



Universidad del Desarrollo
Facultad de Derecho

DERECHO PÚBLICO IBEROAMERICANO
REVISTA DEL CENTRO DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Derecho Público Iberoamericano
Revista del Centro de Justicia Constitucional
Facultad de Derecho. Universidad del Desarrollo

DIRECTOR

Dr. Julio Alvear Téllez

SUBDIRECTOR

Dr. Eduardo Andrades Rivas

SECRETARIA DE REDACCIÓN

Dra. Vanessa Cisterna Rojas

COORDINADOR

Mg. Gaspar Jenkins Peña y Lillo

CONSEJO CIENTÍFICO

Derecho Público Iberoamericano

Es una publicación semestral que se edita en abril y octubre de cada año.
Los trabajos científicos son sometidos al proceso de arbitraje ciego externo.

Prof. Dr. Danilo Castellano Università di Udine (Italia)	Prof. Dr. Santiago Legarre Universidad Católica de Argentina (Argentina)
Prof. Dr. Gilles Dumont Université de Nantes (Francia)	Prof. Dr. Agustín Squella Narducci Universidad de Valparaíso (Chile)
Prof. Dra. Consuelo Martínez-Sicluna Universidad Complutense de Madrid (España)	Prof. Dr. Javier Couso Universidad Diego Portales (Chile)
Prof. Dr. Miguel Ayuso Universidad Pontificia de Comillas (España)	Prof. Dr. José Ignacio Martínez Universidad de Los Andes (Chile)
Prof. Dr. Carlos Pereira Menaut Universidad de Santiago de Compostela (España)	Prof. Dr. José Manuel Díaz de Valdés Universidad del Desarrollo (Chile)
Prof. Dr. Santiago Sánchez González Universidad Nacional de Educación a Distancia (España)	Prof. Dr. Carlos Salinas Araneda Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Chile)
Prof. Dra. Myriam Hoyos Castañeda Universidad de la Sabana (Colombia)	

REPRESENTANTE LEGAL

Sr. Federico Valdés Lafontaine

VERSIÓN IMPRESA: ISSN 0719-2959

VERSIÓN ONLINE: ISSN 0719-5354

Índices y bases de datos internacionales: Latindex (Catálogo) – VLex – Dialnet

Ediciones de la Universidad del Desarrollo
Avenida La Plaza 680, San Carlos de Apoquindo, Las Condes. Región Metropolitana, Chile
Teléfono: (56 2) 2327 9110 - Correo electrónico: rdpi@udd.cl

DERECHO PÚBLICO IBEROAMERICANO

REVISTA DEL CENTRO DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL

AÑO XV • N.º 29 • OCTUBRE DE 2026

ISSN 0719-2959

PRESENTACIÓN

7

ESTUDIOS

DERECHOS FUNDAMENTALES

Andrea Rosario Iñiguez Manso

El principio de subsidiariedad en la Corte Interamericana de Derechos Humanos:
¿Tribunal de Cuarta Instancia? Análisis crítico a la luz de la experiencia chilena
en la inaplicación de la ley de amnistía de 1978

13

Rafael Linares Membrilla

Función social, proporcionalidad y contenido social:
una relectura constitucional del derecho de propiedad ante la crisis habitacional

5

47

Rodrigo Céspedes Proto

Nacionalidad, derecho internacional y la *Constitución* de 1833

67

CUERPOS INTERMEDIOS

Javier Fernández Sandoval

El principio familiar.
Encuadramiento sociopolítico

89

Matías Pascuali Tello

La corporación y su identidad jurídica

123

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

Julio Alvear Téllez

Cuando el Tribunal Constitucional legisla
(Comentarios a la sentencia del Tribunal Constitucional sobre “escuelas protegidas”
roles n.º 17.651-26 y 17.653-26,
6 de julio de 2026, acumulados)
139

RECENSIONES

Erwin Ewald Eschmann Monsalve

Orden político, derecho e ideología de José María Carabante
159

NORMAS EDITORIALES

Normas editoriales e instrucción para los autores
165

PRESENTACIÓN

Derecho Público Iberoamericano presenta su vigésimo noveno número. En esta ocasión hemos reunido importantes colaboraciones de especialistas chilenos y españoles.

Distribuimos los estudios científicos en dos áreas: “Derechos fundamentales” y “Cuerpos intermedios”.

En el ámbito de los “Derechos fundamentales”, ofrecemos un artículo de la doctora Andrea Iñiguez Manzo titulado “El principio de subsidiariedad en la Corte Interamericana de Derechos Humanos: ¿Tribunal de cuarta instancia? Análisis crítico a la luz de la experiencia chilena en la inaplicación de la Ley de Amnistía de 1978”. En el trabajo se examinan los efectos de la sentencia dictada en el caso *Almonacid Arellano y otros v. Chile*, particularmente en lo que respecta a la reapertura de procesos que se encontraban amparados por la autoridad de cosa juzgada en virtud de la aplicación del Decreto Ley n.º 2191 de 1978.

El segundo artículo pertenece al jurista español Rafael Linares Membrilla. Lleva como título “Función social, proporcionalidad y contenido esencial: una relectura constitucional del derecho de propiedad ante la crisis habitacional”. Partiendo de la evolución doctrinal y jurisprudencial de la función social, se analiza cómo las nuevas políticas públicas de vivienda inciden en el contenido esencial del derecho de propiedad y exigen una aplicación rigurosa del principio de proporcionalidad.

El tercer artículo es de autoría del doctor Rodrigo Céspedes. A partir del estatuto sobre la nacionalidad establecido en la *Constitución* chilena de 1833, estudia la intensidad con que el derecho de gentes fue aceptado por nuestro sistema jurídico, ilustrando la cuestión con casos emblemáticos.

En el área de los “Cuerpos intermedios” publicamos dos investigaciones. Una del profesor español Javier Fernández Sandoval donde desarrolla el principio familiar desde la perspectiva de la tradición clásica, sobre la base de textos de santo Tomás de Aquino. Defiende y actualiza la tesis de que la familia es una institución natural y no una construcción puramente voluntaria. Por su parte, el profesor Matías Pascuali aborda la identidad jurídica de la corporación, proponiendo una identificación de su núcleo esencial, con especial acento en las fuentes anglosajonas.

En “Comentarios de Jurisprudencia” publicamos el análisis del doctor Julio Alvear titulado “Cuando el Tribunal Constitucional legisla”. Se trata de un comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional sobre “escuelas protegidas” (roles n.º 17.651-26 y 17.653-26, 6 de julio de 2026, acumulados)

Finalmente, en las “Recensiones” publicamos la reseña de Erwin Ewald Eschmann Monsalve Erwin Ewald sobre el libro *Orden político, derecho e ideología*, de José María Carabante

Dr. Julio Alvear Téllez
Director

Estudios

Derecho Público Iberoamericano
Universidad del Desarrollo
N.º 29 | 2026

Derechos fundamentales

doi.org/10.52611/rdpi.num29.2026.1893

EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD
EN LA CORTE INTERAMERICANA
DE DERECHOS HUMANOS:
¿TRIBUNAL DE CUARTA INSTANCIA?
ANÁLISIS CRÍTICO A LA LUZ
DE LA EXPERIENCIA CHILENA
EN LA INAPLICACIÓN
DE LA LEY DE AMNISTÍA DE 1978

THE PRINCIPLE OF SUBSIDIARITY
IN THE INTER-AMERICAN COURT
OF HUMAN RIGHTS:
A COURT OF FOURTH INSTANCE?
A CRITICAL ANALYSIS IN LIGHT
OF THE CHILEAN
EXPERIENCE IN THE NON-APPLICATION
OF THE 1978 AMNESTY LAW

13

*Iñiguez Manso, Andrea Rosario**

Resumen

El principio de subsidiariedad constituye un elemento central para comprender la jurisdicción de los tribunales internacionales de derechos humanos y representa, al mismo tiempo, un desafío en la configuración de sus relaciones con las jurisdicciones nacionales. El presente trabajo tiene por objetivo analizar el alcance del concepto de rol subsidiario de los tribunales internacionales de derechos humanos, con especial énfasis en la naturaleza comple-

* Abogada. Doctora en Derecho por la Universidad de los Andes. Profesora de Derecho Constitucional, Universidad Autónoma de Chile. Correo electrónico: andrea.iniguez@uauto.noma.cl ORCID: 0009-0000-9837-8447.

Artículo recibido el 3 de junio de 2026 y aceptado para publicación el 12 de septiembre de 2026.

mentaria y coadyuvante de la jurisdicción de la Corte IDH. En ese contexto, se examinan los efectos de la sentencia dictada en el caso Almonacid Arellano y otros v. Chile, particularmente en lo que respecta a la reapertura de procesos que se encontraban amparados por la autoridad de cosa juzgada en virtud de la aplicación del Decreto Ley n.º 2191 de 1978, conocido como Ley de Amnistía.

PALABRAS CLAVE: subsidiariedad; Corte Interamericana de Derechos Humanos; jurisdicción complementaria; cortes nacionales; eficacia de cosa juzgada; Ley de Amnistía

Abstract

The principle of subsidiarity constitutes a central element for understanding the jurisdiction of international human rights courts and, at the same time, represents a challenge in shaping their relationships with national jurisdictions. In this context, the purpose of this paper is to analyze the scope of the concept of the subsidiary role of international human rights courts, with special emphasis on the complementary nature of the jurisdiction of the Inter-American Court of Human Rights. Within this framework, the effects of the judgment rendered in the case of Almonacid Arellano *et al.* v. Chile are examined, particularly regarding the reopening of proceedings that were protected by the authority of *res judicata* by virtue of the application of Decree Law No. 2.191 of 1978, known as the Amnesty Law.

KEYWORDS: subsidiarity; Inter-American Court of Human Rights; complementary jurisdiction; national courts; effectiveness of *res judicata*; Amnesty Law

Introducción

El concepto de subsidiariedad no es una noción que haya surgido con el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos. Ya en la tradición clásica, Aristóteles advertía que constituye una falta de justicia que la “autoridad superior usurpe la autoridad de autogobierno que tienen las autoridades inferiores”¹. El filósofo griego partía de la premisa de que las autoridades locales, en coordinación con las personas y las familias, se encuentran en mejores condiciones de zanjar los problemas que se generan en el ámbito local y, por lo tanto, las instancias de gobierno superiores deberían intervenir en ellas siem-

¹ John FINNIS, “Subsidiarity’s roots and history, some observations”, p. 134.

pre y cuando no sean capaces de resolver las situaciones que son necesarias para lograr el bien común de la comunidad. Andrea Føllesdal sostiene que “los principios de subsidiariedad, teoremas de la teoría política normativa, propugnan una presunción refutable en favor de lo local”². Los grupos superiores “existen, no solo para su propio bien sino también para asistir a la menor, una asociación más limitada que lleva a cabo sus objetivos”³. Los órganos que se encuentran en un nivel superior prestan apoyo a los inferiores cuando estos se encuentran en una situación de “debilidad”⁴.

El principio de subsidiariedad también ha sido desarrollado por la doctrina social de la Iglesia, la cual parte de la premisa de que el ser humano es sociable por naturaleza, es decir, “necesita la vida social”⁵ para poder desarrollarse. En la vida comunitaria existen grupos mayores y menores, y los primeros están obligados a:

“prestar ayuda a los miembros del cuerpo social, pero no destruirlos y absorberlos [...] Conviene, por tanto, que la suprema autoridad del Estado permita resolver a las asociaciones inferiores aquellos asuntos y cuidados de menor importancia, en los cuales, por lo demás, perdería mucho tiempo, con lo cual logrará realizar más libre, más firme y más eficazmente todo aquello que es de su exclusiva competencia”⁶.

En definitiva, la sociedad mayor no debe intervenir en aquellas inferiores “privándola de sus competencias, sino que más bien sostenerle, en caso de necesidad”⁷. Por lo demás, y como sostiene Gastón Escudero Poblete:

“si las personas, las familias y los cuerpos intermedios no se apoyan subsidiariamente, y no ven respetado su ámbito de acción propio, el entramado social carecerá de la armonía y orden que se requiere para la consecución del bien común”⁸.

Este principio también ha sido desarrollado por el derecho internacional de derechos humanos y tiene gran relevancia para poder delimitar la manera en que interactúan el derecho internacional e interno. En el caso de Chile, tiene particular importancia estudiar la forma en que este se desarrolla en

15

² Andrea FØLLESDAL, “Subsidiarity and international human-rights courts: respecting self-governance and protecting human rights-or neither?”, p. 148.

³ Paolo CAROZZA, “Subsidiarity as a structural principle of international human rights law”, p. 43.

⁴ Sabino CASSESE, “Ruling indirectly judicial subsidiarity in the ECtHR”, p. 8.

⁵ IGLESIA CATÓLICA, *Catecismo de la Iglesia católica*, n.º 1879.

⁶ Pío XI, *Encíclica Quadragesimo Anno*, n.º 79-80.

⁷ IGLESIA CATÓLICA, *op. cit.*, n.º 1883.

⁸ Gastón ESCUDERO, *Construcción de la subsidiariedad 1975-1990, Historia de una Epopeya*, p. 49.

la CADH. A este respecto, se debe tener presente, en primer término, que el preámbulo del tratado señala que la jurisdicción de la Corte IDH es coadyuvante o complementaria y, en segundo lugar, que el art. 46 letra a) exige a las personas que hayan sido víctimas de violaciones de derechos humanos agotar todas las instancias judiciales nacionales antes de concurrir al sistema jurídico internacional.

De esta manera, las preguntas que se presentan en este trabajo son las siguientes:

- ¿Qué se entiende por rol subsidiario de las cortes internacionales?
- ¿Qué significa que la jurisdicción de la Corte IDH sea coadyuvante o complementaria?
- ¿Puede dicha Corte dejar sin efecto fallos judiciales dictados por los Estados contratantes y que gozan de cosa juzgada?

En vista de lo acontecido en el caso Almonacid y las consecuencias que este ha tenido en Chile, se plantea como hipótesis que existe una tensión irresuelta entre la facultad revisora de la Corte IDH y el principio analizado, donde la inaplicación de normas internas representaría un desplazamiento de la competencia jurisdiccional nacional y que podría constituir una desnaturalización de la función complementaria prevista en la CADH.

I. La subsidiariedad en el derecho internacional

El principio de subsidiariedad ha tenido una gran importancia en el desarrollo de la doctrina del derecho internacional de los derechos humanos, sobre todo en lo que se refiere a la relación entre los sistemas de protección de derechos en el ámbito nacional e internacional. Entre sus elementos, se pueden destacar los siguientes.

1. DEBER DE LOS ESTADOS CONTRATANTES DE APLICAR EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL DERECHO INTERNO

En el ámbito internacional, este postulado es una manifestación del deber que tienen los Estados contratantes de un tratado de derechos humanos de amparar y proteger los derechos reconocidos en el tratado. Sin embargo, los Estados deben disponer de un ámbito de libertad para determinar la forma en que dichos derechos serán concretados en sus ordenamientos jurídicos

internos, dentro de los límites establecidos por el respectivo tratado⁹. Es más, existe una

“primacía del derecho y las instituciones estatales sobre el tipo de medidas necesarias para implementar los derechos humanos a nivel nacional”¹⁰.

Las cortes internacionales de derechos humanos solo pueden intervenir de forma subsidiaria, es decir, cuando los órganos internos adolecen de “déficits de protección nacional de derechos”¹¹, de esta forma, ella actúa como una forma de regular las relaciones entre los organismos internos y externos, y “tiene su determinación de estándares de revisión judicial”¹², por tanto, no podría ser entendida como un conflicto de atribuciones entre los tribunales de derechos humanos nacionales e internacionales, sino que se trata de una “complementariedad en la revisión de la responsabilidad de los poderes y no como una competencia de revisión de poderes”¹³.

*2. EL ESTADO SE ENCUENTRA EN MEJOR POSICIÓN
PARA JUZGAR LAS VULNERACIONES DE DERECHOS HUMANOS
QUE SE PRODUZCAN EN SU TERRITORIO*

Otro elemento muy propio de este criterio, como señala Janneke Gerards, es que los tribunales internacionales deben aceptar que, en una situación de normalidad, las autoridades nacionales se encuentran en mejor posición para adoptar las decisiones que corresponden dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, toda vez que:

“están mejor equipados y legitimados para dictar legislación, tomar decisiones y pronunciar juzgamientos, porque están más familiarizados con la realidad nacional, debates y sensibilidades”¹⁴.

Esta cuestión reviste una importancia especial en materia probatoria, pues los tribunales nacionales se encuentran en una posición de mayor cercanía a los hechos y a los medios de prueba que se introducen en los procedimientos de los que conocen. Esta situación debe ser considerada por las

17

⁹ Pablo GONZÁLEZ, “Reconfiguración de la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional sobre la base del principio de subsidiariedad”, p. 738.

¹⁰ Pablo GONZÁLEZ, “La doctrina del control de convencionalidad a la luz del principio de subsidiariedad”, p. 84.

¹¹ Pablo CONTRERAS, “Control de convencionalidad, deferencia internacional y discreción nacional”, p. 239.

¹² *Ibid.*

¹³ Samantha BESSON, “Subsidiarity in international human rights law - What is subsidiary about human rights?”, pp. 106-107.

¹⁴ Jenneke GERARDS, “Pluralism, deference and the margin appreciation doctrine”, p. 115.

cortes internacionales, que no pueden —en condiciones normales— modificar la calificación probatoria hecha por los tribunales del Estado contratante sin una justificación clara y fundamentada. En principio, el análisis de los medios probatorios realizado en el ámbito interno merece un respeto considerable por parte de los órganos internacionales y solo puede ser sustituido cuando la valoración interna se haya efectuado siguiendo criterios que constituyan infracciones a las garantías de un juicio racional y justo¹⁵.

3. *EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD Y LA INTERPRETACIÓN DE LOS TRATADOS*

Este precepto tiene una relación directa con la forma en que deben interpretarse los tratados internacionales. A primera vista, esta forma de intervención y la interpretación de los tratados internacionales no tendrían relación, pero en este análisis, dicha percepción se cuestionará.

En primer lugar, hay que tener presente que los tratados internacionales deben ser interpretados de buena fe. Dicha afirmación tiene dos aspectos.

18 El primero, que los Estados contratantes deben cumplir con las obligaciones que han contraído en el tratado¹⁶. En consecuencia, el “silencio de los tratados”¹⁷ respecto de determinadas materias puede responder a que no hubo acuerdo y, por lo tanto, estas no fueron incluidas en el convenio internacional, permaneciendo dichas cuestiones en el ámbito del derecho interno¹⁸. Es decir, una corte internacional no está legitimada para llevar a cabo interpretaciones extensivas de los derechos que en ella se contemplan, al punto de crear derechos que no están reconocidos expresamente en el pacto.

En segundo lugar, se debe tener presente la tensión que existe entre los criterios que se deben utilizar para interpretar los textos legales, incluidos los tratados de derechos humanos. Por una parte, la corriente originalista, que goza de gran popularidad en Estados Unidos, sostiene que las normas jurídicas deben entenderse conforme a su tenor literal o al sentido que les atribuyeron sus redactores. Esta doctrina tendría como objetivo imponer una

¹⁵ Álvaro PAUL, “Traslado de las pruebas ante la Corte Interamericana a la luz del caso del Palacio de Justicia”, p. 352.

¹⁶ Andrea ÍÑIGUEZ, “La buena fe como mecanismo de interpretación de la Convención Americana de Derechos Humanos”, p. 298.

¹⁷ Manuel NÚÑEZ, “La función del derecho internacional de los derechos de las personas en la argumentación de la jurisprudencia constitucional. Práctica y principios metodológicos”, p. 513.

¹⁸ *Ibid.*

contención “a la creatividad interpretativa de los jueces constitucionales”¹⁹. Y el mismo criterio podría aplicarse a los tratados y cortes internacionales.

Por otra parte, las doctrinas evolutivas postulan que el texto legal debe interpretarse a la luz de la realidad social del momento, sin que el intérprete quede atado a la intención histórica de quienes lo dictaron. Según Lukas Sy-dow, estos planteamientos tienen como consecuencia

“que se amplíen y actualicen los ámbitos de protección de un tratado de de-rechos humanos en conformidad con la respectiva evolución política y so-cial”²⁰.

Estas discusiones sobre los criterios de interpretación de los tratados se deben tener presente cuando se habla del papel subsidiario de la Corte IDH. Más adelante se retomará este punto.

4. EXIGENCIA DEL AGOTAMIENTO

DE LOS RECURSOS JURISDICCIONALES INTERNOS

COMO REQUISITO PARA ACUDIR A INSTANCIAS INTERNACIONALES

Otra expresión de la subsidiariedad radica en que los tratados de derechos hu-manos imponen a las víctimas el deber de agotar los medios de impugnación disponibles en el ordenamiento nacional²¹. Conforme lo señala Adrián Len-gua Parra:

“las personas deben utilizar los recursos de protección de derechos que pro-veen los propios Estados antes de acudir al sistema internacional. Solo cuan-do dichos organismos hayan resuelto ser ineficaces, o cuando se configuren ciertas circunstancias excepcionales para la exoneración de la regla del previo agotamiento, se podrá recurrir a instancias internacionales”²².

La exigencia de agotar las instancias nacionales actúa como un mecanismo de contención, pues permite postergar la activación de los procedimientos internacionales e impulsa que las controversias se resuelvan en el sistema ju-dicial interno.

En el ámbito de la justicia interamericana, la CADH dispone, en su art. 46.1 letra a), que deben agotarse todas las instancias internas antes de

¹⁹ Luciano LAISE, “La distinción entre interpretación y construcción: Una visión crítica del originalismo del significado público”, p. 250.

²⁰ Lukas SYDOW, “Interpretación evolutiva de tratados de derechos humanos; de lími-tes binarios a límites discursivos”, p. 83.

²¹ Santiago RIPOL, *El sistema europeo de protección de los derechos humanos y el derecho español*, pp. 41-42.

²² Adrián LENGUA, “La relación subsidiaria y complementaria entre los sistemas nacio-nales de protección de derecho humanos y el sistema interamericano”, p. 155.

acudir a dicho tribunal. No obstante, el numeral 2 contempla determinadas excepciones a esta regla, las que operan cuando:

“a) No exista en la legislación interna del Estado de que se trata el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alega han sido violados; b) No se haya permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, o haya sido impedido de agotarlos, y c) Haya retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos”²³.

Las excepciones son claras. Se busca evitar que el Estado, de manera fraudulenta, pueda retardar o impedir que la víctima recurra a un tribunal internacional. Sin embargo, debe tenerse presente que ello es de carácter excepcional. La regla general es que antes se deban agotar las instancias internas.

5. *SUBSIDIARIEDAD Y MARGEN DE APRECIACIÓN*

Respecto del margen de apreciación, Eve Brens señala que “el término y el concepto derivan del contexto del derecho interno de la jurisdicción administrativa”²⁴. En el ámbito internacional se sostiene que:

20

“la doctrina del margen de apreciación nacional encuentra su origen como criterio hermenéutico instaurado por los organismos del Sistema Europeo, a fin de interpretar y aplicar el Convenio Europeo de Derechos Humanos”²⁵.

Esta figura ha sido caracterizada por Johann Vassel como un “instrumento mediador entre la soberanía nacional y la determinación de un estándar europeo”²⁶. Es decir, el respeto por el margen de apreciación del Estado sería una forma de respetar la soberanía. Jan Krotchvil señala que esta doctrina es ambigua²⁷ y que “en esencia, no está claro exactamente cuándo se debe utilizar el margen de apreciación ni cuáles son sus límites y contor-

²³ La misma Corte IDH se ha encargado de recordar este principio: CORTE IDH (2006): caso Acevedo Jaramillo y otros v. Perú, párr. 122; CORTE IDH (1988): caso Velásquez Rodríguez v. Honduras, párr. 57.

²⁴ EVE BRENS, “The margin of appreciation doctrine in the case law of the Court of European Human Rights”, p. 240.

²⁵ MARCELO LÓPEZ, “La doctrina del margen de apreciación nacional. Su recepción en el Sistema Europeo de Derechos Humanos, en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y en Argentina, en relación con los derechos económicos, sociales y culturales”, p. 54.

²⁶ JOHANN VASSEL, “El ‘margin of appreciation’ como elemento clave en del derecho constitucional europeo”, p. 202.

²⁷ JAN KRATOCHVIL, “The inflation of the margin of appreciation by the European Court of Human Rights”, p. 324.

nos”²⁸. En lo que respecta al margen de apreciación y, específicamente en relación con la Corte IDH, Carlos Maino sostiene:

“el sistema interamericano y la CIDH debe posibilitar la acción libre de los pueblos soberanos que le han dado vida, y debe ser respetuosa de sus individualidades del resultado de sus procesos democráticos”²⁹.

En contra, Claudio Nash Rojas estima que ella puede alterar dicho precepto, ya que serán los organismos internos los que determinarán “si se ha cumplido o no con la vigencia de los derechos humanos”³⁰.

La CEDH, en su texto original, no hacía referencia expresa al margen de apreciación. Este fue incorporado a su preámbulo a través del Protocolo n.º 15, que entró en vigencia el 1 de agosto de 2021. Se trata de una deferencia que el TEDH le ha reconocido a los Estados contratantes de la CEDH, y que tiene distintos elementos. Uno de ellos es la exigencia de que se deben utilizar todas las acciones judiciales que otorga el Estado para lograr la protección de los derechos fundamentales. “Además, se reconoce un margen de apreciación más amplio en las materias relativas a la protección de la moral”³¹.

Es necesario tener presente que la Corte IDH, al contrario de su par europeo, al momento de resolver un caso, no ha tenido en cuenta el margen de apreciación. En este sentido, Claudio Nash Rojas señala:

“los órganos de control interamericano de derechos humanos no confían en la determinación interna de las condiciones efectivas y normativas de los elementos que permiten el cumplimiento de las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos”³².

21

En contra, Soledad Bertelsen Simonetti sostiene que el margen de apreciación es compatible con la estructura americana de protección de derechos, ya que:

“los tribunales de derechos humanos no renuncian a su jurisdicción al aplicar la doctrina. El margen de apreciación constituye solo un aspecto en los procesos de adjudicación de derechos humanos y el tribunal supranacional igual tiene que examinar las razones de primera orden relacionadas con el caso”³³.

²⁸ KRATOCHVIL, *op. cit.*, p. 325.

²⁹ Carlos MAINO, “El carácter subsidiario del sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, p. 352.

³⁰ Claudio NASH, “La doctrina del margen de apreciación y su nula recepción en la jurisprudencia de derechos humanos”, p. 97.

³¹ Murat TUMAY, “The ‘margin of appreciation doctrine’ developed by the case law of the European Court of Human Rights”, p. 231.

³² NASH, *op. cit.*, p. 95.

³³ Soledad BERTELSEN, “A margin for the margin of appreciation: Deference in the Inter-American Court of Human Rights”, p. 913.

En este mismo sentido, Sergio Verdugo señala que las cortes internacionales, tales como la Corte IDH deberían otorgar a los Estados contratantes un extenso radio de actuación para que sus fallos se apliquen en el sistema jurídico nacional “con cierta flexibilidad”³⁴.

II. Jurisdicción complementaria y principio de subsidiariedad en la Corte IDH

Tras haber mencionado las principales manifestaciones del principio de subsidiariedad, es necesario indagar acerca de la naturaleza de la jurisdicción de la Corte IDH. El preámbulo de la CADH señala que la protección de los derechos humanos dentro del sistema interamericano tiene un carácter coadyuvante o complementario respecto a los ordenamientos jurídicos nacionales. Desde esa perspectiva, ¿cuál es el sentido y alcance de esta declaración? En particular, es fundamental analizar si los fallos de la Corte IDH pueden llegar a constituir una verdadera cuarta instancia judicial, hasta el punto de anular sentencias dictadas por tribunales internos que, al momento de presentarse la demanda ante la Corte Internacional, ya gozaban de la eficacia de cosa juzgada.

Si se examinan los trabajos preparatorios de la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos, que culminaron con la adopción de la CADH en noviembre de 1969, dichos antecedentes no aportan claridad sobre el significado de la expresión “protección internacional de naturaleza convencional, coadyuvante o complementaria respecto de la que ofrece el derecho interno a los Estados americanos”. Nada se dijo sobre el sentido ni el alcance de esta frase, ni en el proyecto de la CADH ni en las observaciones presentadas por los Estados signatarios. El silencio del tratado en este aspecto plantearía dificultades para definir los efectos de las sentencias de la Corte IDH en el derecho interno.

1. LA CORTE IDH: ¿CUARTA INSTANCIA JUDICIAL?

La Corte IDH ha dictado un conjunto de sentencias que, en la práctica, han dejado sin efecto fallos que en Chile gozaban de cosa juzgada. Esto obliga

³⁴ Sergio VERDUGO, “La Corte suprema argentina y la (pérdida) de autoridad de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Menem”, p. 471.

a indagar si dicho tribunal internacional puede ser considerado, en los hechos, como una corte que opera como cuarta instancia judicial.

Gonzalo Candia Falcón sostiene:

“las cortes supranacionales de derechos humanos, como la europea o la interamericana están llamadas a determinar si el estado ha infringido o no las convenciones respectivas, no a decidir si los tribunales nacionales han decidido un caso apropiadamente reevaluando la propiedad de los hechos probados en sede nacional o bien la aplicación e interpretación del derecho doméstico que han realizado las cortes internacionales”³⁵.

En este mismo sentido, Adelina Loainno advierte:

“si la investigación que se pide significa un nuevo juzgamiento de los mismos hechos, creemos que es insostenible afirmar que no se trata de una nueva instancia. El carácter revisor del pronunciamiento definitivo de la Corte es en este caso indudable”³⁶.

Cabe preguntarse cuál es la justificación para considerar que la Corte IDH posee la atribución de dejar sin efecto un fallo dictado por la jurisdicción interna. Al respecto, un primer argumento radica en el ejercicio de las facultades que la CADH le confiere al tribunal en su art. 63.1, el cual dispone “que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos”. Bajo esta competencia reparatoria, la Corte se encontraría habilitada para ordenar que una resolución judicial nacional quede desprovista de efectos jurídicos.

Un segundo argumento sostiene que los fallos del tribunal interamericano constituyen un mecanismo para avanzar hacia lo que Armin von Bogdandy califica como un derecho constitucional común (*Ius Constitutionale Commune*). Desde esta perspectiva:

“el primer componente consiste en la nueva apertura de los ordenamientos jurídicos estatales latinoamericanos hacia un estrato común de derecho internacional público, sobre todo hacia la Convención Americana [...] se sostiene que tal apertura afecta y transforma la esencia del constitucionalismo”³⁷.

³⁵ Gonzalo CANDIA, *Introducción al derecho internacional de los derechos humanos, análisis, doctrina y jurisprudencia*, p. 63.

³⁶ Adelina LOIANNO, “Evolución de la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de reparaciones”, p. 60.

³⁷ Armin von BOGDANDY, “*Ius Constitutionale Commune* en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador”, p. 11.

En sintonía con este enfoque integrador, Antônio Cançado Trindade, señala:

“las normas internacionales que consagran y definen claramente un derecho internacional susceptible de vindicación ante un tribunal o juez nacional, son directamente aplicables”³⁸.

En el caso de Chile, se señala que diversas sentencias de la Corte IDH han tenido como resultado dejar sin efecto decisiones judiciales internas. Así ocurrió, por ejemplo, en el caso Palamara Iribarne v. Chile, cuando la Corte determinó:

“dadas las características del presente caso, la Corte entiende que el Estado debe dejar sin efecto, en el plazo de seis meses, en todos sus extremos, las sentencias condenatorias emitidas en contra del señor Palamara” (párr. 253)³⁹.

De igual forma, en Norín Catrimán y otros v. Chile, la Corte estableció:

“que el Estado debe adoptar, en el plazo de seis meses a partir de la notificación de la presente Sentencia, todas las medidas judiciales, administrativas o de cualquier otra índole necesarias para dejar sin efecto en todos sus extremos las sentencias penales condenatorias” (párr. 422)⁴⁰.

24

En decisiones más recientes, como Vega González y otros v. Chile, la Corte determinó que Chile:

“deberá revisar y/o anular las reducciones de las penas que hubieran derivado de la aplicación de la media prescripción en los casos que fueron objeto de examen en la presente Sentencia” (párr. 291)⁴¹.

En el mismo sentido, en Huilcamán Paillamán y otros v. Chile se facultó a las víctimas o a sus familiares para solicitar que el Estado dejara sin efecto las sentencias condenatorias:

“El Estado contará con el plazo de seis meses para adoptar las medidas necesarias para promover o poner a disposición, en favor de dichas víctimas, un recurso o emitir una decisión para dejar sin efecto la sentencia condenatoria, lo cual podría ser mediante la revisión o anulación del fallo, u otro mecanismo adecuado” (párr. 274)⁴².

³⁸ Antônio CANÇADO, *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo xx*, p. 314.

³⁹ CORTE IDH (2005): caso Palamara Iribarne vs. Chile.

⁴⁰ CORTE IDH (2014): caso Norín Catrimán y otros vs. Chile.

⁴¹ CORTE IDH (2021): caso Pueblo Indígena Rapa Nui v. Chile.

⁴² CORTE IDH (2024): caso Galetovic Sapunar y otros v. Chile.

Como puede apreciarse, si bien resulta discutible desde el punto de vista doctrinario si la Corte IDH actúa o no como un tribunal de cuarta instancia, lo cierto es que en diversas ocasiones –al menos en el caso de Chile– sus sentencias han ordenado, de forma implícita o explícita, dejar sin efecto resoluciones firmes, tanto absolutorias como condenatorias.

2. LA CORTE IDH COMO ÚLTIMA INTÉRPRETE DE LA CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

El art. 67 de la CADH estipula que las decisiones de la Corte IDH son inapelables, al no proceder recurso alguno contra ellas. Este precepto ha permitido que el tribunal se autodefiniera en reiterados fallos como el “último intérprete de la Convención Americana”⁴³.

Ante esto, cabe preguntarse: ¿qué elementos justifican que la Corte IDH se asuma como intérprete última, aun cuando el texto de la CADH no lo explicita? Una posible explicación radica en que el sistema interamericano surgió en una época donde muchos de los Estados parte se encontraban bajo regímenes autoritarios. Persistiría la percepción de que la Corte IDH desconfía de los sistemas jurídicos nacionales, considerando que, tras el fin de dichos gobiernos “los poderes ejecutivos y legislativos no han generado aún las estructuras y sistemas de control necesarios para prevenir y erradicar esas prácticas de violencia institucional”⁴⁴.

No obstante, esta postura no está exenta de críticas. Ezequiel Malarino sostiene:

“que la Corte IDH tenga autoridad final y sea el último del derecho interamericano de derecho internacional seguido contra un Estado parte por la presunta violación de la CADH no significa que ella sea, además, el intérprete final de la CADH en los derechos internos [...] no es la cabeza de las administraciones nacionales, ni siquiera en cuanto respecta a la interpretación de la CADH”⁴⁵.

En la misma línea, Jorge Contesse estima que no se puede pretender que dichos tribunales posean siempre la respuesta para cada situación, pues no pue-

⁴³ CORTE IDH (2011): caso Gelman v. Uruguay, párr. 193; CORTE IDH (2024): Vega González y otros vs. Chile, párr. 110, CORTE IDH [2009]: caso Radilla Pacheco v. México, párr. 339; CORTE IDH (2011): caso Gelman v. Uruguay, párr. 193.

⁴⁴ Ederne CÁRDENAS y otros, “El sistema interamericano en el escenario actual de la región. El principio de subsidiariedad en el contexto de estados democráticos”, pp. 423-424.

