

# EL ESTADO DE DERECHO Y SUS ENEMIGOS (LEGALISMO Y PARTIDISMO)\*

BERNARDINO BRAVO LIRA

Profesor Titular de Historia del Derecho  
Facultad de Derecho - Universidad de Chile  
Academia de la Historia-Instituto de Chile

Casi medio milenio de Estado de derecho en Chile constituye una experiencia nada despreciable. Sin embargo, no se trata de un caso aparte. Estamos ante una versión más de dicho Estado de derecho, entre otras similares de Europa, del mundo hispánico y del mundo anglosajón. En consecuencia pocas páginas pueden bastar para caracterizar una historia y una experiencia que tiene más de común que de singular.

A uno y otro lado del Atlántico las condiciones de sustentación del Estado de derecho son las mismas. Desde luego, no se improvisa. Tampoco se copia de otro país. O se forja con la propia constitución histórica o no pasa de ser una fachada, más o menos decorativa, sobrepuesta al país real. Aun así, este revestimiento no deja de ser ilustrativo. Revela que, si no se cuenta con un Estado de derecho, al menos se lo mira o admira como un ideal.

Donde históricamente ha llegado a existir, el Estado de derecho se configura sobre la base de instituciones. Su perduración y vigencia dependen, en último término, de ellas y no de constituciones escritas u otros documentos análogos. Las instituciones son anteriores y superiores a estos textos y permanecen por encima de los cambios de su frágil articulado, que a menudo, son fruto de simples golpes de fuerza o de mayoría.

La trama institucional del Estado de derecho es forzosamente compleja y, por lo mismo, delicada. Supone el juego recíproco entre diversos factores. Gracias a él se logra encauzar la vida de gobernantes y gobernados por vías de derecho, al cubierto de la violencia de unos pocos o de una

\*Este trabajo constituye las conclusiones de *Por la razón o la fuerza. El estado de derecho en la historia de Chile*, de próxima publicación.

Abreviaturas usadas: AHDE = Anuario de Historia del Derecho Español; EM = El Mercurio; EP = Estudios Públicos; RCHHD = Revista Chilena de Historia del Derecho; RDJ = Revista de Derecho y Jurisprudencia; RDP = Revista de Derecho Público; REHJ = Revista de Estudios Histórico-Jurídicos.

mayoría. Se impide la arbitrariedad que, por el contrario, se vuelve inevitable desde que la convivencia se simplifica sobre la base de la concentración del poder en un caudillo, una clase política o un partido que lo ejerce sin cortapisa.

La permanencia del Estado de derecho no es rigidez ni inmovilismo. Antes bien, su lucha por el derecho exige de él una incesante renovación de los medios personales e institucionales de que dispone. De lo contrario, en lugar de mantener a raya a los malhechores, es corrompido o sobrepasado por ellos.

Esta renovación discurre entre dos carriles o coordenadas. El primero es casi tautológico. Puede condensarse en la fórmula: el Estado bajo el derecho y no el derecho bajo el Estado. El otro es su complemento. Sin él, corre el peligro de corromperse: el gobierno al servicio del Estado y no, al revés, el poder y los medios del Estado al servicio del o los gobernantes de turno.

El siglo xx ha sido una época crítica en ambos aspectos. El Estado de derecho ha debido abrirse paso entre dos peligros: el legalismo y el partidismo. El uno erosiona al derecho y el otro al Estado. Mientras el derecho degenera en imposición del gobernante, el Estado es capturado por la clase política.

### *Positivismo legal y Estado de derecho*

En apariencia el positivismo legal o legalismo no altera en nada al Estado de derecho. Es tan sólo otra forma de él. Todo sigue igual, aunque bajo un nuevo supuesto, a saber, la identificación del derecho con la ley. Al respecto, nada más ilustrativo que la codificación. Basada fundamentalmente en el derecho anterior, más que una ruptura, significó una reformulación de él. En definitiva, se tradujo en una transmutación del derecho de juristas en derecho legal. Su contenido no varió gran cosa, pero de ahí en adelante su subsistencia quedó entregada al arbitrio del legislador, vale decir del gobernante<sup>1</sup>.

Esta suerte de estatalización del derecho, casi imperceptible, fue el punto de partida para una erosión, unas veces rápida, otras más lenta,

<sup>1</sup>En esto coincide la investigación para Europa continental e Hispanoamérica. Arnaud, André Jean, *Les origines doctrinales du Code Civil Français*, París 1969. Gagner, Sten, "Die Wissenschaft des Gemeinenrechts und der Codex Maximilianeus Bavaricus civilis", en Coing, Helmut y Wilhelm, Walter, *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert*, Francfort 1974. Wagner, Wolfgang, *Wissenschaft des Gemeinen roemis-*

del Estado de derecho. Legalismo y Estado de derecho se revelaron incompatibles entre sí. No podía ser de otro modo. Desde que derecho y ley se hacen sinónimos no hay cabida para ese derecho anterior y superior al Estado al que alude la célebre sentencia de Paulo: *ius non ex regula ius summatum, sed ex iure, quod est, regula fiat*<sup>2</sup>. O sea: el derecho no se forma a partir de las leyes, sino que éstas han de formarse a partir del derecho vigente.

En otras palabras, el legalismo hace tabla rasa de la milenaria distinción entre lo que es derecho en sí mismo, por ser justo *iustum* –y que, como tal, toca a los entendidos, el jurista de profesión y el juez, determinar– y lo que es derecho en virtud de una decisión del poder, por estar así mandado *iussum*, determinación que por su naturaleza misma compete al gobernante. Borrada esta distinción, la relación entre derecho y Estado se invierte. En lugar de estar *bajo un derecho* anterior y superior a él y a su servicio, el Estado *se superpone al derecho* y lo instrumentaliza para cumplir sus fines. En tales condiciones se desvanece toda posibilidad de que el derecho se imponga al Estado y a los gobernantes. Este hecho fue destacado, al mediar el siglo XX por Jouvenel. Aleccionado por la experiencia de las primeras democracias totalitarias, hizo notar: “Sólo la ley hace derecho. Por tanto, todo lo que es ley es derecho y no hay derecho que vaya contra la ley. Así, pues, es una ilusión buscar en el derecho un valladar frente al poder”<sup>3</sup>.

De esta suerte, sin alterarlo en apariencia, el legalismo carcome por dentro al Estado de derecho, hasta convertirlo en una cáscara vacía. Al respecto la experiencia europea es insuperable.

### *Legalismo y Estado de derecho en Europa*

En ninguna parte del mundo se llegó tan lejos como en Europa en esta anulación del Estado de derecho por el positivismo legalista. Así lo proclamó, en teoría, sin darse cuenta del todo, su más connotado representante, Kelsen,

---

*chen Rechts und das Allgemeine Landrecht fuer die Preussische Staaten*, allí mismo. Ogris, Werner, *Die Wissenschaft des Gemeinen Rechts und das oesterreichische Allgemeine buergerliche Gesetzbuch*, allí mismo. Bravo Lira, Bernardino, *La codificación de los derechos nacionales en Europa e Iberoamérica y su disociación del Derecho Común*, en RCHHD 15, 1989. Tau Anzoátegui, Víctor, *Casuismo y sistema*, Buenos Aires 1992.

<sup>2</sup>Dig. 50.17.1. Paulus 16. ad Plautium.

