley, la ejecución efectiva de los fallos judiciales que aplicaban dicha ley se veían gravemente dañados por la situación descrita. Así las cosas, la crisis del Estado de Derecho se identificaba con el deterioro creciente, a juicio del Colegio, del principio de legalidad. La ley, garantía histórica de seguridad y de igualdad, estaba siendo afectada debido a su falta de aplicación y al uso de la violencia.

Más adelante por resolución de 17 de Octubre de 1972 señalaba: "El Consejo General del Colegio de Abogados, en presencia de la quiebra del Estado de Derecho que sufre el país, en resguardo de los superiores intereses de la Nación y en ejercicio del derecho de defensa de la institucionalidad y de la profesión de abogado, acuerda: Instruir a sus colegiados para que suspendan su ejercicio profesional ...." (33).

Cabe considerar que en el oficio se sostiene el quiebre del Estado de Derecho, y ante esto, el principio de legalidad se protege recurriendo a un argumento jurídico no contemplado en el Derecho Positivo; el derecho a la defensa de la institucionalidad. Con ello el Colegio procuraba justificar la legalidad del paro, medida que presentaba dudas en este punto en el seno del Consejo.

Me parece necesario precisar que no es posible remitirse a la concepción del Presidente del Colegio, don Alejandro Silva Bascuñán, para comprender el concepto que maneja esta institución, ello porque operó para emitir estos comunicados por la vía de la reunión de su Consejo. Allí se decidió el contenido del oficio y la propuesta del texto la formuló el abogado señor Luis Ribalta.

En lo relativo a la actuación de la Corte Suprema tenemos lo siguiente:

Hubo intercambio de oficios entre el Presidente de la República y la Corte Suprema; ellos plantean, como primera cuestión, un hecho que la doctrina chilena no ha abordado de modo suficiente, esto es, que el Tribunal Supremo actúa también en la órbita política contingente cuando ejerce ciertas atribuciones. Creo en este sentido que la actuación de dicho Tribunal a partir del año 1970 y hasta el año 1990, constituye el más claro ejemplo de una actuación política. Corresponderá a los historiadores del derecho dar cuenta en su momento de esta realidad, máxime cuando desde el punto de vista de la Historia del Derecho Republicano la crisis de 1973, y la Constitución de 1980, fenómenos verificados durante estas décadas, marcan el fin de un período y el inicio de otro.

Cabe concluir que el concepto, no juega en los planteamientos jurídicos del gobierno de la Unidad Popular un papel relevante. No concibe el régimen socialista la transformación de la sociedad chilena dentro de los marcos del Estado de Derecho. Lo que no significa que renunciara al principio de legalidad, y lo que el gobierno entendía como las conquistas democráticas del pueblo de Chile.

Recurrirá en definitiva al concepto en razón de la contingencia política, ello porque la oposición lo transformará en su bandera de lucha.

4.2. LAS ENTIDADES OPOSITORAS AL GOBIERNO DE LA UNIDAD POPULAR Y EL ESTADO DE DERECHO.

En el otro espectro del panorama político diversas instituciones que discrepaban de la actuación del gobierno, van a recurrir al Estado de Derecho de modo insistente, sosteniendo que él mismo se encontraba en crisis.

Cabe destacar en este sentido la actuación del Colegio de Abogados, de la Corte Suprema y de la Cámara de Diputados. Veamos:

Con fecha 28 de septiembre de 1972, el Colegio envió un oficio al señor Presidente de la República con el fin de hacerle ver ciertas circunstancias que obstaculizaban el debido desempeño de la tarea judicial y de la abogacía. En dicha comunicación señalaba: "Estimamos indispensable reiterarle las apreciaciones que en la recordada entrevista le formulamos, en cuanto a que la creciente situación de violencia que se va extendiendo y profundizando en el país significa el más fuerte daño al Estado de Derecho, y consiguientemente, a los valores fundamentales cuya vigencia constituye condición necesaria para que los abogados puedan defender útilmente los derechos consagrados en el ordenamiento jurídico y para que la magistratura tenga la posibilidad de prestar a gobernantes y gobernados los altos servicios a que está llamada". (32).

El comunicado describía una situación caracterizada por el abandono y descrédito de la vía legal acompañada de un incremento de la violencia. En este último sentido se hacía notar que la coacción sólo podía usarse por las instituciones que la Constitución señalaba.

La afirmación según la cual la situación de violencia significaba un fuerte daño al Estado de Derecho, entendida dentro del contexto general del oficio, nos indica que

las garantías que otorga la Carta Fundamental a los ciudadanos sean efectivas y no atropelladas, de manera que los encargados administrativos cumplan honestamente con sus funciones sin alterar los fines para los cuales fueron creados los cargos que ocupan y que hagan uso de sus atribuciones sin fraude a la ley, y en que, para el caso de que se cometa cualquier abuso a este respecto, sea de inmediato anulado y sancionado por el superior para que así el subalterno no se vea estimulado en sus demasías. Por último, y lo destacamos dándole la mayor importancia, entendemos por estado de derecho aquél en el cual se cumplen normalmente las decisiones judiciales.... el estado de derecho no consiste en un simple juego formal de textos legales, sino en el respeto efectivo, mediante un acatamiento profundo y sincero de los derechos y deberes que nuestro sistema democrático asigna a los Poderes Públicos, a quienes ejercen autoridad y a los ciudadanos". Finalmente agregaba que: "En el mantenimiento del estado de derecho, o, recordando una frase de Von Ihering, en la 'Lucha por el Derecho', le corresponde a esta Corte Suprema actuar de una manera singular, pues sólo puede hacerlo mediante sus sentencias o representaciones ante quien corresponda, para que se respete el derecho lesionado, y al no ser amparado su cumplimiento por la fuerza pública, que según la ley actual debe ser otorgada por los ejecutivos, no sólo disminuye sino que se llega a reducir a la nada el estado de derecho...." (36). Concluía señalando que la responsabilidad en la mantención del Estado de Derecho radicaba, primordialmente, en los funcionarios que tienen por ley los medios coercitivos para hacer respetar, o amparar, las decisiones de los Tribunales.

En su exposición en la Universidad de Chile repitió los conceptos expresados en su discurso del año 1973, además, distinguió al Estado de Derecho del Estado Totalitario recurriendo para ello a dos criterios; la obediencia y la separación de poderes. Es propio del Estado de Derecho la obediencia reflexiva y la separación de los Poderes Públicos.

Agregó que el Estado de Derecho era una creación de la civilización frente al despotismo y la anarquía y que se encontraba en la Roma Antigua la concreción de las teorías acerca del mismo. Ello porque en Roma se elaboraron normas, ya para limitar al poder, ya para limitar a los particulares cuando contrataban, y se intuyó que los poderes públicos podían ser eficazmente limitados por los derechos civiles de los gobernados.

Su concepción nos remite a los grandes principios del Estado de Derecho, a saber: la división de los Poderes Públicos, la existencia y eficacia de las garantías individuales establecidas en la Carta Fundamental, la sujeción de la Administración a la ley.

Antes de referirme a dichos oficios me parece apropiado comentar una serie de intervenciones de los Presidentes de la Corte Suprema, don Ramiro Méndez Brañas (1971-1972) y don Enrique Urrutia Manzano, (1973) en las cuales se refieren al concepto Estado de Derecho.

Ramiro Méndez Brañas, con ocasión del discurso que pronunciara en la inauguración del año judicial 1972, defendiendo a su propia persona y a la Administración de Justicia de lo que consideraba ataques de ciertos sectores que atribuían a algunas actuaciones y fallos intención política, señalaba: "Pero quienes servimos en la Administración de Justicia no queremos, ni podemos intervenir en la política contingente, porque afecta a la independencia y a la imparcialidad, sin las cuales desaparece toda idea de justicia". (34).

Para luego sostener: "Y debo recordar a mis colegas de la magistratura que la justicia de Chile, a pesar de sus vacíos y deficiencias, siempre ha sido baluarte seguro del Estado de Derecho, único que cautela debidamente la dignidad humana y que es garantía de las libertades ciudadanas, aún en los momentos más difíciles de nuestra historia, por lo que debemos continuar tan respetable tradición y no olvidar los deberes que nos impone el honroso título de JUEZ que tan dolorosamente suele afectar nuestra vida de hombres".(35).

Al parecer el señor Presidente de la Excelentísima Corte no se percataba de que -al elevar a la Justicia chilena al nivel de baluarte seguro e histórico del Estado de Derecho- estaba asignando a dicho Poder un rol claramente político. ¿O acaso la defensa del Estado de Derecho, cautelador de la dignidad humana y protector de las libertades ciudadanas, no configura nítidamente una actuación de aquél tipo?. Estimo que sí; la lucha por la vigencia del Derecho siempre es una lucha política. Sin embargo, no podemos perder de vista que las actuaciones de la Corte que generaron conflictos con el Ejecutivo se referían, en un porcentaje importantísimo, al derecho de propiedad y excepcionalmente a las libertades ciudadanas.

¿Y qué entendía Enrique Urrutia Manzano por Estado de Derecho?. Del discurso con que inauguró el año judicial 1973, así como de una interesante conferencia que dictó en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile el día 4 de abril de 1973, se desprende en gran medida su concepción. En aquellos días, que él mismo calificaba como difíciles para el normal desenvolvimiento de la Administración de Justicia, Urrutia Manzano expresaba en el discurso de inauguración del año judicial 1973: "Entendemos el Estado de Derecho de una manera muy simple; aquél en que la ley no vulnere las atribuciones constitucionales otorgadas al Poder Público; en que

en la inteligencia y aplicación de las leyes, y de los vacíos que noten en ellas. En parte alguna de este artículo se faculta a la Corte para representar a la autoridad o a quien corresponda la lesión de algún derecho. Por otro lado la facultad conservadora de los Tribunales de Justicia, que es la atribución que se vincula con la protección del Estado de Derecho, sólo puede ser ejercida en los litigios en que se demande el ejercicio de la misma.