⁴⁵ Ezequiel MALARINO, “Acerca de la pretendida obligatoriedad de la jurisprudencia de los órganos interamericanos de protección de derechos humanos para los tribunales judiciales nacionales”, pp. 440-441.

den actuar bajo una supuesta “superioridad moral o legal”⁴⁶; por el contrario, en ciertos escenarios deben “dejar que el constitucionalismo doméstico li-dere el camino”⁴⁷.

En este sentido, Mauricio del Toro Huerta sostiene que, si los órganos jurisdiccionales nacionales aseguran una tutela efectiva de los derechos fundamentales, los asuntos no debiesen trasladarse al ámbito internacional; mientras que, en aquellos casos en que el Estado no otorgue una protección efectiva a sus ciudadanos:

“la instancia internacional conocerá de las quejas que se presenten, revisará los procedimientos internos y, en su caso, buscará reparar la violación de los derechos humano”⁴⁸.

Sin embargo, cabe preguntarse si la Corte IDH, a través de su auto-comprensión como última intérprete de la Convención Americana, ha ampliado progresivamente el alcance de sus competencias. Ello se reflejaría en sentencias que examinan al detalle procesos internos y que, mediante interpretaciones extensivas de las medidas de reparación, terminan incidiendo de forma directa en el sentido y alcance de normas nacionales e, incluso, en decisiones judiciales amparadas por la autoridad de cosa juzgada.

III. La Corte IDH y el Decreto Ley n.º 2191, Ley de Amnistía

1. LAS LEYES DE AMNISTÍAS ANTE EL DERECHO INTERNACIONAL

Uno de los problemas que se han generado en torno al principio de subsidiariedad y el papel de la Corte IDH tiene relación con la aplicación de leyes de amnistías dictadas por los Estados contratantes y que han impedido la investigación y sanción de delitos cometidos en diversos regímenes autoritarios que hubo en América Latina en la segunda mitad del siglo xx.

Las leyes de amnistía son tan antiguas como “la historia de la humanidad”⁴⁹, y han sido utilizadas como medio para la pacificación social, sobre

⁴⁶ Jorge CONTESSE, “The final word? Constitutional dialogue and the Interamerican Court of Human Rights”, p. 416.

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ Mauricio DEL TORO, “El principio de subsidiariedad en el derecho internacional de los derechos humanos con especial referencia al sistema interamericano”, p. 60.

⁴⁹ John DUGARD, “Dealing with crime of the past regime. Is amnesty still an option?”, p. 1002.

todo cuando se producen situaciones graves de crisis institucional y de extrema violencia interna que generan consecuencias políticas de grandes magnitudes, al punto de que dicha violencia ha derivado, en muchos casos, en guerras civiles. “La principal justificación para las amnistías son la transición, reconciliación, el perdón y verdad”⁵⁰.

Como se ve, la amnistía es para pacificar a las dos partes en conflicto. Francisco Zúñiga Urbina señala que “debe ser otorgada por ley impersonal y objetiva que no discrimina en razón de bandos”⁵¹. El problema es que este tipo de normativa se dicta para lograr la paz en una sociedad que ha quedado herida y fragmentada por hechos internos muy graves, y la cuestión es si el precio a pagar por esa paz y armonía nacional es la falta de justicia para “las víctimas y sus familiares”⁵².

En el ámbito jurídico, cabe cuestionarse si el derecho internacional impide que los Estados contratantes de un tratado puedan amnistiar cualquier tipo de ilícitos, incluso si se trata de aquellos que han sido calificados de delitos contra la humanidad. Katherine del Mar y Nicolas Michel sostienen:

“actualmente existe un consenso general en cuanto a que las amnistías respecto de crímenes graves son inaceptables conforme al derecho internacional y que las personas sospechosas de haber cometido tales crímenes deben ser procesadas. Sigue siendo debatible si el acto de otorgar amnistías respecto de crímenes internacionales graves es, per se, ilícito conforme al derecho internacional”⁵³.

27

Regina Díaz Tolosa señala:

“si bien, el DIH no prohíbe las amnistías totalmente, pues autoriza aquellas otorgadas en beneficio de las personas que participaron en las hostilidades y dadas por cuerpos democráticamente elegidos, excluye las autoamnistías dictadas por quienes cometieron crímenes de guerra y de lesa humanidad”⁵⁴.

Se debe tener presente que la CADH no prohíbe la amnistía, es más, establece el derecho de toda persona a pedir el indulto o amnistía cuando ha

⁵⁰ Andreas O'SHEA, *Amnesty for crime in international law and practice*, p. 23.

⁵¹ Francisco ZÚÑIGA, “Amnistía ante la jurisprudencia (derechos humanos como límite de la soberanía)”, p. 200.

⁵² Yolanda GAMARRA, “El legado de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la erradicación de las leyes de amnistías”, p. 141.

⁵³ Katherine DEL MAR & Nicolas MICHEL, “Transitional justice”, p. 871.

⁵⁴ Regina DÍAZ, “El reconocimiento del ius cogens en el ordenamiento jurídico chileno”, p. 575. La autora utiliza la sigla DIH para referirse al derecho internacional humanitario (p. 556).

sido condenada a muerte (art. 4.6). El Protocolo Adicional II de los Convenios de Ginebra dispone:

“A la cesación de las hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado” (art. 6.5).

Corresponde advertir que ambos textos no distinguen entre delitos comunes y delitos de lesa humanidad.

A pesar de lo anterior, la Corte IDH ha decidido dejar sin efecto las leyes de amnistía dictadas en distintos Estados de América Latina⁵⁵. Estos fallos podrían ser considerados como una forma de superar los inconvenientes que se han producido en el ámbito nacional y que han impedido dejar sin efecto estas normas, por ejemplo, a través de la derogación legislativa⁵⁶. Además, destacaría la función del juez nacional en la ejecución de medidas de protección de los derechos humanos⁵⁷. En todo caso, es preciso destacar que, no es que la Corte IDH haya ordenado que las leyes de amnistía debieran ser derogadas, sino que ellas no pueden constituir un obstáculo para investigar los hechos que han causado agravio a personas que han sido víctimas de derechos humanos⁵⁸, en particular cuando se cometen delitos de lesa humanidad⁵⁹.

28

2. *EL PROBLEMA DE LA INAPLICACIÓN DE LA LEY DE AMNISTÍA Y LOS PRINCIPIOS DE NO RETROACTIVIDAD Y TIPICIDAD DE LA LEY PENAL*

La inaplicación práctica de leyes de amnistía respecto de graves violaciones de derechos humanos genera tensiones con principios clásicos del derecho penal, especialmente en materia de legalidad, tipicidad e irretroactividad de la ley penal y cosa juzgada.

El principio de irretroactividad sostiene que ninguna persona puede ser condenada por una conducta que no se encontraba con anterioridad tipificada como delito al momento de su comisión. Se trata de una garantía fundamental reconocida tanto en el derecho interno como en diversos instru-

⁵⁵ José ESTEVE, “La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ante las leyes de amnistía: Un referente para la necesaria ‘fertilización trasatlántica’”, p. 107.

⁵⁶ Christina BINDER, “The prohibition of amnesties by the Inter American Court of Human Rights”, pp. 1221-1222.

⁵⁷ BINDER, *op. cit.*, p. 1222.

⁵⁸ CORTE IDH (2006): caso La Cantuta v. Perú, párr. 226; CORTE IDH (2001): caso Barrios Altos v. Perú, párr. 44.

⁵⁹ CORTE IDH (2006): caso Almonacid Arellano y otros v. Chile, párrs. 114 y 115.

mentos internacionales de derechos humanos. Así, cabe tener presente que el art. 19 n.º 3 de la *Constitución* chilena sostiene en su inciso 7.º que

“ningún delito se castigará con otra pena que la que le señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado”

y que el art. 9.º de la CADH sostiene: “nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueren delictivos según el derecho aplicable”.

En este sentido es importante recordar que los delitos de lesa humanidad fueron tipificados en el derecho chileno recién en 2009⁶⁰. Sin embargo, la Corte IDH ha sostenido que la ausencia de tipificación interna expresa no impide perseguir conductas que, al momento de los hechos, ya se encontraban prohibidas por la normativa internacional. En lo relativo a este punto, no hay acuerdo en cuanto a cómo se debe enfrentar esta cuestión. Por una parte, Gonzalo Aguilar Cavallo defiende la idea de que haya avances en lo relativo al

“principio de incorporación automática de las normas internacionales consuetudinarias y de los principios generales de Derecho Internacional”⁶¹.

En contra, Max Silva Abbot señala:

29

“cuando un tratado ingresa al ordenamiento jurídico del Estado que los suscribe, la individualización del delito no basta [...] siempre se requiere del auxilio de las leyes locales para que esos tratados tengan reales efectos al interior de ese país, lo que justifica sus exigencias en tal sentido”⁶².

En lo relativo al principio de cosa juzgada no hay que obviar que es una garantía procesal básica, tanto en el derecho nacional como internacional de los derechos humanos. En materia penal, esto se traduce en:

“que impide iniciar un nuevo proceso por hechos que han sido juzgados y al que se le dio término ya sea por sentencia ejecutoriada o por sobreseimiento definitivo. La cosa juzgada garantiza a toda persona el no ser juzgada dos veces por el mismo delito”⁶³.

⁶⁰ Ley n.º 20357, tipifica crímenes de lesa humanidad y genocidio, y crímenes y delitos de guerra.

⁶¹ Gonzalo AGUILAR, “La Corte Suprema y la aplicación del derecho internacional: Un proceso esperanzador”, p. 133.

⁶² Max SILVA, “Un análisis del caso Vega González y otros v. Chile y a sus cumplimiento por parte de la Corte Suprema”, p. 45.

⁶³ Adolfo PAÚL, *Prevaricato, Análisis crítico de procesos judiciales contra militares que debieron afrontar la violencia revolucionaria*, p. 100.

La CADH reconoce en su art. 8.4 el derecho que tiene toda persona que es absuelta por una sentencia firme a no ser sometido a un nuevo juicio por los mismos hechos.

Podría argumentarse que la Corte IDH está obligada, en virtud del principio *pro homine*, a ordenar al Estado parte la reapertura de casos amparados por las amnistías y la cosa juzgada. No obstante, surge aquí la pugna entre dos derechos: por un lado, el deber de proteger el derecho de las víctimas a la justicia y a una investigación efectiva; por otro, el derecho de quienes se beneficiaron de amnistías o de la seguridad jurídica que otorga la cosa juzgada. Esto plantea un interrogante crítico: ¿puede el principio *pro homine* aplicarse en favor de una persona cuando, simultáneamente, opera en perjuicio de otra?⁶⁴. Sin duda, se trata de una colisión de derechos de compleja resolución.

3. EL DECRETO N.º 2.091, LEY DE AMNISTÍA DE 1978

En relación con el problema de la aplicación de la Ley de Amnistía en Chile, cabe formular algunas cautelas previas respecto de la realidad chilena que se vivía en la década en que ella se dictó.

30

En 1970, Salvador Allende Gossens asumió el cargo de presidente de la república. Tras tres años de gobierno, el país se encontraba sumido en una crisis política, económica y social. Esta situación se vio agravada por la profundización de la reforma agraria, lo que tuvo como consecuencia un aumento de la violencia política y de los enfrentamientos armados, en especial en sectores rurales⁶⁵. En consecuencia, la crisis que vivía Chile en 1973 no solo era política y económica, sino, también, institucional y existía temor en una parte importante de la población de que el país pudiera estarse dirigiendo hacia una guerra civil⁶⁶. Estos problemas fueron denunciados por la Cámara de Diputados en una resolución aprobada el 22 de agosto de 1973, que declaró que el gobierno del presidente Salvador Allende había violado “la separación de los poderes del Estado y los derechos de las personas”⁶⁷.

⁶⁴ Álvaro PAÚL, “La Corte Interamericana in vitro. Comentarios sobre su proceso de toma de decisión a propósito del caso Artavia”, p. 326.

⁶⁵ En el libro *Pinochet, Las “incómodas verdades”* Mario Spataro lleva a cabo un examen detallado del número de personas que fueron asesinadas en áreas rurales producto de la violencia que se desató en los campos a consecuencia de la reforma agraria. Véase Mario SPATARO, *Pinochet, Las “incómodas verdades”*, pp. 490-493.

⁶⁶ En noviembre de 1973, en entrevista otorgada al periodista del diario español ABC, Luis Calvo, el expresidente Eduardo Frei Montalva afirmó que: “los militares han salvado a Chile”. Véase Adolfo PAÚL LATORRE, *Reflexiones en torno a la revolución militar chilena*, p. 234.

⁶⁷ Alejandro SAN FRANCISCO, “El 11 de septiembre de 1973. Un final no querido, pero anunciado”, p. 100.

Ante estas circunstancias, las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad derrocaron al gobierno el 11 de septiembre de 1973, instaurando un gobierno cívico-militar. Ese mismo día se decretó el Estado de sitio, el cual se mantuvo vigente hasta el 10 de marzo de 1978. Durante dicho periodo se restringieron diversos derechos fundamentales, la actividad política fue declarada en receso y el Congreso Nacional fue clausurado. Asimismo, se produjeron hechos de violencia y enfrentamientos entre las fuerzas de orden y grupos armados, los que ocasionaron heridos y muertos en ambos sectores. A ello se sumó la creación de la DINA, organismo de seguridad del Estado cuya actuación ha sido objeto de profundas controversias y que fue disuelto en 1977.

Siguiendo el concepto anterior y con el fin de lograr:

“fortalecer los vínculos que unen a la nación chilena, dejando atrás odiosidades hoy carentes de sentido, y fomentando todas las iniciativas que consoliden la reunificación de los chilenos”⁶⁸

se dictó el Decreto Ley de Amnistía que otorgó indulto a las personas que hubieran cometido los delitos que se indican en dicha ley entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1978⁶⁹.

Como se observa, la Ley de Amnistía perseguía el propósito tradicional de este tipo de normas: alcanzar la pacificación social tras años de violencia política y crisis institucional. Sin embargo, esta medida ha sido criticada puesto que no resolvió la situación de miles de chilenos a los que se les prohibió retornar al país de forma posterior a su promulgación. Por ello, se argumenta que no existía una voluntad real de pacificación –pese a lo declarado en su preámbulo– y la norma podría ser calificada como una auto-amnistía, lo que acarrearía severas consecuencias judiciales en los años venideros⁷⁰.

31

⁶⁸ Decreto Ley n.º 2191, concede amnistía a las personas que indica por hechos ocurridos entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1978.

⁶⁹ Conforme lo señala Fernando Saenger Gianoni: “En la aplicación del decreto ley se beneficiaron personas de los distintos sectores políticos enfrentados en la época. De acuerdo con los antecedentes recopilados por la comisión asesora del gobierno militar en materia de derechos humanos, presidida por el ex senador Ricardo Martín, se acogieron a sus disposiciones 478 miembros de la Fuerza Armada, Carabineros e Investigaciones y 1447 miembros de los movimientos revolucionarios contrarios al régimen militar”. Véase Fernando SAENGER, “La amnistía en Chile”, p. 497.

⁷⁰ Cristián CORREA, “El Decreto Ley de Amnistía: orígenes, aplicación y debate sobre su validez”, p. 16.

IV. Caso Almonacid Arellano y otros v. Chile y sus consecuencias en el derecho interno

1. CONSECUENCIAS

DEL CASO ALMONACID A NIVEL JURISPRUDENCIAL⁷¹

Luis Almonacid Arellano, de profesión profesor, fue detenido y ejecutado por fuerzas de seguridad cuando recién se dio inicio al gobierno militar chileno, el 16 de septiembre de 1973. La causa penal no pudo ser investigada y tampoco se determinó las responsabilidades de los culpables, toda vez que los hechos quedaron bajo el amparo del Decreto Ley n.º 2191, más conocida como Ley de Amnistía de 1978. En 1997, el Segundo Juzgado Militar rechazó una querrella presentada por la familia Almonacid y aplicó la Ley de Amnistía⁷². Los familiares de la víctima reclamaron ante la Corte IDH, la cual acogió su demanda.

32 De los elementos que tomó en consideración la Corte IDH para fundar su fallo, lo primero que se destaca es que rechazó una excepción preliminar presentada por Chile, en cuanto a que los hechos que eran objeto de la *litis* habían acontecido antes que el Estado le hubiera reconocido competencia a la Corte IDH (párr. 42). La Corte determinó que Chile, al ratificar el tratado, se comprometió, en virtud del art. 2.º, a modificar la legislación nacional para que ella no fuera incompatible con la CADH y, por lo tanto, la Corte IDH sí tenía competencia para resolver este caso (párr. 50).

En relación con el contenido de este fallo, es menester destacar que la Corte IDH no ordenó dejar sin efecto la sentencia dictada por el Segundo Juzgado Militar en 1997, sino, más bien, determinó que la Ley de Amnistía no podía seguir representando un obstáculo para investigar el crimen de Luis Almonacid. Es decir, como se verá más adelante, lo que hizo fue ordenar la reapertura del caso. Y no solo eso. A esta decisión le otorgó efectos *erga omnes*, es decir, no solo afectó al caso Almonacid, sino a todas las causas similares a esta.

“Como fue detallado en el párrafo 119 de la presente Sentencia, la Corte dispone que, al pretender amnistiar a los responsables de delitos de lesa humanidad, el Decreto Ley No. 2.191 es incompatible con la Convención Americana y, por tanto, carece de efectos jurídicos; en consecuencia, el Estado debe: i) asegurar que no siga representando un obstáculo para la investiga-

⁷¹ La ejecución del fallo Almonacid Arellano y otros v. Chile ha supuesto la aplicación del denominado control de convencionalidad por los tribunales nacionales. No obstante, por exceder el objetivo de este trabajo, dicha materia no será desarrollada.

⁷² CORTE IDH (2006): caso Almonacid Arellano y otros v. Chile, párr. 82-20.

ción de la ejecución extrajudicial del señor Almonacid Arellano y para la identificación y, en su caso, sanción de los responsables, y ii) asegurar que el Decreto Ley No. 2.191 no siga representando un obstáculo para la investigación, juzgamiento y, en su caso, sanción de los responsables de otras violaciones similares acontecidas en Chile”⁷³ (párr. 145).

El fallo Almonacid tuvo dos efectos. En lo particular, permitió la apertura de la causa que había sido cerrada por aplicación de la Ley de Amnistía y que culminó con la condena penal del imputado en el caso Almonacid, que previamente había sido amnistiado⁷⁴. El tribunal fundó su decisión en el hecho de que las cortes nacionales deben dar cumplimiento a las sentencias de la Corte IDH y que la eficacia de cosa juzgada no puede mantenerse porque ello constituiría vulnerar el derecho internacional (cons. 3).

A su vez, el fallo de la Corte IDH en materia de la Ley de Amnistía ha tenido también un efecto general, es decir, ha generado impacto en otras causas similares al caso Almonacid. En el fallo Molco, la Corte Suprema condenó a los imputados por crímenes cometidos durante el gobierno militar contra miembros del Movimiento de Izquierda Revolucionario, y que con anterioridad se habían visto beneficiados por la prescripción (cons. 1 y 29)⁷⁵. En el caso Episodio Rudy Cárcamo, la Corte Suprema decidió:

“que, en armonía con ello y en vista de la evolución del derecho internacional de los derechos humanos, los hechos sobre los que versa este litigio son imprescriptibles, dese que es obligatoria para el derecho chileno la normativa del Derecho Internacional Penal de los Derechos Humanos para el cual es inadmisibles la prescripción que pretenda imposibilitar la investigación de violaciones graves de los derechos humanos y la sanción, en su caso, de los responsables” (cons. 17)⁷⁶.

33

De igual forma, en Episodio Héctor Vergara Doxrud declaró:

“que en la medida que los acontecimientos pesquizados configuran un crimen contra la humanidad, de ellos deviene como lógico corolario la inexorabilidad de su juzgamiento y su consiguiente imprescriptibilidad, desde que esos ilícitos afectan el derecho de gentes que la comunidad mundial se ha comprometido a erradicar” (cons. 14)⁷⁷.

La doctrina de la Corte Suprema de dar primacía al derecho internacional de derechos humanos por sobre el derecho interno, y que ha permi-

⁷³ CORTE IDH (2006): caso Almonacid Arellano y otros v. Chile.

⁷⁴ CORTE DE APELACIONES DE RANCAGUA (2013): rol. n.º 103-2011.

⁷⁵ CORTE SUPREMA (2006): rol. n.º 559-2004.

⁷⁶ CORTE SUPREMA (2012): rol. n.º 288-2012.

⁷⁷ CORTE SUPREMA (2012): rol. n.º 12.566-2011.

tido impedir la aplicación de la prescripción y la Ley de Amnistía, sigue siendo utilizado hasta hoy. Así, en el caso de la desaparición de Carlos Sánchez Cornejo y otros, la Corte Suprema rechazó un recurso de casación presentado en contra de sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, que resolvió condenar a los imputados desconociendo la extinción de la responsabilidad penal por prescripción. El fallo sostuvo:

“el artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece la obligación de sancionar a los responsables de crímenes de lesa humanidad con una pena proporcional al crimen cometido” (cons. 4).

Además, se debe tener presente:

“las regulaciones de *ius cogens* provenientes de esa órbita del Derecho Penal Internacional, que rechazan la impunidad y la imposición de penas no proporcionadas a la gravedad intrínseca de los delitos, fundadas en el transcurso del tiempo” (cons. 6)⁷⁸.

En el caso Carlos Lorca, la Corte Suprema desestimó la aplicación de la Ley de Amnistía de 1978, reclamada por la parte imputada, toda vez que ello significaría dejar sin aplicación los Convenios de Ginebra de 1949, los cuales se encuentran ratificados por Chile (cons. 21). Por lo demás, los delitos que son objeto de la *litis* son de lesa humanidad y, por lo tanto, en conformidad al derecho internacional, no pueden ser amnistiados (cons. 23)⁷⁹.

34

2. CONSECUENCIAS LEGALES DEL FALLO ALMONACID ARELLANO

La sentencia de la Corte IDH en el caso Almonacid Arellano estableció que los crímenes de lesa humanidad no pueden ser amnistiados y son imprescriptibles. Esta es la doctrina que la Corte Suprema de Chile ha adoptado en años recientes para dejar sin efecto la Ley de Amnistía de 1978. No obstante, conviene precisar que los tipos penales de genocidio, crímenes de guerra y de lesa humanidad fueron incorporados formalmente al ordenamiento jurídico chileno recién en 2009, mediante la Ley n.º 20357.

Esto genera una aparente contradicción, pues las sentencias nacionales darían a entender que se condena a los autores por ilícitos de lesa humanidad que –por su naturaleza– resultan incompatibles con la amnistía. Sin embargo, aunque dichos delitos no estaban tipificados a escala local en 1978, la

⁷⁸ CORTE SUPREMA (2022): rol. n.º 18.762-2019.

⁷⁹ CORTE SUPREMA (2023): rol. n.º 14.486-2021.

Corte IDH argumentó en Almonacid que las graves violaciones a los derechos humanos no podían ser amnistiadas, debido a que su impunidad infringe normas imperativas de derecho internacional o *ius cogens* (párr. 99 al 114).

En relación con los fallos dictados por la Corte Suprema, es oportuno señalar que lo relevante en una sentencia judicial es lo que la doctrina denomina *ratio decidendi*, que se define como “el razonamiento normativo aplicado al caso concreto por el cual el juzgador fundamenta su resolución al caso concreto”⁸⁰. Si bien la Corte Suprema ha invocado el concepto de lesa humanidad en la parte considerativa de sus fallos⁸¹, en la *ratio decidendi* las condenas en la práctica se han dictado por delitos comunes tipificados en el *Código Penal*. Esta distinción resulta relevante desde la perspectiva del principio de legalidad, pues una condena no podría fundarse en tipos penales que no existían al momento de los hechos. Cabe recordar, además, que Chile ratificó el Estatuto de Roma en 2009⁸² bajo el supuesto de que este no se aplicaría de forma retroactiva (24.ª disposición transitoria de la *Constitución*).

Como consecuencia directa, el fallo Almonacid Arellano ha tenido como resultado la no aplicación de la amnistía, así como el desconocimiento de la prescripción y la cosa juzgada. Esta situación genera un problema jurídico, dado que el Decreto Ley de Amnistía no ha sido derogado de oficio por el Congreso Nacional, de hecho, en 2006 existió un intento de anulación legislativa que no prosperó y que hoy se encuentra archivado⁸³.

Este no ha sido el único proyecto de ley discutido en Chile en torno a la amnistía y los delitos de lesa humanidad. En 2008 se presentó un proyecto de ley que disponía en su artículo único:

“Fijase el verdadero sentido y alcance de las causales de extinción de la responsabilidad penal que se establecen en el artículo 93 del Código Penal, en orden a que deberá entenderse que la amnistía, el indulto y la prescripción de la acción penal y de la pena no serán aplicables a los crímenes y simples delitos que constituyen genocidio, crímenes de lesa humanidad y de guerra, contemplados en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes”.

Sin embargo, la iniciativa fue rechazada en general por el Senado en 2009⁸⁴.

⁸⁰ María Jesús MEDINA ARELLANO, “Ratio decidendi”, p. 1101.

⁸¹ Véase supra, pp. 14-15.

⁸² El Decreto n.º 104 promulgó el Estatuto de Roma en la legislación interna.

⁸³ *Boletín* n.º 4162-07.

⁸⁴ *Boletín* n.º 5918-07.

Se debe tener presente que se ha entendido que el art. 17 del Estatuto de Roma no permite indultar delitos de lesa humanidad. Sin embargo, en 2025 se presentó en la Cámara de Diputadas y Diputados un proyecto de ley para modificar el art. 34 n.º 14, buscando establecer que la facultad de indulto presidencial “no proceda respecto de personas condenadas por crímenes de lesa humanidad”⁸⁵. A su vez, ese mismo año se presentó un proyecto de ley en el Senado que no permitiría al presidente de la república indultar a personas condenadas por un conjunto de delitos, incluidos el delito de lesa humanidad⁸⁶. La sola presentación de estos proyectos de ley permite advertir que el debate jurídico sobre la procedencia del indulto respecto de los delitos de lesa humanidad continúa abierto. De existir plena certeza jurídica sobre la improcedencia de esta institución, difícil habría sido que se hubiesen impulsado iniciativas destinadas a modificar expresamente el régimen constitucional vigente.

36 En paralelo, durante el mismo año 2025, se ingresó en el Senado un proyecto de ley que “Regula el cumplimiento de penas privativas de libertad para condenados que indica”, el cual permitiría que personas de avanzada edad o con salud deteriorada cumplan su condena bajo arresto domiciliario o suspensión de la misma, incluyendo a los condenados en contextos donde no se aplicó la Ley de Amnistía. El proyecto fue aprobado en general por el Senado el 4 de marzo de 2026⁸⁷.

A esta discusión, se sumó, en julio de 2026, la presentación en el Senado de un proyecto de ley que propone otorgar la “amnistía a miembros de las Fuerzas Armadas, Carabineros y la PDI por determinados hechos vinculados al estallido social”⁸⁸.

En consecuencia, si bien la Corte IDH ha sostenido de manera constante que las leyes de amnistía y los indultos no resultan procedentes respecto de crímenes de lesa humanidad, la evolución legislativa chilena demuestra que el debate sobre estas instituciones permanece abierto en el ámbito democrático. Los distintos proyectos de ley presentados tanto para declarar la nulidad del Decreto Ley n.º 2191 como para restringir o ampliar la procedencia de los indultos y amnistías, reflejan que los órganos depositarios de la soberanía popular no han alcanzado una posición uniforme sobre la materia.

Por último, en este contexto, llama bastante la atención, la presentación de un proyecto de ley destinado a conceder una amnistía a funcionarios de

⁸⁵ *Boletín* n.º 17.999-07.

⁸⁶ *Boletín* n.º 17.825-07.

⁸⁷ *Boletín* n.º 17.370-07.

⁸⁸ *Boletín* n.º 18.385-07.

Carabineros, la Policía de Investigaciones y las Fuerzas Armadas por hechos vinculados al denominado estallido social. Esta iniciativa pone de manifiesto que, al menos en el ámbito legislativo chileno, la amnistía continúa siendo considerada como un mecanismo jurídico posible dentro del ordenamiento interno.

Conclusiones

El presente trabajo ha tenido como objetivo analizar el principio de subsidiariedad en el derecho internacional, centrándose en determinar si este permite a las cortes internacionales de derechos humanos dejar sin efecto sentencias dictadas por tribunales internos que gozan de la autoridad de cosa juzgada. En particular, se examinó la situación suscitada en Chile a raíz de la inaplicación de la Ley de Amnistía de 1978 y los efectos derivados del fallo Almonacid Arellano.

El análisis realizado permite sostener que, en el caso examinado, la Corte IDH ha actuado, en la práctica, como un tribunal de cuarta instancia. Ello se manifiesta en que personas cuya responsabilidad penal se encontraba extinguida por la aplicación de la Ley de Amnistía y amparada por sentencias firmes fueron luego sometidas a nuevos procesos y condenadas como consecuencia de la inaplicación de dicha normativa. De esta forma, la intervención del sistema interamericano produjo efectos sobre situaciones jurídicas que ya habían sido resueltas por los tribunales nacionales.

Sin embargo, no puede concluirse que una actuación de esta naturaleza forme parte de la función subsidiaria, coadyuvante o complementaria atribuida a la Corte IDH. La CADH no establece que dicha función comprenda la actuación como una cuarta instancia judicial y sus antecedentes tampoco permiten arribar a esa conclusión, pues guardan silencio respecto del alcance que debía atribuirse a la subsidiariedad o complementariedad. A ello se suma que este principio supone, también, un criterio de autorrestricción de la jurisdicción internacional, más aún frente a materias respecto de las cuales existen controversias jurídicas, políticas y sociales relevantes. En este ámbito adquiere particular importancia el margen de apreciación nacional como espacio de decisión reconocido a los Estados.

La experiencia chilena permite advertir, de modo preciso, la persistencia de esas controversias. Las distintas iniciativas parlamentarias examinadas ponen de manifiesto que no existe una posición uniforme acerca de la amnistía y de las consecuencias jurídicas vinculadas a los delitos comprendidos originalmente en su ámbito de aplicación. En este contexto, corresponde pri-

mero a los órganos democráticos internos resolver estas cuestiones y determinar el destino de la Ley de Amnistía, en particular, cuando el propio debate parlamentario demuestra que la materia continúa abierta.

En el ámbito externo, porque no existe consenso nacional en esta materia, la carga de prudencia recae en la Corte IDH. Si el tribunal aspira a lograr una mayor integración de los Estados contratantes y fomentar un auténtico diálogo entre el ordenamiento internacional y el interno, debería, en palabras de Néstor Sagües, reflexionar sobre

“la conveniencia de interpretar la Convención Americana, dentro de lo posible y razonable, atendiendo las particularidades locales, según la doctrina del margen de apreciación nacional”⁸⁹.

En materias más controvertidas, respecto de las cuales subsisten desacuerdos políticos, jurídicos y sociales razonables, el precepto analizado exige reconocer un espacio de decisión a las instituciones nacionales. En definitiva, se debería respetar el margen de apreciación nacional.

Una hermenéutica más mesurada e integradora del mismo fundamento prevendría escenarios en los que los Estados en una eventualidad opten por tomar medidas más drásticas en la arena internacional, tales como el incumplimiento abierto de las sentencias o, en casos extremos, el inicio de los trámites de denuncia y retiro de los tratados internacionales de derechos humanos. En consecuencia, la Corte IDH no debería descartar la posibilidad de transitar desde una actitud maximalista hacia una postura de mayor deferencia con el derecho interno, sobre todo en lo relativo al respeto por la cosa juzgada. Su función primordial debe orientarse a la armonización entre el derecho internacional y nacional, y no a la imposición.

38

Bibliografía

- AGUILAR CAVALLO, Gonzalo, “La Corte Suprema y la aplicación del derecho internacional: Un proceso esperanzador”, en *Estudios Constitucionales*, vol. 1, n.º 1, Santiago, 2009.
- BESSON, Samantha, “Subsidiarity in international human rights law - What is subsidiary about human rights?”, in *The American Journal of Jurisprudence*, vol. 61, No. 1, Indiana, 2016.
- BERTELSEN SIMONETTI, Soledad, “A margin for the margin of appreciation: Deference in the Inter-American Court of Human Rights”, in *I•CON*, vol. 19, No. 3, New York, 2021.

⁸⁹ Nestor SAGÜES, “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”, p. 132.

- BINDER, Christina, "The prohibition of amnesties by the Inter-American Court of Human Rights". Disponible en www.cambridge.org/core/journals/german-law-journal/article/prohibition-of-amnesties-by-the-interamerican-court-of-human-rights/DAA6BA9249255669917830281A4D5D94 [fecha de consulta: 4 de mayo de 2016].
- BRENS, Eve, "The margin of appreciation doctrine in the case law of the Court of European Human Rights", in *ZaöRV*, 56, Heidelberg, 1996.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto, *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XX*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2001.
- CANDIA FALCÓN, Gonzalo, *Introducción al derecho internacional de los derechos humanos, análisis, doctrina y jurisprudencia*, Santiago, Ediciones UC, 2016.
- CÁRDENAS, Edurne y otros, "El sistema interamericano en el escenario actual de la región. El principio de subsidiariedad en el contexto de Estados Democráticos", en CENTRO DE ESTUDIOS LEGALES Y SOCIALES, *Derechos Humanos en Argentina. Informe 2015*, Buenos Aires, Siglo XX Editores, 2015.
- CAROZZA, Paolo G, "Subsidiarity as a structural principle of international human rights law", in *The American Journal of International Law*, vol. 97, Washington, D.C., 2003.
- CASSESE, Sabino, "Ruling indirectly. Judicial subsidiarity in the ECtHR". Disponible en www.echr.coe.int/documents/d/echr/Speech_20150130_Seminar_Casse-se_ENG [fecha de consulta: 5 de julio de 2026].
- CONTESE, Jorge, "The final word? Constitutional dialogue and the Inter American Court of Human Rights", in *Journal of Constitutional Law*, vol. 15, No. 2, Philadelphia, 2017.
- CONTRERAS, Pablo, "Control de convencionalidad, deferencia internacional y discreción nacional en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en *Ius et Praxis*, año 20, n.º 2, Talca, 2014.
- CORREA, Cristián, "El Decreto Ley de Amnistía: orígenes, aplicación y debate sobre su validez", en Paulina VELOSO (ed.), *Justicia, derechos humanos y el Decreto Ley de Amnistía*, Santiago, PNUD, 2008.
- DEL MAR, Katherine & Nicolas MICHEL, "Transitional justice", in Andrew CLAPHAM and Paola GAETA (eds.), *The Oxford handbook of international law in armed conflicts*, Oxford, Oxford University Press, 2014.
- DEL TORO HUERTA, Mauricio Iván, "El principio de subsidiariedad en el derecho internacional de los derechos humanos con especial referencia al sistema interamericano". Disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2496/7.pdf> [fecha de consulta: 2 de julio de 2026].
- DÍAZ TOLOSA, Regina "El reconocimiento del ius cogens en el ordenamiento jurídico chileno", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 41, n.º 2, Santiago, 2014.
- DUGARD, John, "Dealing with crime of the past regime. Is amnesty still an option?", in *Leiden Journal of International Law*, vol. 12, No. 4, Leiden, 1999.
- ESCUADERO POBLETE, Gastón, *Construcción de la subsidiariedad 1975-1990, Historia de una epopeya*, Santiago, Historia Chilena, 2021.