<sup>3</sup>Jouvenel, Bertrand de, *Du Pouvoir*, Ginebra 1945, trad. castellana, Madrid 1956.

al sostener que todo Estado es un Estado de derecho<sup>4</sup> y así lo confirmaron en la práctica las democracias europeas, de un modo más espectacular –en el caso del socialismo internacional soviético o del nacional socialismo nazi– en la primera mitad del siglo XX o en forma más silenciosa, pero no por eso menos efectiva, en el de los socialismos de bienestar de la segunda mitad del siglo<sup>5</sup>. Más pronto o más tarde, todas las democracias europeas llegaron de hecho al mismo punto, la legalización del sin derecho (*Unrecht*), bajo formas tan brutales como el asesinato masivo de nacidos o por nacer: la eutanasia y el aborto. Es sabido que desde hace tiempo los millones de europeos exterminados antes de nacer superan con creces a las víctimas de la segunda guerra mundial. A la vista de todo esto, recordaba Ratzinger en 1992, que el propio Kelsen propuso la figura de Pilatos como emblemática de la perfecta democracia, que no se apoya en valores ni en la verdad, sino en procedimientos: “como no sabe lo que es justo, confía el problema a la mayoría para que decida con su voto”<sup>6</sup>. Nótese el contraste entre esta legitimación por el procedimiento –para emplear la expresión de Luhmann<sup>7</sup>– y el juego entre potestad y autoridad propio del Derecho común. Conforme a él, para averiguar lo que es justo, quien tiene el poder ha de preguntar al que tiene el saber<sup>8</sup>.

Nunca se habló tanto en Europa de derechos humanos como en el último medio siglo, en que el Estado de derecho por impecables vías legales, degeneró, según la expresión de Terson, en un Estado asesino<sup>9</sup>.

El siglo XX no termina, pues, con la apoteosis de la democracia, como alguno se apresuró a afirmar tras la caída de la Unión Soviética<sup>10</sup>.

<sup>4</sup>Kelsen, Hans, *Allgemeine Staatslehre* (1925), trad. castellana, México 1965. El mismo, *Reine Rechtslehre* (1934), trad. castellana, Buenos Aires 1960, XII, 196.

<sup>5</sup>Arendt, Hanna, *The origins of Totalitarianism*, Nueva York 1951. Fetjoe, François, *Histoire des démocraties populaires*, París 1972.

<sup>6</sup>Ratzinger, Joseph, “El significado de los valores morales y religiosos en la sociedad pluralista”, conferencia en Bratislava 1992, en El mismo, *Wahrheit, Werte, Macht. Prüfsteine der pluralistische Gesellschaft*, Friburgo 1993, trad. castellana, Madrid 1995, p. 88.

<sup>7</sup>Luhmann, Niklaus, “Oeffentliche Meinung”, en El mismo, *Politische Planung*, Opladen 1971. El mismo, “Oeffentliche Meinung”, en Langerbucher W. (ed.), *Zur Theorie politischer Kommunikation*, Munich 1974.

<sup>8</sup>Cfr. Presentación. *Siete Partidas* 3, prólogo.

<sup>9</sup>Terson, Yves, *L'état criminel. Les génocides du XX<sup>e</sup> siècle*, París 1994.

<sup>10</sup>Fukuyama, Francis, “The End of History”, en *The National Interest* (1989), trad. castellana en EP 37, 1990. El mismo, *The End of History and the last man*, Nueva York 1992, trad. castellana, Buenos Aires 1992.

Antes bien, pone fin a su endiosamiento. Deja a las claras lo que cabe y no cabe esperar de ella. Es decir que ni la legalidad ni la democracia son un bien en sí mismo. Una y otra pueden ser legítimas o ilegítimas, buenas o malas, en fin, humanas o inhumanas.

### *La ley como amenaza*

Por lo que toca a la ley, se desvaneció la antinomia entre gobierno de las leyes y gobierno de los hombres. La legalidad dejó de ser para los gobernados una garantía frente a la arbitrariedad y se convirtió en una amenaza. Así lo hacía notar en 1963 García de Enterría: la ley “no sólo no incluye en su seno necesariamente la justicia y la libertad, sino que con la misma naturalidad puede convertirse en la más fuerte y formidable *amenaza para la libertad*, e incluso en una *forma de organización de lo antijurídico* y hasta en un instrumento para la perversión del orden jurídico”<sup>11</sup>.

El Estado de derecho acabó así en no pocos casos en mero formalismo. A lo más, se exige de los gobernantes que procedan legalmente, esto es, conforme a la constitución y las leyes y, en concreto, a lo que entiendan por tales el partido dominante, un tribunal constitucional, el parlamento o los propios gobernantes. Es decir, no se hace cuestión de la legitimidad de la actuación del poder. Todo se reduce a una suerte de legitimación por el procedimiento.

Con tal que proceda legalmente, el gobernante puede hacer lo que sea. Nada impide que, en nombre de la mayoría, de la democracia, de la ecología, en fin, de la ideología del momento, un partido gobernante, un jefe de gobierno pueda proceder legalmente al exterminio.

No hace falta decir que esta suerte de poder discrecional sobre los hombres es semejante a una ametralladora giratoria, lista para volverse en cualquier momento contra el sector de la población que los gobernantes decidan eliminar o, mejor dicho, *liquidar* para emplear la expresión nacida en este siglo con el Estado totalitario. El Estado, ese dios humano de que habló Hobbes, se ha convertido en un dios inhumano, que puede disponer a su arbitrio de las personas.

<sup>11</sup>García de Enterría, Eduardo, *Reflexiones sobre la ley y los principios generales de derecho en derecho administrativo*, en Revista de Administración Pública 40, Madrid 1963.

Los países del *common law* resistieron mejor al legalismo, porque allí, a pesar de la proliferación de leyes, nunca llegó a ponerse seriamente en duda la primacía del derecho judicial, declarado por los jueces frente a las leyes, dictadas por los gobernantes<sup>12</sup>. No obstante, la democracia estadounidense no ha escapado a los males de que padece la europea.

También en Estados Unidos se ha hecho notar que la legalidad, ese *imperio de la ley*, con el que en el siglo XIX se quiso poner término al *gobierno de los hombres*, tampoco es garantía para los ciudadanos. Tal vez esta afirmación sea exagerada, pero no por eso deja de tener fundamento. “Lamentablemente –decía no hace mucho un autor– la interpretación moderna del término ley es una invitación al abuso del poder”. “Hoy día las leyes existen cada vez más para someter a los ciudadanos, no a los gobiernos”. La razón de ello está en el partidismo: “las leyes que emergen de los arreglos y conveniencias políticas del momento... está(n) vigente(s) hasta que la mayoría considera que conviene abrogarla(s) o modificarla(s)”. En suma en los Estados Unidos “en las últimas décadas se ha esfumado el concepto clásico de imperio de la ley, y ha sido reemplazado, una y otra vez, por cualquier idea que esté en el momento de moda entre los grupos que compiten por el poder en el Congreso, en el Ejecutivo y en la Judicatura”<sup>13</sup>.

Al respecto no está demás recordar que, a juicio de autores como Hanna Arendt y Jakob Talmon, en este país se había cumplido al mediar el siglo el vaticinio de Tocqueville sobre la tendencia totalitaria de la democracia, llamada por él *despotismo blando*<sup>14</sup>. Mucho antes que esos autores, un hispanoamericano había denunciado esta suerte de *barbarie tecnificada* del siglo XX, mil veces más mortífera que la primitiva del arco y la flecha, limitada al menos por lo rudimentario de la técnica y la fuerza de una moral indiscutida<sup>15</sup>.

En efecto, la situación es muy diferente en el mundo hispánico, donde al legalismo le falta el trasfondo de una mentalidad racionalista.

<sup>12</sup>Por todos, Holmes, Oliver W. *The Common Law*, Boston 1881.

<sup>13</sup>Bovar, James, *Imperio de la ley*, en *El Mercurio* 14 de junio de 1994.

<sup>14</sup>Arendt, nota 5. Talmon, Jakob, *The origins of totalitarian democracy*, Boston 1952. Tocqueville, Alexis de, *La démocratie en Amérique*, París 1835, trad. castellana, México 1957.

<sup>15</sup>Zum Felde, Alberto, *El ocaso de la democracia*, Santiago 1939.

