

Derecho Público

TEMAS GENERALES

EL ESTADO DE DERECHO Y EL DERECHO PUBLICO

por ENRIQUE SILVA CIMMA

Profesor Titular de Derecho Administrativo de la U. de Chile.

Antecedentes Generales.—La regla de derecho incide en el llamado **Estado de Derecho**, es decir, Estado sometido a la juridicidad, regulado por un régimen de legalidad en sus multifacéticas actividades y reconociendo una esencial supremacía a las normas constitucionales por sobre las demás emanadas de sus distintas autonomías funcionales. Veamos —a grandes rasgos por cierto— la forma como el Derecho Público general concibe el régimen de Estado de Derecho. Desde luego, y tomando pie en una disgresión que nos parece fundamental, tenemos que aclarar en primer término que, ya sea que prime en la mente del observador un criterio de filosofía jurídica positivista, en oposición a uno ilustrado-naturalista, las premisas de que se partan y, por lo tanto, las conclusiones a que se arribe podrán aparecer como diferentes y, en muchos casos, antinómicas o por lo menos antagónicas.

Empero, creemos que siempre podrá encontrarse una idea básica que nos servirá de **supuesto indispensable** para construir nuestro edificio en torno al tema que nos interesa: **El individuo como ente integrante de una colectividad organizada.**

Y podríamos así preguntarnos: ¿en un régimen de Estado de Derecho, se conciben los derechos públicos del individuo? o, en otros términos, ¿se concibe al Estado como un fin, en sí mismo, o como un medio para proteger al individuo y, en último término, proveer al bien común?

Así formuladas estas interrogantes, y

reconociendo que ellas se han prestado para arduas discusiones entre los juristas y filósofos del Derecho, nos aventuramos a sostener que el individuo como ente primario y principalísimo en una colectividad jurídicamente organizada, nace acreditando un conjunto de derechos que obedecen a su sola calidad de persona natural, y que el Estado y toda su estructura institucional tienden a protegerlo en cuanto miembro de la colectividad y en la medida en que el amparo a sus derechos no signifique perturbación de los derechos de los demás. Es decir, la actividad normativa del Estado, que se materializa en reglas de derecho, no hace nacer estos derechos públicos fundamentales del individuo sino que simplemente se limita a reconocerlos. No concebimos pues al Estado fin sino que medio, y medio para lograr el **bien común**, es decir, la perfecta suficiencia de vida, en otras palabras y trasplantando una concepción económica que ha sido consagrada en el campo de Derecho Público Administrativo, **medio** para satisfacer las necesidades públicas de la población. No es posible ignorar que el hombre —como ha dicho un publicista español— es un animal esencialmente necesitado. Cuanto más grandes son sus posibilidades, más extensa su necesidad. Ser hambriento, desprovisto, que vive en continuas necesidades: necesidad de alimentarse, necesidad de pensar y de olvidar lo que él piensa; necesidad de creer y de dudar de su fe para poder continuar creyendo. La necesidad de lo que no tiene le atenaza y está igualmente hostigado por la ne-

cesidad de perderlo, para recómenzar a conquistarlo”.

Pues bien, para obtener aquel fin, el **bien común**, el Estado se vale de un medio: **El Derecho**. El aparece —ha dicho Presutti— como el único medio recurrible para la satisfacción de tal fin. De allí que algunos autores, identificando el medio con el fin, afirman ser fin del Estado el orden jurídico, y hablan de una actividad del Estado dirigida o encaminada al **Fin Jurídico**.

En todo caso, como expresa Ortiz Díaz, “la acción del Estado debe ser supletoria de la acción individual, en forma de que si a aquél no le corresponde exclusivamente la satisfacción de la totalidad del **Bien Común**, no será posible identificar esta concepción con la de interés público, pues este último vendrá a representar tan sólo aquella parte del Bien Común que el Estado, como personero de la comunidad, debe ineludiblemente satisfacer.