- ESTEVE MOLTO, José Elías, “La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ante las leyes de amnistía: Un referente para la necesaria ‘fertilización trasatlántica’” en *Eunomía, Revista en Cultura de la Legalidad*, n.º 9, Madrid, 2015.
- FINNIS, John, “Subsidiarity’s roots and history, some observations”, in *The American Journal of Jurisprudence*, vol. 61, No. 1, Notre Dame, 2016.
- FØLLESDAL, Andrea, “Subsidiarity and international human rights courts: respecting self-governance and protecting human rights- or neither?”, in *Law and Contemporary Problems*, vol. 79, No. 2, North Carolina, 2016.
- GAMARRA CHOPO, Yolanda, “El legado de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la erradicación de las leyes de amnistías”, en *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, n.º 9, Madrid, 2015.
- GERARDS, Janneke H, “Pluralism, deference and the margin appreciation doctrine”, in *European Law Journal*, vol. 17, No. 1, Hoboken, New Jersey, 2011.
- GONZÁLEZ DOMÍNGUEZ, Pablo, “La doctrina del control de convencionalidad a la luz del principio de subsidiariedad”, en *Estudios Constitucionales*, vol. 15, n.º 1, Santiago, 2017.
- GONZÁLEZ DOMÍNGUEZ, Pablo, “Reconfiguración de la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional sobre la base del principio de subsidiariedad”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XVII, Ciudad de México, 2017.
- IGLESIA CATÓLICA, *Catecismo de la Iglesia católica*, 5.ª ed., Bilbao, Asociación de Editores del Catecismo, 1992.
- 40 INIGUEZ MANSO, Andrea Rosario, “La buena fe como mecanismo de interpretación de la Convención Americana de Derechos Humanos”, en Jaime ARANCIBIA MATAR (ed.), *La buena fe en el derecho. Estudios en homenaje a los treinta años de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes (Chile)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020.
- KRATOCHVIL, Jan, “The inflation of the margin of appreciation by the European Court of Human Rights”, in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 29, No. 3, Utrecht, 2011.
- LAISE, Luciano D., “La distinción entre interpretación y construcción: Una visión crítica del originalismo del significado público”, en *Ius et Praxis*, vol. 25, n.º 3, Talca, 2019.
- LENGUA PARRA, Adrián, “La relación subsidiaria y complementaria entre los sistemas nacionales de protección de derechos humanos y el sistema interamericano”, en *Themis-Revista de Derecho*, n.º 71, Lima, 2017.
- LOAINNO, Adelina, “Evolución de la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de reparaciones”, en *Revista Jurídica Primera Instancia*, vol. 2, n.º 3, Tuxtla Gutiérrez, Chiapas, 2014.
- LÓPEZ ALFONSÍN, Marcelo Alberto, “La doctrina del margen de apreciación nacional. Su recepción en el Sistema Europeo de Derechos Humanos, en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y en Argentina, en relación con los derechos económicos, sociales y culturales” en *Lex: Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Alas Peruanas*, vol. 15, n.º 19, Lima, 2017.

- MAINO, Carlos Alberto Gabriel, “El carácter subsidiario del sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, en *Universidad y Sociedad*, vol. 11, n.º 1, Cienfuegos, Cuba, 2019.
- MALARINO, Ezequiel, “Acerca de la pretendida obligatoriedad de la jurisprudencia de los órganos interamericanos de protección de Derechos Humanos para los tribunales judiciales nacionales”, en Gisela ELSNER, Kai AMBOS y Ezequiel MALARIO (coords.), *Sistema Interamericano de Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*, Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung, 2011.
- MEDINA ARELLANO, María Jesús, “Ratio decidendi”, en Eduardo FERRER MAC-GREGOR, Fabiola MARTÍNEZ RAMÍREZ y Giovanni A. FIGUEROA MEJÍA (coords.), *Diccionario de derecho procesal, constitucional y convencional*, México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2014.
- NASH ROJAS, Claudio, “La doctrina del margen de apreciación y su nula recepción en la Jurisprudencia de Derechos Humanos”, en *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, vol. 11, Bogotá, 2018.
- NÚÑEZ POBLETE, Manuel, “La función del derecho internacional de los derechos de las personas en la argumentación de la jurisprudencia constitucional. Práctica y principios metodológicos”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XXXII, Valparaíso, 2009.
- O’SHEA, Andreas, *Amnesty for crime in international law and practice*, The Hague, Kluwer Law International, 2002.
- PAÚL DÍAZ, Álvaro, “La Corte Interamericana In Vitro, Comentarios sobre su proceso de toma de decisión a propósito del caso Artavia”, en *Revista de Derecho Público Iberoamericano*, n.º 2, Santiago, 2013.
- PAÚL DÍAZ, Álvaro, “Traslado de las pruebas ante la Corte Interamericana a la luz del caso del Palacio de Justicia”, en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas UPB*, vol. 48, n.º 129, Medellín, 2018.
- PAÚL LATORRE, Adolfo, *Prevaricato, Análisis crítico de procesos judiciales contra militares que debieron afrontar la violencia revolucionaria*, Santiago, El Roble, 2017.
- PAÚL LATORRE, Adolfo, *Reflexiones en torno a la revolución militar chilena*, Santiago, El Roble, 2023.
- PIO XI, *Encíclica Quadragesimo Anno*. Disponible en www.vatican.va/content/pius-xi/es/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_19310515_quadragesimo-anno.html [fecha de consulta: 1 de julio de 2026].
- RIPOL CARULLA, Santiago, *El sistema europeo de protección de los derechos humanos y el derecho español*, Barcelona, Atelier, 2007.
- SAGÜES, Néstor Héctor, “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”, en *Estudios Constitucionales*, vol. 1, n.º 1, Santiago, 2010.
- SAN FRANCISCO, Alejandro “El 11 de septiembre de 1973. Un final no querido, pero anunciado”, en *Revista de Políticas Públicas*, número especial, Santiago, 2023.
- SAENGER GIANONI, Fernando, “La amnistía en Chile”, *Actualidad Jurídica*, n.º 24, Santiago, 2024.

- SILVA ABBOT, Max. "Un análisis crítico del caso Vega González y otros vs. Chile, y a su cumplimiento por parte de la Corte Suprema", en *Revista de Derecho Público Iberoamericano*, n.º 28, Santiago, 2026.
- SPATARO, Mario, *Pinochet, Las "incómodas verdades"*, 2ª ed., 2006, Santiago, Maye.
- SYDOW, Lukas, "Interpretación evolutiva de tratados de derechos humanos: de límites binarios a límites discursivos", en *Integración Regional & Derechos Humanos*, vol. 11, n.º 1, Buenos Aires, 2023.
- VASSEL, Johann Justus, "El 'margin of appreciation' como elemento clave en del derecho constitucional europeo" en *ReDCE*, vol. 6, n.º 11, Madrid, 2009.
- VERDUGO, Sergio, "La Corte Suprema argentina y la (pérdida) de autoridad de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Menem", en *Actualidad Jurídica*, n.º 36, Santiago, 2017.
- VON BUGDANDY, Armin, "Ius Constitutionale Commune en América Latina: un enfoque regional para el constitucionalismo transformador", en *Revista Derecho del Estado*, n.º 32, Bogotá, 2014.
- TÜMAY, Murat, "The 'margin of appreciation' doctrine' developed by the case law of the European Courts of Human Rights", in *Ankara Law Review*, vol. 5, No. 2, Ankara, 2008.
- ZÚNIGA URBINA, Francisco, "Amnistía ante la jurisprudencia (derechos humanos como límite de la soberanía)", en *Ius et Praxis*, vol. 2, n.º 2, Talca, 1997.

- CORTE DE APELACIONES DE RANCAGUA (2013): 14 de enero de 2013, rol n.º 103-2011.
- CORTE IDH (1988): 29 de julio de 1988, serie C n.º 4, caso Velásquez Rodríguez v. Honduras.
- CORTE IDH (2001): 14 de marzo de 2001, serie C n.º 75, caso Barrios Altos v. Perú.
- CORTE IDH (2003): 25 de noviembre de 2003, serie C n.º 101, caso Myrna Mack Chang v. Guatemala.
- CORTE IDH (2005): 22 de noviembre de 2005, serie C n.º 135, caso Palamara Iribarne v. Chile.
- CORTE IDH (2006): 7 de febrero de 2006, serie C n.º 144, caso Acevedo Jaramillo y otros v. Perú.
- CORTE IDH (2006): 26 de septiembre de 2006, serie C n.º 154, caso Almonacid Arellano y otros v. Chile.
- CORTE IDH (2006): 29 de noviembre de 2006, serie C n.º 160, caso La Cantuta v. Perú.
- CORTE IDH (2009): 23 de noviembre de 2009, serie C n.º 209, caso Radilla Pacheco v. México
- CORTE IDH (2011): 24 de febrero de 2011, serie C n.º 221, caso Gelman v. Uruguay.
- CORTE IDH (2013): 26 de noviembre de 2013, serie C n.º 274 caso Osorio R. y familiares v. Perú.

- CORTE IDH (2014): 29 de mayo de 2014, serie C n.º 279, caso Norín Catrimán y otros v. Chile.
- CORTE IDH (2021): 4 de febrero de 2021, serie C n.º 422, caso Pueblo Indígena Rapa Nui v. Chile (caso 13.039).
- CORTE IDH (2024): 4 de octubre de 2024, serie C n.º 527, caso Huilcamán Paillamán y otros v. Chile.
- CORTE IDH (2024): 12 de marzo de 2024, serie C n.º 519, caso Comunidad de San José de Apartadó v. Colombia.
- CORTE SUPREMA (2006): rol. n.º 559-2004.
- CORTE SUPREMA (2012): 24 de mayo de 2012, rol n.º 288-2012.
- CORTE SUPREMA (2012): 18 de junio de 2012, rol n.º 12.566-2011.
- CORTE SUPREMA (2022): 19 de julio de 2022, rol n.º 18.762-2019.
- CORTE SUPREMA (2023): 2 de octubre de 2023, rol n.º 14.486-2021.

NORMAS

- Boletín* n.º 4162-07: Proyecto de Ley que declara la nulidad del Decreto Ley n.º 2191, de 1978, Senado de Chile, 2006.
- Boletín* n.º 5918-07: Proyecto de Ley que interpreta el artículo 93 del *Código Penal*, excluyendo de la extinción de la responsabilidad penal, por amnistía, indulto o prescripción, a los crímenes y simples delitos que constituyen genocidio, crímenes de lesa humanidad y de guerra, contemplados en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, Senado de Chile, 2008.
- Boletín* n.º 17370-17: Proyecto de Ley que regula el cumplimiento alternativo de penas privativas de libertad, para condenados que indica, Senado de Chile, 2025.
- Boletín* n.º 17825-07: Proyecto de Ley que modifica la ley n.º 18050, que fija normas generales para conceder indultos particulares, con el objeto de excluir de su procedencia a quienes hayan sido condenados por los delitos que indica (entre ellos los crímenes de lesa humanidad), Senado de Chile, 2025.
- Boletín* n.º 17999-07: Proyecto de Ley que modifica la carta fundamental para limitar la facultad del presidente de la república para conceder indultos particulares, Senado de Chile, 2025.
- Boletín* n.º 18385-07: Proyecto de Ley que concede amnistía al personal de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública por hechos ejecutados en resguardo del orden público, en el periodo que indica (vinculado al denominado “estallido social”), Senado de Chile, 2026.
- Decreto n.º 104 (Ministerio de Relaciones Exteriores), promulga el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, en *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 1 de agosto de 2009.
- Decreto Ley n.º 2191, concede amnistía a las personas que indica por hechos ocurridos entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1978, en *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 19 de abril de 1978.

Ley n.º 20352, reforma constitucional que autoriza al Estado de Chile para reconocer el Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional, en *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 30 de mayo de 2009.

Ley n.º 20357, tipifica crímenes de lesa humanidad y genocidio, y crímenes y delitos de guerra, en *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 18 de julio de 2009.

Siglas y abreviaturas

art.	artículo
CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos
CEDH	Convención Europea de Derechos Humanos
cons.	considerando <i>a veces</i> considerandos
coords.	coordinadores
CorteIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
D.C.	Distrito de Columbia
DINA	Dirección de Inteligencia Nacional
doi	Digital Object Identifier
ed.	edición <i>a veces</i> editor, editora
eds.	editores
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i>
n.º	número
No.	number
n.ºs	números
<i>op. cit.</i>	<i>opere citato</i>
ORCID	Open Researcher and Contribution ID
p.	página
párr.	párrafo
párrs	párrafos
PNUD	Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo
pp.	páginas
TEDH	El Tribunal Europeo de Derechos Humanos
UC	Universidad Católica
v.	versus

vol. volumen
www. World Wide Web
ZaöRV *Zeitschrift für ausländisches öffentli-
ches Recht und Völkerrecht*)

doi.org/10.52611/rdpi.num29.2026.1780

FUNCIÓN SOCIAL, PROPORCIONALIDAD Y CONTENIDO ESENCIAL: UNA RELECTURA CONSTITUCIONAL DEL DERECHO DE PROPIEDAD ANTE LA CRISIS HABITACIONAL

SOCIAL FUNCTION, PROPORTIONALITY AND ESSENTIAL CONTENT: A CONSTITUTIONAL REINTERPRETATION OF PROPERTY RIGHTS IN THE CONTEXT OF THE HOUSING CRISIS

*Linares Membrilla, Rafael**

Resumen

47

El presente trabajo examina la tensión estructural entre el derecho de propiedad del art. 33 de la CE y el derecho a una vivienda digna del art. 47 de la CE en el contexto de la actual crisis habitacional. Partiendo de la evolución doctrinal y jurisprudencial de la función social, se analiza cómo las nuevas políticas públicas de vivienda inciden en el contenido esencial del derecho de propiedad y exigen una aplicación rigurosa del principio de proporcionalidad. El estudio integra referencias al derecho internacional y a la legislación reciente, especialmente la Ley 12/2023, para valorar si el marco constitucional vigente permite equilibrar con eficacia ambos derechos o si resulta necesaria una reinterpretación jurisprudencial profunda e, incluso, una eventual reforma constitucional.

PALABRAS CLAVE: propiedad; vivienda; proporcionalidad; función social; constitucionalismo

* Abogado ejerciente del Ilustre Colegio de Abogados de Tenerife. Doctorando en Derecho ULL. Correo electrónico: info@abogadotenerife.com ORCID: 0009-0000-1943-0586.

Artículo recibido el 12 de abril de 2026 y aceptado para publicación el 10 de septiembre de 2026.

Abstract

This article examines the structural tension between the property right enshrined in Article 33 of the Spanish Constitution and the right to adequate housing under Article 47, against the backdrop of the current housing crisis. Building on doctrinal and constitutional jurisprudence regarding the social function of property, it analyses how new housing policies affect the essential content of property rights and require a rigorous application of the proportionality principle. The study incorporates international standards and recent legislation, particularly Law 12/2023, to assess whether the existing constitutional framework can effectively balance both rights or whether a deeper jurisprudential reinterpretation is necessary, potentially even calling for constitutional reform in order to strengthen the effectiveness of housing protections.

KEYWORDS: property; housing; proportionality; social function; constitutionalism

Introducción

48

La crisis habitacional que atraviesa España desde hace más de una década ha reabierto con especial intensidad el debate constitucional en torno al equilibrio entre el derecho de propiedad reconocido en el art. 33 de la CE y el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada proclamado en el art. 47. La presión sobre el mercado inmobiliario, el incremento sostenido de los precios de compra y arrendamiento, la insuficiencia del parque público y la creciente desigualdad residencial han configurado un escenario en el que los poderes públicos se ven compelidos a intervenir de manera cada vez más intensa en el ámbito de la propiedad inmobiliaria. Diversos estudios recientes acreditan que España presenta una de las tasas más bajas de vivienda social en Europa, pese a afrontar una problemática de acceso significativamente más grave. Esta situación ha ampliado la distancia entre la tutela constitucional del derecho de propiedad y las exigencias materiales derivadas de la garantía del derecho a la vivienda, tensionando el modelo de Estado social diseñado en el texto constitucional¹.

La cuestión no es nueva. Desde los orígenes del constitucionalismo europeo de posguerra, la propiedad dejó de concebirse como un derecho absoluto para integrarse en una concepción estatutaria, funcional y condicionada en el ámbito social².

¹ David ALMAGRO, "El derecho a la vivienda: la reforma improrrogable", pp. 486-489.

² Gerardo PISARELLO, *Los derechos sociales y sus garantías: elementos para una reconstrucción*, pp. 41-47; Manuel Aragón destaca que la definición de España como Estado social y de

Esta orientación cristalizó en el art. 33.2 de la *Constitución* española, que somete el derecho a la propiedad al cumplimiento de su “función social”. Lo anterior implica, no obstante, que persistan dudas relevantes sobre el alcance de esta última.

Los cambios sociales, económicos y urbanos de las últimas décadas han reactivado este debate. Una parte relevante de la doctrina reciente ha destacado que la propiedad inmobiliaria residencial se ha convertido en un ámbito paradigmático donde se confrontan la libertad de uso y disfrute del propietario y la creciente demanda de intervención pública para garantizar condiciones habitacionales dignas³. Dicha tensión se ha intensificado a raíz de la promulgación de la Ley 12/2023, la primera norma estatal dedicada de modo expreso al derecho a la vivienda, que proyecta su eficacia sobre el mercado privado e introduce deberes, cargas y límites que suscitan interrogantes de constitucionalidad⁴.

La interpretación constitucional de cualquier medida en este ámbito exige abordar tres conceptos de estrecha interrelación: la función social de la propiedad, el principio de proporcionalidad y el contenido esencial del derecho. La función social permite justificar intervenciones legislativas orientadas a la satisfacción del interés general; la proporcionalidad exige que dichas intervenciones sean idóneas, necesarias y equilibradas; y el contenido esencial actúa como límite infranqueable que protege el núcleo del derecho de propiedad frente a injerencias excesivas. No obstante, su articulación práctica está lejos de ser pacífica ya que delimitar hasta dónde puede llegar el legislador al imponer obligaciones a los propietarios –por ejemplo, en materia de viviendas vacías, topes de alquiler o deberes de colaboración administrativa– implica ponderar bienes constitucionales y redefinir los contornos del Estado social⁵.

Al mismo tiempo, el derecho a la vivienda, desde siempre entendido como un principio rector de política social, ha ido adquiriendo progresivamente una dimensión subjetiva y prestacional más intensa, tanto en la doctrina como en los estándares internacionales de derechos humanos⁶. La creciente

49

mocrático de derecho en el art. 1 de la CE opera como principio estructural del sistema constitucional, condicionando la interpretación de los derechos patrimoniales y legitimando su configuración conforme a finalidades de interés general. En Manuel ARAGÓN, “Artículo 1”, pp. 29-60.

³ Sergio FUENZALIDA, “La función social y la concepción relacional de la propiedad privada”, pp. 64-68.

⁴ ALMAGRO, *op. cit.*, pp. 491-495.

⁵ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, pp. 119-126; Ángel MENÉNDEZ, “El derecho a la vivienda y el deber de usarla: La situación actual en España”, pp. 3-15.

⁶ María GÓMEZ, “Repensando el derecho a la vivienda: ¿derecho humano o principio rector?”, pp. 366-375.

presión social para garantizar condiciones habitacionales mínimas, junto con la evolución del derecho internacional y la jurisprudencia comparada, obliga a reconsiderar el alcance jurídico del art. 47 de la CE y, en consecuencia, su interacción con el régimen constitucional de la propiedad.

I. Evolución constitucional del derecho de propiedad y su función social

1. DE LA PROPIEDAD LIBERAL A LA PROPIEDAD ESTATUTARIA

La configuración contemporánea del derecho de propiedad en España no puede comprenderse sin atender a su evolución histórica y doctrinal desde el constitucionalismo liberal hasta el social del siglo xx. En su concepción originaria, la propiedad privada se entendía como un derecho subjetivo pleno, absoluto y casi inmune a la intervención legislativa. Esta visión, fuertemente influida por el *Código Civil* y por la tradición liberal decimonónica, situaba la propiedad en el centro del sistema jurídico como herramienta de libertad individual y de autonomía privada⁷.

50

Sin embargo, esta concepción experimentó un cambio sustancial tras la Segunda Guerra Mundial, cuando los nuevos textos constitucionales europeos —en especial las *Constituciones* de Italia (1947) y Alemania (1949)— incorporaron la idea de que la propiedad debía cumplir una función social. Esta transformación respondió a la necesidad de compatibilizar la protección del derecho de propiedad con las exigencias propias del Estado social, que requería intervenir en la economía y en el uso de los bienes para garantizar condiciones dignas de vida⁸.

Este marco conceptual influyó de modo decisivo en la redacción del art. 33 de la CE, cuyo apartado segundo incorpora de forma expresa la función social como determinante del contenido del derecho. Se convierte, así, en la cláusula que articula dos exigencias constitucionales: la autonomía del propietario y las necesidades colectivas de ordenación del territorio, acceso a recursos y satisfacción de derechos básicos. La vivienda —por su valor económico y social— se erige en uno de los ámbitos más sensibles donde esta articulación adquiere relevancia.

⁷ Luis DIEZ-PICAZO y Antonio GULLÓN, *Sistema de derecho civil*, pp. 104-110.

⁸ Fernando REY, “El devaluado derecho fundamental de propiedad privada”, pp. 195-201; Ricardo GARCÍA, *Las aporías de los derechos fundamentales sociales y el derecho a una vivienda*, pp. 362-364; PISARELLO, *op. cit.*, pp. 44-47.

2. ARTÍCULO 33 DE LA CE:

CONTENIDO ESENCIAL, LÍMITES Y JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

El art. 33 de la CE establece que “se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia”, si bien su ejercicio queda delimitado por la función social, y solo puede ser privado de su contenido mediante expropiación conforme a ley y con la correspondiente indemnización. Esta fórmula refleja la doble naturaleza del derecho: una dimensión institucional, que garantiza la existencia de la propiedad dentro del orden constitucional, y una dimensión subjetiva, que protege las facultades concretas del titular.

La jurisprudencia del TC ha desempeñado un papel determinante en esta materia. Desde la temprana STC 111/1983, el Tribunal afirmó que la función social forma parte del contenido del derecho y debe ser concretada por el legislador atendiendo al interés general. En la STC 37/1987 se precisó que la propiedad admite límites amplios, siempre que no se vulnere su contenido esencial, el cual se ha identificado con aquellas facultades mínimas que permiten reconocer la institución de la propiedad como tal, entre ellas el uso, disfrute y disponibilidad⁹.

La distinción entre “delimitación” y “privación” ha sido uno de los ejes más complejos de esta jurisprudencia. Según la doctrina del Tribunal, la delimitación configura el contenido del derecho y se presume legítima si obedece a la función social, mientras que la privación implica la expropiación y exige ley singular e indemnización. El problema radica en identificar el umbral entre una delimitación intensa y una privación encubierta. La STC 170/1989 versa sobre la delimitación de la riqueza nacional y la compatibilidad de limitaciones legislativas con el contenido esencial del derecho de propiedad.

La jurisprudencia más reciente ha profundizado en esta línea. La STC 93/2015 declaró inconstitucional una norma autonómica sobre obligaciones respecto a vivienda deshabitada, precisamente por vulnerar el contenido esencial del derecho de propiedad y la competencia estatal. El Tribunal destacó que las obligaciones impuestas a los propietarios deben respetar la proporcionalidad y no anular las facultades esenciales del derecho.

En la STC 32/2019, relativa a la regulación del deber de uso, el Tribunal consideró legítimo a nivel constitucional, que el legislador imponga determinadas obligaciones orientadas a evitar la desocupación injustificada de viviendas, siempre que no equivalgan a una privación material del dominio.

Esta evolución jurisprudencial confirma que el derecho de propiedad se encuentra sometido a un proceso constante de tensión conforme a los valores del Estado social y democrático de derecho. No obstante, la falta de una

⁹ Andrés BETANCORT, “Contenido esencial y función social de la propiedad privada”, pp. 279-281.

teoría constitucional del todo consolidada sobre el contenido esencial y la proporcionalidad en materia de vivienda genera incertidumbres interpretativas significativas, más aún en un contexto de creciente intervención legislativa orientada a paliar la crisis habitacional.

II. El derecho a la vivienda y su estatuto constitucional

1. EL ART. 47 DE LA CE

Y SU CONFIGURACIÓN COMO PRINCIPIO RECTOR

La *Constitución* española reconoce en su art. 47 el derecho de todos los ciudadanos a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, imponiendo a los poderes públicos el deber de promover las condiciones necesarias y establecer las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho. Sin embargo, al ubicarse dentro del título I, capítulo III, el derecho a la vivienda se inserta en la categoría de principios rectores de la política social y económica, lo que determina su limitada exigibilidad jurisdiccional.

52 La doctrina tradicional ha destacado que los principios rectores carecen de la eficacia directa propia de los derechos fundamentales, pero condicionan al legislador y orientan la actuación de los poderes públicos, establecen mandatos de optimización que requieren desarrollo normativo para adquirir plenitud operativa y tienen como finalidad proporcionar objetivos constitucionales al Estado social, sin conferir por sí mismos acciones judiciales directas a los particulares.

Esta caracterización ha generado un intenso debate sobre la eficacia real del art. 47 de la CE. Algunos autores sostienen que su configuración constitucional como principio rector constituye una limitación estructural que contribuye a explicar la debilidad histórica de las políticas públicas de vivienda en España¹⁰. Desde esta perspectiva, el reconocimiento del derecho a la vivienda carece de garantías materiales suficientes, lo que dificulta su aplicación efectiva frente a situaciones de exclusión residencial.

Otros autores, en cambio, consideran que la distinción entre derechos fundamentales y principios rectores no implica en sí mismo la ausencia de eficacia jurídica. Los principios rectores poseen fuerza normativa y pueden producir efectos indirectos relevantes a través de la interpretación conforme, del control de razonabilidad legislativa y de la ponderación judicial en conflictos con otros derechos¹¹. Por otra parte, la progresiva incorporación

¹⁰ ALMAGRO, *op. cit.*, pp. 485-488.

¹¹ José CASCAJO, *La tutela constitucional de los derechos sociales*, pp. 45-49.

de estándares internacionales en materia de vivienda digna ha reforzado la posición jurídica del art. 47 de la CE, incluso sin reforma constitucional¹².

La actuación del TC ha sido decisiva para definir el alcance del art. 47 del CE. En sentencias como la STC 152/1988 y la STC 95/2000, el Tribunal afirmó que los principios rectores no son meras declaraciones programáticas, sino mandatos constitucionales vinculantes para los poderes públicos, aunque su contenido no sea justiciable de modo directo. En concreto, en la STC 32/2019, el Tribunal reconoció que el derecho a la vivienda puede influir en la interpretación de otros derechos y deberes constitucionales, en especial referido a materias de propiedad inmobiliaria y políticas de vivienda social:

“[...] la protección del derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada (art. 47 CE) es la dispensada por el art. 53.3 CE, pues no se trata de un derecho subjetivo exigible, sino un mandato constitucional programático”.

2. EXIGIBILIDAD, ESTÁNDARES INTERNACIONALES Y TENSIONES CON EL DERECHO DE PROPIEDAD

La progresiva influencia de estándares internacionales y europeos ha contribuido a reforzar la relevancia jurídica del derecho a la vivienda. El art. 11 del PIDESC reconoce el derecho a una vivienda adecuada, y el Comité DESC ha desarrollado criterios para determinar el contenido de este derecho, destacando elementos como seguridad jurídica de la tenencia, asequibilidad, habitabilidad y accesibilidad. La Carta Social Europea, por su parte, incluye en su art. 31 obligaciones estatales más precisas en materia de exclusión residencial y acceso a vivienda asequible.

La jurisprudencia del TEDH no reconoce el derecho a la vivienda como tal, pero ha protegido situaciones habitacionales mediante la interpretación del art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (respeto de la vida privada y familiar y del domicilio). El Tribunal ha reiterado que la pérdida de la vivienda constituye una de las formas más extremas de interferencia en dicho derecho, lo que exige un examen muy cuidadoso del principio de proporcionalidad. Sentencias como *McCann c. Reino Unido* (2008) y *Yordanova c. Bulgaria* (2012) han contribuido a trasladar dicha lógica a los ordenamientos nacionales¹³.

53

¹² GÓMEZ, *op. cit.*, pp. 366-375.

¹³ Véanse los criterios de habitabilidad y seguridad de tenencia recogidos en el art. 31 de la Carta Social Europea y en la Observación General n.º 4 del Comité DESC, así como las sentencias TEDH (2008): *McCann c. Reino Unido* y TEDH (2012): *Yordanova c. Bulgaria*.

III. La crisis habitacional y la activación de la función social de la propiedad

1. DIAGNÓSTICO CONSTITUCIONAL Y RELEVANCIA ESTRUCTURAL

La crisis habitacional española constituye un fenómeno estructural que trasciende las fluctuaciones del ciclo económico. Aunque sus raíces remotas pueden rastrearse en la configuración histórica del mercado inmobiliario y en la tradicional preferencia por la propiedad en España, su intensidad actual deriva de un conjunto de factores acumulativos: aumento sostenido de los precios del alquiler y la compra, precariedad salarial, restricciones en el acceso al crédito, incremento del costo de la vida y escasez del parque público de vivienda¹⁴. Esta combinación ha provocado un deterioro significativo de la asequibilidad residencial, sobre todo entre jóvenes y hogares de renta media y baja.

La insuficiencia del parque público es uno de los elementos más citados en la doctrina. España presenta cifras muy por debajo de la media europea, con porcentajes de vivienda social próximos al 2 %, frente a tasas superiores al 20 % en varios países del norte de Europa. Esta fragilidad estructural ha obligado al legislador a recurrir de forma insistente al mercado privado como mecanismo de acceso a la vivienda, lo que incrementa la presión sobre los propietarios y exige desarrollar instrumentos jurídicos que permitan compatibilizar intereses contrapuestos¹⁵.

La crisis habitacional no solo constituye un problema social y económico, sino que ha adquirido una dimensión constitucional evidente. La imposibilidad de amplios sectores sociales para acceder a una vivienda digna afecta a la igualdad material y reproduce desigualdades intergeneracionales, en un contexto en que la vivienda se ha convertido en el principal componente patrimonial de las familias. Este fenómeno tiene consecuencias relevantes sobre la cohesión social y sobre la capacidad del Estado social para garantizar condiciones vitales mínimas¹⁶.

El surgimiento de nuevas desigualdades territoriales y urbanas profundiza este diagnóstico. La “turistificación” de ciertos espacios urbanos, la concentración de vivienda en manos de inversores institucionales o plataformas

¹⁴ Elisa MOREU, “El impacto de los movimientos sociales en la legislación sobre vivienda”, pp. 15-20.

¹⁵ ALMAGRO, *op. cit.*, pp. 485-488.

¹⁶ Como advierte Ángel Menéndez, la vivienda actúa como presupuesto de ejercicio de otros derechos, por lo que su inaccesibilidad compromete la efectividad de la *Constitución* en su conjunto. En MENÉNDEZ, *op. cit.*, pp. 3-7.

de alquiler turístico y la escasez de oferta asequible han creado tensiones normativas que los marcos tradicionales del derecho de propiedad no estaban preparados para resolver. Esto ha reactivado el debate sobre el alcance de la función social, impulsando una legislación reciente que proyecta sobre la propiedad cargas más intensas que en décadas anteriores.

2. LA FUNCIÓN SOCIAL COMO EJE DE INTERVENCIÓN PÚBLICA: ALCANCES Y LÍMITES DEL LEGISLADOR

La función social, recogida en el art. 33.2 de la CE, se ha convertido en el instrumento principal a través del cual el legislador articula políticas de vivienda que inciden sobre la propiedad privada. Tradicionalmente, esta función se ha concretado en deberes clásicos como edificar, conservar o mantener los inmuebles en condiciones adecuadas. Sin embargo, en el contexto de urgencia habitacional, el legislador ha empezado a utilizarla como fundamento para introducir nuevas obligaciones dirigidas a garantizar un uso adecuado de la vivienda y a corregir disfunciones del mercado.

Joaquín Tornos Mas destaca que la expansión material de la función social de la propiedad responde, entre otros factores, a la necesidad de intervenir sobre viviendas desocupadas y de imponer deberes de uso y conservación¹⁷; mientras que Sergio Fuenzalida Bascuñán afirma que esta lógica se ha extendido también a la introducción de límites o modulaciones en los precios del alquiler y a la imposición de deberes de información y colaboración a grandes tenedores¹⁸.

Estas medidas, sin embargo, plantean interrogantes sobre si la función social permite una intervención tan intensa sin vulnerar el núcleo esencial del derecho de propiedad.

Ángel Menéndez Rexach sostiene que el deber de uso o la movilización de vivienda desocupada pueden ser constitucionalmente admisibles en situaciones de grave necesidad habitacional, siempre que no equivalgan a una privación material del dominio o a una desnaturalización del derecho¹⁹.

Por su parte, Javier Pérez Royo y Manuel Carrasco Durán recuerdan que la función social de la propiedad no puede operar como un concepto abierto e indeterminado que legitime cualquier tipo de intervención pública, sino como un criterio constitucional que exige concreción legal razonable y adecuada, sometida a control de proporcionalidad²⁰.

¹⁷ Joaquín TORNOS, "Las viviendas desocupadas y la función social de la propiedad".

¹⁸ FUENZALIDA, *op. cit.*, pp. 66-70.

¹⁹ MENÉNDEZ, *op. cit.*, pp. 3-7.

²⁰ JAVIER PÉREZ y MANUEL CARRASCO, *Curso de derecho constitucional*, pp. 379-383.

La Ley 12/2023 por el Derecho a la Vivienda constituye un ejemplo paradigmático de esta dinámica. La norma introduce la categoría de zonas tensionadas, impone obligaciones específicas a los grandes tenedores y permite la intervención sobre los precios del alquiler en determinados supuestos. Estas medidas, sustentadas en la necesidad de corregir disfunciones del mercado y garantizar el acceso a la vivienda, reflejan una intensificación en el recurso a la justificación de la función social. Sin embargo, su constitucionalidad fue puesta en duda por numerosos recursos de inconstitucionalidad interpuestos por diversas Comunidades Autónomas (como la comunidad de Madrid, Andalucía, Baleares, País Vasco y Cataluña, entre otras), que alegan en particular una invasión de sus competencias exclusivas en materia de vivienda; así como por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso.

A la fecha actual, la mayoría de dichos recursos han sido resueltos, y puede decirse que el TC ha avalado en su mayoría el texto legal, si bien han tenido lugar declaraciones de nulidad parcial, sobre todo por intrusión de competencias autonómicas²¹.

3. PROPORCIONALIDAD

Y CONTENIDO ESENCIAL

FRENTE A LAS MEDIDAS PÚBLICAS DE VIVIENDA

56

El principio de proporcionalidad se presenta como el criterio decisivo para determinar la constitucionalidad de las medidas públicas que inciden en el derecho de propiedad²². Exige que las decisiones sean idóneas, necesarias y proporcionadas en sentido estricto, de modo que el sacrificio impuesto al titular no exceda lo que exige la satisfacción del interés general.

La jurisprudencia constitucional, como reflejan las SSTC 93/2015 y 32/2019, insiste en que las obligaciones derivadas de la función social deben ser coherentes con la intensidad del problema habitacional y no deben despojar al propietario de las facultades esenciales del derecho. El contenido esencial, aunque difícil de precisar en términos absolutos, suele identificarse con la preservación mínima del uso, disfrute y disposición del bien. Si una medida legislativa reduce estas facultades por debajo de lo que permite mantener el reconocimiento institucional de la propiedad, se estaría ante una vulneración del art. 33 de la CE. Así, el desafío interpretativo consiste en determinar cuándo una carga impuesta al propietario —como la declaración de

²¹ TC (2024): sentencia 79/2024; TC (2025): sentencia 26/2025 y TC (2025): sentencia 190/2025.