## *Legalismo y Estado de derecho en Hispanoamérica*

Hispanoamérica nunca llegó a estos extremos. Entre otras cosas, porque allí no se toman tan en serio las leyes. En este sentido el hispanoamericano es claramente menos manejable que el europeo y, no digamos, que el estadounidense.

A pesar de los esfuerzos de las minorías dirigentes, nunca terminó de asimilar la Modernidad racionalista ni de entender, por tanto, una legalidad por la legalidad. Menos aún, que el gobernante pueda hacer justo lo que es injusto. Para él, el derecho es respetable en sí mismo, como única alternativa frente a la violencia. Las leyes, en cambio, lo son más o menos según el derecho que contienen. Conforme a esto, las hay buenas o malas, justas o injustas. Las unas, respetables en cuanto expresión del derecho, y las otras rechazables, en cuanto atentan contra él mismo<sup>16</sup>.

En una palabra, nadie es tan ajeno al endiosamiento del Estado o la idolatría de la ley como los hispanos. Detrás del uno y de la otra ven siempre personas concretas y falibles, de las cuales, además, no dejan de sospechar que estén movidas por intereses inconfesables. De lo contrario, no se meterían en lo ajeno y dejarían a la gente tranquila. Todo lo cual les lleva a alentar, en principio, una desconfianza radical frente al Estado, al gobierno y a sus leyes. Presienten que son una amenaza para sí, para su poder de disponer de lo propio sin interferencias ajenas<sup>17</sup>. Por eso al hispanoamericano le cuesta resolverse a cumplir las leyes que son justas. A menudo no lo hace sino porque no hay más remedio. De ahí que le parezca francamente excesivo cumplir leyes injustas.

No es propiamente resistencia en el sentido clásico. Tampoco una suerte de autosuspensión de la ley injusta. Es, más bien, una suerte de prevención instintiva frente al abuso gubernativo o legislativo, que para los europeos y estadounidenses linda en lo inconcebible. Ellos dan por sentado

<sup>16</sup>Sobre la distinción entre buenas y malas leyes, Cerdán de Tallada, Tomás, *Veriloquium en reglas de Estado según derecho divino, natural, canónico y civil y leyes de Castilla*, Valencia 1604, seguido casi literalmente por Portales, Diego, *Administración de Justicia Criminal*, en EM, Valparaíso 17 de enero de 1832. Cfr. Bravo Lira, Bernardino, *Los estudios sobre la Judicatura chilena en los siglos XIX y XX*, en RDP 19-20, 1976, esp. 103 ss.

<sup>17</sup>Entre otros, así lo hace notar Bello, Andrés, *Responsabilidad de los jueces*, en El Araucano 305, Santiago julio 1836, ahora, en el mismo *Obras completas*, 15 vols., Santiago 1881-1893, 191 ss.

que el Estado actúa rectamente y que las leyes deben cumplirse. En cierto modo, tienen razón. En Hispanoamérica, en cambio, tampoco los gobernantes se toman las leyes demasiado en serio. Manejan la legalidad con gran soltura de cuerpo. Es de buen tono fingir que se procede a dictar las leyes con circunspección y altura de miras, pero, de hecho, se las dicta muchas veces sin ton ni son, en medio de una improvisación y oportunismo que a los europeos les cuesta imaginar, a sabiendas de que con ellas no se soluciona nada, pero, al menos, se da la impresión de que el gobierno está preocupado del problema.

De ahí que el hispanoamericano sólo conciba un cumplimiento de las leyes condicionado a que sean justas. Leyes sin razón y sin derecho, envilecen tanto a quienes las dictan como a quienes abogan por su cumplimiento. Sólo en algunos sectores ilustrados se encuentra un alto grado de respeto a la ley. Frente a la mentalidad general, poco han podido hacer una doctrina y una Judicatura que, empapadas del positivismo legal europeo, exaltan la ley y sostienen que debe cumplirse sin examinar si es justa o no.

Por lo demás, esta disociación espiritual entre la minoría ilustrada y el grueso de la población ha comenzado a atenuarse desde hace varias décadas. El núcleo dirigente redescubre poco a poco las raíces de la nacionalidad y asume una actitud crítica frente a una modernización, cuyo precio es nada menos que el sacrificio de las propias creencias y del propio pasado<sup>18</sup>. En el plano jurídico, este cambio de actitud se traduce en un reflujó del legalismo en los medios cultos, donde había penetrado. Todo lo cual favorece el que se vuelva a poner el Estado al servicio del derecho.

### *Partidismo y Estado de derecho*

El legalismo abre paso al partidismo. Desde que se sobreponen al derecho, el Estado y la ley quedan expuestos a caer bajo la dependencia de los partidos gobernantes. A su vez, ellos impulsan un legalismo que les convierte en árbitros de la constitución y las leyes.

<sup>18</sup>Morandé, Pedro, *Cultura y modernización en América Latina*, Santiago, 1984. Bravo Lira, Bernardino, "América y la Modernidad: de la Modernidad barroca e ilustrada a la Postmodernidad", en *Jahrbuch fuer Geschichte von Staat, Wirtschaft und Gesellschaft Lateinamerikas* 30, Colonia-Weimar-Viena 1993.



Una vez que los partidos consiguen llegar al gobierno, aspiran a ejercer el poder sin cortapisas. Les es difícil atenerse a las condiciones bajo las cuales lo recibieron. Se sienten dueños del gobierno, de la constitución escrita y de las leyes, de los cargos públicos y, en último término, del Estado. En sus manos todo se convierte en materia de gobierno. No hay lugar ni para asuntos de Estado ni para una política de Estado. Por tanto, todo queda a merced de las negociaciones y arreglos entre los partidos y termina por perder estabilidad y respetabilidad. Se desdibuja así la distinción entre el Estado como lo permanente y los gobiernos como lo transitorio. En una palabra, el Estado de derecho se degrada a un simple Estado de partido.

En Europa este fenómeno es perceptible desde el fin de la primera guerra mundial. Desaparecida la Monarquía en Rusia y en Europa Central, no hubo modo de evitar que los poderes y medios de acción del Estado cayeran en manos de las oligarquías partidistas<sup>19</sup>. Expresión institucional de ello fue el desplazamiento del parlamento como centro de decisión política en favor del partido único o los partidos más fuertes. Esta fuga del poder del parlamento a los partidos se produjo del mismo modo que antes el nacimiento de los mismos: *de facto*, en forma extraconstitucional y extralegal. La doctrina tardó bastante en caer en la cuenta de ello.

Todavía hacia 1930 era normal entre los autores mirar a los partidos como simples agrupaciones sociales, sin un papel propio dentro del Estado<sup>20</sup>. Después, la afirmación de que los partidos eran indispensables para la democracia se convirtió en un tópico. Lo cual, por cierto, se entiende para esta democracia de partido, pero en ningún caso –como insistió particularmente Leibholz– para la primera época del Estado constitucional, anterior a ellos, en Europa y también largamente en Chile<sup>21</sup>.

<sup>19</sup>Sobre sus orígenes, Ritter, Gerhard, *Von Ursprung des Einparteistaates in Europa*, en *Historisches Jahrbuch* 74, Munich-Friburgo en B. 1955. Beyme, Klaus von, *Die politische Klasse im Parteistaat*, Francfort 1993, trad. castellana, Madrid 1995.

<sup>20</sup>Leibholz, Gerhard, *Verfassungsrecht und politische Wirklichkeit*, en *Mitteilungen der Max-Planck-Gesellschaft* 1-12, 1965, allí aborda el tema “Repräsentativen Parlamentarismus und parteistaatliche Demokratie”, ahora en Kluxen, Kurt (ed.), *Parlamentarismus*, Koenigstein 1980<sup>5</sup>.

<sup>21</sup>Así lo recalcan Leibholz, nota 20 y otros autores y lo confirma el caso chileno, donde los partidos son muy posteriores al dualismo Presidente-parlamento.

