

# EL ESTADO DE DERECHO

LAUTARO RÍOS ALVAREZ  
Universidad de Valparaíso

## 1. EL ESTADO

No obstante la antigua realidad de la compleja institución que hoy conocemos con el nombre de Estado, su denominación es relativamente moderna.

Hubo Estado en el valle del Nilo probablemente hace unos 64 siglos; y así puede inferirse del hecho de que los habitantes de On —o Menfis— idearon el primer calendario el año 4241 A.C. Los sumerios, en el valle de Mesopotamia, se organizaron en estado unos 30 siglos antes de nuestra Era. Por la misma época había estados en Creta y en Chipre. Allá por el siglo XII A.C. los israelitas abandonaron Egipto y se establecieron en Palestina. Un siglo más tarde —esto es, hace más de 3000 años— la red colonial del comercio fenicio se extendía, desde Sidón y Tiro, a Chipre, Creta, Alejandría, Malta y Sicilia. En esta perspectiva, el imperio chino en tiempos de Confucio, el imperio persa fundado por Ciro, el macedonio de Alejandro, los reinos de la India a la venida de Buda, la polis griega del siglo de oro y hasta el poderoso imperio romano, están mucho más cerca de nosotros que de los orígenes del Estado.

Y, sin embargo, ninguno de ellos conoció la expresión "Estado" u otra equivalente.

Esta voz aparece recién durante el Renacimiento; hay quienes creen que ella deriva de "Estatuto", que

era el régimen jurídico de algunas ciudades, o de la locución "status", referida a la situación legal de los ciudadanos; y, al parecer, fue usada por vez primera en el conocido ensayo político titulado "El Príncipe", del florentino Maquiavelo.

## 2. LA EXPRESION "ESTADO DE DERECHO"

Pero si el concepto del Estado es hoy día inequívoco, y su manejo no suscita graves problemas a la ciencia política, no ocurre otro tanto con el término Estado de Derecho.

Este último debió formularse, no sin cierta prisa, como cédula de identidad de los estados nacidos bajo la inspiración de las ideas de Locke, Montesquieu y Rousseau y de los principios encarnados, por primera vez, en la Independencia de los Estados Unidos y luego en la Revolución francesa.

El cambio fundamental que entonces se produjo en la concepción del origen del poder; en la transfiguración del pueblo de "súbdito" en "soberano"; en la exaltación de la dignidad del ser humano, sus derechos y su igualdad esencial; y en el concepto de la autoridad puesta al servicio del hombre y sometida a la ley, reclamaba diferenciar a estos nuevos estados de los que pasaron a quedar como estados monárquicos, absolutistas, despóticos, autocráticos, de fuerza o de policía.

Aunque es creencia común que la expresión Estado de Derecho —"Rechtsstaat"— fue acuñada por vez primera por el jurista prusiano Robert von Mohl allá por 1832, investigaciones recientes han permitido establecer que su paternidad correspondería a K. T. Welcker, quien, en una obra publicada en Giessen en 1813, distingue tres formas de gobierno: Despotismo, Teocracia y "Rechtsstaat". (Friedrich A. Hayek, "Los Fundamentos de la Libertad", Unión Editorial, Madrid, 1978, pg. 275).

En todo caso, fueron los juristas alemanes —Rehberg, Dalhmann, von Berg, von Humboldt, Stahl, Pfizer, von Gneist— quienes más contribuyeron al estudio y difusión de la idea y del ideal del Estado de Derecho.

Decía Stahl, allá por 1837: "El estado tiene que ser un estado de derecho. Esta es la consigna y en verdad también la tendencia de los tiempos recientes. Debe aceptar e irrevocablemente determinar y asegurar las direcciones y los límites de su actividad y la libre esfera del ciudadano, y no obligar al cumplimiento de ninguna idea moral más allá de la esfera de la ley".

Resulta admirable constatar que, aproximadamente por la misma época, en el otro extremo del mundo, un chileno que no era ni jurista ni ideólogo, pero que estaba dotado de un espíritu talentoso, realizador y visionario, propiciaba, desde el gobierno, la despersonalización del poder y su sometimiento a normas objetivas y obligatorias para todos. De este modo, don Diego Portales situaba a Chile en la órbita del estado de derecho.