Ahora bien, en lo tocante a la actuación de la Corte Suprema tenemos que el pleno de la Corte, en un oficio dirigido al Presidente de la República, con fecha 7 de mayo de 1973, le expresó que, velando por el mantenimiento del orden jurídico, debía representarle la negativa de Carabineros, en diferentes casos, para prestar la fuerza pública obedeciendo instrucciones, ya de un gobernador, ya de un intendente. Afirmaba la Corte que tal situación importaba la violación de la facultad de imperio de los Tribunales de Justicia y conducía a una crisis del Estado de Derecho que la Corte no podía silenciar.

Es preciso hacer notar que para el Tribunal Supremo se trata del inicio de una crisis, no de la fase terminal de la misma, como había sostenido ocho meses antes el Colegio de Abogados.

En un nuevo oficio, de fecha 26 de mayo de 1973, la Corte sostendrá que la pertinacia de la fuerza pública en rebelarse contra las resoluciones judiciales, despreciando la alteración que tales actitudes provocan en el orden jurídico, representa: ".... no ya una crisis del estado de derecho.... sino una perentoria o inminente quiebra de la juricidad del país" (37). Como vemos, según el criterio del Excelentísimo Tribunal, la situación iba más allá de una lesión al Estado de Derecho, lo que ocurría es que se estaba configurando un atentado al orden jurídico. Es decir la idea de Derecho, la regulación jurídica como único criterio de solución para los problemas sociales y políticos se exponía en lo inmediato a una grave afección.

Me parece útil finalmente hacer una referencia, aunque breve, a la posición adoptada por la Cámara de Diputados en los últimos días del gobierno de la Unidad Popular. Recordemos que, con fecha 30 de junio de 1973, la Corte Suprema comunicó por medio de un oficio al Ministro del Interior, que ante la negativa de la autoridad administrativa y de Carabineros para cumplir las órdenes judiciales había puesto en conocimiento de la Cámara de Diputados esta situación, y para los fines a que hubiere lugar.

La Cámara de Diputados, con fecha 23 de agosto de 1973, adoptó un acuerdo que

Estimo que incurre en error sin embargo en su remisión a Roma por cuanto las bondades científicas del Derecho Romano no pueden confundirse con sus prescripciones de conducta, su contenido normativo. En efecto, el principio de personalidad que determinaba la vigencia del Derecho Romano, significaba en la práctica que no todos los habitantes del Imperio gozaban de un mismo estatuto jurídico, de forma tal que las libertades y garantías eran beneficio exclusivo de los romanos. El Derecho contemplaba además a ciertas personas como cosas y por ende carecían de todo derecho en el ámbito privado o público.

Ahora bien, agrega Urrutia Manzano dos elementos nuevos, producto sin lugar a dudas de la contingencia política; la eficacia de las resoluciones judiciales debido al respaldo de la fuerza pública, la existencia de la obediencia reflexiva en la Administración. Debo llamar especialmente la atención sobre la incorporación de la eficacia de las resoluciones judiciales como un componente del Estado de Derecho. El señor Presidente del Excelentísimo Tribunal se separa en este aspecto de la generalidad de la doctrina chilena y extrae de la contingencia política un nuevo elemento; la eficacia de las resoluciones judiciales. Creo que este caso constituye la prueba más clara de la afirmación que hacíamos en el sentido que la noción Estado de Derecho es de una gran riqueza conceptual. Coincide además en este sentido con la posición del Colegio de Abogados que se refería también, aunque no de un modo tan explícito, a la eficacia de los fallos al sostener el deterioro del Estado de Derecho.

Urrutia Manzano precisa en su discurso que la Corte Suprema actúa para proteger el Estado de Derecho a través de sus sentencias, o a través de representaciones, ante quien corresponda, para que se respete el derecho lesionado. Cabe entender que estas representaciones no tienen lugar, obviamente, con ocasión de su conocimiento directo de un proceso por alguna de las vías contempladas en el ordenamiento jurídico, sino el señor Presidente no formularía la distinción.

El primer mecanismo no nos merece duda alguna, no ocurre lo mismo con la representación. No existía ninguna norma que autorizara a la Corte Suprema para representar a autoridad alguna una lesión al derecho. El artículo 4 y 102 del Código Orgánico de Tribunales, el artículo 5 del Código Civil, así como el artículo 86 de la Constitución Política de 1925, no admitían bajo ninguna circunstancia esta actividad de representación, que significaría por lo demás una intromisión en los asuntos de otros Poderes del Estado.

La única posibilidad de la Corte, regulada en el artículo 5 del Código Civil, es dar cuenta al Presidente de la República de las dudas y dificultades que le hayan ocurrido

de la ley de manera tan manifiesta, tanto en su letra como en su espíritu, había perdido ya la legitimidad obtenida con su elección por el Congreso Nacional, y, por el contrario legitimaba así, a su vez, los sucesos acaecidos en el recordado once de septiembre". (38).

Como vemos, el gobierno de la Unidad Popular no es considerado ilegítimo por haber atentado contra el Estado de Derecho, sino, por sus desaciertos y por haber violado la ley en su letra y espíritu.

Es importante para efectos de nuestro análisis, que no se haga una mención expresa del Estado de Derecho en este tema tan crucial. No se usa el concepto que sirvió como instrumento eficaz para la defensa de la legalidad al determinar la legitimidad y la ilegitimidad del gobierno del Presidente Salvador Allende y de la Junta de Gobierno respectivamente. No podemos pensar que ello acontece porque no se concibe la vinculación entre estas realidades. Baste recordar, en este sentido, que ya en el año 1960 el distinguido profesor don Sergio Galaz Ulloa planteaba en su libro "Derecho Constitucional e Instituciones Políticas", que el derecho a rebelión era el último recurso para mantener la legitimidad en un Estado de Derecho.

Un planteamiento parecido formulará el Colegio de Abogados. Esta institución - en un comunicado fechado en el mes de octubre de 1973- y dirigido a los colegas del exterior sostendrá el carácter ilegítimo del Gobierno del Presidente Salvador Allende por haber violado éste los derechos humanos, su competencia propia, el ordenamiento positivo vigente, todo lo cual condujo a que se apartara de la obtención del bien común. Estas circunstancias, más otros factores, venían a su vez a legitimar al nuevo gobierno. En el comunicado no se hace mención al Estado de Derecho en el punto relativo a la justificación de la ilegitimidad.

Nos parece que la única explicación razonable para el silencio del término por la Corte Suprema y por el Colegio de Abogados es la final identificación del mismo con el principio de legalidad.

Podemos concluir que durante el período 1970 - 1973, el concepto Estado de Derecho se utilizó abundantemente en la lucha política contingente.

La oposición, representada en nuestro análisis por el Colegio de Abogados, la Corte Suprema, la Cámara de Diputados, el Partido Demócratacristiano, utilizará el concepto primigenio. Los principios que conforman el Estado de Derecho y cuya violación se alega son los del Rechtsstaat primitivo.

dirigió al Presidente de la República, cuya finalidad era representar al Presidente, así como a los Ministros que eran miembros de las Fuerzas Armadas y Carabineros, el grave quebrantamiento del orden institucional y legal por el que atravesaba el país y del que culpaba al gobierno de Salvador Allende. En dicho acuerdo se usó con profusión el concepto Estado de Derecho sosteniendo la destrucción de sus elementos esenciales. ¿Cuáles eran, según el texto del acuerdo, dichos elementos?. La separación de los Poderes Públicos y el respeto de sus respectivas atribuciones, la sujeción al principio de legalidad administrativa, el respeto a las garantías y derechos fundamentales que la Constitución establecía en favor de los habitantes de todo el país.

El texto imputaba al gobierno una serie de violaciones gravísimas a estos principios del Estado de Derecho. Cabe recordar que luego del mismo, el Colegio de Abogados, desarrollará la idea de una declaración de inhabilidad del Presidente de la República, por el Congreso Nacional, y en ejercicio de las facultades que le entregaba el artículo 43 número 4 de la Constitución Política de 1925.

La decisión de la Cámara constituía un acuerdo, no una acusación constitucional. Se trataba de una simple presentación de una parte de sus miembros al Presidente y sus Ministros en la cual se hacían imputaciones gravísimas al gobierno. Su contenido me permite sostener que los diputados que la suscribieron se pusieron fuera de la Constitución, el objetivo que perseguían con el acuerdo era el propio de una acusación constitucional, mecanismo que no intentaron pues carecían de quorum para aprobarla.

Luego vendrá el golpe de Estado. El 11 de septiembre de 1973 las Fuerzas Armadas y de Orden asumirán el poder total poniendo fin al gobierno de la Unidad Popular y clausurando la debilitada vida democrática del país.

La reacción de la Corte Suprema y del Colegio de Abogados fue de apoyo a la nueva situación política impuesta por las Fuerzas Armadas y de Orden.

Con fecha 12 de septiembre de 1973, Enrique Urrutia Manzano manifestó su complacencia ante la declaración de la Junta de Gobierno de que respetaría las decisiones judiciales. Con fecha 13 de septiembre, el Pleno de la Corte Suprema hacía suyo los conceptos vertidos por el señor Presidente Urrutia.

En el discurso inaugural del año judicial 1974, el mismo Urrutia expresaba que el gobierno elegido el año 1970: ".... con sus desaciertos y su constante violación

CAPITULO V

UTILIZACION DEL CONCEPTO EN LA ELABORACION DE LA CONSTITUCION DE 1980.

Analizaré a propósito del tema de la elaboración de la Constitución Política de 1980 las discusiones de la Comisión de estudio, elaboración y proposición de una nueva Constitución Política del Estado, creada por el Decreto Supremo número 1064 de 25 de octubre de 1973, publicado en el Diario Oficial el día 12 de noviembre de 1973, así como las Actas Constitucionales números 2 y 3 de 1976.

5.1. EL ESTADO DE DERECHO EN LA COMISION DE ESTUDIO, ELABORACION Y PROPOSICION DE UNA NUEVA CONSTITUCION POLITICA DEL ESTADO.