El Estado de partido reviste formas muy variadas. Factor común es la clase política, la *Nowa Klasa* de Djilas<sup>22</sup> o *Nomenklatura*<sup>23</sup>. Esta oligarquía se articula de diversas maneras que dan origen a otras tantas variantes de ese Estado: de partido único, como el comunista en la Unión Soviética<sup>24</sup>; de uno dominante, como el PRI en México<sup>25</sup>; bipartidistas, como en Inglaterra y Estados Unidos<sup>26</sup> o, en fin, multipartidistas, como en Italia y Francia<sup>27</sup>. Entre éstas Chile fue tal vez el ejemplo más logrado.

La aporía de esta “moderna democracia de partido –como lo vio Pieper al término de la segunda guerra mundial– es mostrar cómo un partido puede no ser partidista”<sup>28</sup>. Es decir, cómo lograr que la clase política anteponga los asuntos de Estado –justicia, defensa, diplomacia y demás– a sus conveniencias. Esta aporía no ha sido resuelta ni en Europa, ni en ninguna parte del mundo. Según observa Zampetti, “los partidos, nacidos precisamente para hacer soberano al pueblo, lo han substituido”<sup>29</sup>. No por generalizada, esta situación es menos grave. En última instancia, lo que está en juego es el país mismo. Según señaló Jovenel, estamos ante un conflicto entre patriotismo y partidismo<sup>30</sup>.

Así se advierte, entre otras cosas, porque en un Estado de partido se torna cada vez más imposible llevar adelante en forma continuada

<sup>22</sup>Djilas, Milovan, *Nowa Klasa. Analiza systemu Komunistycznego*, Nueva York 1956, trad. castellana, Barcelona 1957.

<sup>23</sup>Voslensky, Michael, *Nomenklatura*, Viena-Munich-Zurich-Innsbruck 1980, trad. castellana, Barcelona 1981. Beyme, nota 17.

<sup>24</sup>Ritter, nota 19. Fetjoe, François, *Histoire des démocraties populaires*, Paris 1972. Unger, Aryeh, L., *Totalitarian Party. Party and People in Nazi Germany and Soviet Russian*, Londres-Nueva York 1974. Lefort, Claude, *L'invention démocratique. Les limites de la domination totalitaire*, París 1981.

<sup>25</sup>Bravo Lira, Bernardino, *El Estado constitucional en Iberoamérica 1811-1991*, México 1992, con bibliografía.

<sup>26</sup>Sartori, Giovanni, *The theory of Democracy Revisited*, Cambridge 1987. Pereira Meneaut, Antonio Carlos, *El ejemplo constitucional de Inglaterra*, Madrid 1992.

<sup>27</sup>Sartori, nota 26.

<sup>28</sup>Pieper, Josef, *Ueber die Gerechtigkeit*, Munich 1954, trad. castellana, Madrid 1968, varias ediciones posteriores.

<sup>29</sup>Zampetti, Pier Luigi, *Democracia y poder de los partidos*, Madrid 1970, p. 167.

<sup>30</sup>Jovenel, nota 3.

una política de Estado, que atienda a sus intereses vitales. En tales condiciones, según apuntó Ritter, tampoco hay hombres de Estado, estadistas, que dominen el arte de gobernar sin ceder al populismo, la demagogia, los intereses electorales o las tendencias de las encuestas<sup>31</sup>. Más aún, el Estado pierde su fuerza aglutinante para concentrar establemente en torno a sí a talentos con vocación de servicio público. Desde que cada partido gobierna con su propia gente, la noción de servicio del Estado se convierte en cosa de otros tiempos. Más aún, a menudo se termina por carecer hasta de régimen de gobierno. El Estado acaba así en manos de gobernantes de paso, meros ocupantes, que lo tienen todo y no arriesgan nada, porque si fracasan simplemente renuncian y se van. Lo único permanente frente a ellos es la clase política.

Se comprende muy bien que el gran obstáculo para esta transformación del Estado de derecho en Estado de partido se halle en sus instituciones fundamentales, anteriores a los partidos y animadas por un *ethos* de servicio público, proveniente de tiempos de la monarquía, y que constituye la antítesis del partidismo. Tal es el caso, ante todo, de la Administración, de la Judicatura y de las Fuerzas Armadas. Se deben al país entero y no al gobierno de turno, ni menos a mayorías ocasionales. En Alemania e Italia, anotaba Beyme en 1993, “la tendencia de los partidos a infiltrarse en el Estado y en la sociedad recibe las críticas más severas en la medida en que afecta a la administración y a los medios de comunicación”<sup>32</sup>. En otros países también la Judicatura y las Fuerzas Armadas enfrentan el asedio partidista.

En estas condiciones no es raro comprobar que, en general, la clase política no mira con buenos ojos a las instituciones matrices del Estado. No renuncia a penetrarlas o a ganárselas de algún modo y si fracasa en el empeño, las desatiende y hace objeto de una arbitraria postergación. La convivencia entre ambas se torna cada vez más problemática, lo que pone de manifiesto una antinomia entre partidismo y Estado de derecho.

### *Estado de partido y corrupción*

Tales problemas y tensiones se mantuvieron, en general silenciados hasta la

<sup>31</sup>Ritter, nota 19.

<sup>32</sup>Beyme, nota 19, p. 60.

caída de la Unión Soviética. A nadie convenía ventilar las lacras de esta democracia mientras subsistía la amenaza de otra peor.

Todo cambió al desaparecer ese peligro. Sus defectos quedaron a la vista y fue imposible acallar el malestar. En lugar del triunfo definitivo de la democracia y de la economía de mercado como meta final de la humanidad, proclamado por un Fukuyama, cundió en Europa el descontento, la llamada apatía democrática<sup>33</sup>.

Sobre esta *Politikverdrossenheit*, que en más de un aspecto recuerda a la *politiquería* de hace medio siglo en Chile, hay una caudalosa bibliografía. Los autores coinciden en que las raíces del malestar no son nuevas. Lo que ocurre es que ahora no hay nada que obligue a callarlas ni a soportarlas<sup>34</sup>. El derrumbe del socialismo real en una mitad de Europa parece abrir paso al de la democracia real, tal como se practicaba en la otra mitad del continente. Al igual que en la Unión Soviética, también aquí la gente se cansó de una democracia de promesas, que gira a cuenta del futuro y, en nombre de él, exige paciencia y sacrificio a la generación actual. Frente a los problemas reales de hoy, a los ojos de algunos la democracia representativa ha llegado a su nivel de incompetencia<sup>35</sup>. Al menos ésa es la impresión que cunde. Ya no se acepta como coartada para los males presentes la excusa de que la democracia tiene defectos, pero es el menos malo de los regímenes posibles o el más perfeccionable. Máxime si tal argumentación es esgrimida precisamente por

<sup>33</sup>Fukuyama, nota 10. Bravo Lira, Bernardino, *El ocaso de la democracia totalitaria*, en *El Mercurio*, 1 de marzo de 1990. Sobre la *Politikverdrossenheit* hay una creciente bibliografía: Revel, François, *Comment les démocraties finissent*, Paris 1983. Gomes Canotilho, José Joaquín, *Malestar da constituição e pessimismo postmoderno*, en *Luisiada* 1, 1991. Turaine, Alain, *El fin del Estado redentor*, en *El País*, Madrid 27 de diciembre de 1991. El mismo, *Critique de la modernité*, Paris 1993, trad. castellana, Madrid 1993. Fetjoc, François, *La fin des démocraties populaires. Les chemins du post-communisme*, Paris 1992. Argullol, Rafael y Trías, Eugenio, *El cansancio de Occidente*, Barcelona 1992. Sartori, Giovanni, *La democrazia dopo il comunismo* (1992), trad. castellana, Madrid 1993. Jiménez Losantos, F., *La dictadura silenciosa, mecanismos totalitarios de nuestra democracia*, Madrid 1993. Tusell, Javier, *La regeneración de la democracia*, en *Cuenta y razón*, Madrid 1993. Beyrne, nota 19. Alain *L'ivresse démocratique*, Paris 1994, trad. castellana, Madrid 1995. Lucas Verdú, Pablo, *La constitución en la encrucijada (Palíngenesia iuris politici)*, Madrid 1994. Sotelo, Ignacio, *Sobre la actual descomposición de la democracia*, en *Política Exterior* 47, Madrid 1995.