Una idea similar es la que la Junta de Gobierno recogió, siglo y medio después, en el Considerando 4° del Acta Constitucional N° 2 al señalar que "El concepto de Estado de Derecho... supone un orden jurídico objetivo e impersonal, cuyas normas, inspiradas en un superior sentido de justicia, obligan por igual a gobernantes y gobernados". Esta idea está magistralmente desarrollada en los arts. 6° y 7° de la nueva Constitución, que consagran el llamado Principio de Juridicidad.

### 3. CONCEPTUALIZACION

Con todo, no es tan sencilla como parece la conceptualización del Estado de Derecho (E. de D.).

Una connotación previa y trascendente se la da la radicación de la soberanía en el pueblo. Cuando la Convención de Filadelfia, en 1787 redacta la Constitu-

ción de los Estados Unidos, inicia su proclama con tres palabras que estallan al pronunciarlas: "We, the people...". No es más el rey; es el pueblo soberano quien delega el poder en autoridades que, en su representación, declaran las leyes por las que ha decidido regirse. Los gobernantes son solo "mandatarios" de un poder que no les pertenece y cuya finalidad no está a su servicio, sino al del bien común.

Un abismo infranqueable separa la condición de súbdito en el estado de monarquía pura, de la categoría de ciudadano en los E. de D.

En el prólogo al Derecho Administrativo de Otto Maier, Berthelemy refiere lo que a Luis XIV —el Rey-Estado— expresaba uno de sus cortesanos: "Todos vuestros súbditos os deben su persona, sus bienes, su sangre, sin tener derecho a pretender nada. Sacrificando todo lo que ellos tienen, cumplen con su deber y nada os dan, porque todo es vuestro". Basta, para apreciar la variación, confrontar esta imagen con el artículo 2º de la Declaración de los Derechos de la Revolución Francesa, que afirma: "El objeto de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del Hombre. Esos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia contra la opresión".

Toda la evolución del concepto del E. de D. descansa finalmente en el supuesto de la soberanía popular.

#### 4. DIVISION Y EQUILIBRIO DE LOS PODERES

Es la propia "Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano", de 1789, la que en su art. 16 se encarga de advertir, de un modo lapidario, que "Toda sociedad en la cual no esté asegurada la garantía de los derechos NI DETERMINADA LA SEPARACIÓN DE LOS PODERES, CARECE DE CONSTITUCIÓN".

De tal manera pesaba en los revolucionarios franceses la identificación del poder unificado en una sola mano, con el despotismo, que este principio llegó a convertirse en un verdadero dogma del constitucionalismo.

Sólo de esta manera se pensó que sería posible impedir un regreso al absolutismo monárquico a través de la fórmula, señalada ya por Montesquieu, de que "el poder detenga al poder".

Naturalmente ello sólo es posible cuando se logra una ecuación de equilibrio entre los órganos de poder, principalmente a través de los medios de acción recíproca.

## 5. RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Poco importa la fundamentación filosófica en que se base una declaración de derechos. Ya se comprobó al redactarse la Declaración Universal de Derechos de las Naciones Unidas, que lo importante es el listado más completo y preciso que sea posible de tales derechos.

Con todo, interesa destacar tres aspectos:

—De nada sirve una proclama de derechos —como hace ya casi dos siglos intuyeron los redactores de la declaración francesa— si no están establecidas sus garantías, que son los mecanismos jurídicos adecuados para asegurar su eficacia; y si —además— no existen, para protegerlos, tribunales de justicia, verdaderamente independientes del poder que gobierna, que es el que ordinariamente —por la naturaleza de su función y por su propia dinámica— se encuentra en situación de atropellarlos.

—También reviste singular importancia que los estados de excepción constitucional estén regulados de tal

manera que su declaración y su ejercicio estén revestidos de juridicidad; de modo que ellos no dejen margen ni a la comisión impune de actos arbitrarios ni lleguen al extremo de suprimir el ejercicio de los derechos o de esterilizar la eficacia de sus garantías.