²² TC (2019): sentencia 32/2019 reafirma que toda limitación impuesta sobre la propiedad debe superar un juicio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

zonas tensionadas, la regulación de precios del alquiler o la imposición de deberes de información a grandes tenedores—, se convierte en una limitación desproporcionada.

IV. Hacia una relectura constitucional del derecho de propiedad ante la crisis habitacional

1. COMPATIBILIZAR CONTENIDO ESENCIAL Y FUNCIÓN SOCIAL: UNA PROPUESTA INTERPRETATIVA

La tensión entre el derecho de propiedad y el derecho a la vivienda no debe entenderse en términos de conflicto irresoluble, sino como la expresión de una dualidad estructural del Estado social. La *Constitución* de 1978 reconoce ambos derechos y obliga a los poderes públicos a articularlos de forma armónica, evitando tanto la subordinación absoluta del interés privado como la disolución del derecho de propiedad en una lógica puramente utilitarista. Sin embargo, el marco interpretativo tradicional —centrado en la supremacía configuradora del legislador respecto de la función social y en una comprensión rígida del contenido esencial— no parece suficiente para abordar los retos actuales derivados de la crisis habitacional, caracterizada por fenómenos como la “financiarización” del mercado inmobiliario, el incremento del alquiler tensionado y la persistencia de altos índices de exclusión residencial. Estos desafíos requieren una actualización metodológica que permita responder a nuevas realidades sociales.

En efecto, el núcleo de esta tensión radica en la necesidad de garantizar que ninguna de las dos dimensiones —ni la autonomía del propietario ni la protección del acceso a la vivienda— quede por completo subordinada a la otra. El equilibrio entre derechos implica comprender que ambos participan de la lógica del Estado social y democrático de derecho. La propiedad no es solo un derecho subjetivo, sino, también, una institución social cuya configuración está condicionada por fines y valores comunes.

A partir de esta visión, se hace posible superar concepciones demasiado formalistas que, en ocasiones, han interpretado cualquier intervención legislativa intensa como una amenaza para el contenido esencial del derecho de propiedad. El enfoque sustantivo exige, en cambio, analizar si la intervención preserva el reconocimiento institucional del derecho y mantiene un margen significativo de libertad para el titular, aun cuando imponga deberes concretos orientados a satisfacer necesidades habitacionales urgentes. Así, la constitucionalidad de medidas como la movilización de vivienda vacía, los límites al incremento de rentas en zonas tensionadas o la ampliación de

las obligaciones de conservación no debe evaluarse solo desde la perspectiva de la restricción, sino también desde la óptica de su contribución a la realización efectiva de la función social²³.

Del mismo modo, la doctrina internacional ofrece elementos útiles para fortalecer esta lectura integrada. El Comité DESC ha señalado que las políticas públicas sobre vivienda deben ajustarse al principio de proporcionalidad, además de que los Estados tienen la obligación de emplear “el máximo de los recursos disponibles” para garantizar el acceso a una vivienda adecuada. Ello implica que la intervención pública es tan legítima, como necesaria, cuando la urgencia habitacional amenaza la dignidad de amplios sectores sociales. En este sentido, los estándares internacionales complementan el mandato constitucional interno y contribuyen a reforzar la idea de que la propiedad, en su dimensión institucional, debe coexistir con políticas ambiciosas orientadas a corregir desigualdades estructurales.

A partir de estas premisas, puede proponerse una relectura constitucional que articule el derecho de propiedad y el derecho a la vivienda mediante el siguiente esquema:

1. La función social define las finalidades constitucionales del uso de la propiedad, determinando su orientación general y justificando la imposición de cargas razonables vinculadas a la satisfacción de necesidades colectivas.
2. La proporcionalidad concreta los límites aceptables de estas cargas, evaluando su necesidad, idoneidad y equilibrio para asegurar que la intervención legislativa no exceda lo estrictamente requerido para alcanzar los fines constitucionales.
3. El contenido esencial asegura que el propietario no pierda las facultades mínimas que caracterizan el derecho, preservando su núcleo definitorio e impidiendo que la intervención pública transforme la institución en una entidad irreconocible.

Este enfoque proporciona un marco flexible que reconoce la complejidad del fenómeno habitacional contemporáneo y permite al legislador desarrollar políticas innovadoras sin incurrir en riesgos de inconstitucionalidad, siempre que respete el equilibrio estructural entre derechos individuales, mandatos sociales y garantías institucionales.

²³TC (1987): 37/1987 recuerda que el legislador puede imponer deberes intensos siempre que se preserve el reconocimiento institucional del derecho y se mantenga un margen real de facultades para su titular.

2. ¿REFORMA CONSTITUCIONAL O REINTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL?

Ante la creciente complejidad del conflicto entre propiedad y vivienda, una parte de la doctrina ha planteado la posibilidad de reformar la *Constitución* para reforzar la eficacia de su art. 47²⁴. Según esta posición, la naturaleza programática del precepto genera un déficit de exigibilidad que se traduce en políticas discontinuas, desigualdades territoriales y una escasa capacidad de control jurisdiccional sobre la acción del legislador y de los gobiernos autonómicos y locales. De ahí que algunos autores hayan sugerido, incluso, la posibilidad de elevar la vivienda a la categoría de derecho fundamental o, al menos, de dotarla de una configuración híbrida que combine eficacia directa con mandatos reforzados dirigidos a los poderes públicos²⁵. La propuesta, sin embargo, enfrenta dificultades políticas y jurídicas. En términos políticos, las reformas constitucionales en España han sido escasas y requieren amplios consensos parlamentarios, en especial, cuando afectan al título I. La experiencia comparada demuestra que las reformas en materia de derechos sociales suelen requerir no solo mayorías cualificadas, sino, también, un clima de consenso social que minimice el riesgo de polarización.

No obstante, otros autores consideran que no es imprescindible modificar la *Constitución* para dotar de mayor eficacia al derecho a la vivienda. Entre ellos, María Gómez Jiménez ha sostenido que un desarrollo legislativo más ambicioso del art. 47 de la CE, combinado con una interpretación jurisprudencial más receptiva a los estándares internacionales y europeos en materia de vivienda, sería suficiente para dotar a este precepto de una operatividad jurídica reforzada, incluso sin necesidad de una reforma constitucional expresa²⁶. Desde esta perspectiva, la clave no residiría tanto en una modificación del texto constitucional como en un cambio metodológico que permita a los tribunales –y al legislador– asumir que los principios rectores, aunque no generen derechos subjetivos plenos, sí tienen capacidad para modular otros derechos y para exigir políticas consistentes y continuadas.

Por otra parte, el TC dispone de margen interpretativo para reforzar la eficacia del derecho a la vivienda sin necesidad de reforma formal. La STC 32/2019 muestra una línea incipiente en esta dirección al reconocer que el derecho a la vivienda puede influir en la interpretación de otros derechos

59

²⁴ David Almagro sostiene que la ubicación del derecho a la vivienda en el ámbito de los principios rectores constituye una limitación estructural que dificulta su desarrollo efectivo y justifica considerar la necesidad de una reforma que reconozca una mayor densidad jurídica a este derecho. En ALMAGRO, *op. cit.*, pp. 485-488.

²⁵ PÉREZ y CARRASCO, *op. cit.*, pp. 379-383.

²⁶ GÓMEZ, *op. cit.*, pp. 370-375.

constitucionales y servir como parámetro para evaluar la proporcionalidad de medidas que afectan a la propiedad. Aunque esta doctrina aún es embrionaria y no ha sido desarrollada de forma sistemática, abre la puerta a una lectura extensiva del art. 47 de la CE, sobre todo en contextos de vulnerabilidad residencial, desahucios sin alternativa habitacional o situaciones de emergencia social. Una evolución jurisprudencial en esta línea podría avanzar hacia el reconocimiento de una dimensión subjetiva limitada del derecho a la vivienda, no en términos de prestación directa exigible en todo caso, sino como un estándar mínimo de protección que los poderes públicos no pueden desconocer.

60 Por otro lado, la teoría constitucional comparada demuestra que numerosos países europeos han logrado desarrollar políticas habitacionales robustas sin elevar el derecho a la vivienda al rango de derecho fundamental. Alemania, por ejemplo, articula su sistema a partir del deber estatal de ordenar el territorio y garantizar prestaciones básicas, confiando en un entramado normativo ordinario. Italia, por su parte, ha integrado la vivienda en el marco más amplio de los derechos sociales garantizados mediante mandatos dirigidos al legislador, permitiendo que el contenido concreto del derecho evolucione a través de políticas públicas y decisiones judiciales sin una reforma formal de la *Constitución*. En países nórdicos, el enfoque se basa más en sistemas de bienestar expansivos que, aunque no reconozcan de forma explícita un derecho fundamental a la vivienda, generan resultados materiales muy superiores a los obtenidos en sistemas con reconocimiento constitucional formal, pero sin políticas sostenidas. Ello sugiere que el obstáculo principal para el avance del derecho a la vivienda en España no es necesariamente su ubicación sistemática, sino la insuficiencia de políticas públicas, la fragmentación competencial y la carencia de instrumentos legislativos adecuados y estables²⁷.

En este contexto, la opción más realista parece ser una reinterpretación jurisprudencial progresiva que reconozca la centralidad del derecho a la vivienda en el Estado social y, al mismo tiempo, mantenga las garantías del derecho de propiedad mediante un uso riguroso del principio de proporcionalidad. Este camino permitiría adaptar la comprensión constitucional del derecho a la vivienda a las exigencias actuales sin necesidad de modificar el texto constitucional, al tiempo que impondría al legislador la obligación de desarrollar políticas coherentes, previsibles y evaluables. Asimismo, esta vía jurisprudencial no excluiría, a largo plazo, la posibilidad de una reforma constitucional que otorgue mayor claridad, densidad normativa y estabilidad al

²⁷ Luciano PAREJO, "El derecho a la vivienda y la función social de la propiedad", pp. 35-75.

sistema, ante todo si la evolución del debate público y político consolidara la idea de que la vivienda debe ocupar un lugar más central en el catálogo de derechos. Pero, por el momento, la reinterpretación judicial y el fortalecimiento legislativo parecen ser las estrategias más viables para responder a la crisis habitacional y para garantizar un equilibrio adecuado entre el derecho de propiedad y la efectividad real del derecho a la vivienda.

Conclusiones

En primer lugar, el análisis realizado permite constatar que la relación entre el derecho de propiedad del art. 33 de la CE y el derecho a la vivienda del art. 47 de la CE constituye uno de los desafíos interpretativos más relevantes del constitucionalismo español contemporáneo. La crisis habitacional ha intensificado esta tensión estructural, revelando las insuficiencias del modelo tradicional de articulación entre ambos derechos y exigiendo respuestas normativas y jurisprudenciales que sean coherentes con las transformaciones sociales y económicas recientes. Los cambios en los mercados inmobiliarios, la creciente “financiarización” del acceso a la vivienda y la consolidación de nuevos factores de exclusión residencial evidencian que el marco conceptual elaborado durante las décadas posteriores a la *Constitución* resulta, en muchos aspectos, insuficiente para afrontar los desafíos actuales.

En segundo lugar, la evolución histórica del derecho de propiedad demuestra que su carácter absoluto ha sido desplazado por un modelo estatutario en el que la función social desempeña un papel central. Este tránsito ha situado al legislador en una posición reforzada para configurar el contenido del derecho atendiendo a finalidades de interés general. La propiedad, concebida como institución jurídica compleja, se entiende hoy como una combinación de facultades, deberes y límites cuyo equilibrio debe responder a la estructura del Estado social. No obstante, esta capacidad configuradora no es ilimitada: está condicionada por el respeto al contenido esencial del derecho, que actúa como garantía frente a intervenciones que puedan desnaturalizarlo, despojándolo de las facultades mínimas que lo identifican en el ámbito histórico. La determinación de este contenido esencial, lejos de ser un puro ejercicio formal, exige valorar el impacto real de las medidas legislativas sobre la posición jurídica del propietario y sobre la funcionalidad de la propiedad como institución constitucional.

En tercer lugar, el estatuto constitucional del derecho a la vivienda evidencia una creciente densidad normativa, aunque su ubicación entre los principios rectores siga condicionando su eficacia directa. A pesar de ello, la pro-

ducción doctrinal reciente, los estándares internacionales y determinadas líneas jurisprudenciales han reforzado su relevancia jurídica, más aún en su puestos de vulnerabilidad habitacional. La interpretación integrada de los arts. 47 y 10.1 de la CE, junto con la influencia del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ha contribuido a proyectar un contenido más robusto del derecho a la vivienda, entendida no solo como un objetivo programático, sino como un componente esencial de la dignidad humana. Ello sugiere que el art. 47 de la CE posee una fuerza normativa más intensa de lo que su tradicional naturaleza programática permitiría anticipar, abriendo la puerta a un papel más activo de los tribunales en el control de las políticas públicas y en la protección de colectivos especialmente vulnerables.

62 En cuarto lugar, la crisis habitacional ha puesto de manifiesto la necesidad de utilizar la función social de la propiedad como instrumento operativo para garantizar el acceso a la vivienda. La intensificación de cargas y deberes vinculados al uso del inmueble, la regulación de precios del alquiler o la intervención en zonas tensionadas reflejan un giro hacia una mayor intervención pública, impulsada por la urgencia de corregir desequilibrios estructurales del mercado. Aunque estas medidas responden a un contexto de necesidad social, su legitimidad constitucional depende de su proporcionalidad y de su respeto al contenido esencial de la propiedad. La jurisprudencia del TC ha destacado que, si bien el legislador dispone de amplio margen, este no puede llegar a anular las facultades mínimas que identifican la institución de la propiedad ni convertirla en un mero instrumento de políticas públicas coyunturales. En consecuencia, el control de proporcionalidad adquiere una función decisiva para valorar si las medidas adoptadas preservan tanto la finalidad social perseguida como la estructura institucional del derecho.

De esta interacción se desprende la necesidad de una relectura constitucional del derecho de propiedad, capaz de integrar de forma coherente los valores y exigencias del Estado social. Esta relectura debe asumir que la función social no puede ser entendida como una mera cláusula retórica, sino como un criterio sustantivo que orienta la configuración del derecho y justifica obligaciones positivas vinculadas a la satisfacción de necesidades colectivas. Asimismo, debe permitir que el derecho de propiedad se adapte a las transformaciones sociales sin perder su contenido esencial, lo que exige abandonar concepciones en extremo rígidas o patrimonialistas y asumir un enfoque institucional que ubique la propiedad en relación dinámica con otros mandatos constitucionales. Al mismo tiempo, debe preservarse un contenido esencial que garantice que la propiedad continúe desempeñando su papel dentro del sistema constitucional, evitando su instrumentalización excesiva o su vaciamiento funcional.

Por último, el debate sobre la eventual reforma constitucional del art. 47 de la CE sigue abierto, pero no constituye por obligación una condición indispensable para mejorar la eficacia del derecho a la vivienda. La experiencia comparada demuestra que es posible desarrollar políticas habitacionales robustas dentro de marcos constitucionales semejantes, siempre que exista voluntad legislativa, planificación a largo plazo y una jurisprudencia sensible a las exigencias del Estado social. Una interpretación más dinámica por parte del TC, en consonancia con los estándares internacionales y con la evolución doctrinal reciente, parece una vía adecuada para fortalecer la protección del derecho a la vivienda sin alterar a nivel formal, el texto constitucional. No obstante, ello no impide que, en un horizonte temporal más amplio, una eventual reforma pueda contribuir a clarificar el estatuto jurídico de la vivienda y a reforzar su exigibilidad, en especial si se consolida un consenso social sobre su centralidad en el bienestar colectivo.

Bibliografía

- ALMAGRO CASTRO, David (2025), “El derecho a la vivienda: la reforma improrrogable”. Disponible en <https://doi.org/10.5944/trc.56.2025.47060> [fecha de consulta: 25 de abril de 2026].
- ARAGÓN REYES, Manuel, “Artículo 1”, en Miguel RODRÍGUEZ-PINERO y María Emilia BRAVO-FERRER (dirs.), *Comentarios a la Constitución española: XL aniversario*, Madrid, BOE, 2018. También disponible en www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-PB-2018-94_1
- BETANCORT RODRÍGUEZ, Andrés, “Contenido esencial y función social de la propiedad privada”, en Andrés Betancor Rodríguez (coord.), *Instituciones del Estado democrático de derecho, conversaciones*, Madrid, Agencia Estatal/BOE, 2024. También disponible en www.boe.es/biblioteca_juridica/publicacion.php?id=PUB-PB-2024-329 [fecha de consulta: 4 de junio de 2026].
- CASCAJO CASTRO, José Luis, *La tutela constitucional de los derechos sociales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988.
- DÍEZ-PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN, *Sistema de derecho civil*, 11.ª ed., Madrid, Tecnos, 2012, vol. III.
- FUENZALIDA BASCUÑÁN, Sergio, “La función social y la concepción relacional de la propiedad privada”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, vol. 29, n.º 1, Madrid, 2025. Disponible en <https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.29.02>
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3ª ed., Madrid, Civitas, 1994.
- GARCÍA MACHO, Ricardo, *Las aporías de los derechos fundamentales sociales y el derecho a una vivienda*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 1982.

- GÓMEZ JIMÉNEZ, María Luisa. “Repensando el derecho a la vivienda: ¿derecho humano o principio rector?”, en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, n.º 25, Madrid/Valencia, 2015.
- MENÉNDEZ REXACH, Ángel, “El derecho a la vivienda y el deber de usarla: La situación actual en España”, en *Anales de La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de La Universidad de La Plata*, n.º 53, La Plata, 2023. Disponible en <https://doi.org/10.24215/25916386e136>
- MOREU CARBONELL, Elisa, “El impacto de los movimientos sociales en la legislación sobre vivienda”, en *Revista Andaluza de Administración Pública*, n.º 98, Sevilla, 2017. Disponible en <https://doi.org/10.46735/raap.n98.23>
- PAREJO AFONSO, Luciano, “El derecho a la vivienda y la función social de la propiedad”, en *Ciudad y Territorio: Estudios Territoriales*, n.º 84, Madrid, 1990.
- PÉREZ ROYO, Javier y Manuel CARRASCO DURÁN (2025), *Curso de derecho constitucional*, 19.ª ed., Madrid, Editorial Marcial Pons, 2025.
- PISARELLO, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías: elementos para una reconstrucción*, Madrid, Editorial Trotta, 2007.
- REY MARTÍNEZ, Fernando, “El devaluado derecho fundamental de propiedad privada”, en Francisco José BASTIDA FREJEDO (coord.), *Propiedad y derecho constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2025.
- TORNOS MAS, Joaquín, “Las viviendas desocupadas y la función social de la propiedad”, en Josep María MOLTÓ DARNER y Juli PONCE SOLÉ (coords.), *Derecho a la vivienda y función social de la propiedad: nuevas políticas públicas en el marco del servicio público de alojamiento*, Madrid, Editorial Thomson Reuters Aranzadi, 2017.

NORMATIVA

- Constitución española*, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 311, Madrid, 29 de diciembre de 1978.
- Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 124, Madrid, de 25 de mayo de 2023.
- CONSEJO DE EUROPA, *Carta social europea (revisada)*, Estrasburgo, 1996.
- CONSEJO DE EUROPA, *Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, Roma, 1950.
- NACIONES UNIDAS, *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Resolución 2200 A (XXI), Nueva York, 1966.

JURISPRUDENCIA

- TEDH (2008): McCann c. Reino Unido (demanda núm. 19009/04).
- TEDH (2012): Yordanova y otros c. Bulgaria (demanda núm. 25446/06).
- TC (1987): 26 de marzo de 1987, sentencia 37/1987 (ECLI:ES:TC:1987:37)
- TC (1983): 2 de diciembre de 1983, sentencia 111/1983 (ECLI:ES:TC:1983:111).

TC (1988): 20 de julio de 1988, sentencia 152/1988 (ECLI:ES:TC:1988:152).
 TC (2015): 14 de mayo de 2015, sentencia 93/2015 (ECLI:ES:TC:2015:93).
 TC (2019): 28 de febrero de 2019, sentencia 32/2019 (ECLI:ES:TC:2019:32).
 TC (2024): 23 de abril de 2024, sentencia 79/2024 (ECLI:ES:TC:2024:79).
 TC (2025): 20 de febrero de 2025, sentencia 26/2025 (ECLI:ES:TC:2025:26).
 TC (2025): 3 de diciembre de 2025, sentencia 190/2025, de (ECLI:ES:TC:2025:190).

Siglas y abreviaturas

art.	artículo
arts.	artículos
BOE	Boletín Oficial del Estado
c.	contra
CE	Constitución española
Comité DESC	Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
coord.	coordinador
coords.	coordinadores
dirs.	directores
doi	Digital Object Identifier
ed.	edición
https	Hypertext Transfer Protocol Secure
n.º	número
núm.	número
<i>op. cit.</i>	<i>opere citato</i>
ORCID	Open Researcher and Contribution ID
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
pp.	páginas
SSTC	Sentencias del Tribunal Constitucional
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
ULL	Universidad de La Laguna
vol.	volumen
www	World Wide Web

doi.org/10.52611/rdpi.num29.2026.1355

NACIONALIDAD, DERECHO INTERNACIONAL Y LA CONSTITUCIÓN DE 1833

NATIONALITY, INTERNATIONAL LAW, AND THE 1833 CONSTITUTION

*Céspedes Proto, Rodrigo**

Resumen

Este trabajo examina las normas constitucionales sobre nacionalidad y su interpretación conforme a las doctrinas de derecho internacional a partir de un caso histórico. El análisis se ilustra con dos sentencias contradictorias sobre la naturaleza jurídica nacionalidad y su regulación en la *Constitución* de 1833. Ambos fallos deciden sobre hijos de extranjeros y la carga pública del servicio militar. La intensidad con que el derecho de gentes es aceptado por el sistema jurídico chileno es un elemento fundamental en el material examinado. Se estudia, además, un caso relacionado con hijos de peruanos nacidos en territorio ocupado por el ejército chileno después de la Guerra del Pacífico. Se mencionan el derecho internacional contemporáneo sobre nacionalidad y elementos de derecho comparado.

PALABRAS CLAVE: historia del derecho internacional; nacionalidad; doble nacionalidad; servicio militar; derecho internacional y el derecho interno; práctica estatal; ocupación bélica

67

* Doctor en Derecho de la Universidad de Lancaster. Profesor de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Las Américas (sede Providencia). Correo electrónico: rcespedes@udla.cl ORCID: 0000-0001-9607-3498.

Artículo enviado el 25 de junio de 2026 y aceptado para su publicación el 9 de septiembre de 2026.

Abstract

This article examines the constitutional rules governing nationality and their interpretation in accordance with doctrines of international law, using a historical case study. The analysis is illustrated with two contradictory judgments on the legal nature, nationality, and its regulation in the Constitution of 1833. Both rulings decide on children of foreigners and military service. The intensity with which our legal system accepts the law of nations is fundamental in both judgments. A case related to children of Peruvians born in territory occupied by the Chilean army after the Pacific War is also analyzed. Aspects of contemporary international law on nationality and comparative elements are mentioned.

KEYWORDS: history of international law; nationality; dual nationality; military service; international and domestic law; state practice; military occupation

Introducción

68

Las relaciones entre el derecho interno y el internacional, particularmente en materia de derechos fundamentales ha tenido ocupada a parte importante de los autores locales. Hay mucha investigación sobre esta interacción durante la vigencia de la *Constitución* de 1980 después de la reforma de 1989 al art. 5.2. También fue un aspecto relevante en el demasiado largo y dos veces fallido proceso constituyente. Quizá es útil recordar la amplia apertura de la judicatura al derecho de gentes durante la vigencia de la *Constitución* de 1833. El examen no es abstracto sino práctico: se analizan decisiones concretas respecto a la nacionalidad y a una de sus consecuencias directas: la carga del servicio militar. Durante la vigencia de la *Constitución* de 1833 no existía mayor restricción a cruzar fronteras, Chile otorgó asilo a muchos perseguidos y acogió muchos inmigrantes. La igualdad era un derecho constitucional (art. 10) y civil (art. 57 del *Código Civil*) que se aplicaba también a extranjeros, con muy pocas excepciones¹.

La nacionalidad es el vínculo jurídico entre una persona y un Estado. Esta supone que la persona tiene ciertos derechos, como residir en el territorio del Estado y la asistencia diplomático-consular cuando el nacional se encuentra en el extranjero. Por otro lado, un nacional tiene deberes específicos para con el Estado, como el servicio militar, que era obligatorio en ese mo-

¹ Agustín CORREA, *Los extranjeros ante la ley chilena*, pp. 9-25. En términos generales, Gregor NOVAK, "Aliens".

mento en Chile. Ese deber es esencial de los casos comentados. Las cargas públicas son formas de contribución forzosa de los particulares para el cumplimiento de los fines y supervivencia de la comunidad política: el sacrificio de cada uno por el bien de todos. Estas implican un detrimento del patrimonio, del tiempo o la libertad individual. Pueden implicar tributos, deberes electorales, la posibilidad de ser jurado (en los países que existen) o el deber de comparecer como testigo en juicio. Las cargas públicas se imponen por ley y deben tener carácter general para ser soportadas sin compensación. El servicio militar involucra un servicio personal que puede ser bastante prolongado. En uno de los casos, la carga era de una dureza particular, ya que se trataba de hijos de peruanos, los vencidos, residentes en territorio ocupado después de la Guerra del Pacífico².

Para atribuir la nacionalidad a un individuo se necesita algún tipo de factor de conexión con el Estado en cuestión, aunque de haber varios, se trata de nacionalidad múltiple. La Corte Internacional de Justicia falló el famoso precedente *Nottebohm* (1955), donde se establecen criterios que rigen el reconocimiento de la nacionalidad efectiva de una persona. Friedrich Nottebohm nació en Alemania, luego emigró a Guatemala donde residió por varios años en calidad de comerciante. Por esta actividad, mantenía negocios con Alemania y Liechtenstein. Durante la Segunda Guerra Mundial, obtuvo la nacionalidad por naturalización en Liechtenstein, y registró esta nueva nacionalidad en Guatemala. Aun así, cuando Guatemala declaró la guerra a Alemania, fue arrestado por ser alemán y deportado a Estados Unidos como ciudadano del enemigo, lugar donde permaneció privado de libertad hasta el fin de la guerra. El consulado suizo, representante de Liechtenstein en Guatemala protestó, pero las autoridades guatemaltecas no reconocieron su nueva nacionalidad, puesto que no bastaba el registro, que debía ser acompañado por un cambio efectivo de domicilio. Terminada la guerra, fue liberado y trató de volver a Guatemala, donde sus propiedades estaban confiscadas. Entonces Liechtenstein demandó a Guatemala ante la Corte Internacional de Justicia, reclamando compensaciones a su favor. La Corte resolvió que el vínculo entre Friedrich Nottebohm y Liechtenstein era débil para sustentar la nacionalidad. El objetivo del cambio fue más bien vincularse a un Es-

² La Guerra del Pacífico o Guerra del Guano y del Salitre, (1879-1883) fue un conflicto entre Bolivia y Perú contra Chile tuvo por objetivo el control de una parte de la costa del Pacífico Sur. La zona en disputa formaba parte del desierto de Atacama (entre los paralelos 23 y 26). El territorio contenía nitrato de potasio (salitre) explotado por intereses chilenos. El gobierno boliviano decidió aumentar los impuestos a la empresa chilena, violando un tratado, para aprovechar los crecientes ingresos fiscales, lo que desembocó en una disputa tributaria y escaló a nivel bélico. Bolivia perdió su acceso al mar y Chile ocupó buena parte del sur de Perú. Véase Gonzalo BULNES, *Guerra del Pacífico*.

tado neutral por simples razones prácticas. En consecuencia Guatemala podía no reconocer la naturalización, lo que implicaba que no debía pagar compensación alguna porque Liechtenstein carecía de legitimación para darle protección. El Tribunal destaca que la nacionalidad precisa de un vínculo genuino (y no solo formal) como la residencia habitual, conexiones familiares y comerciales, y la seriedad y sinceridad de la naturalización solicitada. La Corte no niega la potestad de Liechtenstein, de conferir nacionalidad, pero esta puede no tener un válido reconocimiento por otros Estados a menos que existan vínculos reales.³ A veces se dan varios factores de manera simultánea y puede que existan personas que tengan múltiples nacionalidades o un tribunal determinará cuál es el factor preponderante. La nacionalidad múltiple puede ser el resultado de la interacción de diferentes normas de nacionalidad como el *ius soli* y el *ius sanguinis*, de modo que un niño nacido en un Estado de un padre que tiene la ciudadanía de otro Estado tendrá ambas nacionalidades al nacer. La doble nacionalidad también puede producirse cuando un niño nace de padres de nacionalidades diferentes, si los Estados pertinentes permiten la transmisión del *ius sanguinis*. En última instancia, la nacionalidad múltiple puede resultar cuando una persona se naturaliza en un Estado sin renunciar a su nacionalidad⁴.

70 En un tiempo donde los instrumentos internacionales⁵ eran escasos, la práctica de las naciones generaba costumbre internacional⁶. Una de las fuentes

³ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE (1955), *Nottebohm case Liechtenstein v. Guatemala*. Para una visión general, véase Seline TREVISANUT, "Nationality Cases before International Courts and Tribunals". Curiosamente la jurisprudencia chilena también se adelanta a este fallo y establece la misma doctrina en el caso *Unión* (1884), sobre declaración de buena presa durante la Guerra del Pacífico, en *Gaceta de los Tribunales*, año 44, núm. 2, 161 (1885), pp. 1737-1740. La nave *Unión* fue capturada violando el bloqueo del puerto de El Callao. Los armadores alegaron tener pabellón de Honduras, nación neutral. El Tribunal estimó que la nave era una presa legítima, ya que, si bien la bandera era neutral, los armadores tenían domicilio comercial en Perú, ni los tripulantes ni el comandante eran hondureños, en resumen, no había un vínculo real entre la nave y Honduras y todo indicaba que era un mercante peruano. Resumen y comentario en inglés más su texto completo puede verse en Rodrigo CÉSPEDES, "*Unión case: Italian consul (representing Benito Baglietto and ors) and Barreiro and others (intervening) v Chile, Legitimate prey declaration*".

⁴ Véase Alfred BOLL, *Multiple nationality and international law*, pp. 1-308. Más resumidamente, Peter J. SPIRO, "Multiple Nationality".

⁵ Los tratados de amistad, comercio y navegación son acuerdos bilaterales celebrados para facilitar el comercio, la navegación y las inversiones entre las partes y recíprocamente para proteger a personas y empresas. Chile celebró varios durante el siglo XIX y regulan varios aspectos como la libertad religiosa, asuntos tributarios, extradición, privilegios consulares, etc. Andreas PAULUS, "Treaties of Friendship, Commerce and Navigation".

⁶ El derecho consuetudinario internacional son normas jurídicas no escrituradas y no oficiales que se desarrollan a través de los intercambios entre Estados a lo largo del tiempo. La práctica consistente entre los Estados para llevar a cabo sus asuntos. Muchos tratados son

que revela esta práctica son las decisiones judiciales de los diferentes Estados. Se revisarán dos casos que representan formas opuestas de adquisición de nacionalidad. Las dos principales vías de adquisición de la nacionalidad, *ius sanguinis* y *ius soli*, luchan por la primacía. Para dilucidar esta preeminencia, los tribunales deben decidir si el derecho internacional representa o no un papel preponderante en la interpretación de las normas constitucionales. Ambos casos son de principios del siglo xx y, sin embargo, muy actual dada la relevancia del derecho internacional en el ordenamiento jurídico chileno contemporáneo. El segundo caso tiene una característica adicional: hay que determinar qué era territorio chileno y con qué intensidad el Estado ejercía sus potestades en territorios peruanos ocupados por Chile a consecuencia de la Guerra del Pacífico. A lo anterior, hay que agregar que la situación era ambigua: Chile ya había firmado el Tratado de Ancón (1883)⁷ que consideraba un plebiscito para determinar si las provincias de Tacna y Arica serían chilenas o peruanas. Pasaron los diez años estipulados y el referéndum no se celebraba, lo que daba más incerteza al asunto⁸. Esta sentencia es aún más importante para el derecho internacional, debido a que puede compararse con la situación de las zonas palestinas ocupadas por Israel.

intentos de codificar el derecho consuetudinario preexistente. Según el art. 38(1)(b) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia el derecho internacional consuetudinario es una de las fuentes jurídicas del derecho internacional. Surge a través del consenso de convicciones jurídicas comunes de que se trata de un comportamiento obligatorio (*opinio iuris sive necessitatis*) de los sujetos de derecho internacional y su práctica amplia (*consuetudo*). Brian LEPARD, *Customary international law: a new theory with practical applications*, pp. 1-419.

⁷ El Tratado de Ancón (1883) resolvió las diferencias territoriales restantes entre Perú y Chile después de la Guerra del Pacífico y estabilizar las relaciones diplomáticas. Según los términos del acuerdo, Chile obtuvo el control de Tarapacá. Chile también conservaría las provincias conquistadas de Tacna y Arica durante diez años, después de lo cual su destino se decidiría mediante un plebiscito que nunca se celebró. Para algunos, se trataría de una “paz dictada”: un tratado de paz determinado unilateralmente por Chile, con la bandera chilena flameando en Lima y con la autoridad peruana reconocida por Chile, el gobierno de Miguel Iglesias (en oposición a una verdadera “paz acordada” entre partes iguales). Después de controlar el mar y nunca retroceder en tierra, las FF.AA. chilenas en un año llegan a Lima y combaten en la sierra. Aparte de la estabilidad política chilena, la potencia militar aumentó de forma significativa con las capturas y el botín de guerra. Como contrapartida, tanto Bolivia como Perú entraron en crisis, siendo contrapartes insignificantes; una asimetría manifiesta.

⁸ El Tratado de Lima (1929) pone fin al conflicto sobre la soberanía definitiva de las provincias de Tacna y Arica. Según el pacto, la provincia de Tacna fue reincorporada a Perú y Chile conservó Arica, pagando a Perú una indemnización de seis millones de dólares más servidumbres a favor de Perú en Arica, un muelle en Arica y el ferrocarril Tacna-Arica.

I. Las normas de la Constitución de 1833 y la nacionalidad

En forma muy general, los individuos adquieren la nacionalidad por varios factores que los conectan con uno o varios Estados. Algunas son automáticas y otras requieren de una solicitud. En la forma denominada *ius sanguinis*, una persona adopta la nacionalidad de sus padres nazca dentro o fuera del país de sus padres; mientras que, en la segunda, el *ius soli*, los individuos son nacionales del Estado en el que nacieron. Una tercera forma es el *ius matrimonii* en que cónyuges extranjeros obtienen la nacionalidad de sus cónyuges después de un cierto periodo de matrimonio (el Estado podría impugnar los matrimonios simulados si la ley le otorga esta potestad). Una última posibilidad se produce con la naturalización, en la que los Estados conceden la nacionalidad a las personas que han entrado por vía legal al país y a las que se les ha concedido un permiso de residencia, o a las que se les ha concedido asilo político. En algunos países, la naturalización está sujeta a condiciones que pueden incluir la aprobación de un examen que demuestre un conocimiento razonable del idioma, antecedentes penales jurando lealtad a su nuevo país y renunciando a su ciudadanía anterior. Las dos primeras son las importantes para el presente análisis. El art. 6 números (1) y (2) de la *Constitución* 1833 establecía que eran chilenos:

- (1) los nacidos en el territorio de Chile;
- (2) los hijos de padre o madre chilenos nacidos en territorio extranjero por el solo hecho de radicarse en Chile.