Estado de Derecho protector del individuo.—El Estado de Derecho tiende pues a proteger al individuo, y, en su virtud, el Derecho Público consagra a favor de éste un conjunto de normas jurídicas que vienen a reconocer los llamados “derechos públicos subjetivos del individuo”. Son los derechos que el individuo conquista del Estado, que limitan en cierto sentido el Poder Público y desprenden —por decirlo así— un fragmento de él a favor de los ciudadanos”, ha dicho un autor imbuido de filosofía positivista; “son los derechos que el individuo tiene por la sola circunstancia de ser miembro de una colectividad, de nacer o incorporarse a ella”, ha dicho otro. Cierto es que más de un jurista —Laband por ejemplo— ha pretendido negar la posibilidad de estos derechos, diciendo que no son tales, sino que meros reflejos de los fundamentos jurídicos constitucionales. Pero ello no nos parece exacto en integridad. La verdad es que estaremos en presencia de derechos públicos subjetivos de las personas, cuando el Estado se ve obligado a hacer ciertas concesiones al interés individual, sea porque reconoce que no puede pasar por sobre ellas en razón de

tratarse de derechos inalienables de los individuos, sea porque en cuanto personero del interés público intuye que esas concesiones han de ser necesariamente establecidas.

Con razón expresa **Fischbach**, refiriéndose a la necesidad de no confundir entre derechos públicos subjetivos y efectos reflejos, que ella sólo puede explicarse históricamente, como un corolario del Estado de Derecho. Hubiera sido posible —agrega— proteger jurídicamente la personalidad mediante normas de valor objetivo para todos los ciudadanos, pero es mejor garantía para el individuo, en vez de esperar a que los órganos del Estado le aseguren su parte de libertad, poder exigirla personalmente y en su caso imponerla por la vía judicial administrativa.

Existen pues ciertos derechos públicos subjetivos que algunas Constituciones han proclamado como **derechos fundamentales**. ¿Cómo no reconocer, en efecto, tal carácter a los derechos de libertad en una democracia jurídicamente organizada y admitir la existencia ineludible e irremplazable de una libertad política, de una libertad religiosa, de una libertad de prensa o de una libertad de asociación? ¿Podrían ellas ser suprimidas sin atentar contra los cimientos mismos de un Estado democrático de Derecho? Ello sería transformar ese Estado democrático en una dictadura, y la Constitución que así lo estableciere estaría consagrando dentro de ella misma el germen de su propia desintegración.

Pero, bien entendido, los derechos públicos de los individuos, derechos generales de libertad, derecho general a que se cumplan y hagan cumplir las leyes, derechos políticos o de ciudadanía, todos los cuales reconoce y ampara el Derecho Público General, subsistirán como tales dentro de los límites trazados por las leyes. Ello, porque por sobre el interés del individuo, específicamente considerado, estará siempre el interés general de la colectividad personificado por el Estado, y ese interés general puede imponer que la libertad política no se transforme en libertinaje; que la libertad de prensa no se transforme en fuente de maledicencia, de calumnia y de persecución; que

el derecho de propiedad no se transforme en atesoramiento antisocial de bienes con abandono del interés común; que la libertad religiosa sea patrimonio de las conciencias sin dar origen jamás a persecuciones o tratos discriminatorios. Es por eso que, el Derecho Público, junto con reconocer dentro del Estado de Derecho, a estos derechos públicos subjetivos de los individuos y ampararlos, los somete también a todas aquellas limitaciones que se estiman, en un momento dado de la evolución institucional y jurídica de un país, como indispensables y necesarias al bien común, y ese bien común estará a este respecto, personificado por el Estado. Sólo así es posible concebir instituciones jurídicas públicas como la expropiación por causa de utilidad pública o la requisición, que implican limitaciones considerables al derecho de propiedad impuestas por razones de utilidad pública; o como las suspensiones temporales de ciertas libertades cuando el régimen institucional del Estado se encuentra amenazado.

Si bien estos derechos públicos subjetivos que el Estado de Derecho reconoce pueden ser restringidos como se ha visto, en principio no son renunciables dado su carácter especialísimo. ¿Cómo podría, en efecto, una persona —ha dicho un autor— renunciar a su libertad económica, religiosa o espiritual? Pero parece indudable que tal irrenunciabilidad opera sólo en principio, porque ellos no podrán mantenerse en integridad cuando puedan paralizar las funciones genuinas del Estado. De allí las restricciones y limitaciones que recién mencionáramos.