Producido el Golpe de Estado, el Gobierno militar se ocupó casi de modo inmediato de elaborar una nueva Constitución Política. De hecho la creación de una comisión de estudio que redactara un anteproyecto de una nueva constitución es, desde el punto de vista político institucional, uno de sus primeros pasos. Recordemos que con anterioridad había dictado el Decreto Ley 12 que disolvía la Central Unica de Trabajadores, el Decreto Ley 25 que hacía cesar en sus funciones a los alcaldes y regidores elegidos democráticamente, los Decretos Leyes 77 y 78 que declaraban en recesión los partidos políticos, el Decreto Ley 119 que disolvía el Tribunal Constitucional, todos ellos destinados a alterar sustancialmente el panorama institucional del Chile democrático que llegaba a su fin.

Es posible distinguir dos significados del concepto, que corresponden a dos momentos distintos, en el seno de la Comisión.

Cabe rescatar que el aporte de la Corte Suprema constituye un enriquecimiento del concepto tradicional y además una demostración de la enorme riqueza que ofrece el término en estudio para entender la realidad político - institucional.

Finalmente, no podemos dejar este punto sin recordar la circunstancia de haber sido sorprendida la doctrina chilena del Derecho Público, a medio camino en su comprensión del Rechtsstaat al momento de producirse la crisis de 1973.

NOTAS.

(29) "Programa de la Unidad Popular", en Garcés, Joan, Salvador Allende. Nuestro camino al socialismo. La vía chilena., Editorial Papiro, 1971.

(30) El Mercurio, 1 de octubre de 1970.

(31) Garcés, Joan, ob. cit. , página 36.

(32) Colegio de Abogados, "Quiebra del Estado de Derecho durante el régimen marxista de Salvador Allende y adhesión del Colegio de Abogados al nuevo Gobierno de Chile". Antecedentes. Fecha edición octubre de 1973. Santiago de Chile, sin editorial. Pág. 10.

(33) Revista de Derecho Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Gaceta de los Tribunales. Septiembre-octubre 1973, número 7-8. Primera parte, página 176.

(34) Revista de Derecho Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Gaceta de los Tribunales, año 1972, Parte Primera, página XV.

(35) Revista de Derecho Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Gaceta de los Tribunales, año 1972,..... ob. cit., página XV.

(36) Revista de Derecho Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Gaceta de los Tribunales, Septiembre-octubre..... ob. cit., página XXIV.

(37) Revista de Derecho Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Gaceta de los Tribunales, Septiembre-octubre.... ob. cit., página 212.

(38) Revista de Derecho Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Gaceta de los Tribunales, año 1974, página 21.

Sergio Diez expresó en esta sesión que la Constitución debía recoger la fórmula adecuada, que lograra una eficaz participación del pueblo, y que permitiera y contribuyera al mantenimiento y solvencia del Estado de Derecho.

No hay antecedentes en la Comisión, al momento de producirse las intervenciones de Evans y de Diez, que nos permitan establecer con precisión, los principios y los mecanismos, que configuraban el Estado de Derecho a que hacían referencia sus dos miembros.

Ya sabemos, a estas alturas del análisis, que no obstante el uso político que hizo la oposición del concepto, el mismo no estaba completamente definido, delimitado, en la doctrina chilena.

Cabe precisar, en todo caso, que el término no aparece desplegado en las primeras sesiones cuando se aborda precisamente el tema de la crisis institucional. Más aún, el Decreto Ley 77 de Octubre de 1973, que fue elaborado por los miembros de la Comisión: Enrique Ortúzar Escobar, Sergio Diez Urzúa, Jaime Guzmán Errázuriz, Jorge Ovalle Quiroz y por el cual se cancela la personalidad jurídica de los partidos políticos que apoyaron a la Unidad Popular y se imputa por la Junta de Gobierno a esos partidos, y especialmente a los marxistas, una serie de intenciones y acciones, no figura entre ellas el quiebre, la destrucción del Estado de Derecho, tan sólo se habla de la crisis de la institucionalidad. Extraña que no se recurra al concepto que tanto beneficio político prestó en la lucha contra el Gobierno del Presidente Allende.

Podemos concluir, por lo demás es notorio, que los primeros miembros de la Comisión no muestran un gran interés por el término en estas sesiones iniciales. Se refieren más bien de modo específico, a aquellos principios, mecanismos, que la doctrina relaciona con el concepto.

Es la intervención de Evans, abundante en remisiones al Estado de Derecho, la que induce a los demás miembros a su uso. Así por ejemplo, Diez, que había estado presente en la sesión tercera, no formuló en aquella ocasión referencia alguna al término y sí lo hará luego de la intervención de Evans.

La sesión once es de una gran riqueza para efectos de nuestro trabajo. Celebrada el día 30 de octubre de 1973 asistieron Enrique Ortúzar Escobar, Sergio Diez Urzúa, Enrique Evans de la Cuadra, Jaime Guzmán Errázuriz, Gustavo Lorca Rojas, Jorge Ovalle Quiroz y Alejandro Silva Bascuñán.

5.1.1. EL ESTADO DE DERECHO IDENTIFICADO CON EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.

Ya en la primera sesión de la Comisión de estudios de la nueva Constitución - en adelante la Comisión- de fecha 24 de septiembre de 1973, esto es treinta y un días antes de la dictación del Decreto Supremo 1064, el Presidente de la misma, Enrique Ortúzar Escobar, refiriéndose a las medidas que debían adoptarse en la futura institucionalidad para afianzar el sistema de gobierno democrático, formuló la siguiente proposición: la exigencia de un quórum de dos tercios de los miembros en ejercicio de cada rama del Congreso, para modificar las garantías constitucionales o aquellas disposiciones de la Carta Fundamental que aseguraban la vigencia del régimen democrático y del Estado de Derecho. Es lamentable para efectos de nuestro tema que el señor Ortúzar no haya precisado en aquella oportunidad qué disposiciones garantizaban el Estado de Derecho, el suyo pasa a ser en definitiva un mero comentario, una simple referencia. En todo caso en la sesión segunda de fecha 25 de septiembre de 1973, al abordar el punto relativo a las materias que debe consagrar el texto constitucional, planteando de nuevo el tema de los quórum en relación con modificaciones al sistema democrático, no se refiere al Estado de Derecho.

La sesión tercera, de fecha 26 de septiembre de 1973, se destinó a elaborar un memorándum para enviar a la Junta y que contenía las denominadas metas fundamentales para la nueva Constitución. Dicho documento contenía diversos párrafos en los que se abordaban -entre otros temas- los de la estabilidad del régimen democrático, garantías individuales, Poder judicial y respeto al orden jurídico, todos ellos vinculados por los actores políticos en la época del Gobierno de la Unidad Popular al Estado de Derecho. En esta ocasión, sin embargo, no habrá ninguna referencia al Estado de Derecho, él será el gran ausente.

En la sesión novena, de fecha 23 de Octubre de 1973, se discutió nuevamente el contenido del memorándum que iba a ser enviado a la Junta, en esta ocasión Enrique Evans De la Cuadra presentó un documento titulado "Objetivos Fundamentales de la Nueva Constitución Política" que contenía referencias al Estado de Derecho. A propósito del tema del Estado señaló "La Constitución organizará un Estado de Derecho moderno, dinámico, impulsor del desarrollo económico y cautelador de los derechos esenciales y de la dignidad de las personas, en un régimen democrático y representativo". (39). A continuación, refiriéndose a la soberanía y a la participación del pueblo, sostuvo que los partidos políticos debían mantener, en su definición ideológica y en la conducta de sus militantes, una irrestricta adhesión a los principios y valores que sustentan el Estado de Derecho.

competencias trae consigo la responsabilidad gubernamental de tipo jurídico...." (40).

El planteamiento de Jorge Ovalle, profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Chile, viene a comprobar lo que hemos venido diciendo en el sentido de la identificación por la doctrina chilena del concepto con el principio de legalidad. Al vincularlo con el de la división de los poderes entiende que la competencia de los mismos viene determinada por la ley, lo que obliga a actuar según sus prescripciones.

Es de suma importancia además el hecho de que Ovalle entienda que el Estado de Derecho es una consecuencia del régimen democrático de gobierno. Este garantiza la libertad política y uno de los mecanismos al que recurre es al Estado de Derecho, y lo que el autor denomina su secuela, la responsabilidad de los gobernantes que están obligados a actuar según la ley. Queda de manifiesto entonces la identificación del Estado de Derecho con la Democracia, es más, éste está al servicio del régimen democrático.

Leída la minuta de Ovalle, la Comisión se dedicó a determinar el significado de los conceptos de Estado, Soberanía y Gobierno, según se contenían en el memorándum elaborado por Enrique Evans de la Cuadra y al que ya hemos hecho mención.

Se analizó aquella frase del documento de Evans en la que se sostiene que la Constitución organizará un "Estado de Derecho moderno", dinámico, impulsador del desarrollo económico y cautelador de los derechos esenciales en un régimen democrático y republicano. El propio autor, desarrollando sus planteamientos, no explica el sentido de la expresión Estado de Derecho moderno sino tan sólo la de Estado moderno y dinámico. Este concepto supone -según él- la idea de que el Estado puede resolver con agilidad, usando las ventajas de la ciencia y tecnología, los problemas diarios de la comunidad.

Luego, y a propósito de la intervención de Ovalle, Evans de la Cuadra propuso: "...elaborar un pequeño preámbulo a la declaración del Estado de Derecho moderno, que incorpore conceptos tales como la libertad, igualdad, seguridad jurídica y económica y participación. Estos conceptos servirán de basamentos que le darán al Estado de Derecho su razón de ser, su inspiración y su contenido filosófico. Dicho de otro modo, la personificación máxima de la institucionalidad, o sea el Estado, surge como una consecuencia lógica de los valores que la inspiran, la libertad, la igualdad, la seguridad económica y jurídica, la participación, etc." (41).