—Por último, formando estos estados de excepción parte integrante del estado de derecho, es indispensable que las medidas especiales y exorbitantes que en tales casos se atribuye a la autoridad no queden exentas ni del control judicial ni de la responsabilidad pública que debe ser siempre el reverso de toda prerrogativa.

## 6. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

Desde los tiempos en que la soberanía, el señorío del territorio y el patrimonio real eran una sola masa compacta y los monarcas eran irresponsables por sus actos dañosos, ha costado ingentes esfuerzos ir estableciendo las bases —aún hoy no enteramente definidas— de la responsabilidad del Estado.

Es éste otro de los elementos esenciales del E. de D. Para ejercitar las funciones públicas actúan órganos que pueden ser unipersonales o colegiados. Sin embargo, cuando ellos actúan en el ejercicio de tales funciones y ocasionan daños a terceros comprometen la responsabilidad del Estado o de sus órganos, y no su responsabilidad personal; sin perjuicio, claro está, del derecho del estado o del órgano para repetir contra ellos.

Oportuno es recordar que el art. 38 inc. 2º de la Constitución dispone: "Cualquiera persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales contencioso administrativos que determine la ley, sin perjuicio de la

responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño". Su artículo 19, N° 17 letra i) consulta la indemnización del Estado por los daños causados a resultas del error o la arbitrariedad judicial.

El art. 62, inc. 3°, del D.L. 1.289 (Ley Orgánica de Municipalidades) dispone por su parte: "La responsabilidad extracontractual procederá, principalmente, para indemnizar los perjuicios que sufran uno o más usuarios de los servicios municipales cuando éstos no funcionen, debiendo hacerlo, o lo hagan en forma deficiente".

## 7. CONTROL JUDICIAL DE LA ADMINISTRACION

Sin embargo, la sola declaración del principio de la responsabilidad del Estado resulta letra muerta, si no existen tribunales dotados de plena autonomía que asuman —como parte incoartable de su misión jurisdiccional— la protección de las garantías del administrado frente a las prerrogativas de la Administración.

Porque, aunque sea penoso reconocerlo, la expansión explosiva de la Administración en el presente siglo y el poder que la respalda han logrado rodearla de una inmunidad intolerable en todos aquellos estados en los cuales —ya sea por falta de las acciones o recursos adecuados, ya sea por la inconcebible dimisión de la judicatura— los actos arbitrarios o ilegales de aquélla no han quedado sujetos al necesario justiciamiento. Por lo tanto, es condición básica del E. de D. el control jurisdiccional de la administración.

Carl Schmitt, quien gusta referirse al Estado Burgués de Derecho, señala que no tiene ninguna gracia garantizar la independencia judicial sólo para los pleitos de derecho privado y para los asuntos penales. Dice: "Esto nada tendría de particular: fue siempre

así, por completo, en todas las Monarquías bien organizadas”.

Y añade una enseñanza histórica: “El interés de la burguesía liberal en su lucha por el E. de D. perseguía, ante todo, también un control judicial de los medios de poder propios del gobierno monárquico, y concretamente de la burocracia administrativa. Así se explica que se haya designado como ESTADO DE DERECHO SOLO A AQUEL EN QUE HAY UN CONTROL JUDICIAL DE LA ADMINISTRACIÓN. (“Teoría de la Constitución”. Ed. Nacional, México, 1966, p. 153).

## 8. EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

Ya que hemos hablado del Estado Burgués, que propiamente corresponde al Estado Liberal de Derecho, en la forma existente en sus inicios, es preciso señalar que el énfasis puesto en los llamados “derechos sociales” —trabajo, educación, vivienda, previsión, salud pública— y la limitación de ciertas libertades, así como del derecho de propiedad en obsequio de su función social, introdujeron una nueva modalidad, en el curso de este siglo, que se ha denominado el Estado Social de Derecho.

Es el que declara, en su art. 1º, la Constitución Española de 1978, al decir: “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”.