Principios institucionales en materia de protección.—Ahora bien, en un Estado de Derecho el Derecho Público consagra un conjunto de principios institucionales que, en esencia, tienden a amparar al individuo como miembro integrante de la colectividad, y, por lo tanto, a lograr el **Bien Común**.

Estos principios, que **Debeyre** ha llamado en su obra "El derecho público de los franceses" "**Los grandes principios**", serían a nuestro juicio los siguientes: El principio democrático, la separación de

funciones, la constitucionalidad de las normas y por lo tanto la supremacía de la Constitución, y el Control.

El principio democrático obedece a esta interrogante: ¿Quién debe gobernar el Estado? Y dentro de la trilogía de posibilidades que existen para darle respuesta, a saber: el poder pertenece a un solo individuo, o está en manos de algunos, o pertenece al pueblo, el principio democrático afirma que el pueblo debe ser el gobernante. No nos corresponde naturalmente, por ser exorbitante a este trabajo, extendernos acerca del origen del poder político y a su ejercicio. Nos limitamos tan sólo a señalar que el Derecho Público general consagra como piedra angular del Estado de Derecho el principio democrático, y dentro de él, el Gobierno representativo, en el cual han de adquirir especial relevancia tanto la elección de los gobernantes por el pueblo como el control de aquellos por el mismo. Para esto, será siempre necesario que la opinión pública esté constantemente informada de la conducta y de los actos de sus gobernantes. Con razón ha expresado un jurista que no se concibe la democracia sin publicidad.

Pero, ¿podría aceptarse en el régimen democrático la concentración de todos los poderes en una sola autoridad? Ello aparecería como peligroso desde múltiples puntos de vista. De allí la existencia necesaria del segundo principio: el de la separación de poderes. "Fórmula de arte político —ha dicho un autor— que declara que para preservarse del despotismo, para asegurar la libertad en el Estado, todos los atributos del poder político no deben estar reunidos en una sola mano".

Pero la democracia moderna no concibe una separación o distribución tajante de atributos entre los distintos poderes o autonomías funcionales sino que una interdependencia íntima entre ellos. De otra manera, la acción del Estado se resentiría de evidente falta de armonía. Es por eso que el Derecho Público contemporáneo consagra para el Estado de Derecho, en función de preservar los derechos subjetivos públicos de sus integrantes, la interconexión de poderes, la colaboración absoluta y de

manera positiva entre ellos. El poder no puede detener al poder --se ha dicho-- sino que los poderes deben concertarse.

Trasladándonos dentro del campo de los principios, de lo institucional a lo normativo, debemos señalar un tercer supuesto esencial con que el Derecho Público contribuye a la consagración del Estado de Derecho. El es el siguiente: La supremacía de la Constitución y, como consecuencia, la constitucionalidad de las normas que materializan la acción del Estado. Se trata sin duda de uno de los principios más interesantes en el Estado Moderno y que ha venido a operar un verdadero proceso de constitucionalización del Derecho Administrativo y, de la actividad legislativa y administrativa estatal. No sólo la ley debe ceñirse rigurosamente a los principios que la Constitución Política del Estado consagra sino que también la actividad administrativa emanada de los órganos ejecutores y administrativos. Sólo así es posible imaginar la estabilidad y el respeto de las instituciones jurídico administrativas en un Estado de Derecho. Si la función de Administrar el Estado se concibe en razón de satisfacer las necesidades públicas y si la maquinaria burocrática estatal se crea para reconocer y amparar los derechos de los miembros de la colectividad y no para conculcarlos, este proceso de constitucionalización de las normas jurídicas aparecerá siempre como indispensable en un Estado que se precie de democrático.

En cuanto a la jerarquía de la Constitución por sobre la norma legal, el problema no se nos presenta como de cuidado porque siempre los textos constitucionales, recurriendo a uno u otro sistema, han cuidado de señalar que poderes independientes, dentro del principio de interdependencia, tengan a su cargo la alta misión jurídica de indicar cuando y en qué medida un precepto legal aparece infringiendo las normas constitucionales.