En esta ocasión Jorge Ovalle hizo entrega de una minuta que contenía sus ideas acerca de las materias que debía abordar el memorándum que se preparaba para enviar a la Junta de Gobierno. En uno de los párrafos de la minuta titulada, "Objetivos fundamentales de la Constitución", señaló que la Constitución que se dicte debe apuntar a grandes objetivos, uno de los cuales es la consagración de un régimen que asegure la libertad, la proteja y le permita al chileno desarrollarse dentro de ella. La libertad se expresa, desde el punto de vista político, por medio de la Democracia. De ésta surgen las siguientes consecuencias:

"1) El mecanismo de las mayorías.....

2) El Estado de Derecho y su secuela: la responsabilidad gubernamental. Al obligar al Gobierno a dirigir al país por medio de la ley y a respetar él mismo la ley que ha creado, excluye la arbitrariedad y supone la sanción del gobernante que ha violado el sistema jurídico.

3) Reconocimiento y protección debida de los derechos humanos....

4) El Estado de Derecho y la protección de los derechos humanos, implican, a su vez, la consagración de dos instituciones básicas del régimen constitucional democrático: la supremacía constitucional.... y la independencia del Poder Judicial para que sea una autoridad inmune a la eventual coacción del gobierno la que proteja al ciudadano frente al poder del Estado.

5) La democracia supone, por definición, una sociedad pluralista...

6) ..... la mayoría gobernante debe reconocer a la oposición....

7) Defensa de la libertad...

8) División de los poderes.

Políticamente sigue vigente la aseveración de Montesquieu según la cual la concentración del poder conduce fatalmente al despotismo... agrega Ovalle.

En la democracia moderna, el poder político se divide en la base gracias al pluripartidismo. Pero en la acción gubernamental, la división de los poderes no es sino un aspecto del Estado de Derecho, ya que implica el respeto de las competencias establecidas por la ley (actual artículo 4°). Del mismo modo, la violación de estas

del documento que se debía enviar a la Junta, a tres de sus miembros; Ortúzar, Diez y Evans de la Cuadra. Contemplándose la posibilidad de que el resto de los miembros hicieran sus observaciones por escrito.

El debate de esta sesión once concluyó sin que la mesa se hiciera cargo del problema planteado por Silva Bascuñán respecto del significado del concepto Estado de Derecho. La solución dada por Ortúzar de mantener la expresión propuesta no tuvo resistencia lo que nos indica que nadie compartió la preocupación de Silva.

Para nosotros, por el contrario, sus palabras tienen un enorme valor, vienen a confirmar en gran medida lo que hemos sostenido en este trabajo: no existía claridad, consenso, en la doctrina chilena respecto del significado del término en la década de 1970.

Silva Bascuñán afirma que las confusiones acerca del concepto surgen, entre otros factores, por las distorsiones que se han provocado en los últimos años en que se ha abusado del término dándole connotaciones que no tiene. De acuerdo a nuestra investigación, esas distorsiones no las provocó la doctrina, la que en la década del 70 no usaba con profusión el término, aunque sí podemos sostener que ella no cooperaba en el punto de la claridad. Baste considerar el panorama que configuran los propios miembros de la Comisión. No coinciden Ovalle, Evans de la Cuadra, Silva Bascuñan, que son en definitiva los únicos miembros que manejan el concepto, respecto de su significado. Para el primero aparece como una institución más de un sistema institucional mayor, el régimen democrático. Para el segundo se trata de la vigencia del principio de legalidad. Y para Silva Bascuñán de la realización de un contenido normativo a través del principio de legalidad, que informa toda la acción del Estado.

El hecho de que sólo Ovalle haya reaccionado frente a la problemática planteada por Silva Bascuñán constituye otra prueba más de lo que hemos venido sosteniendo: la doctrina chilena de la década de 1970 no se detuvo de un modo adecuado ante el conocimiento del concepto.

Ahora bien, respecto de las distorsiones a que se refiere Silva Bascuñán, cabe preguntarse si él las atribuía al empleo del concepto en la contingencia política. Al parecer si, y ello en atención a la referencia que hace a la opinión pública y a la precisión que formula: El Estado de Derecho tiene un elemento sustancial, su acción debe estar orientada al bien de la comunidad, no es por lo tanto, simplemente, aquél en que se sujeta la autoridad y la comunidad a la ley, si ésta no se vincula

La propuesta de Evans nos indica claramente que para él, el Estado de Derecho podía hasta ese momento tener cualquier contenido. De hecho ve la necesidad de precisar lo que denomina su basamento. Nos parece evidente que nuevamente se está identificando el concepto con el principio de legalidad y que tal identificación sólo es del tipo formal: El Estado de Derecho consiste en la sujeción del Estado a la ley. Incurre en lo que hemos denominado, desafortunada utilización del término. Sabemos que la noción Rechtsstaat, en cualquiera de sus formas históricas, nos remite siempre a un contenido normativo determinado, luego la precisión de Evans era innecesaria, salvo si aceptamos la crítica que planteara Silva Bascuñán, y que veremos a continuación.

Luego de que Ortúzar propuso determinar el significado del término Estado según se contenía en la minuta de Evans, y de que éste hiciera uso de la palabra para determinar el sentido de la expresión, del modo que ya hemos visto, intervino Alejandro Silva Bascuñan, quien sí se detuvo en la expresión Estado de Derecho, no conformándose con la precisión del significado del Estado moderno, y planteó: "es conveniente difundir el verdadero significado del Estado de Derecho.... esta concepción del Estado se presta a confusiones provenientes tanto de las distorsiones que se han provocado en los últimos años, en que se ha abusado del término dándole connotaciones que no tiene, cuanto de la idea también distorsionada que generalmente, respecto de conceptos como éste, tiene la opinión pública. El Estado de Derecho, no es simplemente aquél en el que existe un conjunto de normas positivas que establecen distintos poderes y fijan reglas de conducta colectiva en las que cada uno procura, formalmente, ajustar, su actividad. El Estado de Derecho tiene un elemento sustancial sin el cual no existe; toda su acción debe estar orientada hacia el bien de las personas y grupos que integran la sociedad política. De este modo, no hay Estado de Derecho -aunque la norma positiva sea perfecta y aparentemente la comunidad se atenga a ella-, si las reglas de derecho no se vinculan primordialmente al interés general de la sociedad, al bien de las personas que la integran". (42)

Ovalle sostuvo, frente a la intervención de Silva Bascuñan, que no era necesario examinar el problema del Estado en sí mismo, establecido en la Constitución Política que sus objetivos son cautelar la libertad y los derechos humanos es preferible hablar del sistema democrático,".... lo cual supone toda una estructura jurídico constitucional que lleva envuelta una serie de instituciones, entre ellas, el Estado de Derecho".(43)

El Presidente Ortúzar propuso, al terminar el debate, mantener la idea de Estado según se contenía en el memorándum de Evans y se acordó encargar la elaboración

desprende de las referencias que se hacen al término en las páginas 7, 8, 9, 12, 25, 29, 31, 32, de dicha sesión.

A partir de lo debatido en la Comisión podemos concluir que el concepto Estado de Derecho nos remitía hasta ese momento al principio de legalidad. La nueva institucionalidad consagraría un Estado en el cual debía regir el principio de legalidad. Sujeto a la ley, el Estado debía promover el bien común y proteger efectivamente las garantías fundamentales de las personas, la familia y los grupos intermedios.

Por otro lado la Comisión contempló mecanismos para proteger el sistema democrático y el principio de legalidad, entre otros, los siguientes:

1°.- La formación de una sólida conciencia democrática.

2°.- La organización de los partidos políticos y su actuación conforme a los principios de la democracia y el Estado de Derecho, dentro de la órbita que les es propia, quedándoles prohibido intervenir en la Administración Pública y en las elecciones de carácter gremial.

3°.- El respeto al orden jurídico y la consagración de mecanismos para hacer efectiva la responsabilidad de quienes ejercen el poder.

4°.- La independencia del Poder Judicial.

El párrafo catorce del memorándum, establece que la nueva estructura constitucional deberá asegurar y fortalecer la democracia y el Estado de Derecho. Propone para esos efectos, como hemos visto, diversos mecanismos, uno de ellos es el contenido en la letra b) que señala: "Contemplará un precepto que establezca que los partidos políticos deben organizarse y actuar conforme a los principios de la democracia y mantener en su definición ideológica y en la conducta de sus militantes, una irrestricta y permanente adhesión a los principios y valores que constituyen la esencia del Estado de Derecho". (44).

La referencia que se hace a los principios y valores que constituyen la esencia del Estado de Derecho nos plantea el importante problema de determinar cúales son. Para hacerlo no podemos referirnos a los principios, valores, mecanismos, que la doctrina chilena ha identificado con el concepto. No cabe asignarle el contenido normativo, las regulaciones a las que nos remite el Estado de Derecho, según se le

primordialmente al interés general de la sociedad. Como vemos, la crítica apunta a la identificación formal del Estado de Derecho con el principio de legalidad. Sabemos que en el período 1970 - 1973 los conflictos políticos se expresaron en el plano jurídico en la discrepancia entre el Gobierno y la oposición acerca de si se respetaba o no el principio de legalidad. Sin embargo creo que Silva Bascuñán incurre en error si estima estas discusiones como distorsionadoras. En efecto, el Presidente Salvador Allende dotaba al principio de legalidad de sustancia, hablaba del principio de legalidad socialista que se nutría de los contenidos fijados en el programa del Gobierno de la Unidad Popular. La oposición, por su parte, lo identificaba fundamentalmente con la legislación civil, protectora del derecho de propiedad.