El artículo 28 de la C. Política de la Rep. Federal de Alemania expresa que: “El orden constitucional de los Lander deberá responder a los principios del Estado de Derecho republicano, democrático y social expresados en la presente Ley Fundamental”, y el art. 20 define a la R. F. de Alemania como “un Estado Federal, democrático y social”.

La Constitución francesa de 1958 proclama en su art. 2º que “Francia es una República indivisible, laica, democrática y social”.

La Constitución de la Unión de Estados de la India (Bharat) establece, en la Parte IV relativa a los “Principios directivos de la Política del Estado”, y en especial en el art. 38, una forma de estado social de derecho que “se esforzará para promover el bienestar del pueblo y protegiendo tan eficazmente como sea posible un orden en que la justicia social, económica y política informe todas las instituciones de la vida nacional”. El art. 39 establece que el Estado deberá dirigir su acción para asegurar... “que la propiedad y disposición de los recursos materiales de la comunidad esté distribuida para el mejor servicio del bien común”. Y los arts. 46 y 47 ordenan “promover con especial cuidado los intereses educacionales y económicos de los grupos más débiles” y considerar “la elevación del nivel de alimentación... y el mejoramiento de la salud pública como uno de sus primeros deberes”.

Por último, la Constitución Política Mexicana, refiriéndose al criterio orientador de la educación dice: “Será democrático, considerando a la democracia no solamente como una estructura jurídica y un régimen político, sino como un sistema de vida fundado en el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo”.

## 9. UNA CUESTION SEMANTICA

Al margen de la distinción —más sociológica que jurídica— que se hace entre el estado liberal y el estado social de derecho, se plantea con frecuencia una manifiesta dicotomía entre el texto constitucional y la realidad, que presentaremos con un ejemplo:

El art. 2 de la Constitución soviética de 1977 declara que: “En la U.R.S.S. todo el poder pertenece al

pueblo"; su art. 4º consagra el principio de la legalidad socialista; la separación de los poderes está contemplada en los capítulos XV al XX. El art. 39 prescribe que "Los ciudadanos de la U.R.S.S. poseen toda la plenitud de derechos y libertades socio-económicos, políticos y personales proclamados y garantizados por la Constitución de la U.R.S.S."; el art. 50 garantiza... "la libertad de palabra, de prensa, de reunión, de mitin y de desfiles y manifestaciones en la vía pública"; y el art. 49 especifica que "Está prohibida la persecución por ejercitar la crítica. Quien persiguere la crítica será sancionado".

—¿Quiere decir todo esto que la U.R.S.S. constituye un ejemplo de Estado de Derecho?

La verdad es que, como también ocurre en algunas dictaduras, existe en la U.R.S.S. una fachada de constitucionalismo democrático que sólo recubre el ejercicio de un poder tiránico.

Ya Solzhenitzyn nos ha dado un testimonio elocuente —no sólo con su escalofriante descripción del "Archipiélago del GULAG" sino con la expulsión de su patria— del respeto que en su país se tiene por quienes ejercitan la crítica. Y si ninguna benevolencia se tuvo con él, ni con Sakharov —dos Premios Nobel— ni con Bukowski y tantos otros intelectuales de reconocido prestigio, podemos inferir, de un modo inequívoco, la suerte que espera en la U.R.S.S. a los disidentes.

Pues bien, el E. de D. no es un asunto de consignas ni de declaraciones, por más que ellas se consagren en una Constitución. Precisamente a esta clase de Cartas que mienten principios que la autoridad no respeta las llamaba Karl Loewenstein —no sin cierto sarcasmo— "constituciones semánticas"; añadiendo que en ellas la Constitución "no es en absoluto un traje, sino un disfraz" (K. L. *Teoría de la Constitución*, Ed. Ariel, Barcelona, 1970, p. 218).

## 10. IMPORTANCIA DEL CONCEPTO DEL E. DE D. EN NUESTRA PATRIA

Cabe, por último, preguntarse: ¿Tiene en Chile, en la nueva institucionalidad proyectada, y en el pensamiento de nuestros juristas, alguna relevancia este concepto?