<sup>34</sup>Sotelo, nota 33, p. 15.

<sup>35</sup>*Id.*, pp. 27 ss.

la misma clase política, que disfruta aquí y ahora de lo que Duverger llamó *democracia sin pueblo*<sup>36</sup>.

“El fenómeno más decisivo que se da en todas las latitudes –resumía en 1993 el español Tussell–, es una sorda irritación contra la clase dirigente, contra toda ella, sea cual sea su significación, derechista o izquierdista... Hoy se piensa que los políticos son poca cosa, pero que, además, exige mucho y muy injustificadamente para sí mismos. Son poca cosa, porque los partidos apenas tienen afiliados y los que existen ocupan cargos públicos. Su comportamiento es oligárquico en extremo y después de haberse desideologizado la política tienden a dividirse de modo infinito en camarillas que no tienen otra significación que la de una clientela personalista. La política se ha convertido en actividad para quienes carecen de una vida profesional brillante y quieren tener una cierta dimensión pública. Con ella se reciben privilegios, inmunidades y sueldos por encima de lo normal, pero las preocupaciones y el lenguaje de los profesionales de la política están a años luz de los ciudadanos”<sup>37</sup>.

En concreto los autores coinciden en que esta sensación de agotamiento de la democracia representativa en la Europa actual es efecto de su corrupción<sup>38</sup>, el mismo mal al que sucumbió la democracia directa en la antigua Grecia. Sus formas son variadas. Una de ellas es la llamada *democracia de los acuerdos* que prospera al favor de “conexiones muy particulares, no sólo entre las empresas y la administración pública, sino incluso entre sus partidos, cada vez menos dispuestos a competir entre sí y más interesados en llegar a acuerdos que incluyen el reparto del botín en la penumbra”<sup>39</sup>.

No sin razón observa Beyme que las cosas han cambiado mucho desde principios de siglo. Si entonces la lucha por el poder entre los partidos estaba en primer plano, ahora parece estarlo el saqueo del Estado por los partidos. Sus dirigentes “ya no son vilipendiados como lo hizo Michels, sobre todo, en cuanto burócratas de partido sino que se les acusa de ser capaces de constituir un cartel que conduce a una acumulación de privilegios y reforzamiento de su distanciamiento social como clase política”<sup>40</sup>. En suma, el partidismo acaba en la corrupción del Estado por la clase política. Sus consecuencias son inquietantes.

<sup>36</sup>Duverger, Maurice, *Démocratie sans peuple*, Paris 1971.

<sup>37</sup>Tusell, nota 33.

<sup>38</sup>Ver nota 33.

<sup>39</sup>Sotelo, nota 33, p. 24.

<sup>40</sup>Beyme, nota 19, p. 44.

Así lo muestra el hecho de que muchos hayan comenzado a preguntarse, no sin aprensión, por *Il futuro della democrazia*<sup>41</sup>, una cuestión que, antes del fin de la Unión Soviética nadie se planteaba seriamente. Dado lo reciente de los acontecimientos, no es extraño que los pareceres al respecto anden divididos.

Algunos como Turaine, Sartori y Tusell, permanecen adheridos al axioma de que “la democracia no es sustituible por nada mejor, lo que hay que hacer es perfeccionarla”<sup>42</sup>. Por tanto, tampoco van más allá de buscar posibilidades de autocorrección de ella, un planteamiento afín al de Popper, quien, ya en 1945 se adelantó a no hablar más de sus ventajas y cifrar su superioridad en que brinda un modo incruento de deshacerse de los malos gobernantes. Como se ha hecho notar, estos autores buscan “elementos para salvar *in extremis* la creencia de toda la vida, lo ya visto”<sup>43</sup>.

Otros, en cambio, no pueden menos que reconocer, a pesar de que también tienen preferencia por la democracia, que no estamos ante una mera crisis, sino frente a algo completamente diferente: la época de la democracia parece llegar a su fin. En su sentir, en lugar de tomarla como una creencia, hay que tomarla como un modo de gobernar, más o menos excelente, pero percedero. Según Gomes Canotilho señaló en 1991, lo que se hunde es todo el proyecto de la modernidad, expresión de la razón política iluminista y humanista encaminada a establecer propuestas de deber y tablas de salvación para el futuro<sup>44</sup>. Es decir, se desploma la visión antropocéntrica de la política. No pasan cuatro años y Sotelo esboza una “descripción del modo cómo se está descomponiendo ante nuestros ojos la democracia”. Insiste en que no se trata de una mera crisis sino de su descomposición. “La crisis de la democracia que detectamos cada vez con una mayor fuerza desde el desplome de la Unión Soviética, no es un fenómeno circunstancial que pudiera resolverse con algunos arreglos cosméticos, sino que exige cambios sustanciales; de

<sup>41</sup>Un punto de partida en Bobbio, Norberto, *Il futuro de la democrazia*, Turín 1984, trad. castellana México 1986. Ver nota 33.

<sup>42</sup>Tusell, nota 33.

<sup>43</sup>Gómez Pérez, Rafael, *Un proyecto de Alain Turaine, reconstruir la modernidad* en Aceprensa, Madrid 10 de noviembre de 1993. Popper, Karl, *The open society and his enemies*, Londres 1945, trad. castellana, Barcelona 1982, reiterado en el mismo.

<sup>44</sup>Gomes Canotilho, nota 33.

esto estamos cada vez más convencidos, pese a ser escaso el acuerdo sobre su contenido y alcance”<sup>45</sup>.

No corresponde entrar aquí en el problema mismo. En menos de un lustro se ha producido entre los autores un sensible cambio en el modo de plantear la cuestión. La seguridad a toda prueba sobre el futuro de la democracia cede paso a la cautela, cuando no a la desesperanza. En estas condiciones, el modelo europeo de democracia, en sus diferentes versiones, ha dejado de ser tal. Antes de pensar en imitarlo, es preciso ver qué suerte corre, si se logra o no hallar una salida para su actual situación.

En otras palabras, con la caída de la Unión Soviética se hundió no sólo el *mito del progreso indefinido* de la humanidad, sino también su expresión política, el *mito de la democracia* como la forma política más perfecta que sea dable alcanzar a la humanidad, más allá de la cual sería imposible pasar. Desde entonces se vuelven a ver sus defectos y limitaciones y la democracia vuelve a ser lo que fue antes de que la Ilustración la idealizara: una más entre las formas de gobierno posibles<sup>46</sup>. Quienes la defienden no afirman que sea superior a otras, sino que ya no se preguntan por la mejor forma de gobierno. Así las cosas, otros no temen confesar que actualmente se halla en descomposición.

En los países del *common law* no puede hablarse propiamente de Estado de partido. Hay ciertamente partidos y muy estables, también gobiernos de partido bien asentados, pero no hay un Estado del que ellos puedan apoderarse, como en Europa continental e Hispanoamérica. Desde

<sup>45</sup>Sotelo, nota 33, 22 ss.