Nos parece que la crítica de Silva Bascuñán sólo es atendible si aceptamos que estaba pensando en definitiva, y de acuerdo a su propia posición política, en que la legalidad socialista que se procuró implementar en los años anteriores no apuntaba al bien de la comunidad. Pero de ser así nos parece que debió haber hecho la precisión pertinente, aún cuando sea admisible concebir que no lo estimo necesario dado que era una opinión compartida e implícita en el seno de la Comisión. Conviene avanzar aquí algunas reflexiones sobre las importantes implicancias que tiene este planteamiento de Silva Bascuñán en la relación del Colegio de Abogados con el gobierno del Presidente Allende. Silva Bascuñán era presidente del Colegio, estuvo en las reuniones en las que se acordó enviar los oficios al ejecutivo, firmó dichos oficios. En el texto de los mismos se sostenía el quiebre del Estado de Derecho en una fase bastante temprana del Gobierno de la Unidad Popular. ¿No le pareció confuso el término en aquel entonces?, lo cierto es que una respuesta adecuada a estas cuestiones nos lleva más allá de lo que es estrictamente necesario abordar en este trabajo. Aquí tan sólo perseguimos ver el despliegue del concepto y no analizar desde una perspectiva jurídica la crisis de 1973.

No obstante los temores que expresó Silva Bascuñán respecto del significado del término, la Comisión optó en definitiva por utilizarlo en el memorándum que envió a la Junta de Gobierno, con fecha 26 de noviembre de 1973, y que contenía las metas fundamentales para la nueva Constitución Política.

Es así como en la sesión 18, de fecha 22 de noviembre de 1973, que acordó el texto del memorándum se recurrió al Estado de Derecho con ocasión de las siguientes materias: El Estado, los Tribunales de Justicia, la estabilidad del régimen democrático y del propio Estado de Derecho.

¿Qué significado tenía el concepto en este memorándum definitivo?. El se

que adhieran a los principios y valores que constituyen la esencia del Estado de Derecho, ello porque éste consiste tan sólo en el respeto a la ley por la Administración. En este principio se agota, según la concepción que primó en el seno de la comisión, el Estado de Derecho. Por consiguiente lo que correspondía, teniendo a la vista su intención, era requerir a los partidos políticos adhesión a los valores y principios del texto Constitucional, que al regular la relación Estado - particulares imponía el respeto a ciertos derechos y libertades por parte de la Administración, y ciertos deberes para con la patria al individuo.

Diversas intervenciones posteriores a esta sesión comprueban nuestro planteamiento. Una primera demostración de que en el seno de la Comisión se manejó un concepto formal surge a propósito de la discusión que se dió en la sesión 34, con motivo de la propuesta del Presidente de la Junta de Gobierno de crear la Procuraduría General de la República.

Según el proyecto enviado a la Comisión, al citado organismo se le dotaba de facultades para investigar ciertos hechos, como por ejemplo, los constitutivos de delitos contra la seguridad del Estado, los contemplados en el Libro III, título 4° del Código de Justicia Militar, y para ordenar detenciones e incomunicaciones de personas hasta por treinta días, así como para arrestar a funcionarios públicos y particulares que no cooperaran con él en sus investigaciones, etc.

Sergio Diez, frente al claro contenido de la iniciativa presentada por Augusto Pinochet, señaló: "....la Junta de Gobierno ha enviado este proyecto a la Comisión con la mira de que se formulen en ésta, fuertes críticas a su espíritu y a su letra, toda vez que el gobierno anterior -dentro de su concepción del Estado de Derecho- tuvo la intención de instaurar un sistema similar. Expresa que le asisten dudas acerca de si se trataría de la misma iniciativa, en atención a que ésta se inscribe en una línea totalitaria de control de los ciudadanos y sus actividades". (45).

La intervención de Diez, mediante la cual justifica la presentación del proyecto, es muy débil, no parece atendible pensar que el General Pinochet, Presidente de la Junta de Gobierno, lo presentó para que se le dijera que estaba equivocado.

Ahora bien, afirma Sergio Diez que la institución vulnera gravemente a los ciudadanos y sus actividades y que se inserta dentro de una concepción del Estado de Derecho similar a la del gobierno autoritario de la Unidad Popular.En consecuencia es evidente que no está pensando en el concepto sino en el principio de legalidad, lo que significa en definitiva darle al Estado de Derecho un significado formal.

ha entendido en Chile. Ello porque, como hemos visto, no existe en Chile una comprensión global del concepto, salvo en contadas excepciones. Y ocurre que el único de los miembros de la Comisión, que por aquellos años había analizado el concepto de un modo más o menos completo, nos referimos a Silva Bascuñán, sostiene en el debate, que el término es confuso. Además no existía en aquellos días ningún trabajo que diera cuenta del significado que el concepto tenía para la doctrina en nuestro país, y al cual la Comisión hubiera podido recurrir. Tampoco podemos recurrir a la doctrina extranjera pues ningún miembro se refiere a ella, es más, la Comisión ni siquiera discutió si se configuraría un Estado de Derecho Liberal o uno Social, discusión que bien pudo presentarse dado las ideas que Silva Bascuñán, Evans, y Ovalle, habían desplegado hasta ese momento.

En consecuencia sólo podemos determinar su significado a partir de lo discutido en el seno de la Comisión.

Sabemos que para la Comisión el concepto Estado de Derecho se identificó con el principio de legalidad y que se le consideró como un mecanismo del sistema democrático. Que, a propósito de la intervención de Ovalle, al principio de legalidad, a la ley, se le dota de una sustancia determinada. Sustancia que se identifica con un contenido normativo protector de ciertos derechos y libertades.

Ocurre que la doctrina extranjera no identifica al principio de legalidad con el Estado de Derecho, no los hace términos sinónimos, él aparece como uno más de los elementos de aquél, además, tiene una visión global, aunque dispersa, que la Comisión no refleja. Al hablar del Estado de Derecho, está tratando del Estado en cuanto tal; se le asignan a él ciertas características. En esta visión el principio de legalidad persigue proteger determinados derechos que, en la medida en que están amparados frente al Estado, configuran un Estado de Derecho, si ellos no estuvieran amparados no habría tal. La legalidad es un mero mecanismo, ella no configura por sí sola al Rechtsstaat.

Hacer sinónimos la mera legalidad con el concepto significa en definitiva usar el término en un sentido absolutamente formal, según lo explicáramos en el capítulo I. Esto es precisamente lo que acontece en el seno de la Comisión. Se recurre a la ley para delimitar la acción del Estado. Estando limitado éste por el principio de legalidad se entiende que hay Estado de Derecho, luego debe procederse a dotar de determinado contenido normativo a esta legalidad.

Así las cosas carece de sentido que la Comisión demande de los partidos políticos

el Estado de Derecho y que se están viviendo medidas de emergencia establecidas por ese Estado de Derecho.

Las expresiones de Guzmán muestran de modo claro que su concepción del Estado de Derecho se mueve dentro del plano formal. Identifica al mismo con una organización jurídica estable y clara del poder, prescindiendo del contenido normativo de esa organización.

Tenemos además que en esta misma sesión se dio inicio al debate sobre los conceptos básicos que debe contemplar la Constitución. Ortúzar propuso el texto del artículo 1°. En el iniciso 4° de su proyecto de artículo establecía "El Estado.... encuadra sus actos dentro de la Constitución y las leyes....". (49) concluía que "En el inciso..... se establece .... el principio de que Chile es un Estado de Derecho, en atención a que se contempla el concepto de que debe encuadrar sus actos dentro de la Constitución y las leyes". (50). Termina señalando que esta idea se contenía también en las propuestas de Evans, Silva Bascuñán y Diez. La posición del Presidente de la Comisión, el señor Ortúzar, viene a corroborar lo que hemos venido sosteniendo.

La Sesión 45 resulta aclaradora del tema que nos ocupa, en ella se debate precisamente respecto del significado del concepto Estado de Derecho y a propósito de la discusión del artículo 1° inciso 4 referido anteriormente, Evans había propuesto el siguiente texto; "En Chile hay Estado de Derecho. Las potestades estatales y todas las autoridades públicas someten su acción al imperio de la Constitución y de las leyes. (51) Sergio Diez expresó que la referencia al Estado de Derecho era una redundancia, indicando "Lo que la Constitución debe decir es que el Estado 'encuadra sus actos dentro de la Constitución y de las leyes'. (52)

Jorge Ovalle agregó por su parte que el Estado de Chile será o no un Estado de Derecho según cómo se ejerzan las potestades públicas, por lo que no se puede decir que Chile sea un Estado de Derecho, que lo sea es un resultado. Precisa luego "..... el Estado no encuadra.... sus actos dentro de la Constitución y las leyes... Por el Estado actúan sus órganos... propone que el sujeto de la frase no fuera el Estado, sino... los órganos .... las potestades o el gobierno" (53). Nuevamente nos encontramos frente al Estado de Derecho formal. Sin embargo Ovalle luego va a sostener que del Estado de Derecho fluyen otros preceptos, la independencia de los poderes del Estado, la imposibilidad de tomar la representación del pueblo, la imposibilidad de las autoridades de ejercer más derechos que los que contempla la Constitución y las leyes. Su planteamiento sin embargo no llega a alterar nuestra

Sabemos que no existe ninguna concepción del Estado de Derecho que sostenga como principio la violación de los derechos ciudadanos. Sabemos que la Unidad Popular no elaboró ninguna concepción del mismo sino que recurrió a la llamada legalidad socialista. Luego la referencia que Diez hace al término sólo puede entenderse respecto del principio de legalidad.

Tenemos, por otro lado, que en la sesión 38 Evans expresa a propósito de la discusión sobre el preámbulo de la Constitución, que el texto no debe contener declaraciones encuestas sino que debe ampliarse el sentido de las disposiciones pertinentes, se debe conceptualizar. Agrega que le asiste ".... la convicción de que algunas definiciones acerca del papel del Estado son necesarias en la Constitución, ya que, a su juicio, no debe establecerse expresamente que 'el Estado de Chile es de Derecho', pues, sería un concepto redundante, pero de alguna manera, ello debe quedar expresado en la Constitución, más todavía con las experiencias recogidas en los tres últimos años en el país. En este aspecto estima posible señalar, por ejemplo, que el Estado y quienes ejercen potestades públicas someten toda su acción al imperio de la Carta Fundamenteal y de la ley, de lo que emanaría un concepto mucho más explícito que decir, simplemente, que el Estado es de Derecho". (46). El planteamiento de Evans no requiere de mayor comentario, comprueba claramente nuestra tesis.