Señalemos, desde ya, que la Junta de Gobierno expresó su propósito de restablecer en Chile el E. de D. en la "Declaración de Principios", de 1974 (III, 5); y en el Acta Constitucional N° 2 (D.L. 1.551, cons. 4°). Que se le alude en el Mensaje Presidencial del 2-IX-76 (III, párr. 15) y en la clase magistral del Jefe del Estado en la U. de Chile, de 1979; y aun, en fecha reciente, aparece en el Mensaje Presidencial del 11 de Septiembre último.

El profesor Máximo Pacheco sintetizó sus elementos en un estudio publicado en la Revista de Derecho y Jurisprudencia. Dice allí:

"Las características del E. de D. son las siguientes:

- 1° Existencia de un régimen de distinción de funciones dentro del poder unitario del Estado;
- 2° Garantía, por parte del ordenamiento jurídico, de ciertos derechos fundamentales de la persona humana y de las asociaciones intermedias;
- 3° Reconocimiento, por parte de los tribunales, de principios jurídicos fundamentales; y
- 4° Independencia e inmovilidad del Poder Judicial" (R. D. J., tomo 55, 1ª p., p. 115).

En una de las épocas más difíciles de la historia de Chile, en Marzo de 1973, en el discurso inaugural del año judicial, el Presidente de la Corte Suprema, Dn. Enrique Urrutia Manzano conceptualizó así el E. de D.: "Es aquel en que la ley no vulnere las atribuciones

constitucionales otorgadas al Poder Público; en 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 ni amparado en sus demasías. Por último, y lo destacamos dándole la mayor importancia, entendemos por estado de derecho aquel en el cual se cumplen normalmente las decisiones judiciales". (R. D. J., T. 70, 1<sup>a</sup> p., p. 24).

En el editorial del Boletín N° 62, de 1978, el Colegio de Abogados de Valparaíso lo definía de la siguiente manera:

"El E. de D. es aquel en que tanto la conducta del Gobierno como la de los particulares está limitada por la Constitución y las leyes; en que éstas se subordinan a aquélla, y en que existen instancias y recursos para reclamar de las infracciones. El E. de D., en suma, proporciona a todos los habitantes, seguridad jurídica respecto de sus derechos humanos, patrimoniales y de familia, porque establece la responsabilidad jurídica de los infractores en términos que ningún atentado quede impune, sino, por el contrario, afecto a castigo y reparación".

## 11. EL E. DE D., UNA ASPIRACION DEMOCRATICA

Con todo, el E. de D. no se encontrará ni en el mejor de los textos constitucionales, ni en el más elaborado plan de un gobierno, ni en la más acabada de las definiciones.

Se trata de una situación de equilibrio que, a nuestro juicio, puede ser alcanzada solamente cuando existe —tanto en los gobernados como en los gobernantes— la firme convicción de que sólo respetando sus condiciones o supuestos es posible lograr, simultáneamente, los fines del Estado y el ambiente propicio para la realización del destino personal de sus miembros.

El profesor Hugo Caldera aporta a este análisis un instrumento de diagnóstico. Lo ha denominado “Ecuación del E. de D.”; la que es así: Derechos Individuales + Principio de Legalidad + Control Judicial de la Administración + Responsabilidad del Estado = Estado de Derecho.

Cualquiera de estos factores que falten, destruye la ecuación. Y así, ella permite, como buen instrumento de diagnóstico, concluir si en el caso particular del estado que se examina, en la realidad de la vida política —y no sólo en el lirismo de las declaraciones— tienen vigencia y aplicación todos los factores que concurren a definirlo.

Por último, el E. de D. constituye la más alta y fervorosa aspiración democrática. Como hermosamente dice Gustav Radbruch —al final de su trabajo sobre “Arbitrariedad legal y Derecho Supralegal”—: “La democracia es por cierto un valioso bien; el estado de derecho es, empero, como el pan cotidiano, el agua que se bebe, el aire que se respira; y lo mejor de la democracia es que ella es la única apropiada para asegurar el estado de derecho”.