<sup>46</sup>Al respecto no ha pasado inadvertido el distanciamiento entre cristianismo y democracia, marcado especialmente por la enseñanza pontificia desde 1991. Significativamente va acompañado de una afirmación del Estado de derecho y de la persona humana, Juan Pablo II, Encíclica, *Centesimus Annus*. 1 de mayo de 1991, 46. Cada vez con mayor detenimiento puntualiza que la Iglesia no tiene preferencia por la democracia, 47. *Veritatis Splendor*, 6 de agosto de 1993, “una democracia sin valores se convierte con facilidad en un totalitarismo, visible o encubierto, como lo demuestra la historia”, 152. *Evangelium Vitae*, 25 de marzo de 1995, “la democracia no puede mitificarse”, 70; “se mantiene o cae con los valores que encarna”, *id.*; “se convierte fácilmente en una palabra vacía”, *ibid.* En el mismo sentido Ratzinger, Joseph, nota 6. El mismo *Discurso de recepción en la Academia francesa de Ciencias Morales y Políticas*, 7 de noviembre de 1992, en *El mismo*, nota 6. Tras un siglo de experiencia, la democracia aparece descartada como medio apropiado *per se* para defender o realizar ideales cristianos o siquiera humanos.

luego se discute que Inglaterra sea un Estado<sup>47</sup>. Ciertamente cuenta con una Administración y sus oficinas y el *rule of law* ha sido sufrido por la tendencia al Estado de bienestar. Pero no ha muerto. En Estados Unidos el Estado, aunque cada vez más intervencionista, es una superestructura de gobierno general, sobrepuesta a los Estados federales, que suelen tener vida política propia. Allí se inventó el *spoils system*, pero sólo después del *new deal* el partido en el poder ha ido más allá de la órbita del gobierno y capturado y corrompido otras instituciones fundamentales.

### *Legalismo y partidismo en Chile*

El Estado de derecho tuvo en Chile mejor suerte. No porque este país estuviera al margen del legalismo o del partidismo. Antes bien, pasó por todo eso, pero a su manera. Su apego al derecho le llevó a moderar la imitación extranjera en términos que no comprometiera su constitución histórica, le impidió sucumbir al legalismo y al partidismo y, en definitiva, le empujó a buscar una alternativa frente a él. Por eso, el siglo XX no fue tan sólo una etapa de crisis del Estado de derecho, sino también de renovación de él. En las últimas décadas se dejó atrás al Estado modernizador, reglamentista y burocrático, y se entró por otro camino, el del Estado subsidiario que, en cierto modo, es su antítesis, incluso se invirtió el sentido del término modernización. En lugar de un Estado cada vez mayor, empeñado en modernizar al país, ahora se habla de modernizar al propio Estado mediante una reducción de su papel y de su tamaño.

Por supuesto, nada de esto cuadra con las teorías de la dependencia, del desarrollo, de la modernización y demás, prevalecientes según las épocas entre expertos y organismos internacionales. Conforme a tales doctrinas es incomprensible, casi se diría inaceptable, que al derrumbarse los modelos europeos, un país como Chile, catalogado por ellos entre los no desarrollados, en lugar de sumirse en el marasmo, salga adelante con más bríos que nunca. E incluso sea mirado como modelo en Europa Central e Hispanoamérica.

Pero esto es del todo explicable dentro del contexto iberoamericano. Ninguna otra parte del mundo está más unida a Europa. Pero la

<sup>47</sup>Por todos, Pereira Menaut, nota 26. El mismo, *¿Es el Reino Unido un Estado?*, en RDP 51-52, 1992.



comunidad cultural no es dependencia. Así lo prueba, entre otras cosas, el cuestionamiento cada vez más decidido de la modernización, en Hispanoamérica, desde la generación del Centenario en adelante. Hispanoamérica tiene una identidad propia, contra la cual rebotan las teorías del racionalismo europeo. No en vano se ha dicho que es el hoyo negro donde mueren sus *ismos*. Chile no es una excepción. También para él el hundimiento de la Modernidad racionalista representó una especie de liberación que permitió el despliegue del propio empuje creador<sup>48</sup>.

### *Estado de derecho, legalismo y partidismo*

Dentro del mundo hispánico Chile dio la nota alta, tanto por su legalismo como por el partidismo. Fue tal vez el país más legalista, dentro de lo que cabe, dada la mentalidad de estos pueblos y, al mismo tiempo, sin disputa, aquél donde los partidos y el gobierno de partido tuvieron mejor fortuna.

Mucho antes de que ambos entraran en escena, habían desaparecido en Chile, bajo el influjo del constitucionalismo extranjero, los recursos judiciales contra actos de gobierno, propios del Estado judicial de derecho. Por siglo y medio, hasta 1976, los jueces se vieron despojados de su competencia para amparar a los chilenos frente a los abusos del gobierno. La función de garante del orden instituido había pasado entonces de la Judicatura al Presidente, cuya gestión estaba, a su vez, teóricamente sometida a la regulación de un parlamento. En el hecho, ni lo uno ni lo otro funcionó según se esperaba. Ni el parlamento cumplió tal papel ni, según lo hacía notar en 1876 Huneus Zegers, hubo sanciones efectivas para abusos gubernativos<sup>49</sup>.

<sup>48</sup>Sampay, Arturo Enrique, *La crisis del Estado de derecho liberal-burgués*, Buenos Aires 1942. Frankl, Viktor, *Espíritu y camino de Hispanoamérica*, Tomo I, *La cultura hispanoamericana y la filosofía europea*, Bogotá 1953. Morandé, Pedro, *Cultura y modernización en América Latina*, Santiago 1984. El mismo, "Formación del ethos barroco como núcleo de la identidad cultural iberoamericana", en Galli, Carlos y Schaiz, Luis, *América Latina y la doctrina social de la iglesia. Diálogo latinoamericano-alemán*, Buenos Aires 1992. El mismo, *Identidad cultural hispanoamericana*, en *El Mercurio*, 8 de octubre de 1995. Cousiño, Carlos, *Die Verwaisung Lateinamerikas*, Munich 1985. Follari, Roberto A., *Modernidad y postmodernidad: una óptica desde América Latina*, Buenos Aires 1990. Vásquez, José Agustín, *Modelos y Canudos, dos episodios atípicos en la historia de Hispanoamérica*, en Ciudad de los Césares 19, Santiago 1991. Bravo Lira, nota 18.

<sup>49</sup>Huneus Zegers, Jorge, *La Constitución ante el Congreso*, 2 vols., Santiago 1879, 2.

Bajo estas condiciones se abre ese juego entre el Estado de derecho chileno y el legalismo y partidismo, que se prolonga hasta hoy. En el curso de él cabe distinguir tres momentos. El primero corresponde al auge del legalismo y del partidismo con el consiguiente retroceso del Estado de derecho. Abarca, en términos generales, el medio siglo que corre entre 1874 y 1924. El segundo comprende al medio siglo siguiente, 1924-1973, dominado por un contrapunto entre Estado de derecho y legalismo y partidismo. Finalmente los treinta años siguientes corresponden a una renovación del Estado de derecho.

### *Auge del legalismo y partidismo*

La década de 1870 marca el triunfo tanto del legalismo como del partidismo. No deja de ser significativo que el mismo Huneeus Zegers lamente la supresión de los recursos judiciales y abogue por la aplicación de la ley *sic scripta est*, sea justa o injusta<sup>50</sup>. Este positivismo legal pronto echó raíces en la doctrina y en la Judicatura. En realidad es más cómoda la *subsunción*, o aplicación de la ley general a los casos concretos, que la *jurisdictio*, declaración de lo que es o no derecho en cada caso<sup>51</sup>.

En estas condiciones, desde hace más de un siglo, los chilenos quedaron privados no sólo de protección judicial frente a los abusos gubernativos, sino también frente a los legislativos. Se operó así una nueva reducción del radio de acción de la Judicatura que representa hasta hoy tal vez el más grave deterioro del Estado de derecho. De él no se ha repuesto. Aún en la década de 1990 el legalismo, algo atenuado, campea entre los juristas y jueces, como lo dejan ver, por ejemplo, reiteradas declaraciones de miembros de la Corte Suprema<sup>52</sup>.