Pero, en donde la cuestión cobra mayor trascendencia es respecto de los actos emanados de la Administración activa. Allí posiblemente, como quiera que es donde se está ejecutando la ley, es donde pudiere aparecer como más pal-

pable y evidente el peligro de la transgresión a la norma constitucional por el agravio que tal acto pudiere ocasionar a los administrados.

Justamente para suplir este inconveniente, es que el Derecho Público aporta al Estado de Derecho un cuarto principio esencial: **El Control**.

Mediante la materialización de este cuarto principio se persigue que la actividad de la autoridad y órganos de la Administración del Estado se ciña a la Constitución y a la ley, ya que esa será la mejor manera de respetar los derechos de todos.

No olvidemos que la Administración Pública ha sido instituida para proteger a los individuos y satisfacer sus necesidades generales, cumpliendo así el fin del Estado, y no para subordinar al individuo a éste.

Pero como quiera que toda autoridad, no por mala fe sino que en razón de la agilidad y del ritmo vehemente que la función administrativa asume, acusa una manifiesta tendencia a avasallar la ley, obrando con abuso de poder, con exceso de poder, o, en fin, desviando el poder, es que el control resulta una válvula de contención necesaria en todo Estado de Derecho.

¿Y a quién debe entregarse este atributo de control? Dependerá de su naturaleza. Como es sabido, la función de control jurídico admite, entre otras clasificaciones, la de control preventivo y a posteriori. Por el primero, se tiende a evitar que el acto emanado del órgano administrativo llegue a ejecutarse, y por el segundo, a invalidar el acto irrito o a reparar los daños causados por él.

En todo caso, la doctrina científica está conteste, y así se resolvió en el Congreso Mundial de Instituciones de Control celebrado en Bruselas en Septiembre de 1956, que el control, sea preventivo o a posteriori, debe cometerse a entidades autónomas y absolutamente independientes de los órganos a quienes fiscalizan, como única manera de asegurar su eficacia.

El control, por lo tanto, tanto el preventivo de juridicidad como el control jurisdiccional a posteriori, a cargo de tribunales contencioso-administrativos

de plena jurisdicción, viene a constituir en el campo del Derecho Público la salvaguarda indispensable para la preservación de los derechos de los administrados frente a los actos eventualmente arbitrarios de la autoridad.

Tenemos entonces que en un Estado de Derecho, el Derecho Público reconoce al individuo como ente integrante de una colectividad organizada, toda una gama de derechos públicos subjetivos, que esos derechos son protegidos y amparados por el Estado y que el mecanismo institucional que éste se da y el conjunto de reglas de derecho que sus instituciones crean, tienen por finalidad esencial respetar esos derechos y lograr el Bien Común.

Cabría sólo a manera de epílogo que nos preguntáramos: ¿se cumplen estas premisas que nos han parecido fundamentales en el régimen chileno?

En líneas generales nos atreveríamos a concluir que sí: —Desde luego, no puede discutirse que nuestra Carta Política reconoce estos derechos fundamentales del individuo, en la medida en que su ejercicio no coarte el mantenimiento y el progreso del orden social que al Estado corresponde defender, como personero de los intereses generales de la colectividad.

Se han incorporado también a su texto, en admirable síntesis, esos cuatro grandes principios que mencionáramos y que tienden a proteger al individuo. Es decir, se reconoce la existencia de un Estado democrático altamente respetado por nuestras prácticas y tradiciones. Se contempla específicamente una interconexión de poderes independientes y separados; se consulta un recurso ante la Excma. Corte Suprema que por su

independencia y jerarquía constituye el órgano adecuado para hacer prevalecer la norma constitucional por sobre la legal; y se instituye un organismo constitucional autónomo, la Contraloría General de la República, encargado de realizar el control preventivo de juridicidad de los actos de la Administración del Estado. Pareciera pues que el cuadro de nuestro Estado de Derecho se encuentra completo.

Sin embargo, no podríamos dejar de formular dos críticas al sistema, que, mientras no se solucionen estarán provocando una laguna jurídica que es grave porque produce a menudo la indefensión de los administrados frente a la acción de la autoridad que, al margen de la ley, pueda causarles un daño.