A mayor abundamiento tenemos que en la sesión 40 se discutió la elaboración de un Estatuto Constitucional provisorio que regulara la acción del gobierno durante la etapa de emergencia por la que atravesaba el país. Jaime Guzmán expresó a este respecto, que dicho Estatuto debía reglamentar ciertos aspectos del funcionamiento de la Junta de Gobierno y de la marcha del país que en el momento que se vivía no tenían solución real.

Se refirió luego a un comentario que le hiciera Francisco Bulnes en el sentido de que en los medios jurídicos y políticos de Estados Unidos existía la impresión de que "sería razonable que Chile tuviera, dentro de cierto lapso, alguna organización jurídica más o menos clara y estable dentro de la cual se estuviera moviendo" (47). Agrega a continuación ".... habría que regular ciertos cauces de manera que, sin llegar a una democracia perfecta y plena, se tenga, por lo menos, algunas vías jurídicas claras dentro de las cuales se esté desenvolviendo el régimen en forma adecuada a la realidad. Estos son los cauces jurídicos que han permitido que países, como Brasil, que dista mucho de ser una democracia perfecta en el sentido en que se ha vivido en Chile, gocen ante el mundo del reconocimiento de que en ella impera el Estado de Derecho". (48) Sostiene seguidamente que en Chile está imperando

los derechos humanos estaban subyacentes en el concepto Estado de Derecho, es más, nuestro análisis demuestra claramente que, hasta la aclaración que él formula, no existía tal vinculación.

Luego de esto, Ovalle señala en primer lugar que la expresión es, en su contenido, ampliamente polémica. Recuerda su planteamiento en el sentido de que el concepto está vinculado con el régimen democrático y no con la naturaleza del Estado. Agregando "... quienes entienden que el Estado de Derecho forma parte del concepto de democracia lo deben vincular - no porque el concepto Estado de Derecho implícitamente lo indique, sino por estar dentro de la democracia- con el respeto a la persona humana y a sus derechos.. por eso es que involucran los derechos humanos, porque el Estado de Derecho forma parte de una democracia (57). Agrega luego que no es una institución política sino la consecuencia de la vigencia de otras instituciones. El Estado de Derecho es un resultado, no se proclama sino que se vive y en la medida que se establezcan mecanismos que lo aseguren. Termina señalando que espera que se consagren instrumentos a través de los cuales se alcance el Estado de Derecho, para que así las generaciones futuras puedan decir que los constituyentes estructuraron una Carta Fundamental cuyo resultado dio el Estado de Derecho.

Silva Bascuñán coincidirá en expresar que el Estado de Derecho consiste en una institucionalidad y además en el respeto a los derechos fundamentales de la persona y de los grupos intermedios. Añadiendo que tiene claro que existe cierta confusión en cuanto al significado del concepto, en la medida que se estima que por sólo existir un ordenamiento jurídico, sin considerar su sentido de justicia, hay Estado de Derecho, posición que en todo caso él no comparte. Discrepa finalmente de Ovalle pues estima que puede haber Estado de Derecho sin democracia, a lo que éste replica, que sin democracia no hay respeto a los derechos humanos.

Ortúzar sostendrá, por su parte, que a su juicio puede perfectamente ocurrir que exista el Estado de Derecho y no un régimen de gobierno democrático. Y Evans aceptará que esto puede acontecer por lo menos desde un punto de vista teórico, porque bien puede ocurrir que se respeten los derechos humanos sin ser el régimen de gobierno democrático, aunque acepta la opinión de Ovallé de que la realidad demuestra otra cosa.

En definitiva Ortúzar llevó a la Comisión a concluir que es posible que exista Estado de Derecho y no democracia, pero que en todo caso debían respetarse los derechos humanos. Así lo entendió además el propio Evans, al precisar luego de esta conclusión del Presidente de la Comisión, que el fin que tuvo a la vista al proponer

conclusión. Ello por lo que sostiene Ortúzar en la sesión 47, de que hubo acuerdo en la Comisión de que el Estado estaba obligado a encuadrar sus actos dentro de la Constitución y la ley..." o sea, que el Estado chileno es un Estado de Derecho". (54)

Este significado primero del concepto, según se contenía en el memorándum, experimentó luego una variación.

5.1.2. EL ESTADO DE DERECHO IDENTIFICADO CON EL RESPETO EFECTIVO DE LOS DERECHOS HUMANOS.

En la sesión 47a. de fecha 20 de junio de 1974 se produce un cambio importante.

Me asiste la convicción de que la incorporación al debate en el seno de la Comisión del concepto en estudio es obra de Enrique Evans de La Cuadra. Pues bien, en la sesión 45 en la que se discutió sobre el significado del Estado de Derecho Evans no participó, y se encontró en la sesión 47 con que la referencia al Estado de Derecho había desaparecido del texto. Puso acento entonces en que su proyecto de artículo contenía una mención expresa al Estado de Derecho y que correspondía entonces debatir sobre el mismo.

Lo cierto es que este debate tiene bastante riqueza. El nos permite distinguir, como hemos dicho, dos momentos en cuanto a la comprensión del sentido y alcance del concepto en el seno de la Comisión.

El debate se inicia con el planteamiento de Diez en el sentido de que el término no está suficientemente explicitado y conocido en la Ciencia Política. Viene luego la réplica de Evans, sostiene, que por el contrario, el concepto estaba consagrado y recogido en la Ciencia Política contemporánea, y que su conocimiento fue promovido por la Organización de las Naciones Unidas a través de la Comisión Internacional de Juristas de Ginebra en oposición al concepto de Estado Totalitario. Agregando que en el Estado de Derecho se respetan y ejercen realmente los derechos humanos fundamentales, precisando seguidamente que ello no está dicho expresamente en su proposición pero que está subyacente. De ahí entonces que sea necesario decir que en Chile hay Estado de Derecho, pues de este modo nadie en el mundo incurrirá en error acerca de lo que significa la nueva institucionalidad (55). Dos serían, por tanto, según él, los valores fundamentales del Estado de Derecho; "... la institucionalidad, limitante real del poder, y el respeto a los derechos humanos..." estos últimos según lo consagraba la Organización de las Naciones Unidas (56). Cabe precisar que no me parece que sea evidente, como lo sostiene Evans, que la comisión comprendiera que

la ley....".

"Artículo 7°.- Los preceptos de las Actas Constitucionales y de la Constitución obligan, tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos de autoridad, como a toda persona, institución o grupo.

La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley".

Como vemos, desapareció la declaración: en Chile hay Estado de Derecho. El Acta Constitucional que vino a determinar las bases esenciales de la nueva institucionalidad no acogió la clara definición del régimen jurídico chileno como un Estado de Derecho.

El Acta Constitucional número 3 del 11 de septiembre de 1976 dispuso en el Capítulo IV, Disposiciones Generales, en sus artículos 11 y 12 lo siguiente:

"Artículo 11.- Nadie puede invocar precepto constitucional o legal alguno para vulnerar los derechos y libertades que esta Acta Constitucional reconoce, ni para atentar contra la integridad o el funcionamiento del Estado de Derecho o del régimen constituido.

Todo acto de personas o grupos destinado a difundir doctrinas que atentan contra la familia, propugnen la violencia o una concepción de la sociedad fundada en la lucha de clases, o que sean contrarias al régimen constituido o a la integridad o funcionamiento del Estado de Derecho, es ilícito y contrario al ordenamiento institucional de la República".

Es claramente inconveniente la remisión que se hace al concepto. Habiendo abandonado la clara afirmación de que en Chile hay Estado de Derecho, la exigencia que se plantea de que nadie puede invocar precepto constitucional para atentar contra la integridad y funcionamiento del mismo, y la declaración de ilicitud y de ser contrario al ordenamiento institucional todo acto destinado a difundir doctrinas que atenten contra su integridad y funcionamiento, no es de fácil comprensión.

La Junta de Gobierno pretende proteger la integridad y el funcionamiento del Estado de Derecho. Sin embargo las discusiones que se generaron en la Comisión sobre el concepto y sus implicancias, la existencia de dos tendencias claramente definidas sobre este punto; aquella que identifica al Estado de Derecho con el

que se estableciera en el artículo 1° "en Chile hay Estado de Derecho", era que en el texto constitucional se dejara claramente establecido que en nuestro país se respetan los derechos humanos consagrados en la Constitución y en las normas dictadas conforme a ella, las que deben ser acatadas.

No obstante la clara discrepancia de Evans, Díez, Silva Bascuñán, Ortúzar y Ovalle en cuestiones centrales como son si el concepto tiene o no un significado polémico y si se vincula o no al régimen democrático, la comisión opta finalmente por mantener la expresión del artículo 1° inciso 4°: en Chile hay Estado de Derecho. Es más, podemos sostener que arribó a una conclusión compartida por la mayoría de sus miembros, en el sentido de que el Estado de Derecho no consiste en el mero principio de legalidad sino en que la Constitución Política consagra los derechos humanos, sus garantías, y en que se respeten efectivamente tales derechos mediante la sujeción de las autoridades públicas a la Constitución y las leyes. Cabe precisar que en esta sesión no participaron los miembros de la Comisión Jaime Guzmán, Gustavo Lorca y Alicia Romo.

¿Cúal fue el destino final de esta clara consagración del Estado de Chile como Estado de Derecho?.

En definitiva la expresión "En Chile hay Estado de Derecho" no prosperó.

5.2. EL ESTADO DE DERECHO EN LAS ACTAS CONSTITUCIONALES NUMEROS 2 Y 3 DE 1976.

El Acta Constitucional número 2, del 11 de septiembre de 1976, que estableció las Bases esenciales de la institucionalidad chilena, y que recogió en gran parte el articulado elaborado por la Comisión, estableció en sus artículos 3°, 5°, 6° y 7° lo siguiente:

"Artículo 3°.- Las potestades estatales y las autoridades públicas someten su acción a las Actas Constitucionales, a la Constitución y a las leyes".