Una prueba de fuego para el positivismo legal fueron las *leyes laicas* en la década de 1880. Dieron lugar a un decisivo avance de los partidos. La pugna en torno a ellas les permitió reclutar adeptos más allá de los círculos

<sup>50</sup>Id., 2, 254-255.

<sup>51</sup>Bravo Lira, Bernardino, *Judex minister aequitatis. La integración del derecho antes y después de la codificación*, en AHDE 61, 1991.

<sup>52</sup>Ver de esta obra su capítulo II, nota 83.

dirigentes. Además la ley sirvió a los partidos que manejaban el parlamento para imponer sus propios ideales a la generalidad de la población<sup>53</sup>.

Las cuatro décadas siguientes vieron la victoria de la oligarquía. Partidismo y legalismo alcanzaron su apogeo bajo el régimen parlamentario y el derecho codificado, que halló su máxima expresión en el recurso de casación en el fondo, implantado a partir de 1903<sup>54</sup>. El retroceso del Estado de derecho frente a la clase política es perceptible a través de sus instituciones fundamentales –el Presidente, la Judicatura y las Fuerzas Armadas– y de la preterición de los grandes problemas nacionales, como la cuestión social.

Este conflicto cada vez más agudo, entre patriotismo y partidismo, desemboca en una primera crisis del gobierno de partido en 1924. Entonces, por así decirlo, el hilo se cortó por el lado más débil. Sobrevenida por los hechos, la oligarquía partidista acudió, por primera vez, a las Fuerzas Armadas.

### *El Estado de derecho entre el país real y el país legal*

Esta apelación a ellas, es decir, en último término al país real, marca el comienzo de un medio siglo dominado por el avance de ese país real –de la constitución histórica y de las organizaciones intermedias– a costa del país legal, de los partidos y el positivismo legal.

Reflejo de ello es la descodificación, esto es, el desbordamiento en todo sentido de la legalidad uniforme impuesta desde el parlamento por los partidos<sup>55</sup>. Frente a ella surge una legislación diferenciada, obtenida desde abajo por sectores y actividades organizadas, por ejemplo, el comercio y detallista, la construcción, la pesca, la pequeña minería. No obstante, los autores y jueces se resisten a abandonar el legalismo y miran, en general, con malos ojos estas transformaciones. De todos modos ellas no pueden menos

<sup>53</sup>Bravo Lira, Bernardino, *Metamorfosis de la legalidad. Forma y sentido de un ideal dieciochesco*, en RDP 31-32, 1982. El mismo, *Historia de las instituciones políticas de Chile e Hispanoamérica*, Santiago 1993<sup>2</sup>.

<sup>54</sup>Bravo Lira, Bernardino, *La codificación en Chile 1811-1907 dentro del marco de la codificación europea e hispanoamericana*, en REHJ 12, 1987.

<sup>55</sup>Irti, Natalino, "L'età de lla decodificazione", en *Diritto e Società* (1978), ahora en el mismo, *L'età de la decodificazione*, Milán 1979. Guzmán, Alejandro, *Codificación, descodificación y recodificación*, en RDJ 30, 1993.

que robustecer al Estado de derecho, pues la justicia no consiste en dar a todos lo mismo, sino a cada uno lo suyo.

Paralelamente, junto con las instituciones armadas, se recuperaron también los otros pilares de la constitución histórica. Aquí lo más llamativo fue el renacer monocrático, protagonizado por el Presidente, que actuó como contrapeso del partidismo, y la proliferación bajo su dependencia de una Administración estatal y paraestatal. La Corte Suprema hizo de la queja un recurso y reabrió así el camino de la antigua injusticia notoria para ir más allá del legalismo propio de la casación en el fondo<sup>56</sup>.

Esta tensión entre legalismo y partidismo y un país real cuyo empuje los desborda, llegó a un punto crítico en la década de 1950. El Presidente se convirtió en un verdadero dictador legal, pero prisionero de los partidos<sup>57</sup>.

Al mediar la década siguiente la tensión se tornó cada vez más aguda. El Presidente sacrificó su papel de jefe de Estado y contrapeso del partidismo al de jefe de gobierno, puso fin al multipartidismo y gobernó tan sólo con el o los partidos que lo eligieron. Con ello pareció borrarse la distinción entre partido de gobierno y Estado y cobrar forma el Estado de partido. El parlamento dejó de ser un centro de decisión y se convirtió en caja registradora de determinaciones tomadas por los dirigentes partidistas fuera de su recinto.

De esta suerte, el o los partidos gobernantes no tuvieron obstáculos para utilizar la legalidad a fin de imponer su propia ideología a toda la población, mediante los poderes y medios de acción del presidente. Tales fueron las llamadas grandes planificaciones globales. Representaron la máxima expresión del Estado de partido en Chile. Pero no duraron mucho. En menos de una década acabaron en una disociación de la legalidad, que derivó rápidamente en enfrentamiento entre el país legal, representado por el Presidente y los partidos, y el país real, de las instituciones matrices del Estado –Judicatura y Fuerzas Armadas– y de las organizaciones intermedias. En esta pugna se jugó la suerte del Estado de derecho frente al Estado de partido. La gente de la época era muy consciente de ello. Así, por ejemplo,

<sup>56</sup>Navarro Beltrán, Enrique, *La Judicatura analizada por los Presidentes de la Corte Suprema. Veinticinco años de promesas incumplidas*, en EP 54, 1994.

<sup>57</sup>Por todos, Silva Vargas, Fernando, *Diagnósticos equivocados*, en RDP 45-46, 1989.

incluso en la prensa pudo leerse: “la crisis del Estado de derecho resulta de una descomposición de todas las normas jurídicas y de su empleo para imponer una dictadura de sello comunista”<sup>58</sup>.

En cuanto a su desenlace, como suele ocurrir en Hispanoamérica al producirse un enfrentamiento como éste, no había dónde perderse: el país legal llevaba todas las de perder. Ante la crisis del régimen de gobierno, la propia clase política apeló, por segunda vez, a las instituciones armadas. Ahora se le habían adelantado las organizaciones intermedias<sup>59</sup>. Las Fuerzas Armadas depusieron al Presidente. Pero no se limitaron a eso. En lugar de dejar el gobierno en manos de las oligarquías partidistas, abrieron paso a una recuperación del Estado de derecho bajo una nueva forma.

### *Estado subsidiario de derecho*

Esta deposición del Presidente tuvo, pues, un sentido más fundacional que final. No se redujo a salvar el Estado de derecho del legalismo partidista. Resolvió en favor del país real de las instituciones su larga pugna con el país legal de la clase política. De esta suerte abrió una nueva etapa en la trayectoria del Estado de derecho, caracterizada por un reflujo del legalismo y del partidismo frente a la constitución histórica y a las organizaciones intermedias.

Esta reafirmación del Estado de derecho resalta desde el primer momento. Tanto las Fuerzas Armadas como la clase política coincidieron en invocar frente al legalismo de la planificación global promovida por los partidos gobernantes no sólo el repudio de que era objeto ni su carácter minoritario, sino, ante todo, la condena de él por parte de toda suerte de instituciones. Es decir, experimentaron la necesidad de llevar las cosas a un terreno más alto, el de un derecho supraestatal, lo que en Europa se llamaba, por ejemplo, *Weltordnung* y en el mundo anglosajón *higher law*<sup>60</sup>. Así lo hicieron, entre otros, las propias Fuerzas Armadas y el antecesor de Allende, Frei, entonces Presidente del Senado, quien para justificar la deposición se

<sup>58</sup>M., *Crisis del Estado de derecho*, editorial, 13 de mayo de 1973.

<sup>59</sup>Bravo Lira, Bernardino, “La caída de Allende. Población civil y pronunciamiento militar de 1973 en Chile”, en Universidad Bernardo O’Higgins, *Sentido y alcances del pronunciamiento militar de 11 de septiembre de 1973*, Santiago 1993.