El número (1) y el principio establecido en el número (2) son importantes en los fallos comentados, toda vez que se trata de hijos de extranjeros residentes en Chile.

Jorge Huneeus, el mayor comentarista de la *Constitución* de 1833, es el autor clave en las sentencias examinadas y cuyas opiniones son confirmadas o refutadas por los tribunales. Para él, las normas de nacionalidad son de derecho internacional privado, en virtud de que deberán resolverse conflictos que se susciten en caso de superposición normativa, y resolver según el factor de conexión preponderante. Debido a eso, la norma ofrece la nacionalidad, pese a su tono imperativo, y no la impone y los individuos pueden aceptarla. La definición de territorio “que materialmente ocupa la República de Chile” debe entenderse desde el punto de vista del derecho internacional público y del derecho público chileno⁹.

⁹ Jorge HUNEEUS, *La Constitución ante el Congreso*, pp. 20-30.

1. TEORÍA CONTRACTUALISTA: EL CASO GARCÍA (1908)¹⁰

La teoría contractualista considera, como destacaba Jorge Huneeus, que la *Constitución* propone condiciones con las cuales puede obtenerse una nacionalidad y el individuo tiene la palabra final. Esta teoría es más privatista, y se basa en el principio que señala que no pueden imponerse derechos contra la voluntad de las personas. De esta manera, si un individuo puede acceder a varias nacionalidades, podrá libremente optar por alguna, tal como lo resuelve el caso García (1908). Los hechos del fallo son los siguientes: Héctor García nació en Chile y sus padres eran españoles. Fue inscrito en la Embajada de España como nacional español, y su registro fue comunicado al gobierno chileno. Según el art. 6.1 de la *Constitución* de 1833, fue considerado chileno por haber nacido en territorio chileno. Cada chileno estaba obligado a servir en las Fuerzas Armadas como una carga pública. En consecuencia, se le exigió que se registrara en el cuartel general competente del Ejército. Debido a que no se registró, el Tribunal Penal de Santiago lo castigó con treinta días de prisión. Héctor García recurrió ante la Corte de Apelaciones de Santiago.

La cuestión fundamental para decidir era si Héctor García debía ser considerado chileno en atención a que nació en territorio chileno o si debía considerarse español como hijo de padres españoles, que además estaba adicionalmente siendo registrado como tal en la Embajada de España. La carta fundamental chilena de 1833 establecía de forma categórica en su art. 6.1 que “son chilenos los nacidos en el territorio de Chile”. Existía un conflicto normativo entre esta última disposición y el art. 1.1 de la CE de 1869, que reconocía como españoles, entre otros, “los hijos de padre o madre españoles, aunque hayan nacido fuera de España”. Para salvar esta contradicción, la disposición de la carta magna chilena de 1833 tenía que ser interpretada considerando el derecho internacional. La doctrina de la época reconocía el principio general del derecho de que un menor de edad seguía la nacionalidad de su padre¹¹. Héctor García fue inscrito en la Embajada de España siguiendo este

73

¹⁰ CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (1908): sentencia de 18 de Julio de 1908, García con Comandante General de Santiago, pp. 28-29. Texto completo del fallo con un sucinto comentario en Rodrigo CÉSPEDES, “Nacionalidad, derecho internacional y cargas públicas: Un caso durante la vigencia de la Constitución de 1833”, pp. 191-197.

¹¹ Este principio, interpretado de manera restrictiva, podría crear una discriminación de género por *ius sanguinis*. Algunos países las mujeres tienen limitaciones a la hora de transmitir su nacionalidad a sus hijos. Por eso, para ajustarse al derecho internacional contemporáneo, ha habido modificaciones en las legislaciones nacionales para que la adquisición para que sean sexualmente neutras o al menos garantizar una interpretación *pro homine*. Por ejemplo, la CORTE SUPREMA DE COSTA RICA (1992), sentencia de 11 de noviembre de 1992.

principio del derecho de gentes. En consecuencia, el art 6.1, de la *Constitución* chilena de 1833 no debía considerarse como un mandato absoluto, sino limitado, en el sentido que esa norma solo ofrecía la nacionalidad chilena a quienes, reuniendo las condiciones establecidas en ella, la aceptaran por su voluntad cuando se les ofreciera, al mismo tiempo, la nacionalidad de otro país, por la legislación vigente en él. Habiendo establecido la condición de ciudadano español de Héctor García, se revocó la sentencia de primera instancia, el castigo fue dejado sin efecto y, por lo tanto, no tenía el deber de inscribirse en los registros del Ejército de Chile para cumplir con su servicio militar.

En el caso comentado, el deber de cumplir con esta carga dependía de la nacionalidad del individuo apelante, asunto crucial a dilucidar debido al conflicto de normas de diferentes Estados y la contradicción entre la norma constitucional vigente y los principios del derecho internacional de la época. Para determinar si Héctor García tenía o no la obligación de registrarse en el Ejército, era necesario verificar su nacionalidad. Según el art. 1.1, de la CE de 1869, el *ius sanguinis* era la fuente primaria de la nacionalidad: el hijo de un nacional de un Estado era nacional de ese país. Por otro lado, según la *Constitución* chilena, la fuente primaria de nacionalidad era *ius soli*: el territorio en el que una persona nació atribuía la nacionalidad, con independencia de las relaciones de sangre. Por lo tanto, había dos normas constitucionales en conflicto, y el acusado tenía conexiones con dos Estados: la sangre de sus padres y el lugar de nacimiento. Durante la vigencia de la *Constitución* de 1833, Jorge Huneeus consideraba que el derecho internacional prevalecía sobre el derecho interno¹². Había que determinar qué norma prevalecía: la *Constitución* española o la chilena, como si fuera un típico problema de derecho internacional privado.

74

La *Constitución* de Costa Rica regula las formas en que las personas pueden obtener la nacionalidad costarricense. Una mujer extranjera puede obtener la nacionalidad del marido costarricense, pero el marido extranjero no puede obtener la nacionalidad de la esposa costarricense. Un hombre casado con una costarricense pidió su nacionalización y se le denegó sobre la base de la disposición constitucional que solo da el beneficio a la mujer. La Corte Suprema señaló que, en materia de derechos humanos, se debe aplicar la “regla más favorable”. La *Constitución* discrimina por motivos de género, por lo que el tribunal debe aplicar la norma internacional, que es superior a la *Constitución* porque es más favorable. Muchos tratados proclaman la igualdad y prevalecen sobre la *Constitución* porque sus disposiciones estimulan la desigualdad y la discriminación y van en contra del derecho internacional de los derechos humanos. Si el ordenamiento jurídico de Costa Rica utiliza los términos ‘hombre’ o ‘mujer’, tiene que entenderse como ‘persona’ para eliminar cualquier tipo de discriminación ilegítima de género. Véase Candice LEWIS, *A Nationality of Her Own: Women, Marriage, and the Law of Citizenship*, pp. 15-256.

¹² HUNEEUS, *op. cit.*, p. 51.

La Corte de Apelaciones sostuvo que la *Constitución* chilena de 1833 debía interpretarse a la luz del derecho internacional. El principio general de derecho de gentes de la época era que un menor adquiría la nacionalidad de sus padres¹³. Según el Tribunal, era un principio general del derecho internacional que un menor no emancipado tenía que seguir la nacionalidad de sus padres, siguiendo el aforismo de derecho romano *accessorium sequitur principale*, principio reconocido por varios ordenamientos jurídicos. La Corte destacó que los extranjeros nacidos en suelo chileno no obtenían en el acto la nacionalidad chilena pese a su lenguaje imperativo y categórico. La *Constitución* chilena de 1833 solo la ofrecía, y se adquiría cuando su aceptación era voluntaria y manifestada a través de un acto formal inequívoco. La nacionalidad, en este caso, tenía una especie de naturaleza contractual (una forma de *ius optandi*). El ordenamiento jurídico interno no podía imponerla sin alguna acción que reflejara la intención de obtenerla. El demandado tendría, entonces, derecho a adquirir voluntariamente la nacionalidad chilena, excluyéndolo de una determinación *ex lege*. El fallo chileno anticipa una decisión de la Corte Internacional Permanente de Justicia. Después de la Primera Guerra Mundial, las fronteras de Europa se redibujaron y minorías quedaron dentro de las fronteras de otros Estados. Por esta razón, los tratados dieron protección especial a las minorías, como igualdad y derechos lingüísticos y religiosos, pero también a su nacionalidad. La Corte Permanente de Justicia Internacional de la Liga de las Naciones se pronunció sobre la minoría alemana en Polonia, en especial la opinión consultiva sobre la adquisición de la nacionalidad alemana. La Corte Permanente sostuvo que los individuos tenían margen para decidir si conservar su nacionalidad o adquirir una nueva tras la modificación territorial y sucesión de Estados. Así, las personas tenían relativa libertad respecto de su pertenencia nacional, pues un cambio de soberanía no siempre implica un cambio de nacionalidad automática¹⁴.

75

Hoy, la nacionalidad en esencia no se regula por el derecho internacional, sino que el derecho interno de los Estados la determina con carácter bastante imperativo. El derecho internacional solo limita esa discreción nacional estableciendo, por ejemplo, el principio de que todo individuo debe tener una nacionalidad. El art. 15 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU establece: “Toda persona tiene derecho a una nacionalidad”

¹³ Según la Corte, fue reconocido por los trabajos académicos de juristas prominentes que publicaron libros de derecho internacional en ese momento. Sin embargo, no mencionó ningún autor.

¹⁴ PERMANENT COURT OF INTERNATIONAL JUSTICE (1923), *Question Concerning the Acquisition of Polish Nationality*. Véase Mariana MONTEIRO DE MATOS, “Permanent Court of International Justice and Minority Rights”.

y “Nadie podrá ser privado arbitrariamente de su nacionalidad ni privado del derecho a cambiar de nacionalidad”. El derecho internacional contemporáneo pretende eliminar la situación de los apátridas¹⁵, de la misma manera que afirma que cada Estado tiene derecho a determinar quiénes son sus nacionales¹⁶. Como se mostrará, el fallo siguiente asume la interpretación moderna.

2. TEORÍA IMPERATIVISTA: EL CASO COPAJA (1917)¹⁷

La teoría imperativista señala que el Estado atribuye la nacionalidad en un régimen de derecho público imperativo, y de la misma manera puede quitarla sin que la voluntad de los individuos represente un papel relevante: no es un asunto negociable. Se trata, entonces, de normas de orden público. La atribución de nacionalidad es una potestad que emana directamente de la soberanía y es regulada por la *Constitución*. Este fallo es comentado por el constitucionalista Alcibiades Roldán en un extenso pie de página. Según él, el Tratado de Ancón y la *Constitución* le daban a Chile soberanía total para fijar las reglas de nacionalidad (cosa que el derecho internacional contemporáneo reconoce). Además, una norma constitucional categórica e imperativa prima sobre la doctrina de los autores de derecho internacional europeo inspiradas en el individualismo. La sentencia representativa de esta teoría es bastante jugosa, ya que no solo se trata de si la *Constitución* debe o no interpretar-

76

¹⁵ Alice EDWARDS & Laura VAN WAAS, *Nationality and Statelessness under International Law*, pp. 11-290. Más sintéticamente, Katja GÖCKE, “Stateless Persons”. Un apátrida es, según la Convención de Nueva York (1954) sobre el Estatuto de los Apátridas, “toda persona a quien ningún Estado considere nacional suyo por aplicación de su legislación”. Básicamente, es una persona sin nacionalidad, que no se beneficia de la protección de ningún Estado. Esta situación de vulnerabilidad puede resultar de: que el Estado deje de existir; una omisión administrativa de falta de registro; superposición contradictoria de normas que hacen imposible obtener cualquier nacionalidad al nacer; por ejemplo, el hijo de nacionales de países que no conocen la ley de sangre y que nacen en un país que no conoce la ley de sangre o la pérdida de nacionalidad cuando un Estado retira su nacionalidad a uno de sus nacionales sin que este pueda adquirir otra; un individuo que decide de forma voluntaria renunciar a su nacionalidad sin poder obtener otra. La Convención de Nueva York sobre Reducción de los Apátridas (1961) prohíbe a los Estados quitar la nacionalidad sin que el individuo ya tenga otra. Contemporáneamente, se estima la nacionalidad como un derecho fundamental. Véase Alessandra ANNONI; Serena FORLATI (eds.), *The changing role of nationality in international law*, pp. 1-240; muy importante en el caso de refugiados; véase Eric FRIPP, *Nationality and Statelessness in the International Law of Refugee Status*.

¹⁶ Oliver DÖRR, “Nationality”.

¹⁷ CORTE SUPREMA (1918), sentencia de 6 octubre 1917 contra Copaja y otros, pp. 191-197.

se según el derecho internacional, sino que, además, tiene que decidir sobre la naturaleza jurídica del territorio peruano ocupado después de la Guerra del Pacífico, con un referéndum pendiente y con un plazo ya vencido. El caso Copaja (1917) analiza y decide ambas situaciones.

Los hechos son los siguientes: los múltiples demandantes nacieron en Chile, de padres peruanos, en Tacna, provincia peruana controlada por Chile después de la Guerra del Pacífico (1879-1884). De acuerdo con el art. 6.1 de la *Constitución* de 1833, el hecho de haber nacido en territorio chileno otorgaba la nacionalidad chilena. Durante la Guerra del Pacífico, Chile ocupó las provincias peruanas de Tacna y Arica. El tratado de paz y amistad (1883), más conocido como Tratado de Ancón, puso fin a las hostilidades y resolvió algunas de las relaciones postbélicas entre los beligerantes, sobre todo en relación con el territorio. De acuerdo con el art. 3 del Tratado de Ancón, las provincias de Arica y Tacna continuarían bajo administración chilena durante diez años, después de lo cual se celebraría un referéndum para decidir a qué país querían pertenecer los habitantes. El referéndum nunca se celebró, y el *statu quo* se mantuvo hasta 1929, cuando se firmó el Tratado de Lima. Todos los varones chilenos estaban obligados a servir en el ejército chileno como una carga pública¹⁸. En consecuencia, tenían que registrarse en el cuartel general competente del Ejército como servicio público o enfrentarse a sanciones penales. Debido a que los demandantes no se registraron, el Juzgado Penal de Tacna los sancionó con veintiún días de prisión, servicio comunitario en el Ejército y les prohibió ocupar cargos públicos y postularse a elecciones. La Corte de Apelaciones de Tacna confirmó la sentencia. Los demandantes presentaron su caso ante la Corte Suprema con el fin de que se anulara la decisión de la Corte de Apelaciones. El máximo tribunal debía resolver dos problemas: primero, si la disposición de la *Constitución* chilena relativa a la nacionalidad prevalecía sobre los principios del derecho internacional y, segundo, si las provincias de Tacna y Arica, ocupadas por Chile vía militar y cuyo control total fue ratificado por el tratado de paz y amistad entre Chile y Perú, podían considerarse territorio chileno con toda la extensión de la soberanía chilena.

La Corte Suprema rechaza la casación y sostiene que el territorio de Tacna y Arica es, para todos los efectos, territorio chileno en el cual el Estado ejerce soberanía completa. Según el Tribunal, el Ejército chileno ocupó por la fuerza el territorio peruano de Tacna y Arica durante la guerra contra Perú y Bolivia (1879-1883) hasta la conclusión del Tratado de Ancón. A partir de este pacto, la ocupación de ese territorio tuvo una naturaleza jurídica di-

¹⁸ Ley n.º 1362 sobre Reclutas y Reemplazos del Ejército y la Armada, ordena la conscripción obligatoria para los hombres de veinte a cuarenta y cinco años, por doce meses.

78 ferente: Chile poseía y controlaba ese territorio con el consentimiento de Perú. En efecto, el mencionado art. 3 del Tratado de Ancón estipulaba tanto el control chileno como su duración de diez años sujeto a su legislación y a su autoridad, luego de lo cual, un referéndum decidiría si quedaba en definitiva, bajo la soberanía de Chile o si continuaba formando parte del territorio peruano. No se estipuló ninguna limitación, en relación con su extensión, o a las facultades de las autoridades chilenas. En consecuencia, Chile tenía competencia para dictar leyes que regulen las relaciones entre sus habitantes y las autoridades chilenas, además de las normas de adquisición y goce de las tierras ubicadas en ese territorio. Por lo tanto, cesaron en su totalidad las potestades públicas que ejercían las autoridades peruanas, como su anterior soberano, a causa de que el ejercicio de estos poderes habría sido del todo incompatible con los de forma clara fueron conferidos a Chile por el Tratado. Estas potestades eran la esencia de la soberanía que un Estado tenía sobre un territorio determinado. Por esta razón, la soberanía de Perú en Tacna y Arica pasó en plenitud, por el Tratado de Ancón, a Chile. Ese control era condicional y temporal en caso de que el referéndum pusiera fin a esta situación si las elecciones favorecían al Perú. Esta interpretación fue sostenida, además, por la práctica del Ministerio de Relaciones Exteriores y del Parlamento chileno según la Corte; por ejemplo, en la expropiación de tierras privadas para la construcción de ferrocarriles. Esa práctica solo puede explicarse por la plena soberanía chilena, porque la expropiación de la propiedad privada es un procedimiento constitucional particular que se sigue. El hecho de que hubieran transcurrido más de diez años de acuerdo con la fecha estipulada por el Tratado de Ancón no era obstáculo para concluir que Tacna y Arica eran parte integrante del territorio chileno. Los antecedentes históricos y el contexto de dicho Tratado sugerían que la soberanía de Chile estaba subordinada a la eventualidad de un referéndum a favor de Perú, una condición resolutive. Esa contingencia aún no se había producido al momento del fallo; por lo tanto, el territorio de Tacna y Arica debía considerarse en su totalidad bajo soberanía chilena y que, por ende, formaba parte del territorio de Chile. Resuelto este punto, tocaba decidir sobre la imperatividad de las normas constitucionales.

Como ya se mencionó, el art. 6 de la *Constitución* chilena de 1833 establecía que eran chilenos:

- (1) los nacidos en el territorio de Chile;
- (2) los hijos de padre o madre chilenos nacidos en territorio extranjero por el solo hecho de radicarse en Chile;
- (3) los extranjeros que, habiendo residido en Chile durante un año, declaren ante la municipalidad del territorio en que residan, su deseo de residir en Chile y solicitar la ciudadanía y

- (4) los que obtengan la naturalización especial por gracia del Parlamento chileno.

Esta disposición mostraba que la *Constitución* chilena de 1833, entre los diversos medios o sistemas conocidos en el derecho internacional para otorgar la nacionalidad, había implementado conjuntamente el país de nacimiento (*ius soli*) y la filiación (*ius sanguinis*) junto con la residencia y el otorgamiento de la ciudadanía chilena al ciudadano extranjero. El primero de estos sistemas (*ius soli*) primaba y era el único factor pertinente para decidir en este caso; los demás no eran aplicables. La nacionalidad se imponía por obligación a los nacidos en territorio chileno sin consultar la voluntad de las personas. Por lo tanto, la *Constitución* chilena de 1833 no establecía ninguna diferencia en la concesión de la nacionalidad entre los hijos de padres chilenos y los extranjeros. La norma constitucional es categórica y no podía haber dudas sobre su interpretación. Por esta disposición constitucional, Chile ejercía su soberanía, con autonomía para determinar las personas a las que confería su nacionalidad. Esta disposición constitucional se ajustaba a los principios con mayor frecuencia aceptados del derecho internacional según el Tribunal. La Corte finaliza señalando que, si existe alguna contradicción entre estos principios del derecho de gentes y las normas constitucionales internas, estas últimas tienen preferencia y prevalecen sobre el derecho internacional.

79

La sentencia es interesante, toda vez que indaga en la naturaleza jurídica del territorio ocupado antes y después del Tratado de Ancón; según la Corte, hay una relevante diferencia. La simple ocupación militar no alteró en teoría la soberanía de Perú, a pesar de que Chile ejercía el control de facto: tenía que ser considerado territorio peruano. La situación cambió después del Tratado de Ancón, según la Corte Suprema, y las provincias de Tacna y Arica fueron parte integral del territorio chileno. Ergo, todas las personas nacidas allí eran chilenas bajo las reglas imperativas de la *Constitución* de 1833. El hecho de que el control total estuviera condicionado y fuera temporal a los resultados de un referéndum era, según la Corte, irrelevante. En esencia, operó una sucesión temporal y condicional de Estados¹⁹. La nacionalidad, como vínculo jurídico, presupone que la persona tiene ciertos derechos, como el derecho a residir en el territorio del Estado y la asistencia diplomática y consular cuando el nacional se encuentra en el extranjero. Por otro lado, un nacional tiene deberes específicos para con el Estado, como el servicio militar, que era obligatorio en ese momento en Chile. Ese deber es la esencia de la decisión comentada. Era necesario verificar la nacionalidad para determinar si los acusados estaban obligados a inscribirse en el Ejército. Según la *Cons-*

¹⁹ Rodrigo CÉSPEDES, "Sucesión de Estados y la Guerra del Pacífico", pp. 121-139.

titución chilena de 1833, la fuente primaria de la nacionalidad era el *ius soli*: el territorio donde nació una persona le otorgaba *per se* la nacionalidad. En consecuencia, no importaba más que el lugar de nacimiento del niño, y no la nacionalidad de los padres²⁰.

No es claro si la *Constitución* de 1833 imponía una primacía del *ius soli*, pero es sintomático que sea la primera fuente en citar; además parece ser la más simple y automática. El *ius soli* prima en los países “nuevos” que necesitaban población. Es común que se diga que los Estados “jóvenes” privilegian el *ius soli* para estimular la inmigración. En el famoso precedente de Estados Unidos c. Ark (1898), la Corte Suprema Federal de Estados Unidos determinó que un niño nacido en su territorio de padres de ascendencia china se convierte de inmediato en estadounidense por nacimiento según la Enmienda XIV de la *Constitución Federal*:

“Todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos, y sujetas a su jurisdicción, son ciudadanos de los EE.UU. y del Estado en el que residen”.

80 En 1882, el Parlamento aprobó una ley que negó la nacionalidad a cualquier inmigrante chino que ingresara a los EE.UU., en medio de un sentimiento antichino (por la inmigración masiva y la crisis económica, los chinos trabajaban por muy poco dinero; los individuos provenientes de otros países sí se beneficiaban de la Enmienda constitucional). Ark y sus padres viajaron varias veces a China; en 1895, cuando era un adulto, regresó de China y la aduana estadounidense le negó la entrada, alegando que no era ciudadano estadounidense. Fue deportado a China, y luego demandó al gobierno estadounidense por desconocer su nacionalidad. La ley china establecía que los niños nacidos de nacionales chinos eran ciudadanos de China, siempre y cuando su nacimiento estuviera debidamente registrado en China; EE.UU. era, en primacía, un país de *ius soli*. El gobierno sostuvo que la norma de *ius sanguinis* china primaba. La Corte Suprema sentó un precedente y estimó que Ark era nacional estadounidense en virtud de la Enmienda XIV con independencia del estatus de sus padres²¹.

Una interpretación coherente con el derecho de gentes para determinar qué norma prevalecía, o los principios del derecho internacional o la *Constitución* chilena era ya obsoleta. Un ejemplo de este enfoque fue el caso Gar-

²⁰ El derecho a la nacionalidad está implícito en el art. 7 de la Convención de los Derechos del Niño (1989), Mónica GANCZER, “The right to nationality as a human right”, pp. 15-33.

²¹ CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS (1898), Estados Unidos contra Wong Kim Ark. El asunto se discutió durante las elecciones presidenciales de 2016, en especial sobre los hijos de padres hispanos indocumentados. Es muy probable que también se discuta en Chile dada la crisis migratoria.

cía (1908) que se analizó con anterioridad. Sin embargo, este criterio dio un giro diametral en el caso Copaja (1917). La Corte Suprema destacó que los extranjeros nacidos en territorio chileno obtenían de forma automática la nacionalidad chilena, con sus derechos y obligaciones. La nacionalidad, en este caso, no tenía carácter contractual. El ordenamiento jurídico interno lo impone; la concesión de la nacionalidad no requiere ninguna intención de obtenerla. Hoy, la nacionalidad no se rige por el derecho internacional, sino por el derecho interno de los Estados, como se reconoce en la sentencia comentada. Cada país tiene derecho a determinar quiénes son sus nacionales en virtud de su legislación²².

Un aspecto curioso de este fallo es la pena accesoria impuesta: uno de los castigos penales por no inscribirse en el registro militar fue la prohibición de postularse para cargos públicos. Eso significaba que los descendientes de peruanos nacidos en territorio chileno eran ciudadanos con plenos derechos como cualquier otro ciudadano chileno, incluyendo el derecho a elegir y ser elegido, pese a ser descendientes de los vencidos. Este punto de la decisión se relaciona con el “caso de Tacna y Arica” y la presunta “chilenización” de las “provincias cautivas”, según las acusaciones de Perú. Pero cabe recordar que, según el Pacto de 1883, Chile administraría los territorios de Tacna y Arica hasta que un referéndum decidiera su destino; además Perú cedía sin condiciones, Tarapacá. El antiguo derecho de gentes reconocía la potestad de conquistar, como un poder para adquirir territorio después de ocuparlo por la victoria de las armas. Después de la Segunda Guerra Mundial esta potestad se tornó ilegítima tras el concepto de crímenes contra la paz introducido por los Principios de Nuremberg²³, El art. 2.4 de la carta de la ONU, confirma lo anterior al establecer:

“todos los Estados se abstendrán en sus relaciones internacionales de la amenaza o el uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o de cualquier otra manera incompatible con los propósitos de la ONU”.

Aun así, el territorio adquirido por conquista tenía algunas reglas del *ius gentium* vigente: debía haber una ocupación militar efectiva (posesión, se diría en

²² DÖRR, *op. cit.*

²³ Los siete principios de Nuremberg fueron formulados en 1950 por la Comisión de Derecho Internacional de la ONU, a petición de su Asamblea General, principios ya establecidos por el Estatuto del Tribunal de Nuremberg. El principio seis define los delitos contra la paz, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad y los califica como crímenes según el derecho internacional. Estos son planificar, preparar, lanzar o continuar una guerra de agresión o una guerra emprendida en violación de tratados internacionales y las violaciones de las leyes y costumbres de guerra.

derecho privado, después de la ocupación como modo de adquirir); seguida de un acuerdo de paz (un título) y la inexistencia de una posibilidad razonable de una recuperación del territorio por el Estado vencido (un *fait accompli*: la fundada y calculada expectativa de que la situación está consumada a un punto de no retorno). Bajo estas condiciones, el acuerdo corregiría “cualquier defecto en el título” (en términos privados, el vicio de “fuerza” no se podía alegar). Esto era simple *realpolitik*, y la aplicación de la “ley del más fuerte”, la “justicia del vencedor” o, incluso, “el pez grande se come al más chico”²⁴. Chile modificó en el ámbito administrativo el área e inició un proceso de chilenización de la población local y para eso intervino las escuelas públicas y realizó deportaciones: la expulsión de sacerdotes peruanos y su reemplazo por clero nacional. Los chilenos, además, se organizaron en ligas y clubes “patrióticos”, a veces violentos (no es de hecho, la mejor página de su historia). Perú resistió con escuelas privadas (después cerradas por Chile), cuerpos intermedios y prensa. El servicio militar también fue una estrategia de chilenización, en tanto permitía alejar a los peruanos de las provincias por ser destinados al sur de Chile o porque evadían la carga viajando a Perú. En suma, la situación fallada por la sentencia. En la actualidad, podrían haber alegado una especie de objeción de conciencia, por la repulsa que les causaría servir en un ejército para ellos invasor.

82 La cuestión de Tacna y Arica y la aplicación del art. 3 del Tratado de Ancón fue resuelta por arbitraje por el presidente de Estados Unidos, Calvin Coolidge (1925). El árbitro se refirió a varios problemas de la chilenización de Tacna y Arica, entre ellos, la conscripción de hijos de peruanos. En primer lugar, el árbitro sostiene que el Tratado de Ancón estaba en plena vigencia y que, por aplicación del art. 3, el plebiscito debía realizarse, no estaba fuera de plazo. En segundo lugar, se refiere a reclamos de peruanos sobre el servicio militar, y señala que la práctica en sí fue un abuso, si bien en el ámbito administrativo, se eximía a los hijos de peruanos.

Conclusiones

La *Constitución* de 1833 estaba abierta a la incorporación del derecho internacional según la opinión de la doctrina y la jurisprudencia. Un ejemplo es la interpretación de las fuentes de la nacionalidad de su art. 6, como se señaló en el caso García (1907) en el cual la Corte de Apelaciones de Santiago sostiene que las fuentes deben interpretarse conforme al derecho interna-

²⁴ Sharon KORMAN, *The right of conquest: The acquisition of territory by force in international law and practice*, pp. 1-352. Resumidamente, Marcelo KOHEN, “Conquest”..

cional; por lo tanto, la nacionalidad no debía imponerse a los hijos de extranjeros nacidos en territorio chileno sin contar con su consentimiento. Una interpretación también privatista e individualista que anticipa una decisión de 1923 de la Corte Internacional Permanente de Justicia referente a la adquisición de nacionalidad alemana por los habitantes germanos en el nuevo territorio polaco después de la Primera Guerra Mundial, luego que se redibujaran las fronteras con la consiguiente pérdida de territorio del Imperio teutónico. La doctrina internacional evolucionó para considerar que era el derecho interno por medio de normas de orden público las que debían regular la nacionalidad, como lo señala el caso Copaja (1917), acorde con el derecho constitucional e internacional contemporáneo: se reconoce a los Estados la facultad de fijar sus propias normas sobre adquisición y pérdida de nacionalidad; se protege a los apátridas, los demás Estados tienen la potestad de no reconocer una nacionalidad si no existe suficiente factor de conexión. Ambas sentencias tienen correlato en precedentes emitidos por cortes internacionales, adelantándose a estas.

El caso Copaja (1917) establece que la regla de *ius soli* del art. 6(1) es de orden público y no negociable. Este fallo presentaba una dificultad adicional: debía determinarse si la Tacna ocupada después del Tratado de Ancón (1883) era, para esos efectos, “territorio chileno”. Es más, no se trataba de simples hijos de extranjeros, sino hijos de peruanos, ciudadanos del Estado vencido y con un referéndum *ad portas*. La Corte Suprema estimó que una vez acordada la paz, el territorio de Tacna y Arica (las “provincias cautivas”) era para todos los efectos territorio chileno, el Estado ejercía soberanía total, aunque subordinada a la condición resolutoria de un referéndum adverso en favor de Perú. Un precedente relevante para historia del derecho internacional y su relación con el derecho doméstico, el derecho a la conquista, problemas derivados de la nacionalidad (doble nacionalidad; *ius soli*; *ius sanguinis*) y la ocupación bélica. Por añadidura, esta sentencia es una magnífica fuente histórica, que cristaliza la posición chilena con respecto a problemas diplomáticos con Perú.

83

Bibliografía

- ANNONI, Alessandra; Serena FORLATI (eds.), *The changing role of nationality in international law*, Routledge, Abingdon, 2013.
- BOLL, Alfred Michael, *Multiple nationality and international law*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2007.
- BULNES, Gonzalo, *Guerra del Pacífico*, Santiago, Editorial del Pacífico, 1955, tres volúmenes.

- CÉSPEDES, Rodrigo, "Nacionalidad, derecho internacional y cargas públicas: Un caso durante la vigencia de la Constitución de 1833", *Derecho Público Iberoamericano*, n.º 24, Santiago, 2024.
- CÉSPEDES, Rodrigo, "Sucesión de Estados y la Guerra del Pacífico", en *Derecho Público Iberoamericano*, n.º 21, Santiago, 2022.
- CÉSPEDES, Rodrigo, "Unión case: Italian consul (representing Benito Baglietto and ors) and Barreiro and others (intervening) v Chile, Legitimate prey declaration". Disponible en <https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law-ildc/3191cl84.case.1/law-ildc-3191cl84> [[fecha de consulta: 5 de agosto de 2026].
- CORREA BRAVO, Agustín, *Los extranjeros ante la ley chilena*, Santiago, Imprenta Cervantes, 1894.
- DÖRR, Oliver, "Nationality", in Rüdiger WOLFRUM (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2019.
- EDWARDS, Alice & Laura VAN WAAS, *Nationality and Statelessness under International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.
- FRIPP, Eric, *Nationality and Statelessness in the International Law of Refugee Status*, Oxford/Oregon, Hart Publishing, 2016.
- GANCZER, Mónika, "The right to nationality as a human right", in *Hungarian YB Int'l L. & Eur. L.*, Baden-Baden, 2014.
- GÖCKE, Katja, "Stateless Persons", in Rüdiger WOLFRUM (eds.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2013.
- HUNEEUS, Jorje, *La Constitución ante el Congreso*, Santiago, Imprenta de los Tiempos, 1879 tomo I.
- KOHEN, Marcelo G., "Conquest", in Rüdiger WOLFRUM (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2015.
- KORMAN, Sharon, *The right of conquest: The acquisition of territory by force in international law and practice*, Oxford, Clarendon Press, 1996.
- LEPARD, Brian D., *Customary international law: a new theory with practical applications*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.
- LEWIS BREDBENNER, Candice, *A Nationality of Her Own: Women, Marriage, and the Law of Citizenship*, Berkeley/Los Angeles, University of California Press, 1998.
- MONTEIRO DE MATOS, Mariana, "Permanent Court of International Justice and Minority Rights", *Global Encyclopedia of Territorial Rights*, Cham, Springer, 2013.
- NOVAK, Gregor, "Aliens", in Rainer GROTE, Frauke LACHENMANN, and Rüdiger WOLFRUM (eds.), *Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2020.
- PAULUS, Andreas, "Treaties of Friendship, Commerce and Navigation", in Rüdiger WOLFRUM (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011.
- SPIRO, Peter J., "Multiple Nationality", in Rüdiger WOLFRUM (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008.

TREVISANUT, Seline, "Nationality Cases before International Courts and Tribunals", in Rüdiger WOLFRUM (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011.

JURISPRUDENCIA

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (1908): sentencia de 18 de julio de 1908, García con Comandante General de Santiago, *Revista Derecho y Jurisprudencia*, vol. 5, Santiago, 1908.

CORTE SUPREMA (1918), sentencia de 6 octubre 1917 contra Copaja y otros, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, vol. 15, Santiago, 1918.

CORTE SUPREMA DE COSTA RICA (1992), Sala Constitucional, sentencia de 11 de noviembre de 1992, n.º 03435, expediente 91-002695-0007-CO.

CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS (1898), Estados Unidos contra Wong Kim Ark, 169 US 649.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE (1955), Nottebohm case Liechtenstein v. Guatemala, ICJ 1, ICJ Reports 1955; ICJ Rep 4. April 6, 1955.

Ministro de Corte Suprema (tribunal de presas de primera instancia), caso Unión, sobre declaración de buena presa, *Gaceta de los Tribunales*, año 44, núm. 2, 161, Santiago, 1885.

PERMANENT COURT OF INTERNATIONAL JUSTICE (1923), Question Concerning the Acquisition of Polish Nationality, Third Session, File F. c. VIII., Docket III.4, Advisory Opinion No. 7, September, 15, 1923.

85

NORMAS

Ley n.º 1362 sobre Reclutas y Reemplazos del Ejército y la Armada, ordena la conscripción obligatoria para los hombres de 20 a 45 años, por 12 meses, en *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 5 de septiembre de 1900.