"Artículo 5°.- Chile es una república que se estructura como una nueva democracia con participación de la comunidad y dotada de mecanismos que aseguren su protección, fortalecimiento y autoridad".

"Artículo 6°.- Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma y con los requisitos que prescriba

¿Cúal es su significado entonces?. Se trata simplemente de respaldar la vigencia de las disposiciones de las Actas Constitucionales dictadas. Se recurre a un concepto de tan amplio significado como el estudiado, y que remite a un orden jurídico protector de los derechos y libertades individuales, a la vigencia de garantías de tales derechos y libertades, y a autoridades respetuosas de su ejercicio.

Respecto de los actos que difundan doctrinas que atenten contra el Estado de Derecho, estimo que se trata también de deslegitimar cualquer oposición de los grupos marxistas a la vigencia de las Actas, sosteniendo que su accionar constituye un atentado al Estado de Derecho, en una clara rememoranza de los sucesos del período 1970 - 1973.

Es necesario, en todo caso, no perder de vista que las Actas Constitucionales no son la positivización del artículado elaborado por la Comisión Constituyente. Ellas reflejan, por el contrario, la decisión de la Junta de Gobierno sobre las materias que contienen, son de responsabilidad de la Junta. En la redacción de estas Actas participaron, sin embargo,Guzmán y Ortúzar, lo que admite que procuremos interpretar el significado del concepto a partir del trabajo de la Comisión.

Ahora bien, el uso instrumental que se le dio al concepto duró un escaso tiempo. En el texto definitivo de la Constitución de 1980, el concepto Estado de Derecho no jugó ningún papel. Podemos decir que él es el gran ausente en la nueva institucionalidad. Quizás influyó en ello que Silva Bascuñán, Evans de la Cuadra, Jorge Ovalle, ya no forman parte de la Comisión al momento de decidirse sobre el articulado definitivo.

Curioso destino el que ha tenido en Chile este valioso concepto. Se recurre a él en la actividad política contingente, en la pelea cotidiana superficial, allí parece tener una gran utilidad. Pero en la tarea meditada, en el terreno del manejo conceptual, se le cuestiona por su confuso significado. Y cuando se le llega a emplear en un texto constitucional, cuando se le vincula a la normativa institucional llamada a tener vigencia, se le priva en definitiva de significado. Juega un papel de legitimador del orden jurídico establecido al remitir su sola lectura a un conjunto de situaciones protectoras del individuo frente al poder del Estado.

principio de legalidad, y la otra, que sostiene la oposición entre Estado Totalitario y Estado de Derecho, fundado en la circunstancia de ser este último respetuoso de los derechos humanos, no nos permite arribar a una clara conclusión sobre su intención última.

Hablar de integridad y de funcionamiento significa tener una perspectiva del concepto que lo considera como un cuerpo, un conjunto de elementos, como un mecanismo, un conjunto de diversas partes que tienen una actuación determinada.

Si atendemos solamente al principio de legalidad no podríamos concluir que la Junta pretendió protegerlo con esta disposición pues él no tiene cuerpo, ni elementos, ni partes que interactúen. Y además porque los artículos 3°, 6° y 7° del Acta Constitucional número 2 lo habían consagrado y protegido suficientemente.

Si atendemos a los derechos humanos consagrados en el Acta Constitucional, tampoco podemos concluir que se pretendía proteger con este artículo11 tales derechos. Podríamos pensar que los derechos humanos establecidos en el Acta Constitucional consisten precisamente en la integridad a que se hace mención. Pero debemos descartar esta solución por cuanto se produciría una abierta redundancia inadmisible de concebir, dado el cuidado que todo legislador debe tener en el aspecto lógico y gramatical de los textos legales. La redundancia se configura porque en la parte primera del artículo se expresa "Nadie puede invocar precepto constitucional o legal alguno para vulnerar los derechos o libertades..." y seguidamente" ... ni para atentar contra la integridad ....del Estado de Derecho....", si reemplazamos la expresión Estado de Derecho, por los derechos humanos consagrados en el Acta, acontece que se repetiría la misma idea. No hay justificación por lo demás para tal reiteración dado el claro tenor literal de la parte primera del artículo que no deja asomo a duda de ningún tipo.

Si pensamos en ambas cosas al mismo tiempo, tampoco llegamos a una conclusión feliz. Las expresiones integridad y funcionamiento utilizadas no resultan comprensivas de la consagración de los derechos humanos, su respeto, y el principio de legalidad. Si repetimos nuevamente la operación de sustituir los términos, carecería de todo sentido la oración. Tendríamos que concluir que en primer término el constituyente prohibió invocar a toda persona precepto constitucional o legal para vulnerar los derechos y libertades consagrados en el Acta Constitucional y luego prohibió invocar precepto constitucional o legal para atentar contra el respeto de los derechos humanos o la vigencia del principio de legalidad. Se trataría de la reiteración de las mismas ideas, en un mismo inciso, lo que debe ser rechazado.

CAPITULO VI

CRITICA DE LA CONSTITUCION DE 1980 A PARTIR DEL CONCEPTO DE ESTADO DE DERECHO BREVES CONSIDERACIONES.

Con fecha 17, 18, 19 y 20 de julio de 1986 se celebró el Séptimo Congreso Nacional de Abogados convocado por el Colegio de la orden y con el fin de estudiar el tema "Vigencia del Estado de Derecho en Chile".

El Colegio estimó necesario, en aquella ocasión, precisar el significado del concepto de Estado de Derecho, cuestión que refleja una actitud nueva, producto, sin lugar a dudas, de la mejor comprensión que existe del término.

Ese concepto señalaba: " ....estimamos que Estado de Derecho es aquél en que los derechos humanos tanto individuales como sociales son efectivamente protegidos y garantizados en su pleno ejercicio por leyes que reflejan realmente la voluntad soberana del pueblo, mediante mecanismos efectivamente democráticos, cuya aplicación está sometida a un control real de los distintos poderes del Estado y cuyas transgresiones acarrean responsabilidades jurídicas y políticas, debidamente ejercidas por los poderes legislativo y judicial sobre la base de la interrelación e independencia de estos últimos entre sí y respecto del poder ejecutivo". (58). A este Estado de Derecho se le calificó de democrático.

El Congreso acordó declarar que la Constitución Política de Chile de 1980 era ilegítima, pues su origen no permitía considerar a dicho documento como expresión libre, consciente e informada, de la voluntad soberana del pueblo. Declaró asimismo que la institucionalidad imperante en aquellos días, el régimen transitorio de la Constitución, no cumplía ninguno de los carácteres de un Estado de Derecho democrático, tampoco las normas permanentes de la Constitución.

Finalmente el Colegio instó a los abogados para que tomaran las resoluciones y

NOTAS.

(39) Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, sesión 9, página 5. Talleres Gráficos de Gendarmería de Chile Santiago s.f.

(40) Actas Oficiales.... ob. cit., sesión 11, página 4-5.

(41) Actas Oficiales.... ob. cit., sesión 11, página 9.

(42) Actas Oficiales.... ob. cit., sesión 11, página 8.

(43) Actas Oficiales.... ob. cit., sesión 11, página 8.

(44) Actas Oficiales.... ob. cit., sesión 18, página 32.

(45) Actas Oficiales.... ob. cit., sesión 34, página 8.

(46) Actas Oficiales.... ob. cit., sesión 38, página 11.

(47) Actas Oficiales.... ob. cit., sesión 40, página 5.

(48) Actas Oficiales.... ob. cit., sesión 40 , página 6.

(49) Actas Oficiales.... ob. cit., sesión 40, página 9.

(50) Actas Oficiales.... ob. cit., sesión 40, página 10.

(51) Actas Oficiales.... ob. cit., sesión 45, página 21

(52) Actas Oficiales.... ob. cit., sesión 45, página 21

(53) Actas Oficiales.... ob. cit., sesión 45, página 21.

(54) Actas Oficiales.... ob. cit., sesión 47, página 13.

(55) Actas Oficiales.... ob. cit., sesión 47, página 19.

(56) Actas Oficiales.... ob. cit., sesión 47, página 19

(57) Actas Oficiales.... ob. cit., sesión 47, página 22

NOTAS.

(58) Colegio de Abogados de Chile, "Vigencia del Estado de Derecho en Chile" Séptimo Congreso Nacional de Abogados. Publicación del Colegio de Abogados de Chile, año 1986, Santiago, página 22.

(59) Grupo de Estudios Constitucionales, "Grupo de los 24", "La Constitución y la democracia en las proposiciones del Grupo de los 24", página 29. Publicación del Grupo de Estudios Constitucionales, Grupo de los 24. s.f. (según indicaciones de don Pedro Cáceres, encargado de publicaciones del Grupo de los 24, el libro fue publicado con fecha 13 de mayo de 1986).

medidas para contribuir al más pronto restablecimiento en el país, de un Estado de Derecho que protegiera y realizara progresivamente los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales del hombre.

El Congreso recurre al concepto Estado de Derecho democrático para determinar la vigencia del Estado de Derecho en el régimen transitorio y permanente de la Constitución de 1980. Vincula a los textos internacionales que consagran los derechos humanos con el concepto. Sostuvo que el avance de la historia y de la teoría política establecía la identificación del Estado de Derecho con el régimen democrático, y vinculaba asimismo al concepto con los derechos humanos según se establece en los textos internacionales.