<sup>60</sup>García de Enterría, nota 11.

fundó en el derecho de rebelión y en la autoridad de juristas españoles del barroco, como Mariana<sup>61</sup>.

Pero no fueron sólo palabras. En la práctica el Estado de derecho legalista e interventor no tardó en dejar paso a otro subsidiario, lo que supuso abandonar el positivismo legal en muchos aspectos y poner límites a la acción de los partidos. Como suele suceder, esta nueva forma estatal se forjó a partir de las instituciones que sustentaban la anterior, más o menos reajustadas. En este caso, los pilares del Estado subsidiario fueron las instituciones fundamentales del Estado y las organizaciones intermedias, es decir, el país real<sup>62</sup>.

Al respecto, nada tan significativo como la devolución a la Judicatura en 1976 de parte de su competencia para amparar a los ciudadanos contra abusos del gobierno, que, como se dijo, le había sido amputada por el constitucionalismo. También constituye un vuelco y no de poca monta, la reducción del papel y el tamaño del Estado, que supuso abandonar la pretensión ilustrada de regular las actividades de la población y acudir a la iniciativa de las personas y entidades intermedias para sacar adelante al país. Además se consolidó la reducción del Presidente al papel de jefe de gobierno y la radicación en las Fuerzas Armadas de la función presidencial de garante de la institucionalidad.

No es casual que estas transformaciones se llevaran a cabo sin la oligarquía, representada por los partidos y el parlamento. Según se ha hecho notar, del mismo modo que el legalismo, ambos perdieron vigencia en un mundo que discurre por otros cauces, opuestos a los del Estado modernizador de la Ilustración dieciochesca<sup>63</sup>. De ahí que cuando fueron restaurados en 1990, tuvieran problemas de ambientación, para reinsertarse dentro de un medio que no es el suyo y en el que visiblemente no están a gusto<sup>64</sup>.

<sup>61</sup>Junta de Gobierno, *Bando* 5, 11 de septiembre de 1973, 12, en M. 26 de septiembre de 1973. Frei Montalva, Eduardo, "Entrevista a Luis Calvo", corresponsal de ABC, octubre de 1973, ahora en González Errázuriz, Francisco Javier, *El partido demócrata cristiano. La lucha por definirse*, Santiago 1989.

<sup>62</sup>Para esto y lo que sigue, Bravo Lira, Bernardino, *Del Estado modernizador al Estado subsidiario. Trayectoria institucional de Chile 1891-1995*, en REHJ 17, 1995.

<sup>63</sup>Por todos, Silva Vargas, Fernando, *Dos siglos después*, en EM, 13 de septiembre de 1991. El mismo, *Anacronismos*, en EM, 21 de julio de 1992.

<sup>64</sup>Bravo Lira, nota 54. El mismo, *Fatiga de la superestructura partidista en Chile 1990-1995*, en Textura Abierta 1, Santiago, 1995.

En suma, la experiencia de Chile cobra indudable relieve en estos momentos en que, al menos en Europa, el Estado de derecho no logra sobreponerse ni al legalismo ni al partidismo. Con el Estado de derecho subsidiario, todavía en formación, Chile ha roto una barrera. Ha acertado a reponer en alguna medida al derecho por encima del legalismo y al Estado por encima del partidismo. En cuanto persista en esta dirección, la solidez del Estado de derecho podrá ser cada vez mayor. Estará en mejores condiciones para cumplir la tarea que es su razón de ser: mantener a raya a los malhechores, estén donde estén, entre los gobernantes o entre los gobernados.

### *Final*

Tal ha sido, en grandes líneas, la trayectoria del Estado de derecho en Chile. Su dilatada pervivencia se debe, ante todo, a que a lo largo de toda su historia logró mantener esas condiciones prácticas que lo hacen posible: el derecho por encima del Estado y el Estado por encima de los gobiernos.

Semejante persistencia y vigor durante casi medio milenio bastan para descartar toda posibilidad de que descansen sobre el precario articulado de la constitución escrita. En esta obra nos hemos ocupado de las instituciones que efectivamente lo sostienen desde sus orígenes en los siglos XVI y XVII hasta hoy. Pero ellas por sí solas no dan cumplida razón de su perduración. Antes bien, remiten a otros factores más primarios. Después de todo, tales instituciones no son ni originarias ni originales de Chile. Las hay análogas en Europa y en el resto de Hispanoamérica. Pero no funcionan como aquí. Su solidez depende más que nada de los hombres concretos que les han dado vida de generación en generación. En ellos, en su mentalidad y en su modo de ser, hay que buscar, en última instancia, la raíz y razón del Estado de derecho en Chile.

Aunque se han hecho avances en la investigación prosopográfica, no es éste ni el momento ni el lugar para abordar el tema. Empero, cabe apuntar, a modo de colofón, que razón de ser del Estado de derecho y modo de ser del chileno están más ligados entre sí de lo que a primera vista cabe sospechar. Así se advierte no sólo en las dramáticas vicisitudes del siglo XX, sino, como mostró Meza Villalobos, desde los comienzos mismos de la nacionalidad<sup>65</sup>. El apego

<sup>65</sup>Meza Villalobos, Néstor, *La conciencia política chilena durante la monarquía*, Santiago, 1958.

al derecho es, para el chileno, si no parte de su naturaleza, al menos una especie de segunda naturaleza.

Grandes, medianos y menores están en Chile acostumbrados a vivir en una atmósfera de derecho, es decir, en un país donde se considera que la peor desgracia no es el infortunio, sino la injusticia: una cosa es la indigencia, carecer de algo, y otra la violencia, que se lo arrebaten; una ser víctima de un accidente, otra muy distinta, serlo de un crimen.

Por eso, el chileno no se contenta con reclamar para sí *derechos subjetivos* al modo individualista anglosajón, ni menos con proclamar para el mundo genéricos *derechos humanos*, al modo ilustrado. Exige algo más concreto, más operante, al mismo tiempo para sí, para los demás y para la comunidad entera: nada más y nada menos que *el derecho*, es decir, el respeto en primer término a las personas mismas y luego a sus bienes.

Así, del gobernante se espera, en concreto, más que favores o ventajas personales, que ejerza el poder rectamente. Esto es, cabalmente lo que se exigió ya en 1548 a Valdivia, al primer gobernador nombrado por el rey, y lo que hasta hoy se sigue reclamando de sus sucesores en el mando: que quien gobierne se atenga al derecho y a la justicia. A esta luz se entiende, sin ir más lejos, el papel que recientemente jugó la legalidad e ilegalidad en la deposición de Allende y, sobre todo, el lugar que cabe actualmente al derecho en el Estado subsidiario, en la medida en que deja atrás el papel reglamentario y burocrático del Estado modernizador.

En suma, entre las constantes de la historia de Chile está su manera de plantear la lucha por el derecho. No la aborda ni como una cuestión individual, ni como una más entre las tareas colectivas, propias del Estado o de las organizaciones intermedias. La mira como algo más primario y primordial, sin la cual los demás bienes no merecen la pena ni pueden disfrutarse. En este sentido, esa lucha cobra una dimensión nacional. Se convierte en una tarea colectiva que ningún gobierno puede desatender ni contrariar sin comprometer por ello su propia subsistencia: el milenario *rex eris si recte facias, si non facias non eris*, se traduce en la práctica: *por la razón o la fuerza*.

En una palabra, en Chile la lucha por el derecho no se libra de modo defensivo, medroso, individualista, de cada uno para sí mismo, ni al modo declamatorio, teórico, cosmopolita, de las organizaciones internacionales sino de modo afirmativo, abierto, magnánimo, de todos por el derecho de cada uno. Lo que hace pensar que el Estado de derecho tiene aquí una raíz y una razón de ser nacional.