Siglas y abreviaturas

art.	artículo
doi	Digital Object Identifier
eds.	editores
EE.UU.	Estados Unidos
etc.	etcétera
FF.AA.	Fuerzas Armadas
n.º	número
No.	number
núm.	número

ONU	Organización de la Naciones Unidas
<i>op. cit.</i>	<i>opere citato</i>
ORCID	OpenResearcherandContribution ID
pp.	páginas
US	United State
v.	versus
vol.	volumen

Cuerpos intermedios

doi.org/10.52611/rdpi.num29.2026.1827

EL PRINCIPIO FAMILIAR. ENCUADRAMIENTO SOCIOPOLÍTICO

THE FAMILY PRINCIPLE. SOCIOPOLITICAL FRAMEWORK

*Fernández Sandoval, Javier**

Resumen

En el presente trabajo desarrollaremos el principio familiar desde la tradición clásica y cristiana especialmente en santo Tomás de Aquino, defendiendo que la familia es una institución natural y no una construcción voluntaria definida por sus causas y orientada al bien común familiar cuyo fundamento eficiente es el matrimonio, analizaremos su inserción en el orden social como sociedad doméstica integrada en un conjunto orgánico de comunidades donde la sociedad política es más perfecta sin absorber a la familia crítica tanto el individualismo liberal, que disuelve su contenido como el familiarismo que le atribuye una primacía indebida y concluiremos destacando la analogía entre familia y política así como la influencia del principio familiar en la configuración de las formas de gobierno.

PALABRAS CLAVE: principio familiar; bien común; matrimonio; sociedad doméstica; sociedad política

Abstract

This text develops the family principle within the classical and Christian tradition especially in Thomas Aquinas arguing that the family is a natural institution rather than a voluntary construct defined by its causes and oriented toward the family common good with marriage as its efficient cause it examines its place within an organic social order where political society is

* Magister en Derecho, Universidad de Sevilla. Correo electrónico: jfdezs97@gmail.com ORCID: 0009-0003-9126-4115.

Artículo recibido el 28 de agosto de 2026 y aceptado para su publicación el 9 de septiembre de 2026.

more perfect without absorbing the family criticizes both liberal individualism and family-centered doctrines that grant it undue primacy and highlights the analogy between family and politics as well as its relevance for forms of government.

KEYWORDS: family principle; common good; marriage; domestic society; political society

Introducción

90 La primera parte de nuestro estudio versa sobre los principios del orden social. Seguiremos los aportes del pensamiento clásico y cristiano para esta caracterización, aunque hemos de advertir un matiz bibliográfico. Dos son las fuentes principales en las que nos apoyaremos. En primer lugar, anunciamos que como eje principal seguimos el magisterio de santo Tomás de Aquino. La razón estriba en que, por la propia naturaleza de la escolástica, el Aquinate no es el ideólogo de un sistema propio, sino el sintetizador de las contribuciones que le precedieron, ordenadas por el genio de su figura. De ahí que, leyéndolo, leamos también a Aristóteles o a san Agustín, entre otras grandes figuras de la historia de las ideas. Por otro lado, para una concreción mayor, tomaremos, también, referencias bibliográficas de autores contemporáneos que han cultivado el derecho público cristiano, en la línea de santo Tomás. Hecha esta aclaración, procedamos a presentar nuestro tema.

Es frecuente encontrar en nuestros días atisbos de lo que hemos denominado el “principio familiar”. La erosión que la institución doméstica sufre a cuenta de las legislaciones contemporáneas provoca la reacción de grupos que proclaman la necesidad de recuperar la familia como elemento con peso social y político.

En esta tesitura, se hace preciso establecer una divisoria de aguas entre el racionalismo moderno, origen de las ideologías que hoy batallan contra el principio familiar, y el pensamiento clásico y cristiano, en el que la sociedad doméstica era considerada parte basal de la comunidad de los hombres.

No obstante, no solo hemos de referirnos a la familia como tal. Es significativo que los esfuerzos antifamiliares contemporáneos no lo son tanto en el plano individual, esto es, no se trata de impedir la constitución de una familia concreta, sino de extirpar el principio familiar de la sociedad civil y de la sociedad política. Por ello, dedicaremos la segunda y tercera parte al correcto encuadramiento social y político del principio familiar. Hecho esto, exponaremos algunas de las principales problemáticas de las concepciones nominalmente defensoras del principio familiar, pero cuyas hipotecas ideológicas constituyen, a fin de cuentas, un obstáculo para su recta restauración.

I. La familia, institución natural

Antes de calibrar los aspectos sociales o políticos de la familia, conviene detenerse en el análisis de esta como tal. Para ello, trataremos de forma sucinta algunas consideraciones en torno a su naturaleza, para cerrar el epígrafe con una disquisición sobre la significación natural de la familia y sus implicaciones.

1. LAS CAUSAS DE LA SOCIEDAD DOMÉSTICA

Veíamos en el preámbulo que los cuerpos sociales conforman todos potestativos, o sea, sustancias de naturaleza moral, no individual, pues dependen, encauzan y se dirigen a la acción del hombre. La familia es un todo potestativo y, como tal, se encuentra causado por una serie de causas que la producen.

En cuanto a la causa material, esta, en el caso familiar, corresponde a los integrantes de la familia. Las sustancias morales o todos potestativos tienen por causa material sustancias individuales, esto es, hombres concretos que conforman el núcleo familiar. Así las cosas, la causa material de toda familia la conforman los progenitores y la prole, las partes que son ordenadas a la causa final e informadas por la causa formal.

91

La causa final no encuentra mucha dificultad, pues el fin es aquello a lo que se tiende y el bien es aquello que se apetece. Tratándose de un cuerpo social, una sustancia moral, la causa final ha de ser aquella a la que todos tienden y es apetecida por todos, o sea, el bien común familiar. Pero sí nos encontramos dificultades cuando entendemos que, por ejemplo, el matrimonio posee fines propios y no parecen reducibles de manera tan genérica como el bien común. Revisaremos esto después con más detenimiento.

Hay dos causas que encuentran mayor dificultad en tanto que su desarrollo es más complejo que las anteriores. La primera se refiere a la causa formal que, aplicada al concepto de familia, diríamos que es la institución natural misma, o sea, el contenido que la ley moral natural concede a la familia, sociedad doméstica con entidad propia. De esta manera, la causa formal nos conecta directamente con la propia esencia de la familia, ya que es exigencia natural del hombre la procreación, pero la naturaleza racional no limita la procreación a la mera generación o, incluso, a la autoconservación física de la prole. El alma racional implica la necesidad de la educación, la enseñanza del bien a los hijos, el castigo del mal, etc. La exigencia de ley natural procreativa encuentra, por tanto, sus complejidades en cuanto somos seres racionales. La causa formal de la familia, aquello que la familia es, se entien-

de desde la causa formal de las partes. Y siendo dicha causa del hombre, el alma¹, criterio ordenador de la materia que es el cuerpo, por analogía podemos entender que la de la familia, es la institución familiar, porque es lo que mueve a las partes a la consecución de bien, que no puede alcanzarse por las propias y solas fuerzas de los hombres y precisa la integración social familiar.

Estas complejidades de la explicación causal familiar no conectan con la causa eficiente. ¿Qué constituye a una familia? La complejidad de la institución natural cualifica la complejidad de la causa eficiente, del mismo modo que la causa eficiente requerida para realizar un avión de papel no es la misma que la necesaria para construir un transatlántico. Es cierto, a su vez, que la complejidad de la causa formal familiar condiciona una causa eficiente cualificada: el matrimonio. Entendemos por causa eficiente aquella fuente o agente que produce el efecto. De tal suerte que, la constitución del matrimonio constituye la familia como causa eficiente de esta.

Pero decíamos que las causas eficientes guardan proporción con la causa formal del efecto producido. Podríamos, entonces decir que la institución matrimonial queda vertebrada por la institución familiar, tomando de esta los criterios ordenadores de la acción de las partes. Es por esto que, santo Tomás afirma que es primordial que la unión entre el hombre se ordene a la procreación, por lo que no puede darse al margen de tal finalidad.

92

“Hemos visto que Dios tiene cuidado de cada ser atendiendo a su bien. Es bien de cada ser conseguir su fin, y su mal apartarse del fin debido. Se ha de tener presente esto en el todo y en sus partes, de manera que cada parte del hombre y cada acto consiga su fin. El semen, aunque sea superfluo para la conservación del individuo, es, sin embargo, necesario para la propagación de la especie. Otras excreciones, como la evacuación, la orina, el sudor y demás, para nada sirven; por eso sirven al bien del hombre con sólo emitirlos. Mas en el semen no solamente se da esto, sino que se emite para la

¹ SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Summa theologiae*, I, q. 76, a. 1, resp.: “Es necesario afirmar que el entendimiento, principio de la operación intelectual, es forma del cuerpo humano. Pues lo primero por lo que obra un ser es la forma del ser al que se le atribuye la acción; así como lo primero por lo que sana un cuerpo es la salud, y lo primero que hace que el alma tenga conocimiento es la ciencia; de ahí que la salud sea forma del cuerpo y la ciencia lo sea del alma. Esto es así porque ningún ser obra sino en cuanto que está en acto; por lo tanto, obra por aquello que hace que esté en acto. Es evidente que lo primero por lo que un cuerpo vive es el alma. Y como en los diversos grados de los seres vivientes la vida se expresa por distintas operaciones, lo primero por lo que ejecutamos cada una de estas operaciones es el alma. En efecto, el alma es lo primero por lo que nos alimentamos, sentimos y nos movemos localmente; asimismo es lo primero por lo que entendemos. Por lo tanto, este principio por el que primeramente entendemos, tanto si le llamamos entendimiento como alma intelectual, es forma del cuerpo”, pp. 197-198.

utilidad de la generación, a que se ordena el coito, nula sería la generación del hombre de no seguirse la debida nutrición, pues el engendrado no permanecería sin ella. Por tanto, debe ser ordenada la emisión del semen para que se produzca la conveniente generación y la cría del engendrado”².

El matrimonio, en consecuencia, participa de la formalidad perfecta de la institución familiar, en la medida en que se fundamenta en la naturaleza racional del hombre, que precisa sustento físico y moral.

“Y ha de saberse también, dice el Aquinate, que en la especie humana no sólo necesita el hijo de nutrición corporal, como en los demás animales, sino también de instrucción en cuanto al alma. Porque los animales se hallan dotados por naturaleza de artes, con que pueden proveerse, y el hombre vive con razón, la cual llega a madurez después de muy larga experiencia. Por donde es menester que los hijos sean instruidos por sus padres como por experimentados. Y no son de recién nacidos capaces de instrucción, sino harto tiempo después; cumplidamente hasta los años de la discreción; y para esa instrucción se ha de gastar luengo tiempo. Y aun entonces por el ímpetu de las pasiones, que enturbian el juicio de la prudencia, necesitan de instrucción con represión. Para esto no es bastante la mujer sola, antes se precisa el concurso del varón, en quien la razón es más perfecta para enseñar y más fuerte el poderío en castigar”³.

² SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Summa contra gentiles*, III, c. 122, n. 4: “Dictum est enim quod Deus uniuscuiusque curam habet secundum id quod est ei bonum. Est autem bonum uniuscuiusque quod finem suum consequatur: malum autem eius est quod a debito fine divertat. Sicut autem in toto, ita et in partibus hoc considerari oportet: ut scilicet unaquaeque pars hominis, et quilibet actus eius, finem debitum sortiatur. Semen autem, etsi sit superfluum quantum ad individui conservationem, est tamen necessarium quantum ad propagationem speciei. Alia vero superflua, ut egestio, urina, sudor, et similia, ad nihil necessaria sunt: unde ad bonum hominis pertinet solum quod emittantur. Non hoc autem solum quaeritur in semine, sed ut emittatur ad generationis utilitatem, ad quam coitus ordinatur. Frustra autem esset hominis generatio nisi et debita nutritio sequeretur: quia generatum non permaneret, debita nutritione subtracta. Sic igitur ordinata esse seminis debet emissio ut sequi possit et generatio conveniens, et geniti educatio”, pp. 465-466.

³ *Op. cit.*, c. 122, n. 8: “Rursus considerandum est quod in specie humana proles non indiget solum nutritione quantum ad corpus, ut in aliis animalibus; sed etiam instructione quantum ad animam. Nam alia animalia naturaliter habent suas prudentias, quibus sibi providere possunt: homo autem ratione vivit, quam per longi temporis experimentum ad prudentiam pervenire oportet; unde necesse est ut filii a parentibus, quasi iam expertis, instruantur. Nec huius instructionis sunt capaces mox geniti, sed post longum tempus, et praecipue cum ad annos discretionis perveniunt. Ad hanc etiam instructionem longum tempus requiritur. Et tunc etiam, propter impetus passionum, quibus corrumpitur aestimatio prudentiae, indigent non solum instructione, sed etiam repressione. Ad haec autem mulier sola non sufficit, sed magis in hoc requiritur opus maris, in quo est et ratio perfectior ad instruendum, et virtus potentior ad castigandum”, tomo II, p. 467.

Por todo ello, santo Tomás afirma que el matrimonio es institución natural⁴, precisa –que no preceptiva en sentido universal– para la perfección del hombre que actualice su potencia generadora. Es, además, como todo acto voluntario, ordenado por el orden moral y, en tanto que sus partes son de naturaleza racional, su contenido es perfectivo. Tal es la razón que aduce el Angélico para recordar la naturaleza indisoluble del matrimonio, cualificada según su fin:

“porque es necesario encaminar en el hombre lo bueno a lo mejor, la unión del varón con la mujer no tan sólo está ordenada por las leyes en lo que toca a la generación de la prole, sino también en lo concerniente a las buenas costumbres dispuestas por la recta razón, ora respecto del hombre en sí mismo, ora en cuanto se es parte de la familia doméstica o de la sociedad civil. A esas buenas costumbres se encamina la unión individual del varón con la mujer; pues así es más fiel el amor de uno hacia el otro, al reconocerse unidos indisolublemente, y a ambos asiste más solícito cuidado de las cosas domésticas al saberse perpetuamente en compañía en posesión de las mismas cosas. Con ello se quita la causa de las discordias que por fuerza habían de darse, de abandonar el varón a la mujer, entre él y sus allegados; y se robustece el amor entre los afines. También se quitan las ocasiones de adulterio que se darían si el

⁴ Cfr. SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Summa contra...*, *op. cit.*, c. 122, n. 8: “Oportet igitur in specie humana non per parvum tempus insistere promotioni prolis, sicut in avibus, sed per magnum spatium vitae. Unde, cum necessarium sit marem feminae commanere in omnibus animalibus quousque opus patris necessarium est proli, naturale est homini quod non ad modicum tempus, sed diuturnam societatem habeat vir ad determinatam mulierem. Hanc autem societatem matrimonium vocamus. Est igitur matrimonium homini naturale et fornicarius coitus, qui est praeter matrimonium, est contra hominis bonum. Et propter hoc oportet ipsum esse peccatum”. También lo encontramos en SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Scriptum Super Sententias*, IV, d. 26, q. 1, a. 1, resp.: “quod aliquid dicitur esse naturale dupliciter. Uno modo sicut ex principiis naturae ex necessitate causatum, ut moveri sursum est naturale igni etc.; et sic matrimonium non est naturale, nec aliquid eorum quae mediante libero arbitrio complentur. Alio modo dicitur naturale ad quod natura inclinatur, sed mediante libero arbitrio completur, sicut actus virtutum dicuntur naturales; et hoc modo etiam matrimonium est naturale, quia ratio naturalis ad ipsum inclinatur dupliciter. Primo quantum ad principalem ejus finem, qui est bonum prolis: non enim intendit natura solum generationem ejus, sed traductionem, et promotionem usque ad perfectum statum hominis, in quantum homo est, qui est virtutis status. Unde, secundum philosophum, tria a parentibus habemus: scilicet esse, nutrimentum, et disciplinam. Filius autem a parente educari et instrui non posset, nisi determinatos et certos parentes haberet: quod non esset, nisi esset aliqua obligatio viri ad mulierem determinatam, quae matrimonium facit. Secundo quantum ad secundarium finem matrimonii, qui est mutuuum obsequium sibi a conjugibus in rebus domesticis impensum. Sicut enim naturalis ratio dictat ut homines simul cohabitent, quia unus homo non sufficit sibi in omnibus quae ad vitam pertinent, ratione cujus dicitur homo naturaliter politicus; ita etiam eorum quibus indiget ad humanam vitam, quaedam opera sunt competentia viris quaedam mulieribus; unde natura movet ut sit quaedam associatio viri ad mulierem, in qua est matrimonium”. También lo señala en SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Summa theologiae*, *op. cit.*, I-II, q. 102, a. 5., ad. 3, tomo VI, p. 404.

varón pudiese repudiar a la mujer, o al contrario, pues se abriría el camino fácil de solicitar otras uniones matrimoniales”⁵.

Antes de pasar al siguiente epígrafe, estimamos pertinente referirnos con brevedad a la conexión entre la causa final de la familia y los fines del matrimonio. Siendo esta causa eficiente de la institución familiar concreta, su finalidad está cifrada en el agente que la propicia. Del mismo modo que, por comparación, la comunidad política tiene por fin el bien común, y el fin del gobierno, esto es, del agente que mueve a las partes, es la ordenación a dicho bien de la *polis*. No existe, entonces, contradicción entre los fines del matrimonio y la causa final de la familia, el bien común familiar. Más aún, este interés compartido familiar no puede desligarse de los fines de su causa eficiente.

Tema, por cierto, muy debatido y con una profundísima implicación sociopolítica, de ahí que nos refiramos al asunto. El *Código de Derecho Canónico* de 1917 afirmaba con claridad en su canon 1013:

“La procreación y la educación de la prole es el fin primario del matrimonio; la ayuda mutua y el remedio de la concupiscencia es el fin secundario”.

Se percibe en toda su expresión la caracterización clásica de sociedad –doméstica– familiar, en el sentido en que es el bien común el fin primario y, en tanto que común, beneficioso para las partes. La satisfacción personal del bien particular no ocupa, por ello, el papel de causa final en el matrimonio, como pudiera ser el remedio de la concupiscencia⁶. La causa final de la fami-

95

⁵ SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Summa contra...*, *op. cit.*, c. 123, n. 8: “Quia vero necesse est ad id quod est optimum in homine, alia omnia ordinari, coniunctio maris et feminae non solum sic ordinata est legibus secundum quod ad prolem generandam pertinet, ut est in aliis animalibus, sed etiam secundum quod convenit ad bonos mores, quos ratio recta disponit vel quantum ad hominem secundum se, vel secundum quod homo est pars domesticae familiae, aut civilis societatis. Ad quos quidem bonos mores pertinet individua coniunctio maris et feminae. Sic enim erit fidelior amor unius ad alterum, dum cognoscunt se indivisibiliter coniunctos. Erit etiam utrique sollicitior cura in rebus domesticis, dum se perpetuo commansuros in earundem rerum possessione existimant. Subtrahuntur etiam ex hoc discordiarum origines, quas oporteret accidere, si vir uxorem dimitteret, inter eum et propinquos uxoris: et fit firmior inter affines dilectio. Tolluntur etiam adulteriorum occasiones, quae darentur si vir uxorem dimittere posset, aut e converso: per hoc enim daretur via facilior sollicitandi matrimonia aliena², tomo II, pp. 471-472. Cabe mencionar que la indisolubilidad del matrimonio es probada por santo Tomás como atributo natural de este, lo cual puede chocar con el hecho de que el Aquinate afirme que, con la nueva ley, esto es, con la gracia, se da el matrimonio indisoluble, véase *Summa theologiae*, *op. cit.*, I-II, q. 108, a. 2, resp. No obstante, la gracia no suprime la realidad natural matrimonial, sino que concede la ayuda para su cumplimiento, dispensado en la antigua ley por la dureza de los hebreos, véase *Summa theologiae*, *op. cit.*, I-II, q. 105, a. 4, ad. 8.

⁶ En el *Código de Derecho Canónico* de 1983 se aprecia una redacción infeliz del asunto en el canon 1055, que afirma: “La alianza matrimonial, por la que el varón y la mujer

lia no puede, por lo mismo, alcanzarse al margen de los fines de la institución matrimonial; estos cualifican los medios, esto es, la propia institución, operativa a la causa formal de su efecto, o sea, la institución familiar, ordenada al bien común familiar.

2. NATURALEZA Y VOLUNTAD: ¿ARMONÍA O DIALÉCTICA?

La dimensión natural de la familia es hoy muy a menudo discutida por el papel que la voluntad humana tiene en su constitución. Se evidencia la importancia del asunto cuando, de forma semejante, encontramos la misma problemática, desde el constructivismo político liberal, al argüir la naturaleza volitiva y no natural de la familia. Conviene, así, clarificar el asunto para realizar una lectura social y política de la institución familiar.

Hemos visto cómo santo Tomás afirma sin ambages la dimensión natural de la familia, a través de la argumentación de tal condición en su causa eficiente: el matrimonio. Se objeta a esta concepción el papel de la voluntad. La familia no sería, por esto natural, sino voluntaria, abriendo paso al liberalismo moral que niega el valor moral de la naturaleza misma, sustituido por las normas aceptadas o toleradas por la voluntad de las partes. Asumir esta concepción volitiva no es baladí, pues vacía de contenido la institución familiar —cuando no la niega directamente—, afirmando que la familia es expresión de la autonomía de la voluntad de las partes y, por tanto, vicarial al ejercicio de la libertad, entendida en sentido negativo. Desaparece de esta concepción el bien común familiar, sustituido por el bien de las partes; también —lo hemos dicho— su contenido, travestido de lo determinado por las partes. Esta lógica liberal subsiste y anima reformas legislativas en clave familiar, *recitius* antifamiliar, tales como el llamado “matrimonio igualitario” o el divorcio.

Por el contrario, encontramos la tesis clásica de la condición natural de la familia. Ello significa que esta institución está inscrita en el corazón del hombre, teniendo, así, una inclinación a su constitución. Ello no en un sentido preceptivo, tal y como advierte santo Tomás, lo cual no quiere decir que no se trata de una institución perfectiva que presupone la forma de las partes y, en cuanto tales, estas pueden obrar conforme a la causa formal y final en una sociedad —doméstica— cualificada para alcanzar un bien mayor que el particular.

constituyen entre sí un consorcio de toda la vida, ordenado por su misma índole natural al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole, fue elevada por Cristo Señor a la dignidad de sacramento entre bautizados”. Pareciera que la institución matrimonial ha difuminado u oscurecido su entidad propia para constituirse en vehículo cualificado de bienes particulares.

En referencia a la condición formal de las partes, la familia la presupone como institución. Con ello, no se puede hablar de familias entre las bestias o las plantas, sino entre los hombres. Si presupone la forma de las partes, eso implica que se trata de una institución moral, porque el hombre, en la medida en que es conocedor de su fin y puede, por el ejercicio de su libertad, emplear los medios conducentes a este. Es, de esta manera una visión gnóstica y liberal contraponer familia y libertad, como pretende el vitalismo contemporáneo.

Pero no es menos cierto que nos encontramos con una concepción familiarista y, a menudo, antifamiliar, que pregona la primacía de la familia y su vinculación estrecha con la libertad. Sobre la supuesta primacía familiar nos ocuparemos más adelante, pero el asunto de la libertad es significativo. Si, como hemos referido, la familia es una sociedad y, por ello, una sustancia moral o todo potestativo, es necesario que no pueda oponerse a la formalidad de sus partes. ¿Tiene, luego, sentido este énfasis en la libertad como fundamento de la familia?

Se arguye que la libertad es el fundamento del amor y, en ese sentido, del matrimonio. Pero ya hemos visto que esto es una argumentación sofisticada, ya que el matrimonio es la institución natural eficiente a la familia, con fines propios, entidad propia y, así, no disponible a las partes. Cierto es que, como afirma santo Tomás, el mal lo es en la medida en que priva de perfección al sujeto⁷. Pero sería humanista afirmar que lo malo lo es en exclusiva, en la medida del hombre, fuente de los llamados “humanismos cristianos”, que tienen más de lo primero que de lo segundo. El perjuicio al hombre –la ofensa de su dignidad como hoy se nos dice– no es causa única del mal, sino su consecuencia.

La libertad, como consecuencia, es presupuesta en el matrimonio y, de esta manera, en la constitución familiar. Hasta el punto en que la ausencia de dominio de sí es impedimento para la constitución de un matrimonio. No obstante, una vez que el matrimonio queda constituido, sus fines y deberes no son disponibles a las partes; estas pueden elegir contraer matrimonio o no, pueden elegir su futuro cónyuge, pero no el contenido del matrimonio sin atentar contra el orden natural moral. Tampoco una vez constituido pueden alterar dicho contenido, solo pueden optar por no cumplir sus preceptos⁸. Pero eso, aunque sea conforme a su autodeterminación los convierte

⁷ SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Summa contra...*, *op. cit.*, III, c. 122, n. 2: “Non enim Deus a nobis offenditur nisi ex eo quod contra nostrum bonum agimus”, tomo II, p. 465.

⁸ Es interesante observar cómo en el ordenamiento civil, se percibe la inspiración de estos principios que en el pasado los inspiraron. Así las cosas, el *Código Civil* establece una serie de preceptos que se integran en el contrato matrimonial, y que no son disponibles a las partes. Sin embargo, el matrimonio como tal, institución natural con reflejo y regulación positiva en

en malos cónyuges, probando así la indisponibilidad del contenido a la libertad de las partes, y la existencia de un bien común que las trasciende; sin el que, por cierto, ni siquiera pueden alcanzar el individual.

Una última objeción que hemos de disipar se refiere a si esta naturaleza es predicable del matrimonio, pero no de la familia. Es una lectura gnóstica-liberal que divide de manera maniquea la familia –fundada en la libertad y el amor– y el matrimonio –conjunto de normas coactivas de la autonomía personal. La respuesta estriba en que, como señala santo Tomás, el matrimonio es institución natural para la constitución familiar. Así las cosas, un hijo extramatrimonial debe, por deber de justicia, recibir de sus progenitores el debido sustento, pero no constituyen por el mero hecho de la generación una familia, o sea, una institución operativa al cumplimiento de las perfecciones de las partes en los términos que ha expuesto santo Tomás. A ello puede señalarse que sí existen agrupaciones entre hombres y mujeres que, son familias nacidas al margen de la institución matrimonial. Si nos aproximamos al análisis de estos casos –y no de simples agrupaciones sin ánimo perfectivo⁹–, nos encontraremos que son expresiones imperfectas de la inclinación natural a la generación y al matrimonio. Por tanto, son “familias” *materia-liter sed non formaliter loquendo*, donde la inclinación natural subsiste bajo los escombros animando a la perfección de las partes, pero no carentes de limitaciones fruto de la ausencia de institución matrimonial.

98

La pretensión dialéctica entre la condición natural de la familia y la voluntad –en el fondo, la libertad– es de raigambre gnóstica y protestante, en concreto luterana, llegando a nuestros días a través de la secularización de estas nociones en la ideología liberal. Por el contrario, la concepción clásica y cristiana, hemos visto el caso de santo Tomás¹⁰, no afirma ninguna oposición

las normas civiles, ha desaparecido de muchos ordenamientos, dado que la regulación de las leyes divorcistas lo han reducido a una institución con contenido, sí, pero privada de uno de sus atributos esenciales como es la indisolubilidad; el resultado es un régimen civil particular al que las partes eligen acogerse o no, según su voluntad.

⁹ Tema capital, pues el matrimonio como causa eficiente incorpora la concesión del medio de la *patria potestas* para el fin perfectivo que entraña. Es un poder cualificado intrínsecamente según su finalidad, pues, como afirma santo Tomás: “el gobierno de cualquier ser providente se ordena, o a conseguir la perfección de las cosas, o a aumentarla o a conservarla”. Cfr. SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Summa contra...*, *op cit.*, III, c. 73, n. 2, tomo II, p. 296.

¹⁰ Santo Tomás refuta esta concepción gnóstica que opone gobierno a libertad. Tratando de la providencia divina, su argumentación permite una aplicación análoga al gobierno natural en general, y al ejercicio de la *patria potestas* en particular. Cfr. SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Summa contra...*, *op cit.*, III, c. 73, n. 5: “Adhuc. Providentia est multiplicativa bonorum in rebus gubernatis. Illud ergo per quod multa bona subtraherentur a rebus, non pertinet ad providentiam. Si autem libertas voluntatis tolleretur, multa bona subtraherentur. Tolleretur enim laus virtutis humanae, quae nulla est si homo libere non agit. Tolleretur etiam iustitia praemiantis et punientis, si non libere homo ageret bonum vel malum. Cessaret etiam circums-

entre naturaleza y libertad, por cuanto la primera nos inclina al bien y la segunda lo es cuando lo alcanza.

II. La familia, institución social

Una vez abocetados los elementos basales de la institución familiar, cabe tratar su enfoque social. Hemos de advertir que empleamos social en el sentido técnico, o sea, todavía no trataremos las implicaciones de naturaleza política. Y esto no por una concepción idealista, tal y como quedó señalado en el preámbulo, sino para destacar la finalidad expositiva de estas líneas.

1. LA FAMILIA, CÉLULA BÁSICA DE LA SOCIEDAD

Se ha escrito de todas las formas: la familia es célula básica de la sociedad. Conviene, no obstante, detenerse en analizar con rectitud esta sentencia, porque el riesgo de incurrir en lecturas ideológicas no es menor.

En primer lugar, la sociedad es un conjunto de todos potestativos integrados en un todo superior –político– que el Estagirita denomina *polis* y santo Tomás *civitas*.

99

“En efecto –dice el Aquinate– la comunidad es un todo; en los todos se encuentra un orden tal que el todo que incluye en sí otro todo es el principal; así la pared es un todo, pero como está incluido en el todo que es la casa, es claro que esta es el todo principal con respecto al otro. De manera similar la comunidad que incluye a otras es la principal. Es evidente que la ciudad incluye a todas las demás comunidades, pues tanto la casa como el vecindario están comprendidos en la ciudad. Así la comunidad política es la principal entre todas. Luego, busca el bien principal entre todos los bienes humanos, pues tiende al bien común que es mejor y más divino que el bien de uno solo”¹¹.

pectio in consiliis, quae de his quae ex necessitate aguntur, frustra tractantur. Esset igitur contra providentiae rationem si subtraheretur voluntatis libertas”, tomo II, p. 298. Puede verse sobre la falsa dialéctica libertad-familia desde una perspectiva tomista en Félix LAMAS, *Ensayo sobre el orden social*, pp. 212-214.

¹¹ SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Sententia Libri Politicorum*, I, l. 1, n. 3: “Est enim communitas quoddam totum: in omnibus autem totis, talis ordo invenitur quod illud totum quod in se includit aliud totum principalius est: sicut paries est quoddam totum: et quia includitur in hoc toto quod est domus, manifestum est quod domus est principalius totum: et similiter communitas quae includit alias communitates est principalior. Manifestum est autem quod civitas includit omnes alias communitates. Nam et domus et vici sub civitate comprehenduntur; et sic ipsa communitas politica est communitas principalissima. Est ergo coniectrix

Se destaca así, la idea del todo previamente referida, tal como la composición orgánica social, que es informada por la política. Sobre esto último, ya avizoramos en santo Tomás la imposibilidad de concebir –más allá de distinciones analíticas– la sociedad civil al margen de la sociedad política.

Pero dentro de esta concepción orgánica, la familia encuentra una caracterización particular, ya que santo Tomás, comentando a Aristóteles, procede mediante semejanzas a distinguir los gobiernos de ambas sociedades, doméstica y política:

“Debemos considerar que hay dos comunidades que son notorias para todos: la ciudad y la sociedad doméstica. La ciudad se rige por dos regímenes, el político y el real. El régimen real se da cuando el que gobierna la ciudad tiene plena potestad; el político cuando el gobernante posee una potestad restringida según las leyes de la ciudad. De manera similar el régimen de la casa es doble: dominante o despótico y económico o administrativo. Se llama amo o déspota a todo el que tiene siervos. Se llama ecónomo al procurador y administrador de la sociedad doméstica. De ahí que régimen despótico es aquél por el que el amo preside a sus siervos, y económico aquél por el que alguno administra lo que pertenece a toda la familia, en la que se contienen no sólo los siervos sino también muchos libres”¹².

100

Esta concepción orgánica no debe llevarnos a confusión. Santo Tomás refuta la noción de que el hecho de que la familia constituya el fundamento de la sociedad nos conduzca a asimilar la comunidad política con la familia de manera idéntica, lo cual se encuentra en el fundamento de posturas familistas o de falsa primacía familiar que aguan la entidad de la *res publica* como comunidad más perfecta.

“Dicen –razona el Aquinate– que eso que sólo difiere según lo mucho y lo poco no difiere en especie, pues la diferencia que reside en lo más y lo menos no diversifica la especie. Que los regímenes vistos difieren sólo según lo mucho y lo poco lo mostraban así: si la comunidad gobernada consta de pocos, como el caso de una pequeña familia, el que la dirige se llama padre de familia, y a él le compete la autoridad llamada dominante o despótica.

principalissimi boni inter omnia bona humana: intendit enim bonum commune quod est melius et divinius quam bonum unius”, p. 37.

¹² SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Sententia...*, *op.cit.*, I, lib. I, n. 5: “Civitas autem duplici regimine regitur: scilicet politico et regali. Regale quidem est regimen, quando ille qui civitati praeest habet plenariam potestatem. Politicum autem regimen est quando ille qui praeest habet potestatem coarctatam secundum aliquas leges civitatis. Et similiter duplex est regimen domus; scilicet oeconomicum et despoticum. Despotes quidem vocatur omnis habens servos. Oeconomus autem vocatur procurator et dispensator alicuius familiae. Unde despoticum regimen est quo aliquis dominus suis servis praesidet: oeconomicum autem regimen est quo aliquis dispensat ea quae pertinent ad totam familiam, in qua continentur non solum servi, sed etiam liberi multi”, p. 37.

Si consta de muchos, de manera que no sólo contenga siervos sino también numerosos hombres libres, el que preside se llama ecónomo. Si consta de muchos más, no sólo de los que están en una misma familia sino también en una misma ciudad, se llama régimen político o real. Por esto algunos decían que la ciudad y la familia en nada difieren sino en la magnitud o parvedad, de manera que la familia sería una ciudad pequeña y viceversa, lo cual evidentemente es falso”¹³.

La armonía o equilibrio entre la necesidad natural de la *res publica*, respecto de la familia es tratada, más adelante, por santo Tomás. En efecto, la ciudad responde a la perfección natural del hombre, en tanto que es una comunidad más perfecta que la sociedad doméstica y, por ello, capaz de lograr bienes superiores. Lo anterior no implica que la ciudad tenga una naturaleza absorbente, como ya ha afirmado santo Tomás, al señalar que la sociedad se compone de multitud de todos o sociedades.

“Es evidente –señala el de Aquino– que una sola casa, o toda la familia, provee más lo suficiente para la vida que un hombre solo, y la ciudad es más suficiente que una casa. Entonces es claro que debe haber una ciudad cuando la comunidad del pueblo es suficiente por sí para la vida. Luego si lo que posee menos unidad es más autosuficiente, como la casa respecto del hombre y la ciudad respecto de la casa, se sigue ostensiblemente que es preferible en la ciudad que sea menos unitaria en cuanto a la distinción de los ciudadanos, a que sea más unitaria. En efecto, la ciudad se bastará mejor a sí misma en la medida que se encuentre en ella más diversidad entre los hombres”¹⁴.