Este concepto de Estado de Derecho democrático, no obstante las similitudes que tiene con la propuesta de Silva Cimma, arranca a mi juicio no de este autor sino del Grupo de Estudios Constitucionales, Grupo de los 24. Este, en el año 1985 en un texto titulado "La constitución y la democracia en las proposiciones del Grupo de los 24", texto que en todo caso salió a la luz pública en mayo del año 1986, definía al Estado de Derecho como Estado de Derecho democrático señalando "Dentro de un Estado de Derecho democrático..... la Constitución - libremente aprobada por la mayoría ciudadana-.... determina el ordenamiento fundamental de la sociedad.... las autoridades ejercen sus cargos por el tiempo señalado en la Constitución su gestión es pública y se ejercita dentro del marco constitucional, respetando siempre los Derechos Humanos y las autonomías sociales en que el pueblo se organiza..." (59). A propósito de los derechos humanos señalaba que resultaba indispensable incluir en la Constitución una disposición de carácter general, que considerara parte integrante del orden jurídico chileno, los principios y normas contenidas en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales.

Esta concepción no tiene sus antecedentes en la propuesta socialista que nos diera a conocer Elías Díaz. Estimo que resulta de la experiencia vivida en Chile por los académicos y políticos del "grupo de los 24", de la falta de democracia. El régimen autoritario del General Augusto Pinochet planteó radicalmente la necesidad de vincular al Estado de Derecho con la democracia. Concluyéndose en definitiva que, sin democracia, entendida en todos sus aspectos, no hay un régimen jurídico que asegure las libertades y derechos de las personas, es decir un Estado de Derecho.

Hay además en nuestro país una concepción de Estado de Derecho democrático que no coincide con los orígenes del concepto según se entiende por el socialismo democrático y en la visión que nos entrega Elías Díaz.

Ya en la década de 1960, el profesor Enrique Silva Cimma concibe un Estado de Derecho vinculado estrechamente al sistema democrático de gobierno. Le denomina en consecuencia Estado de Derecho democrático.

En la década de 1980, el "Grupo de los 24" frente al gobierno totalitario del general Augusto Pinochet, que mantenía al país privado del sistema de vida democrático al que estaba habituado, concibe al Estado de Derecho en íntima vinculación con tal sistema. Agregando además el compromiso irrestricto del Estado con el respeto a los derechos humanos y según se consagraban en el Derecho Internacional. Reafirma en consecuencia el concepto de Estado de Derecho democrático.

Sin embargo, también se ha manifestado en nuestro país la concepción, errada por cierto, según la cual basta que el titular del poder público se dé un ordenamiento jurídico para que se constituya como consecuencia el Estado de Derecho.

Asimismo, se ha propuesto situar al Estado de Derecho en una época histórica muy anterior a los siglos XIX y XX. La tesis de un Estado de Derecho Absolutista de base teológica escapa notoriamente de lo que han sido las ideas tradicionales acerca del concepto.

Resulta una curiosidad, digna de ser destacada, que la Constitución Política de 1980, único texto constitucional que se ha elaborado teniendo a la vista el concepto Estado de Derecho, no lo defina como tal. Y aún, es irónico que tal texto constitucional sea cuestionado en su legitimidad precisamente a partir del Estado de Derecho.

Los hechos anteriores provocan una serie de reflexiones; parece indiscutible que el concepto en estudio es de una enorme riqueza. No se ve en el panorama conceptual de nuestros días, tanto de la Ciencia Política, Derecho Constitucional, Administrativo, Político, un término capaz de sustituirlo. El, por lo demás, representa una conquista histórica de carácter irrenunciable.

Dado que existe en Chile una concepción de Estado de Derecho que ha sido elaborada a partir de nuestra propia historia política: la noción Estado de Derecho democrático, me parece conveniente la difusión de este concepto en los medios

La circunstancia que, tanto la Corte Suprema como la Cámara de Diputados, hayan recurrido a argumentos extralegales para justificar lo que estimaron la defensa del Estado de Derecho, nos plantea el delicado e importante problema de establecer mecanismos apropiados para superar, dentro del marco legal, estas situaciones de crisis. Cúales sean esos medios es una cuestión que habrá que determinar, constituye de hecho una tarea urgente.

Legón, Fustino, "Tratado de derecho político general", Tomo I y II, Ediar Sociedad Anónima Editores, Buenos Aires, 1959.

Malberg, Carré de "Teoría general del Estado", Fondo de Cultura Económica, 1948.

Merello, Italo, "Historia del Derecho", Editorial Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, 1983.

Strayer R., Joseph, "Sobre los orígenes medievales del Estado Moderno", Editorial Ariel S.A., 1986.

Tomás y Valiente, Francisco, "Manual de Historia del Derecho Español", Editorial Tecnos, 4a. edición, 1983.

Urzúa V., Germán, "Manual de Derecho Constitucional", Editorial Jurídica de Chile, 1991.

Valenzuela, Arturo, "Crisis de la democracia en Chile", Ediciones Flacso. s.f.

Verdugo Marinkovic, Mario, "Manual de Derecho Político", tomos I y II, Editorial Jurídica de Chile, 1979, 1981.

CONCLUSIONES.

La investigación efectuada nos permite concluir que el concepto Estado de Derecho jugó en la vida política chilena de la década de 1970 y 1980 un papel de cierta relevancia. Sin embargo, tanto en la práctica política como en la doctrina hasta el año 1985, no existe, por regla general, claridad sobre la evolución que ha experimentado el concepto.

Tampoco existe una visión omnicomprensiva de los principios, fines, elementos que lo componen. El término ha sido usado en Chile por la doctrina del Derecho Administrativo, Político y Constitucional, generalmente prescindiendo de su evolución histórica.

Las experiencias políticas vividas en Chile, con ocasión del sistema democrático de gobierno imperante en la primera mitad del siglo XX y la década de 1960, del gobierno del Presidente Salvador Allende, y del régimen autoritario del General Augusto Pinochet, han significado que surja en nuestro país un nuevo principio del Estado de Derecho y una concepción de Estado de Derecho democrático propia.

En efecto, la Corte Suprema eleva al carácter de principio del Estado de Derecho la eficacia de las resoluciones judiciales. Dota de ese modo de una mayor riqueza al concepto. Ello, en la medida que se establece que la protección de los derechos del individuo frente al Estado, se logra, entre otros factores, gracias a la eficacia de las resoluciones judiciales dictadas amparando tales derechos. De tal forma entonces que si el fallo del juez destinado a proteger los derechos de un individuo frente al Estado no tiene el respaldo de dicho Estado, se debe entender que se está lesionando el Estado de Derecho.

académicos y políticos. Inserto por cierto dentro de la evolución general del término. El refleja por lo demás una aspiración de la sociedad chilena de vivir plenamente en un sistema democrático de gobierno, con pleno respeto a los derechos humanos y en consonancia con lo preceptuado en esta materia por la comunidad internacional.

La historia nos enseña que la democracia como forma de gobierno, la soberanía popular, no son imperecederas. Por el contrario hemos aprendido una dura lección: jamás se puede sostener que el sistema democrático esté asegurado absolutamente. El resulta del compromiso diario de los individuos y de todas las fuerzas políticas de una sociedad, con los valores, los mecanismos que sustentan al sistema. Si tal compromiso se debilita se abre la puerta al totalitarismo.

La presencia de gobiernos totalitarios, como solución a la que se ha optado por ciertos sectores para mantener determinadas estructuras sociales, políticas, económicas, o para imponer nuevas estructuras nos debe mantener alertas.

El recurso de tales gobiernos al Estado de Derecho formal para tender sobre sí un manto de legitimidad y legalidad constituye un peligro que debemos denunciar.

Por otro lado para la Historia del Derecho queda claro que la estructuración del sistema constitucional en la Constitución de 1833, y en la de 1925, no se hizo a partir del concepto Estado de Derecho. Habrá que establecer entonces los conceptos, principios, estrictamente jurídicos, que contribuyeron a establecer estos órdenes jurídicos fundamentales.

Se equivocan aquellos que sostienen que el Estado de Derecho consiste en la simple sujeción del poder a un estatuto jurídico. Nada avala este planteamiento, el mismo no se conforma ni con la génesis ni con la evolución histórica del concepto.

Si procuramos dar con un adjetivo que revele el carácter esencial del Estado de Derecho, me parece que ese sería el de garantista: él constituye en sí mismo una garantía para los ciudadanos de ser amparados ante el ejercicio abusivo e ilegal del poder por parte de los órganos del Estado.

Creo pertinente señalar que me parece un atentado contra el concepto el uso indiscriminado que de él se hace en la contingencia política y con ocasión de cuestiones cotidianas. Estimo que sería altamente conveniente que los actores políticos restringieran el recurso al mismo, reservándolo sólo para aquellas ocasiones en que estén efectivamente en juego los principios y técnicas del Estado de Derecho.

ORIENTACION BIBLIOGRAFIA BASICA

Arriagada, Genaro, "De la vía chilena a la vía insurreccional", Editorial del Pacífico S.A., 1974.

Beleval, Yvon, "Racionalismo, empirismo, Ilustración", Editorial Siglo XXI, 1987.

Bravo Lira, Bernardino, "Historia de las intituciones políticas de Chile e Hispanoamérica", Editorial Jurídica de Chile, 1986.

Cea Egaña, José Luis "Curso de Teoría Constitucional - esquema para clases activas Ediciones Universidad Católica de Chile, 1972.

Diakov, V. "Historia de Roma", Editorial Siglo XXI, 1985.

García Pelayo, Manuel, "Derecho constitucional comparado", Editorial Revista de Occidente S.A., 1959.

Heller, Herman "Teoría del Estado", Editorial Fondo de Cultura económica, 1942.

Hodgett, Gerald, "Historia social y económica de la Europa Medieval", Alianza Universidad, 1991.

Justo López, Mario "Introducción a los estudios políticos", Tomo I y II, Editorial Kapeluz, Argentina, 1971.

EL ESTADO DE DERECHO EN LA DOCTRINA
Y PRACTICA POLITICO - INSTITUCIONAL CHILENA
se terminó de imprimir a 20 días del mes de mayo de 1994.
Coordinó su edición la dirección de Extensión e Investigación
de la Universidad Nacional Andrés Bello.
La producción e impresión fue ejecutada por-
Publicopra. Sazié 2264-B
SANTIAGO - CHILE