Nos referimos en primer término, a la restricción con que el constituyente ha abordado el problema de la declaración de inaplicabilidad por causa de inconstitucionalidad de la ley, tanto porque la ley declarada inconstitucional continúa rigiendo salvo para ese caso, cuanto porque la posibilidad de interponer el recurso ha sido considerablemente limitada; y, en segundo, a la falta de ley que entre a reglamentar el precepto del art. 87 de la Carta, por el que se establecen los Tribunales Contencioso Administrativos de Plena Jurisdicción. Han pasado más de treinta y cinco años desde la vigencia de nuestro texto constitucional y la dictación de esa ley resulta hoy en día más indispensable que nunca, no sólo como una manera eficaz de asegurar a la colectividad el respeto de sus derechos amagados a menudo por los actos de las autoridades, sino que como feliz medio de lograr el perfeccionamiento de nuestro Estado de Derecho que tan justos elogios ha merecido en Latincamérica.

MISION DE LAS FACULTADES DE DERECHO EN LA TECNICA LEGISLATIVA (*)

por **HUMBERTO CIFUENTES B.**

Director del Seminario de Derecho Público.

JORGE TAPIA VALDES

Ayudante de Derecho Constitucional del Seminario de Derecho Público.

I.—1. A lo largo y a lo ancho de América Latina comienza a formarse conciencia sobre la imperiosa necesidad de realizar una serie de transformaciones de fondo, denominadas reformas estructurales, con el objeto de superar el estado de subdesarrollo económico y social de que adolecen nuestros países. Tras esta tardía reacción, apunta el temor de que en este Continente, nacido para la forma republicana y democrática de gobierno y emancipado después de una lucha común por la libertad, el descontento de las masas populares favorezca la instauración de regímenes totalitarios de gobierno y el aniquilamiento del Estado de Derecho.

Se han puesto en marcha planes nacionales e internacionales de fomento y se propicia la modificación radical de ciertos hábitos a que han sido tradicionalmente afectos los dirigentes latinoamericanos, que ocasionan un serio desapego ciudadano hacia el sistema democrático representativo de gobierno.

En resumen, a fin de evitar una revolución sangrienta y desesperada contra el régimen imperante, se busca encauzar esas justas aspiraciones de cambio hacia la realización de una verdadera revolución dentro de la ley, en un gran esfuerzo para conciliar los principios del Estado de Derecho con la implantación acelerada de un nuevo orden económico-social.

Será ésta una labor que deberán realizar los propios Gobiernos, a través de sus poderes, dictando oportunamente y con perfecto conocimiento y dominio de la situación, las normas jurídicas más eficientes para llevarla a cabo.

Asistiremos, por ende, a un aumento impresionante de las legislaciones en cada país, y aún, al establecimiento de

un sistema jurídico internacional para aunar y coordinar los esfuerzos de nuestras naciones en esa empresa.

2. De acuerdo con lo expuesto, habrá necesidad de disponer no sólo de grandes recursos y contingentes de técnicos, sino también de buenos y eficientes legisladores. Ese proceso de revolución dentro de la ley supone, naturalmente, la posibilidad de concebir, redactar y poner en vigencia textos que, por su forma y su fondo, abran con facilidad las vías del desarrollo.

Los actuales Poderes del Estado, en la forma tradicional en que se mantienen, ¿están capacitados para asumir con posibilidades de éxito la realización de esa labor? Probablemente no. Aún más, podemos decir que, en general, las legislaciones nacionales de los diferentes países adolecen de graves defectos, acentuados en el transcurso de este siglo, que repercuten y aumentan de manera importante el caos en medio del cual se desenvuelven las naciones latinoamericanas.

La expansión de la órbita de acción del Estado, el número de componentes de las asambleas legislativas, la complejidad de los problemas contemporáneos, la irrupción del hombre común en el manejo del Gobierno y la Administración, los conflictos de intereses entre los grupos de presión y, en fin, la carencia de elementos técnicos apropiados y modernos, han originado una legislación dictada bajo el apremio de urgencias políticas y sociales, mal estudiada y discutida, inconexa y contradictoria, que si ha sido capaz de solucionar transitoria-

(*) Documento de trabajo presentado a la III Conferencia de Facultades de Derecho Latinoamericanas, 1963, por el relator adjunto de la misma, don Humberto Cifuentes.