101

¹³ SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Sententia...*, op. cit., I, lib. 1, nn. 6-7: “Deinde cum dicit multitudinem enim et paucitate etc., ponit rationem eorum; quae talis est. Quaecumque differunt solum multitudine et paucitate non differunt specie; quia differentia quae est secundum magis et minus non diversificat speciem. Sed praedicta regimina differunt solum multitudine et paucitate; quod sic manifestabant. Si enim communitas, quae regitur, sit paucorum, sicut in aliqua parva domo, ille qui praeest dicitur paterfamilias, ad quem pertinet despoticus principatus. Si autem sit plurium, ita quod non solum contineat servos, sed etiam multitudinem liberorum, dicitur ille qui praeest, oeconomus. Si autem sit adhuc plurium, puta non solum eorum qui sunt unius domus, sed unius civitatis, tunc dicitur regimen politicum aut regale. Quod quidem dicebant tamquam nihil differret domus a civitate nisi magnitudine et parvitate; ita quod magna domus sit parva civitas, et e converso; quod ex sequentibus patet esse falsum”, p. 38.

¹⁴ SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Sententia...*, op. cit., II, l. 1, n. 16: “Manifestum est enim quod una domus vel familia tota magis est sufficiens ad vitam quam unus homo; et civitas est magis sufficiens quam domus. Tunc enim iam debet esse civitas cum communitas multitudinis est per se sufficiens ad vitam. Si igitur id quod est minus unum est magis per se sufficiens, ut domus homine et civitas domo, manifeste sequitur quod eligibilis est in civitate quod sit minus una quantum ad distinctionem civium, quam quod sit magis una. Tanto enim erit sibi sufficientior, quanto plures diversitates hominum in ea inveniuntur”, p. 111.

En consecuencia, ambas son instituciones naturales que se encuentran en la naturaleza humana, y difieren en sus causas, no simplemente en la cantidad. Y esto último es de capital importancia, si la necesidad de la ciudad no es voluntaria es entonces sucesiva a la familia en tanto que depende de la voluntad de sus partes. Mientras sea natural, es contemporánea, pero no de manera absorbente, ya que la familia encuentra en la sociedad civil la integración en sociedades superiores que le permiten acceder a los bienes que, de por sí, no puede alcanzar.

2. *FUNDAMENTO CIVIL, NO PRIMACÍA CIVIL*

Respecto a lo último comentado, quisiéramos tratar el asunto por separado porque el análisis contemporáneo se resiente, en no pocas ocasiones, de interferencias racionalistas. El hecho de que santo Tomás afirme el fundamento familiar de la sociedad, no implica su primacía. Es común, como hemos referido, que se conciba la familia con los atributos de la *civitas*, o sea, una sociedad perfecta y acabada, única fuente de deberes del hombre, y la sociedad civil como proyección instrumental o vicarial de los fines de la familia.

102 En esta concepción, por consecuencia, la familia sería origen y fin de la sociedad, siendo la sociedad civil conjunto de familias a las que, por voluntad, se unen las familias para lograr sus fines. Del mismo modo, la sociedad política participaría de esta noción voluntaria, que la coloca a nivel sucesivo o cronológico, posterior al ente familiar para suplir sus necesidades. Esta concepción difiere de manera total con lo afirmado por santo Tomás.

En primera instancia –al haber sido apuntado tampoco nos detendremos mucho– porque la concepción de la sociedad como superior en cantidad a la familia es rechazada de manera explícita por el Aquinate. Las sociedades que conforman la sociedad encuentran entidades propias, con fines propios que, en muchos, casos trascienden a los bienes particulares de la familia. Habría que matizar, pues no es lo mismo una sociedad académica, con un fin específico y naturaleza personal –esto lo veremos en el capítulo siguiente–, que un vecindario o un municipio, con un bien mayor en tanto que su comunicabilidad es superior.

Por otro lado, la noción de que la sociedad civil es posterior a la familia también es problemática. Su raíz afincada en la naturaleza del hombre impide que sea la voluntad su origen. De modo análogo con la familia, esta es exigida por la familia, y de una manera superiormente cualificada, puesto que persigue un fin más comunicable. Así, por ejemplo, un hombre puede vivir sin crear una familia, pero no puede vivir sin familia original, lo que le conduciría a la muerte, o sin sociedad. La existencia de la familia como an-

terior a la sociedad civil es un absurdo, cuya demostración no requiere ni siquiera elevarse a altas cotas de contemplación, basta la experiencia política natural para cerciorarnos de ello; de hecho, una familia ajena a la sociedad es un mal siempre que prive a las partes de la actualización de sus potencias, porque las generaciones siguientes no pueden alcanzar bienes como la generación misma, entre otros bienes naturales.

Tampoco podemos asumir que la sociedad civil se encuentra ordenada a la familia, en sentido estricto. Es claro que el bien es uno, y no existe contraposición entre el bien común y el bien particular, ya que lo común perfecciona a todas las partes. De manera metafórica podría decirse, por ende, que la sociedad civil persigue el bien de la familia, en la medida que lo común perfecciona a esta última. Pero siendo estrictos, la filosofía práctica clásica no puede asumir esta primacía familiar con alegría. Por una parte, porque lo afirmado de la familia podría decirse del individuo, subordinando toda realidad supraindividual a su bien particular, y acabaríamos disolviendo la familia instalados en un humanismo liberal. Por otro lado, la familia constituye parte del todo social, y, si bien es cierto que la finalidad de los cuerpos sociales no puede atentar de forma directa contra el bien de las partes, eso no implica que se encuentre subordinada a ellas, pues el todo es anterior a las partes y las partes no pueden serlo sin el todo.

La tesis clásica no es, entonces, la conformación progresiva de las sociedades naturales –doméstica, civil y política–, sino su existencia contemporánea.

103

“Respecto a la comunidad política y a su orden, afirma Danilo Castellano¹⁵, tenemos que destacar al menos los tres puntos siguientes: a) que es una socie-

¹⁵ Danilo CASTELLANO, *La naturaleza de la política*, pp. 52-53. En glosa al texto del profesor friulano, señala Juan Segovia: “la naturalidad de la comunidad política la pone en el mismo rango que otras sociedades también naturales como la familia o la sociedad civil, que pueden distinguirse mas no separarse, porque ‘las tres sociedades son contemporáneas, necesariamente contemporáneas, comprendiendo la una a la otra’, escribe nuestro autor. La observación es acertadísima, pues en tanto exposición de la verdad, confuta ciertos errores –a los que no es ajena cierta corriente del tradicionalismo– como el afirmar que el bien humano puede alcanzarse sin el bien político (en la familia, por ejemplo) o creer que, en defecto de la comunidad política, ese bien puede ser logrado por las sociedades menores. Para Danilo Castellano –fiel a la reflexión filosófica de Aristóteles y del Aquinate–, todas las formas naturales de la sociabilidad derivan –se ‘fundan’– en la misma naturaleza humana, de modo que no puede decirse que la comunidad política provenga –derive– ya de la familia, ya de la sociedad civil, pues siendo “otra” no se identifica con ellas, si bien es, al mismo tiempo, la *conditio sine qua non* de las dos anteriores. Y la prueba está en que, si la comunidad política se desintegra, la familia y la sociedad no resisten, no perduran. De donde se sigue que ‘la familia, las sociedades civil y política son realidades diversas, autónomas, distintas pero relacionadas: simul stabunt simul cadent. Pero, sobre todo, son realidades positivas, es decir, indispensables para que el hombre pueda conseguir su fin’”. Véase Juan SEGOVIA, “La filosofía política de Danilo Castellano”, pp. 656-657.

dad natural semejante, por ejemplo, a la familia; b) que es contemporánea a las sociedades familiar y civil; es decir, la comunidad política no viene después de las dos primeras, sino con ambas; c) que no ‘absorbe’ en sí a las otras sociedades naturales, sino que es garantía de su existencia ordenada para conseguir su propio fin. Ahora bien, el ser sociedad natural implica que la comunidad política tiene un fin en sí; y al existir ese fin, hay que buscarlo, y, una vez que lo hemos encontrado, reconocerlo. Y esto comporta al menos dos consecuencias: la primera está representada por la necesaria confutación de la tesis del contemporáneo ‘pensamiento débil’, que, por ejemplo con Rorty, afirma que todo es arbitrario y que, por consiguiente, al no existir la verdad, la opinión no tiene derecho a prevalecer sobre otra opinión. Así, llegamos a la locura del nihilismo coherente pero absurdamente sostenido, que, sobre todo en el campo ético-político, comporta muchas aporías”.

Afirmar, por tanto, la llamada “primacía” de la familia en la sociedad civil, tesis frecuentemente esgrimida por movimientos de corte conservador, pertenece a la *weltanschauung* protestante y moderna, contraria a la filosofía de la política clásica y cristiana. La sociedad civil, si aceptamos este *a priori* racionalista, se conforma por átomos sociales de los cuales la familia toma aquellos cuerpos que le son beneficiosos o útiles, sustituyendo su fundamento natural por un seudofundamento voluntario. Pero la experiencia político-jurídica natural niega esta pretensión ideológica; los cuerpos sociales, en especial los que se configuran en torno a bienes por su propia naturaleza más comunicables, traen su fundamento en la necesidad perfectiva intrínseca en la naturaleza humana y, por ello, no pueden difuminarse en las pretensiones de las partes, aunque estas sean familias y no individuos, porque sería sustituir el liberalismo contractualista individual por una forma de liberalismo familiar, lo cual representa una contradicción en los términos.

Cerramos, pues, esta refutación de la “seudoprimacía” familiar con un texto del Aquinate que da poca posibilidad de réplica:

“La ciudad es lo principal entre lo que puede constituirse por la razón humana, pues a ella se refieren todas las comunidades humanas. Además, en las artes mecánicas, los todos constituidos por las cosas que llegan al uso del hombre, se ordenan a éste como a su fin. Luego, si la ciencia principal se refiere a lo más digno y perfecto, es necesario que entre todas las ciencias prácticas la política sea la principal y arquitectónica de todas las otras, pues considera el bien último y perfecto en los asuntos humanos. Por eso dice Aristóteles al finalizar la *Ética* que en la política tiene su acabamiento la filosofía que versa sobre los asuntos humanos”¹⁶.

¹⁶ SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Sententia Polít.*, pr. 7: “Est enim civitas principalissimum eorum quae humana ratione constitui possunt. Nam ad ipsam omnes communitates humanae referuntur. Rursumque omnia tota quae per artes mechanicas constituuntur ex rebus in usum

III. La familia, ¿institución política?

No ocultamos que el título de nuestro epígrafe es provocador. Desde el prisma clásico y cristiano, siguiendo a santo Tomás como venimos haciendo, pareciera una contradicción flagrante, pues hemos afirmado supra que no se puede asimilar la *civitas* a la familia, difiriendo ambas comunidades por cuestiones meramente cuantitativas. La razón del empleo de esta terminología tan provocadora estriba en que la doctrina tomista de la comunidad política es, muy a menudo, negada con sistematicidad –incluso citando al propio Aquinate–, por aquellos que dice afirmar los valores occidentales, entre los que incluyen la familia.

El hecho de que no sean instituciones idénticas, con las diferencias referidas, no cierra la puerta al recurso analógico. Lo emplea, como hemos visto, santo Tomás con frecuencia para tratar el asunto. Por ello, examinaremos si es adecuado oponer la sociedad doméstica a la sociedad política, para luego detenernos en algunas de sus conexiones más significativas.

1. LA NATURALEZA DE LA POLÍTICA Y DE LA FAMILIA

105

Ya nos referimos a la relación analógica que existe entre la sociedad doméstica¹⁷ y la sociedad política al comienzo de estas líneas. Si bien lo analizamos desde la perspectiva familiar, como correspondía al epígrafe, conviene, en este momento, tratarlo desde la perspectiva política. Y para ello, analicemos el agente cualificado que mueve a las partes en las sociedades, esto es, el titular de la *patria potestas* doméstica y de la realeza de la política.

En cuanto a la sociedad doméstica, señala santo Tomás:

“la autoridad se da hacia los hombres libres, como los hijos, la mujer y toda la familia, que se denomina autoridad doméstica. En ésta se atiende a la utilidad de los que están sujetos, o aun a la común utilidad de unos y otros. Por sí y principalmente a la utilidad de los que están sujetos, como vemos

hominum venientibus, ad homines ordinantur, sicut ad finem. Si igitur principalior scientia est quae est de nobiliori et perfectiori, necesse est politicam inter omnes scientias practicas esse principaliorem et architectonicam omnium aliarum, utpote considerans ultimum et perfectum bonum in rebus humanis. Et propter hoc philosophus dicit in fine decimi Ethicorum quod ad politicam perficitur philosophia, quae est circa res humanas”, p. 35.

¹⁷ Hemos venido refiriéndonos a la familia como sociedad doméstica. Es el término clásico que emplea Aristóteles. No obstante, debemos advertir que en el seno del pensamiento político-jurídico contemporáneo la familia no es asociación, sino comunidad, según la terminología de Ferdinand TÖNNIES, *Comunidad y sociedad*, p. 25 y ss. Lo veremos a continuación.

en otras artes; por ejemplo, el arte de la medicina tiende sobre todo a la utilidad de los que se curan, y el arte del ejercicio físico tiende, sobre todo, a la utilidad de los que se ejercitan. Empero, por accidente sucede que la utilidad también redunde en los mismos que poseen el arte. Pues el gimnasta de los niños se ejercita también él a la vez; y a veces es parte de los que practican, como el timonel es además uno de los navegantes. Así el gimnasta de los niños y el timonel de la nave consideran por sí la utilidad de los que están sujetos, pero como son uno de ellos, tanto el uno como el otro participan por accidente de la utilidad común que procuran. De manera similar, el padre participa de la utilidad que procura para la casa”¹⁸.

Por otro lado, señala santo Tomás los rasgos del gobierno político:

“Como el gobierno de los hombres libres se ordena sobre todo a la utilidad de los que están sujetos, se tiene como justo que manden en especial los ciudadanos políticos en el gobierno, cuando hayan sido instituidos según la igualdad y la semejanza de los ciudadanos. Entonces, se tiene por justo que unos gobiernen durante un lapso de tiempo y luego otros a su vez se turnen para gobernar. Sería diferente si hubiera ciudadanos que excedieran mucho a los demás en bondad, pues entonces lo justo sería que estos gobernarán siempre, como se dirá. Pero la estimación de los hombres sobre lo que es digno varía según las diversas épocas. En un principio, los que gobernaban como sirviendo a los demás tenían por digno, como lo era, que ellos en parte sirvieran a los demás procurando la utilidad de estos, y a su vez, cuando otro gobernaba en otro período, debía proponerse velar por su bien, como él había procurado antes el bien de los otros. Después, debido a las utilidades que provienen de los bienes comunes que los gobernantes usurpan para sí y los que resultan del derecho mismo de gobernar, quieren los hombres gobernar siempre, como si gobernar fuera estar a salvo y no gobernar estar enfermo. Pues así parecen los hombres apetecer el gobierno, como los enfermos la salud”¹⁹.

106

¹⁸ SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Sententia...*, *op. cit.*, III, l. 5, n. 5: “Alius autem est principatus ad liberos, sicut ad filios et uxorem et totam familiam, qui vocatur principatus oeconomicus. In quo quidem principatu intenditur utilitas subditorum, vel etiam communis utrorumque. Per se quidem et principaliter, utilitas subditorum, sicut videmus in aliis artibus, sicut ars medicinae intendit principaliter utilitatem eorum qui medicantur, et ars exercitativa intendit principaliter utilitatem eorum qui exercitantur: sed per accidens contingit, quod etiam utilitas redundat in ipsos qui habent artem. Ille enim qui exercitat pueros etiam ipse simul exercitatur; aliquando etiam est de numero eorum qui exercitantur, sicut gubernator unus est nautarum. Sic igitur exercitator puerorum et gubernator navis considerat per se subiectorum utilitatem: sed quia ipse est unus de numero eorum, ideo uterque per accidens participat utilitate communi quam procurat. Et similiter pater participat utilitate domus quam procurat”, p. 213.

¹⁹ SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Sententia...*, *op. cit.*, III, l. 5, n. 6: “Deinde cum dicit propter quod et politicos etc., distinguit secundum praemissa principatus politicos. Et dicit quod quia principatus qui est supra liberos ordinatur principaliter ad utilitatem subditorum; ideo

Una vez tratadas las sociedades doméstica y política, conviene atender a las razones que da Aristóteles, comentado por santo Tomás. En primera instancia, porque nos encontramos con la condición natural de la sociedad política, contemporánea a la sociedad doméstica, pero más perfecta que esta, en la medida en que su causa final es el bien común político, que trasciende, integra y actualiza al bien común familiar. Por otro lado, santo Tomás destaca estos atributos al recordar que la política, la sociedad política, concede la ordenación formal a la sociedad civil, constituyéndose, así, en una comunidad perfecta. La sociedad doméstica no posee tal característica en la medida en que esta no puede trascender del bien común familiar; la sociedad civil, por su parte, no puede ser considerada tal sin la sociedad política, sobre todo porque se trata de una forma cualificada de causa material, que requiere un principio de ordenación: la forma política, como la denomina santo Tomás.

“La forma política –dice el de Aquino– no es sino la ordenación de la ciudad en cuanto a todas las magistraturas que hay en la ciudad, pero principalmente en cuanto a la magistratura suprema que manda a todas las demás. Esto porque *politeuma*, v.g. La posición del orden en la ciudad, consiste íntegramente en aquello que manda a la ciudad. Y esta disposición del orden es la forma política misma. Por eso la forma política consiste sobre todo en el orden de la magistratura suprema y según su diversidad se diversifican las formas políticas. Así, en las democracias manda el pueblo, en las oligarquías la minoría rica. De esto surge la diversidad de estas formas políticas. Del mismo modo ha de hablarse respecto de las demás formas políticas”²⁰.

107

dignum reputatur quod particulariter principentur cives secundum principatus politicos, quando fuerint instituti secundum aequalitatem et similitudinem civium. Tunc enim dignum videtur quod in una parte temporis quidam principentur, in alia vero alii. Secus autem esset, si quidam civium multum excederent alios in bonitate: tunc enim dignum esset, ut illi semper principarentur; sicut infra dicitur. Sed circa istud dignum variatur aestimatio hominum secundum temporum diversitatem. A principio enim ipsi qui principabantur quasi aliis servientes reputabant dignum, sicut et erat, ut ipsi in parte ministrarent aliis intendentes utilitati aliorum, et iterum alio tempore aliquis alius principaretur qui intenderet ad bonum eius, sicut ipse prius intenderat ad bonum aliorum: sed postea homines, propter utilitates quae veniunt ex bonis communibus quae sibi principantes usurpant et quae veniunt etiam ex ipso iure principatus, volunt semper principari, ac si principari esset sanum esse, et non principari, esset infirmum esse. Sic enim videntur homines appetere principatum, sicut infirmi appetunt sanitatem”, pp. 213-214.

²⁰ SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Sententia... op. cit.*, III, l. 5, n. 2: “quod politia nihil est aliud quam ordinatio civitatis quantum ad omnes principatus qui sunt in civitate, sed praecipue quantum ad maximum principatum, qui dominatur omnibus aliis principatibus. Et hoc ideo, quia politeuma civitatis id est positio ordinis in civitate, tota consistit in eo qui dominatur civitati; et talis impositio ordinis est ipsa politia. Unde praecipue politia consistit in ordine summi principatus secundum cuius diversitatem politiae diversificantur: sicut in democratiis dominatur populus, in oligarchiis quidem pauci divites: et ex hoc est diversitas harum poli-

Y en esta forma política encontramos la integración de la sociedad doméstica, auténtica comunidad —no perfecta— en la medida en que ordena sus partes hacia una finalidad común perfecta. La familia, concluimos con Miguel Ayuso:

“es una comunidad y no una mera sociedad. Requiere, como ésta, un principio formal que la haga ‘una’, pero reclama una adhesión que no es simplemente voluntaria o jurídica. La comunidad es esencialmente voluntad orgánica en torno a un sobre-tí, animada por un espíritu interno. Reconoce orígenes religiosos y naturales y no simplemente convencionales o pactados. Posee lazos internos, no sólo voluntarios y racionales, sino emocionales y de actitud. Ejemplos típicos son la familia, la patria, la iglesia. En una comunidad, el carácter constitutivo que el deber tiene siempre respecto al derecho ha de hallarse en ‘la incisión en ella de un orden sobrenatural que posee el primario derecho a ser respetado, esto es, la aceptación comunitaria de unos derechos de Dios que determinan deberes radicales en el hombre y en la sociedad’. La sociedad, en cambio, es voluntad reflexiva, convención. Las partes son en ella antes que el todo, y la voluntad es consecutiva a un pensamiento. Es la forma sociológica que está en la base de las sociedades voluntarias: mercantiles, de recreo, etc. Pero cuando se extiende a la convivencia humana radical —que siempre ha de ser una comunidad y que requiere, por usar términos de raigambre agustiniana, una anterior concordia— se produce la ruina. Porque en la sociedad, ‘el deber sigue siempre a un derecho personal y se define por razón del respeto debido a ese previo derecho’. El corolario jurídico, por ir cerrando el círculo abierto al comienzo de estas páginas, es, pues, palmario. Pues la comunidad precisa de un orden jurídico como orden del servicio personal exigible, mientras que las formas societarias se limitan a pretender articular vanamente un ‘ordenamiento jurídico’ —que no guarda relación con el ‘orden’— simple constelación de derechos subjetivos o potestades individuales”²¹.

108

2. LA INCIDENCIA DEL PRINCIPIO FAMILIAR EN EL GOBIERNO POLÍTICO

Una de las evidencias de esta vinculación orgánica entre la sociedad doméstica y la sociedad política, a través de la sociedad civil, es la concreción de lo que se ha denominado la forma de gobierno. No en el sentido de la forma política, señalada por santo Tomás, sino en la medida en que esta se concreta en las diversas comunidades políticas. Representa aquí, a nuestro juicio, un papel

tiarum. Et eodem modo dicendum est de aliis politiis”. Nótese que emplea la forma en un sentido más profundo que la mera acepción diversificada de lo que se conoce como “formas de gobierno”, p. 212. Santo Tomás destaca, primero, el orden en la ciudad, o sea, se refiere al principio de ordenación, que es la causa formal.

²¹ Miguel AYUSO, *Moral, ética pública y política*, pp. 94-96.

notable el peso político del principio familiar, siendo la forma de gobierno una cristalización de lo dicho.

Así lo refiere Álvaro d'Ors, quien afirma:

“la relación entre forma de gobierno y familia aparece ya insinuada por Aristóteles desde un principio, al afirmar que en la base social está, como asociación natural y permanente, la familia, y luego, al poner en evidencia cómo la monarquía nace a imitación del gobierno patriarcal. Pero, en parte por haber desechado la forma monárquica como superada, en parte por la excesiva intensidad del vínculo de la polis, que oscurece aquella otra entidad menor que es la familia, esa profunda relación queda sin ulterior desarrollo, como un elemento atrofiado dentro del conjunto del sistema. Pero es esta relación precisamente la más vital para el problema de la legitimidad del poder”²².

Una vez presentada la cuestión, seguiremos al maestro romanista en las consideraciones que desarrolla sobre ello.

La monarquía es la forma política en la que el peso del principio familiar es mayor. Y no tanto por la modalidad monárquica sucesoria —en la que es clarísimo—, sino por la misma constitución de la forma monárquica. Se trata, así de un conjunto de familias regida por una familia.

“En efecto, la monarquía es un traslado a nivel comunitario de la estructura familiar patriarcal; pero hay algo más: se trata de la idea misma de legitimidad del rey la que se encierra en esa traslación. Porque la legitimidad del poder no depende estrictamente de una determinada legalidad, sino, más profundamente, de una como autenticidad natural. Se trata en el fondo de la legitimidad de la paternidad. Legítimo es, ante todo, el verdadero padre, lo que no depende de una ley, por ejemplo, del hecho de un nacimiento dentro de unos plazos de presunción legal, al modo de las modernas codificaciones, sino una generación incontaminada entre aquellos a los que justas nupcias unen. El poder del padre sobre los hijos nace precisamente de esa legitimidad; pero una sociedad estructurada en familias legítimas postula para su gobierno la elevación de una de ellas, gobernada a su vez por el padre legítimo de la misma. Esto es algo en lo que no se insistirá nunca suficientemente: que la auténtica monarquía supone el gobierno, no de un pueblo por un rey, sino de un conjunto de familias por una familia”²³.

109

Observamos, por ello, que el principio familiar opera de manera efectiva y vigorosa en la forma monárquica, debido a que el sujeto o célula de la *res publica* no es el individuo aislado, sino una sociedad, la doméstica, lo que, por su parte, refuerza la estrechez de vínculos comunitarios que dan lugar

²² Álvaro d'Ors, *Forma de gobierno y legitimidad familiar*, pp. 34-35.

²³ *Op. cit.*, pp. 35-36.

a una auténtica comunión en torno al bien común, dejando más inaccesible la posibilidad de disgregación que implica el individualismo asociativo.

Prueba de ello es la concepción de la legitimidad del poder que subsiste a la forma monárquica.

“La intensidad del poder de este rey, su benevolencia hacia aquellas familias que gobierna, su autocratismo, su nepotismo, todo eso no altera su esencia monárquica, que reside, no en la modalidad de ejecución del poder, sino en el principio de su legitimidad”²⁴.

Lo cual, por cierto, bosqueja la auténtica naturaleza de la monarquía²⁵, puesto que frente a la voracidad de la oligarquía –resultado demasiado frecuente de la aristocracia según la experiencia política– y la brutalidad demagógica que esconde la democracia, la monarquía es el poder político concedido a una familia para la defensa de las familias. En otras palabras, la monarquía es la forma auténticamente popular; no es casualidad, luego que sus principales conspiradores hayan encontrado su cobijo en oligarquías, abiertas o secretas, ansiosas de disfrazar su dominio de libertad popular. No obstante, tal es la naturaleza protectora de la monarquía que, en la medida en que los monarcas no han obrado conforme a ella²⁶, han sentado las bases para su propia demolición.

²⁴ D'ORS, *op. cit.*, p. 36.

²⁵ Leonardo CASTELLANI, *Pluma en ristre*, pp. 52-53: “El poder del Dinero (ése sí que es hereje) le tiene un miedo grandísimo a la Monarquía, como que es la única fuerza capaz de meterlo en petrina; por lo cual se aplica hoy con perseverancia a pintarla como un cuco, y a echarle agua bendita, conjuros y maldiciones. Pero la Monarquía, en su sentido amplio, es una cosa que está en la naturaleza y por lo tanto echada por la puerta vuelve por la ventana, disfrazada si es preciso: ‘una fuerza patente para meter en petrina a las fuerzas secretas’ [...] Para poder defenderse de la opresión de los poderosos inmediatos (de los cuales ninguno más peligroso y universal que el Hombre de Dinero) las mayorías tienen la tendencia de elevar a un hombre tan alto (y de esto es símbolo el Trono) que frente a él desaparezcan las otras desigualdades y en cierto modo “todos sean iguales”-frente a la Justicia del Rey. ¡Paso a la Justicia del Rey! decían en España. Mas los ricos necesitan un Rey que no los “pueda” a los ricos; o sea, que no lo sea: el Rey Constitucional, y el Presidente Coty. Y esté es el fundamento filosófico de la Monarquía, fenómeno indestructible. Para obtener la Justicia, que es uno de los nombres de Dios, parece no haber más remedio que fabricar un hombre casi-como-Dios y hacerlo gobernar en nombre de Dios. Si sale malo, eso es lo malo; pero si sale malo los antiguos siglos cristianos lo derrocaban o lo mataban...”.

²⁶ Cfr. D'ORS, *op. cit.*, p. 36: “Un tirano, en cambio, no puede confundirse nunca con un rey, antes bien es lo más contrapuesto a la idea monárquica, y no por su perversidad, por su egoísmo, sino por su ilegitimidad. Lo más contrario a un rey no es la democracia, sino otro rey ilegítimo. El tirano antiguo, y lo mismo se puede decir del tirano moderno, podía ser, y de hecho solía ser, un representante de intereses netamente populares; no era el mal tirano caricaturizado por la invectiva política posterior, era un buen gobernante, pero ilegítimo, pues su poder no le venía de familia”.

Por el contrario, la democracia como forma de gobierno implica la anulación del principio familiar como fundamento político. La democracia, conjunto de individuos que eligen para las magistraturas a otros individuos, expulsa del gobierno de la *res publica* a la familia como institución. Podría decirse más: la democracia precisa de la laminación progresiva de la institución familiar, mientras aspira a la legitimidad por la voluntad de cada gobernado, siendo toda institución social, y la familia como célula básica, obstáculo en el proceso de legitimación electiva. Y ello sin mencionar la concepción ideológica liberal –seudorreligiosa– de la democracia como fundamento del gobierno, que hace de la voluntad la fuente de la legitimidad misma²⁷, siendo la familia no ya obstáculo, sino objetivo a demonizar en tanto que pudiera constituir una interferencia heterónoma –que diría Immanuel Kant– en el proceso de autonomía individual.

“La democracia –seguimos a Álvaro d’Ors–, por su lado, presupone una sociedad en la que la legitimidad familiar no es decisiva. No quiere esto decir, naturalmente, que los pueblos democráticos sean necesariamente pueblos de inmoral promiscuidad, pero sí que han perdido una sensibilidad especial para erigir el principio de la legitimidad en piedra angular de su estructura política. Las democracias presuponen masas de ciudadanos libres, independientes de todo vínculo familiar, simples individuos, directamente sometidos a un gobierno cuya justificación se funda tan sólo en una voluntad mayoritaria más o menos directa”²⁸.

111

²⁷ D’ORS, *op. cit.*, p. 37: “En realidad, todo gobierno auténticamente democrático, sea ejercido por uno o por muchos, prescinde del carisma de la legitimidad; su ‘legitimidad’ está en el apoyo de la fuerza expresada por un consentimiento de los individuos que constituyen la comunidad política. La sociedad democrática no consiste en familias, y su gobierno, en consecuencia, no se funda en la legitimidad. Es interesante recordar a este respecto que las democracias tienden siempre a relajar los miramientos de la legitimidad familiar y, a la vez, la familia misma. Así, una de las primeras preocupaciones de las revoluciones democráticas, como la Revolución Francesa o también la nuestra de 1931, fué siempre la de abolir las diferencias entre hijos legítimos e ilegítimos. Y no se trataba simplemente de ayudar al desgraciado, sino de aniquilar de raíz el principio de toda legitimidad. Para la democracia consecuente, hijos legítimos, esposas legítimas, todo ese mundo de la legitimidad radical es un residuo que resulta incongruente dentro de la estructura política, y que, si se conserva, es tan sólo por cierto apego moral a las costumbres antiguas, pero con las debidas garantías para que no alcance ninguna trascendencia política”. Nos parece una reflexión valiente y profundísima, pues, como afirma, la indignación por el hijo ilegítimo evidencia cómo la ideología liberal ha hecho presa en el pensamiento contemporáneo, que sustituye la sociedad doméstica como base social por el individuo autónomo. Este principio igualitario ilustrado de raíz liberal acaba laminando toda realidad entre el individuo y el Leviathan, como veremos en el capítulo que sigue. Baste señalar que, en lo que a la familia se refiere, la conexión liberalismo y democracia suponen un auténtico eclipse social y político de la familia. Véase, para esto último, AYUSO, *op. cit.*, p. 91 y ss.

²⁸ D’ORS, *op. cit.*, p. 36.

No deben nuestras palabras llevarnos a la tesis esquemática de la familia como freno de la política, bandera de movimientos de corte conservadora contemporáneos y, al igual que en cuanto a la falsa primacía social de la familia, que es fuente de muchos equívocos. Lo anterior porque el empleo de frenos del poder pertenece a la *weltanschauung* protestante y liberal, y debe ser rechazado de pleno por sus gravosas hipotecas. Ya hemos señalado que la tesis clásica y cristiana no es la dialéctica, sino la armonía de las sociedades humanas. La sociedad política es tan necesaria para la perfección del hombre como la sociedad doméstica; no implica que su fin, más perfecto que el familiar, sea contrario, sino que, en efecto, es superior en cuanto es capaz de integrar el familiar y otros bienes que le trascienden.

112 La tesis de la “autonomía política de la familia” participa del mismo error que la que afirma la “supremacía social de la familia”. Ambas son reducciones ideológicas de corte liberal que pretenden concebir al hombre como ser autónomo que decide, según su voluntad, lo necesario, o no, para su utilidad particular, pudiendo desvincularse de los cuerpos sociales o de la propia política. Se trata, por tanto, de la negación de la política tal y como la ha expuesto santo Tomás. Además, es una pretensión utópica, en el sentido de que el hombre no puede no vivir en sociedad, y esta no existe como tal sin la forma política. La tesis de la confrontación dialéctica familia-política carece, así, de fundamento en el orden de las cosas y en la experiencia político-jurídica.

Y como muestra un botón. Ante el avance de políticas de signo progresista en los ordenamientos jurídicos contemporáneos, el conservadurismo ideológico insertó en el debate la idea de la familia y su promoción como freno del poder. Aunque esta idea la desarrollaremos en el epígrafe que sigue, no nos resistimos a recordar una constatación que admite poca réplica. La oposición familiarista a la política, que participaba de la supremacía social de la familia, evidenció en casos como la legalización del aborto procurado²⁹ una esterilidad sobresaliente, pues se entendió que la política constituía una amenaza para la autonomía de las familias, y era preciso influir socialmente para frenar la legislación progresista. La asunción de la tesis protestante de la política como poder condujo a la disolución de tales movimientos en pocos años, porque la progresiva propaganda y la legislación inicua laminaron la convicción de muchos de sus integrantes andando el tiempo. Pero, como hemos dicho, esto lo veremos a continuación.

²⁹ Cfr. AYUSO, *op. cit.*, p. 125 y ss.

IV. Los riesgos de la fragmentación

Establecida una aproximación –modesta– a la sociedad doméstica, así como a su relación con la sociedad civil y la sociedad política, no hemos podido evitar referir algunas interferencias contemporáneas que nublan la armonía entre dichas entidades sociales. Se trata de reducciones que, más atentas a la ideología que a la realidad, desordenan la relación, dotando de importancia desmedida a algunos elementos o diluyendo el peso de otros. Algunas de estas concepciones fragmentarias, esto es, focalizadas en fragmentos de la realidad, han sido ya señaladas. Quizá este epígrafe, dedicado a la cuestión de manera propia, aporte más elementos de juicio para su análisis.

1. LA PRIMACÍA INDIVIDUAL Y SU COROLARIO FAMILIAR

La principal de las reducciones o fragmentaciones que de la realidad familiar se realizan es la que versa sobre la asunción de la primacía individual propia del liberalismo. Partiendo del sujeto autónomo, reducido a su subjetividad y esta a su libertad, leída en clave negativa, se pretende dar explicación a la realidad social existente. Pero este *a priori* no viene exento de hipotecas, pues constituye la negación radical de la antropología clásica y cristiana. Así las cosas, no es de extrañar que su consecuente pensamiento social y político sean una caricatura de las reflexiones marmóreas y profundas que aportó el pensamiento clásico y cristiano. Más aún, podemos afirmar que el liberalismo político implica una reconstrucción inventada de la realidad social, desleída por la primacía del subjetivismo individual.

En este orden de cosas, todo condicionamiento al ejercicio de la libertad es necesario que se entienda como negativo. En algunos casos, asumible como costo a la garantía de autonomía de la voluntad, pero negativo a fin de cuentas. La libertad liberal, señala Danilo Castellano:

“propiamente hablando, es la ‘libertad negativa’, esto es, la libertad ejercitada con el solo criterio de la libertad, esto es, sin ningún criterio. Poco importa, bajo el ángulo teórico, aunque la cuestión resulte relevante desde el práctico, que esta libertad se ejercite por el individuo o por el Estado. Lo que destaca es el hecho de que postula que la libertad sea liberación: liberación de la condición finita, liberación de la propia naturaleza, liberación de la autoridad, liberación de las necesidades, etc. La libertad liberal es, pues, esencialmente reivindicación de una independencia del orden de las cosas, esto es, del ‘dato’ ontológico de la creación y, en el límite, independencia de sí mismo. Aquélla, por tanto, reivindica coherente aunque absurdamente la soberanía de la voluntad, sea la del individuo, de la sociedad o del Estado.

Pretende siempre afirmar la libertad respecto de Dios y la liberación de su ley en el intento de afirmar la voluntad/poder sin criterios y, al máximo, admitiendo aquellos criterios y sólo aquellos que de ella derivan, y que –al depender de ella– no son propiamente criterios”³⁰.

La libertad negativa encuentra su primera presa en la familia. Como toda sociedad, es vaciada de su entidad propia, ya que solo el individuo es entidad real como afirma el escepticismo liberal, y sustituida por los corolarios de la autonomía de la voluntad. La familia desaparece como institución natural, convertida ahora en institución voluntaria. Voluntaria no en el sentido aristotélico, que entiende que toda acción moral ha de serlo, sino en el sentido gnóstico, o sea, fruto de la determinación de la voluntad no determinada más que por sí misma. La privación entitativa de la familia la conduce a una naturaleza asociativa, esto es, priman los derechos de las partes frente al todo y, en especial, son las partes las que condicionan el todo a su voluntad. De ahí que los deberes familiares no son tales si antes no han sido determinados por la voluntad de las partes.

114 En este orden de cosas, desaparece, por tanto, todo rasgo natural de la familia en la medida en que este no ha pasado por el tamiz de la autonomía de la voluntad. También, de en consecuencia, sufre estas secuelas la institución matrimonial, dado que habiendo sido transformado el efecto, la comunidad familiar, su causa eficiente sufre la misma suerte. No es casualidad que en el seno de las sociedades liberales contemporáneas el matrimonio como institución natural haya dejado de existir en los ordenamientos jurídicos.

Su sustitución comenzó de manera indirecta, como antes señalaba Álvaro d’Ors, al aplicar el principio igualitarista al plano de la sociedad humana, desapareciendo la cualificación que concedía el ordenamiento anterior a los hijos nacidos del matrimonio frente a sus respectivos externos a él. Y no en un sentido agravante de la triste situación, sino como medio de defensa de la familia como institución natural y dique de contención ante las debilidades humanas que la pusieran en riesgo. Hoy, por el contrario, los ordenamientos jurídicos afirman con banda y música la igualdad de todos los nacidos con independencia de su origen matrimonial o no, y se da, al mismo tiempo, una indefensión de los hijos ante la fragilidad de los entornos familiares.

Otra evidencia, esta directa, de la primacía individual sobre la sociedad doméstica, es la introducción de las legislaciones divorcistas en los ordenamientos jurídicos contemporáneos. Con consecuencias bastante gravosas, pues implican, de por sí, la desaparición de la institución matrimonial, que algunos –algo ingenuamente– han querido ver sobrevivir en la posibilidad

³⁰ Danilo CASTELLANO, *La tradición política católica frente a las ideologías revolucionarias*, pp. 93-94.

de la opción de las partes, o sea, en la pretensión de un espacio jurídico particular que habilite a que sean las partes las que deciden la entidad resultante del pacto matrimonial, en este caso indisoluble. No trasciende esta iniciativa, sin embargo, de la *weltanschauung* liberal³¹, más bien es una reformulación de esta, en virtud de que la indisolubilidad no traería cuenta de la institución en sí, sino de la voluntad de las partes.

También podrían citarse como evidencias de la primacía liberal sobre el bien común de la sociedad doméstica la asimilación del matrimonio a otras formas tales como el llamado “matrimonio igualitario” o los regímenes jurídicos particulares diseñados para las parejas de hecho. Los movimientos conservadores han querido ver en estas reformas legislativas un odio ideológico a la institución familiar; sin negar tal posibilidad, nos parece más razonable entender que dicho odio responde a una coherencia con las premisas del liberalismo ideológico. Coherencia, por cierto, de la que carecen los conservadores que a tales reformas se oponen, cuando afirman el liberalismo político, al tiempo que pretenden salvar instituciones no sujetas a la libertad negativa. Estas asimilaciones son, a nuestro juicio, manifestaciones de la primacía individual propia de la gnosis liberal, porque vaciada la familia y el matrimonio de su contenido natural, que el ordenamiento ha de reflejar, su contenido es concedido por la voluntad de las partes, debiendo –bajo esta lógica– el ordenamiento dar cobertura a las diversas formas familiares. No se trata, por ello, tanto de formas de ataque a la familia –que es lógico–, sino de formas de ejercicio de la libertad liberal negativa, sin más regla que sí misma, o sea, sin regla.

Existen, por último, cambios ocasionados en el panorama de la crisis de la modernidad, que retroalimentan el eclipse de la familia en la medida en que importan posturas radicalizadas de liberalismo ideológico, centradas en la actualización absoluta de la autodeterminación. En este escenario es

115

³¹ AYUSO, *op. cit.*, pp. 94-95: “Algunos autores han realizado laudables pero erróneos esfuerzos en favor del reconocimiento civil de un (opcional) matrimonio indisoluble, como religiosamente lo es el celebrado entre católicos. Nuestra disconformidad con el actual régimen jurídico positivo del matrimonio en España, parte de que en el mismo no se reconoce el matrimonio religioso, como tal y con todo su contenido. Hoy no existe en España, según el derecho positivo, más que el matrimonio civil y disoluble, aunque éste pueda celebrarse con forma religiosa. Ahí está el punto de partida de la legalidad positiva vigente, con la cual nos hallamos en radical desacuerdo; pues entendemos: primero, que el verdadero matrimonio es esencialmente indisoluble; y, segundo, que el matrimonio religioso debe ser reconocido tal como canónicamente es regulado y no sólo en cuanto su forma sino en toda su regulación, efectos y jurisdicción competente. Lo explica el profesor José María Sánchez, ‘El matrimonio, institución de derecho natural, ante el derecho del Estado’: ‘No es conforme con la consideración del matrimonio como institución de Derecho natural que sean los contrayentes, quienes en uso de la autonomía de la voluntad, configuren el estatuto jurídico de tal institución. Por lo demás, es dudoso que esta sea la actitud social y política más eficiente en la necesaria reconstrucción del matrimonio’”.

claro que la legalización del aborto procurado atenta contra las mismas bases de la institución familiar, al consagrar –con cruenta evidencia– las aporías de la autodeterminación sexual; con incidencia, por cierto, en el principio familiar, cuando mina los fines del matrimonio de manera frontal. Quizá habría que preguntarse sobre la relación entre el aborto como “solución” concedida por el Estado en un contexto en el que el eclipse de la familia ha condenado a la marginalidad a generaciones jóvenes, reducidos a átomos sociales nacidos al margen de matrimonio, familia y comunidad. Quede esto al menos apuntado.

Podrían citarse otros muchos cambios sociales que han minado los fundamentos sobre los que se asienta una sociedad inspirada por el principio familiar: el cambio de las relaciones de producción influido por el feminismo dominante, la sustitución de las relaciones económicas propiciadas por el capitalismo financiero, la sustitución de núcleos físicos familiares por la lógica americanista del *business*, etc. Estimamos, no obstante, que lo ya señalado es suficiente para evidenciar la hegemonía liberal sobre los restos del principio familiar.

2. LA FAMILIA COMO “SOCIEDAD” NEGATIVA

116 La segunda de las concepciones fragmentarias ha sido apuntada anteriormente. Se trata de la concepción negativa de la familia, con dos manifestaciones: la supremacía social y la autonomía política de la familia. Ambas responden a la misma concepción, la familia como elemento sustitutivo del individuo liberal, esto es, la concepción de un liberalismo familiarista que aplica a la familia todos los atributos que el liberalismo asocia al individuo: supremacía social, autonomía política, la familia como opción que, en cuanto tal, participa de la sacralidad que la gnosis liberal concede a toda manifestación de la voluntad.

Esta concepción negativa de la familia la podemos encontrar en dos versiones. La primera es táctica. En un contexto de eclipse familiar, se pretende emplear los medios que el liberalismo concede al individuo, a la familia para su supervivencia. Se habla, pues, de la necesidad de respetar el peso social de la familia aduciendo textos constitucionales que así lo declaran o se teoriza sin más sobre la “reducción del Estado” en pro de la familia. La táctica de la familia negativa plantea graves riesgos, y es prudente advertirlo. Lo anterior, porque las *Constituciones* son expresión de principios ideológicos contrarios a toda entidad social, incluyendo la familia, al asentarse en la garantía de la libertad negativa; garantía que, por cierto, en la modernidad débil se vuelve directa por parte de los Estados, lo cual agrava aún más el asunto. Veamos un ejemplo significativo.

En el caso del ordenamiento jurídico español, muchas familias –coordinadas por movimientos conservadores– se organizaron, *rectius* fueron organizadas, ante el avance del adoctrinamiento ideológico en las escuelas con

materias como “Educación para la ciudadanía”. Se amparaban en la norma constitucional que, en su art. 27.3 afirma:

“Los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”.

La elevada carga ideológica que implicaba la asignatura llevó a algunas familias a la movilización e, incluso, a la vía judicial.

El Tribunal Constitucional trató el asunto con algunas sentencias llamativas. En la STC 28/2014, aunque el recurso de amparo fuera inadmitido por razones procesales de legitimidad activa, los razonamientos del Tribunal nos dan la pista de la problemática. En efecto, la familia del alumno, opuesta a que este fuese adoctrinado con la asignatura litigiosa, adujeron vulneración del derecho de objeción de conciencia. El Tribunal señaló:

“las alegaciones parten de la estrecha vinculación que existe entre el derecho a la libertad ideológica y el derecho de los padres a elegir una educación para sus hijos de acuerdo con sus propias convicciones. No se niega la facultad del Estado de planificar la enseñanza y, por ende, de incorporar al currículo educativo, unas u otras enseñanzas, sin embargo, los padres pueden exigir del Estado el respeto a sus propias convicciones religiosas y filosóficas. Siendo ello así, la recurrente estima que nuestro sistema constitucional reconoce la posibilidad de ejercer la objeción de conciencia al amparo de lo dispuesto en el art. 16.1 CE sin requerirse previa interpositio legislatoris. Esta objeción de conciencia no se contempla, con carácter general, como un mecanismo para obviar el cumplimiento del ordenamiento siempre que se considere contrario a las propias convicciones, sino que puede ejercerse frente a deberes concretos. Tratándose de un derecho sujeto a límites, en el presente caso no se ha acreditado cuál es el interés prevalente del Estado que justifique una lesión de derechos como la denunciada”.

117

Una vez relativizado el derecho a la objeción de conciencia³², con límites fijados por el *Leviathan*, el Tribunal señala la comparecencia del Ministerio Fiscal, que expresa de manera clara la problemática:

³² Nos hemos ocupado del asunto en Javier FERNÁNDEZ, “Conciencia recta, conciencia soberana y conciencia ‘sincera’”, pp. 891-892: “A la postre, la objeción de conciencia se configura en ‘singular teoría, según la cual debería obedecerse a la ley ¡sólo en el caso en que encuentre el consentimiento del destinatario! Que presupone una definición irracional y, por lo mismo, inaceptable de ley’. La objeción de conciencia es la plasmación del subjetivismo moderno, por el cual la sociedad como pacto entre partes debe abstenerse de toda medida que perjudique, subjetivamente considerado, a alguna de las partes. Por ello, encontramos que la objeción de conciencia favorece la disolución del bien común, porque su existencia es incompatible con las heterogéneas pretensiones individuales que se encuentran en un proceso de tensión centrípeta social. La oposición entre la objeción de conciencia, conceptualmente, y el bien común la convierte en un instrumento anti-político por definición, dado que prioriza la autonomía individual sobre el bien común de la polis”.

“Tras un exhaustivo examen de las normas nacionales y supranacionales reguladoras de la materia, el Ministerio Fiscal comienza sus alegaciones indicando, a los efectos de fijar el objeto del recurso, que a pesar de que éste se dirija contra la Sentencia recaída en casación, en rigor el acto vulnerado de los derechos de la demandante es la inicial resolución administrativa. Por otro lado, no se pide el reconocimiento a tener sus propias convicciones sino a impedir la intromisión de los poderes públicos; intromisión que se produce a través de la exigencia de cursar una materia que entra en contradicción con las convicciones de la recurrente. Sin embargo, en este sentido, el Ministerio público estima que el contenido del art. 27 CE faculta al Estado para establecer currículos y contenidos en los distintos grados y niveles de la enseñanza y que la asignatura educación para la ciudadanía ha sido introducida a partir de las previsiones contenidas en la Ley Orgánica de educación. Así mismo, refiere que no obstante las convicciones personales de cada cual, las sociedades democráticas pueden compartir una serie de valores ante los cuales los estados y los poderes públicos no permanecen neutrales, so pena de hacer inviable el propio sistema democrático, y tales valores pueden ser divulgados a través de la educación”.

Y es que, si analizamos la redacción del art. 27 de la CE, encontramos que en su apartado segundo afirma:

118

“La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales”.

Ello, en combinación con el apartado cuarto, que proclama la obligatoriedad de la enseñanza básica, concede al Estado el monopolio educativo en última instancia, pues los centros de naturaleza privada no pueden escapar de las directrices educativas legales, trasladadas a las aulas en forma de asignaturas.

Se prueba, de esta forma, que la familia negativa como táctica, empleando los medios constitucionales, a menudo confluye en la asunción de estos y, como consecuencia, en la derrota. Podríamos citar otro ejemplo, como el famoso “pin parental”, que pretendía la privatización del bien en la autonomía de la voluntad de los padres, en lugar de enfrentar el problema de la ideologización como técnica de control del Estado.

Además de la concepción táctica, en los últimos años muchos de sus militantes han pasado a la interiorización de sus consignas, creándose una suerte de ideología familiarista, que toma la familia como excusa para la cobertura de ideologías de matriz comunitarista. El principal error que se percibe en este punto es, a juicio nuestro, ideológico. Se pretende, a partir de estas estrategias que con rapidez se tornan teorías, la salvación de la familia, de nuevo. Y he ahí el asunto problemático, ya que la familia –como ente abstracto– no puede ser salvada por la acción particular sin incurrir en una ilusión racional.

lizante. Los hombres somos seres concretos, inscritos en comunidades concretas. Los deberes de Estado no nos requieren la salvación de “la” familia, sino la custodia de “nuestra” familia, determinantes a menudo equivocados por estas concepciones³³. Pero, además, dichos deberes de Estado no son contrarios a los deberes sociales y políticos; más aún, estos son la expresión más acaba de aquellos. En otras palabras, no tenemos el deber de salvar “la” familia, sino “nuestra” familia, y sin la sociedad civil y la sociedad política estamos condenados al fracaso, dado que –ya hemos visto– el abandono de los deberes para con bienes superiores y más trascendentales acaba disolviendo los bienes más inferiores que en ellos se integran.

Balance

Podemos extraer algunos corolarios que hagan de cierre de este capítulo. Para empezar, se ha demostrado ya según los textos que el pensamiento clásico entiende que las entidades sociales son exigidas por la naturaleza del hombre y, por tanto, su voluntad concurre al impulso natural, pero no las origina *formaliter loquendo*. De ahí que la pertenencia a la familia, a la sociedad civil y a la sociedad política no puede ser separada de la perfección humana, sino que esta no puede darse sin aquella.

119

Además, nos encontramos que la concepción de santo Tomás es eminentemente armónica, no dando cabida a las concepciones fragmentarias, hijas del racionalismo filosófico, que trocean la realidad en esquemas rígidos y, por ello, acaban desvirtuando cualquier reflexión sobre la experiencia política. Por el contrario, el pensamiento clásico se alza como marmórea columna que, pese a las innovaciones nacidas del pensamiento revolucionario, sigue constituyendo faro de guía para la recuperación de las instituciones sociales.

Y, por último, hemos observado que, dentro de esta recuperación, no podemos prescindir del principio familiar. Principio, por otra parte, que ha de leerse según su propia naturaleza social y política, y no de manera negativa, al implicar la disolución de este y su sustitución por una suerte de forma de liberalismo familiar o identitario que no supera, sino que reformula, las aporías del racionalismo moderno. El principio familiar, en consecuencia, repre-

³³ Así lo señala SEGOVIA, *op. cit.*, pp. 656-657: “Es común oír en boca de algunos tradicionalistas la presunta refutación de lo que afirma Castellano: precisamente, cuando se desvanece el Estado, nos refugiamos –dicen– en la familia o en la sociedad civil. Pero confunden ‘la’ familia con ‘su’ familia, y desconocen que la actual corrupción de la vida doméstica y civil es consecuencia de un Estado desordenado. No están aquéllos tan lejos de los liberales que reclaman ‘menos Estado y más sociedad’”.

senta uno de los hitos más significativos en el camino de la restauración de una sociedad ordenada con rectitud, y la crisis o eclipse que hoy sufre son síntomas de la aceleración de la erosión no solo familiar, sino social y política.

Bibliografía

- 120 AYUSO, Miguel, *Moral, ética pública y política*, Madrid, Marcial Pons, 2023.
- CASTELLANI, Leonardo, *Pluma en ristre*, Madrid, Libros Libres, 2012.
- CASTELLANO, Danilo, *La naturaleza de la política*, Barcelona, Scire, 2006.
- CASTELLANO, Danilo, *La tradición política católica frente a las ideologías revolucionarias*, Madrid, Consejo de Estudios Hispánicos Felipe II, 2019.
- D'ORS, Álvaro, *Forma de gobierno y legitimidad familiar*, Madrid, O crece o muere, 1960.
- FERNÁNDEZ SANDOVAL, Javier, "Conciencia recta, conciencia soberana y conciencia 'sincera'", en *Verbo*, n.º 609-610, Madrid, 2022.
- LAMAS, Félix Adolfo, *Ensayo sobre el orden social*, Buenos Aires, Instituto de Estudios Filosóficos Santo Tomás de Aquino, 1990.
- SÁNCHEZ, José María, "El matrimonio, institución de derecho natural, ante el derecho del Estado", en Miguel AYUSO (ed.), *De matrimonio*, Madrid, Marcial Pons, 2015.
- SEGOVIA, Juan Fernando, "La filosofía política de Danilo Castellano", en *Verbo*, n.º 537-538, Madrid, 2015.
- SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Scriptum Super Sententiis*, versión latina de Enrique ALARCÓN, Pamplona, Fundación Tomás de Aquino, 2019.
- SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Sententia Libri Politicorum*, versión castellana Ana MALLEA y Celina A. LÉRTORA, Pamplona, EUNSA, 2001.
- SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma contra gentiles*, versión bilingüe de Laureano ROBLES CARCEDO y Adolfo ROBLES SIERRA, Madrid, BAC, 1968.
- SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Summa theologiae*, versión bilingüe de Francisco BARBADO VIEJO y Santiago RAMÍREZ, Madrid, BAC, 1956.
- TÖNNIES, Ferdinand, *Comunidad y sociedad*, Buenos Aires, Losada, 1947.

Siglas y abreviaturas

- ad. respuesta a la objeción
- art. a veces a. artículo
- BAC Biblioteca de Autores Cristianos
- c. capítulo

CE	Constitución española
Cfr.	confróntese
d.	distinción
doi	Digital Object Identifier
ed.	editor
etc.	etcétera
EUNSA	Ediciones Universidad de Navarra, So- ciedad Anónima
lib.	libro
n.º a veces n.	número
nn.	números
<i>op. cit.</i>	<i>opere citato</i>
ORCID	Open Researcher and Contribution ID
p.	página
pp.	páginas
pr.	proemio
q.	cuestión
resp.	respuesta
ss.	siguientes
STC	Sentencia del Tribunal Constitucio- nal

doi.org/10.52611/rdpi.num29.2026.1987

LA CORPORACIÓN Y SU IDENTIDAD JURÍDICA

THE CORPORATION AND ITS LEGAL IDENTITY

*Pascuali Tello, Matías**

Resumen

Este trabajo académico examina la corporación desde una perspectiva jurídica comparada, partiendo de una distinción terminológica fundamental entre los conceptos de “corporación”, “compañía”, “sociedad” y “empresa”, cuya confusión genera problemas al comparar instituciones entre tradiciones jurídicas distintas. Siguiendo el marco funcional propuesto por Reiner Kraakman y otros autores, se identifica el núcleo común a toda corporación: personalidad jurídica, responsabilidad limitada, acciones transferibles, gestión delegada y propiedad de los inversionistas. El artículo reconstruye la trayectoria histórica de la figura corporativa, desde sus antecedentes medievales en gremios y municipios, hasta la corporación moderna descrita por Adolf Berle y Gardiner Means, con su célebre separación entre propiedad y control.

123

PALABRAS CLAVES: corporación; compañía; sociedad; empresa; propiedad; control

Abstract

This academic paper examines the corporation from a comparative legal perspective, starting from a fundamental terminological distinction among the concepts of “corporation”, “company” and “enterprise”, whose conflation

* Profesor investigador y director del Centro de Derecho Regulatorio y de Empresa de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo. Abogado UAI, LLM in International Trade and Commercial Law Oxford Brookes University, MA in Taxation King's College London. Candidato a Doctor en Derecho Tributario y Financiero de la Universidad de Barcelona. Correo electrónico: mpascuali@udd.cl. ORCID: 0000-0002-3627-8018.

Artículo recibido el 12 de septiembre de 2026 y aceptado para su publicación el 5 de octubre de 2026.

creates difficulties when comparing institutions across different legal traditions. Following the functional framework proposed by Reiner Kraakman and co-authors, the paper identifies the common core shared by every corporation: legal personality, limited liability, transferable shares, delegated management, and investor ownership. It then traces the historical trajectory of the corporate form, from its medieval antecedents in guilds and municipalities, through the chartered trading companies of the sixteenth and seventeenth centuries to the modern corporation described by Adolf Berle and Gardiner Means, with its well-known separation of ownership and control.

KEYWORDS: corporation; company; enterprise; ownership; control

Introducción: la corporación y su identidad jurídica

124

El punto de partida de este trabajo es una advertencia terminológica. En el lenguaje corriente, y en no pocas traducciones apresuradas de literatura anglosajona, los términos ‘corporación’, ‘compañía’, ‘sociedad’ y ‘empresa’ se emplean como si fueran sinónimos. No lo son, y la confusión entre ellos tiene consecuencias prácticas relevantes cuando se trata de comparar instituciones entre distintas tradiciones jurídicas.

La *corporation* del *common law* designa, en su acepción técnica, una entidad dotada de personalidad jurídica propia, capital dividido en participaciones transferibles, responsabilidad limitada de sus miembros, gestión delegada en administradores profesionales, y propiedad residual atribuida a los inversionistas. Reinier Kraakman y sus coautores, en la obra que constituye hoy la referencia mundial de derecho societario comparado, identifican precisamente estos cinco atributos: personalidad jurídica, responsabilidad limitada, acciones transferibles, gestión delegada y propiedad de los inversionistas, como el núcleo funcional común a toda corporación, con independencia de la jurisdicción en que se constituya¹. Este núcleo funcional es lo que permite comparar, sin perder rigor, la *corporation* estadounidense, la *Aktiengesellschaft* alemana, la *société anonyme* francesa y la sociedad anónima chilena: todas ellas resuelven, con soluciones técnicas distintas, el mismo problema funcional.

La ‘compañía’ es, en cambio, un término de uso más amplio y menos técnico, que, en algunas tradiciones, la británica, por ejemplo, donde ‘*company*’ es de hecho el término legal preferido sobre ‘*corporation*’, designa lo mismo

¹ Reinier KRAAKMAN *et al.*, *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach*, p. 1.

que la corporación estadounidense, mientras que en español suele emplearse tanto para referirse a sociedades constituidas de modo formal como, en el lenguaje coloquial, a cualquier negocio o empresa sin mayor precisión jurídica. La 'sociedad', por su parte, es la categoría propia de los *Códigos Civiles* y de *Comercio* de tradición continental y, por tanto, la categoría central del derecho chileno, que agrupa bajo un mismo género (el contrato de sociedad) especies muy distintas entre sí: la sociedad colectiva, la sociedad de responsabilidad limitada, la sociedad en comandita y la sociedad anónima, siendo esta última la que, a nivel técnico, equivale a la *corporation* anglosajona. Álvaro Puelma Accorsi, en el primer tomo de su tratado sobre sociedades, obra de referencia obligada para cualquier alumno de derecho comercial chileno, desarrolla en efecto, esta clasificación a partir del contrato de sociedad regulado en el *Código Civil* y especificado en el *Código de Comercio*².

La 'empresa', entonces, es una noción de naturaleza con predominio económico y organizativo, y no solo jurídico-societaria: designa la actividad productiva organizada, con independencia de la forma jurídica, sea esta una sociedad anónima, una sociedad de responsabilidad limitada o una empresa individual. Ricardo Sandoval López, en su tratado de derecho comercial, insiste en esta distinción al advertir que la empresa mercantil puede organizarse en términos jurídicos de muy diversas maneras y que la sociedad, incluida la sociedad anónima, constituye tan solo una de las formas jurídicas posibles, aunque a lo largo de la historia la más exitosa, para organizar una empresa de cierta envergadura³. Alberto Lyon Puelma profundiza esta idea desde la teoría general de la persona jurídica, mostrando que la personalidad jurídica, atributo de la sociedad y no de la empresa en sí misma, es en efecto lo que permite a aquella ser titular de derechos y obligaciones distintos de los de sus socios⁴.

125

A diferencia de lo que ocurre en algunos ordenamientos que consagran una noción en cierta medida uniforme de empresa, el sistema jurídico chileno presenta una marcada fragmentación conceptual. Las legislaciones laboral, tributaria, concursal y de fomento económico manejan delimitaciones propias, adaptadas a los fines regulatorios de cada disciplina. En consecuencia, más que un concepto unitario, el derecho chileno reconoce una pluralidad de conceptos de empresa, cuya extensión y alcance dependen del contexto normativo específico en que son utilizados⁵.

² Álvaro PUELMA, *Sociedades*, p. 60.

³ Ricardo SANDOVAL, *Derecho comercial*, p. 103.

⁴ Alberto LYON, *Personas jurídicas*, p. 37.

⁵ La comprensión funcional de la empresa, por ejemplo, ha sido destacada desde el ámbito del derecho laboral. José Ugarte ha sostenido que el concepto contenido en el art. 3.º del *Código del Trabajo* no puede reducirse a una mera referencia a la personalidad jurídica,

La jurisprudencia de la Corte Suprema refleja, asimismo, esta diversidad conceptual. En materias laborales y previsionales, el tribunal ha tendido a privilegiar una interpretación material del fenómeno empresarial, inspirada en el principio de primacía de la realidad y orientada a identificar al verdadero empleador detrás de estructuras societarias complejas. En cambio, en los ámbitos civil, comercial y tributario, la misma Corte suele adoptar una aproximación en gran medida más formalista, respetando la autonomía patrimonial de las personas jurídicas y preservando la separación entre sociedades distintas, aun cuando pertenezcan a un mismo grupo empresarial. La excepción está constituida por los supuestos de fraude, simulación o abuso de la personalidad jurídica, en los cuales puede justificarse el recurso a la doctrina del levantamiento del velo corporativo. Como han observado Felipe Valenzuela y León Carmona, la recepción de esta doctrina en Chile ha sido progresiva, pero cautelosa, configurándose como un remedio excepcional destinado a evitar usos ilícitos o abusivos de la personalidad jurídica antes que como una regla general de imputación de responsabilidades⁶.

126

Estas observaciones exceden el problema específico de la empresa, pero resultan ilustrativas para el objetivo de este trabajo. Si incluso una noción tan ampliamente utilizada como la de empresa carece en el derecho chileno de un significado uniforme y estable, resulta aún más necesario precisar el alcance de categorías provenientes de tradiciones jurídicas distintas. La experiencia chilena demuestra que conceptos próximos entre sí pueden cumplir funciones diversas y adquirir significados distintos según el contexto normativo en que se empleen.

A la luz de lo anterior, puede apreciarse mejor la utilidad de distinguir entre corporación, compañía, sociedad y empresa. Fijar esta cuádruple distinción no es, entonces, un preciosismo terminológico, sino la herramienta conceptual que permitirá a lo largo de este trabajo contrastar con rigor el derecho chileno con el derecho comparado, y entender por qué ciertos debates que parecen versar sobre “la corporación” en la literatura anglosajona (por ejemplo, sobre responsabilidad social corporativa o gobierno corporativo) se re-

pues se encuentra orientado a identificar la realidad organizacional sobre la cual se proyectan los derechos colectivos de los trabajadores. José Luis UGARTE, “El concepto legal de empresa y el derecho laboral: cómo salir del laberinto”, pp. 185-213. En términos similares, Patricio Yáñez ha destacado que la empresa constituye una unidad económica y organizativa cuyo significado jurídico debe interpretarse atendiendo a las finalidades propias del derecho del trabajo más que a las estructuras societarias utilizadas para su configuración. Patricio YÁÑEZ, “Acerca del concepto de empresa en el Código del Trabajo”, pp. 33-137.

⁶ Felipe VALENZUELA, “La teoría del levantamiento del velo corporativo en la jurisprudencia de la Corte Suprema. Influencia, desarrollo y aplicación”, pp. 9-32; León CARMONA, “La doctrina del levantamiento del velo en el derecho privado chileno. Comentario a Sentencia de la Corte Suprema de 16 de octubre de 2017, Rol N° 18.236-2017”, pp. 281-293.

fieren, en términos técnicos, a un fenómeno mucho más restringido, la gran sociedad anónima abierta, que el universo total de las empresas de un país.

I. Historia de la corporación

1. ORÍGENES MEDIEVALES

Contra la imagen difundida de que la corporación es una invención del capitalismo industrial, la historiografía jurídica muestra que la idea de una entidad colectiva con personalidad propia, distinta de sus miembros individuales, es con creces más remota. John Micklethwait y Adrian Wooldridge, en su historia divulgativa, pero rigurosa de la corporación, sitúan antecedentes ya en asociaciones mercantiles y religiosas de la Antigüedad, pero identifican en los gremios, universidades y municipalidades de la Europa medieval las primeras entidades colectivas por completo reconocidas por el derecho como sujetos con capacidad de actuar, poseer bienes y comparecer en juicio con independencia de la identidad cambiante de sus miembros⁷.

Esta intuición histórica fue sistematizada, ya en el plano más bien teórico, por la escuela alemana de derecho público del siglo XIX, cuya figura central es Otto von Gierke. En su obra sobre las teorías políticas de la Edad Media, traducida y prologada por Frederic William Maitland, quien la introdujo en el mundo anglosajón, desarrolló la llamada *Genossenschaftstheorie* o teoría de la corporación como agrupación real (*real entity*), sosteniendo que gremios, universidades y municipios medievales no eran ficciones jurídicas creadas por concesión del soberano, sino agrupaciones sociales reales dotadas de una voluntad colectiva genuina, anterior y en cierto sentido independiente del reconocimiento estatal⁸. El propio Frederic Maitland, en un ensayo posterior de gran influencia sobre la doctrina angloamericana, retomó esta discusión bajo el título de la distinción entre personalidad moral y personalidad jurídica, advirtiendo sobre los riesgos de tratar a la corporación como una mera ficción sin correlato social real⁹.

Para efectos de este trabajo, el punto que interesa retener de esta unidad es el siguiente: la pregunta sobre si la corporación es una “ficción” creada por el derecho o una “realidad” social que el derecho reconoce sin más, pregunta que Otto von Gierke y Frederic Maitland plantearon a propósito de

127

⁷ John MICKLETHWAIT & Adrian WOOLDRIDGE, *The Company: A Short History of a Revolutionary Idea*, chap. 1.

⁸ Otto VON GIERKE, *Political Theories of the Middle Age*, p. 30.

⁹ Frederic William MAITLAND, “Moral Personality and Legal Personality”, p. 74.

gremios y municipios medievales, es en rigor la misma pregunta que, siglos después, seguirá dividiendo a la doctrina sobre la naturaleza de la sociedad anónima moderna, y que se retomará más adelante bajo el nombre de la teoría de la corporación como sujeto autónomo.

2. REVOLUCIÓN COMERCIAL Y COMPAÑÍAS COLONIALES

El segundo gran salto histórico se produce con la aparición, a comienzos del siglo XVII, de las compañías comerciales de capital dividido en acciones transferibles, diseñadas en específico para financiar el comercio de larga distancia con Asia y las colonias. Nick Robins, en su historia de la Compañía Inglesa de las Indias Orientales, fundada en 1600, apenas dos años antes que su rival y contemporánea, la VOC, fundada en 1602, muestra cómo la innovación decisiva de estas compañías no fue el comercio colonial en sí mismo, sino el mecanismo jurídico-financiero que lo hizo posible a la escala requerida: la división del capital social en pequeñas participaciones alicuotas, negociables entre inversionistas, que permitía reunir sumas de capital muy superiores a las que cualquier comerciante individual o sociedad de personas tradicional podía aportar, distribuyendo de manera simultánea entre un número creciente de inversionistas el riesgo, considerable, de cada expedición¹⁰.

128

Esta innovación, capital dividido en acciones, responsabilidad limitada de los aportantes, continuidad de la compañía más allá de cada expedición particular, es, en sentido estricto, el antecedente técnico directo de la sociedad anónima contemporánea, y así lo reconoce también la doctrina chilena: Ricardo Sandoval López señala con exactitud que el origen de las sociedades anónimas se vincula a las compañías creadas para el comercio con las Indias Orientales, y que fue de hecho la necesidad de reunir grandes capitales y repartir los riesgos del comercio colonial lo que dio origen a la idea de dividir el capital en acciones. John Micklethwait y Adrian Wooldridge completan el cuadro histórico mostrando cómo, tras el colapso especulativo conocido como la “burbuja de los Mares del Sur” (1720) y la consiguiente Ley de Sociedades por Burbujas (Bubble Act), que restringió con severidad la constitución de compañías por acciones en Inglaterra durante más de un siglo, la forma corporativa resurgió de modo progresivo a lo largo del siglo XIX, primero mediante concesión estatal caso por caso y, por último, mediante regímenes de constitución libre bajo registro general, culminando en la Ley de Sociedades inglesa de 1844 y sus sucesivas reformas. Ron Harris ha reconstruido

¹⁰ Nick ROBINS, *The Corporation That Changed the World: How the East India Company Shaped the Modern Multinational*, p. 1.

con detalle este periodo de transición, de la compañía por concesión regia a la compañía de constitución libre, mostrando que la generalización del régimen de responsabilidad limitada no fue un desarrollo lineal ni inevitable, sino el resultado de un debate político e ideológico intenso sobre los riesgos de permitir que cualquier grupo de inversionistas limitara su responsabilidad frente a los acreedores de la empresa¹¹.

3. CORPORACIÓN MODERNA

El tercer momento histórico decisivo se sitúa ya en el siglo XX, y tiene como hito bibliográfico indiscutido la obra de Adolf A. Berle y Gardiner C. Means, *The Modern Corporation and Private Property*, publicada en 1932 en pleno contexto de la Gran Depresión estadounidense. Documentaron empíricamente un fenómeno que transformaría por completo la comprensión jurídica y económica de la gran corporación: la creciente separación entre la propiedad del capital social, dispersa entre un número creciente de accionistas, cada uno con una participación de pequeñas proporciones, y el control efectivo de la corporación, que en la práctica quedaba en manos de administradores profesionales no siempre propietarios de una fracción significativa del capital¹².

Esta separación entre propiedad y control, el hallazgo central, tiene consecuencias que se proyectan sobre el resto del programa: si quienes en efecto controlan la corporación (los administradores) no son quienes soportan en su totalidad el riesgo económico de sus decisiones (los accionistas dispersos), surge un problema de alineación de incentivos, hoy conocido en su sentido técnico como “problema de agencia”, que constituirá, como se verá más adelante, el punto de partida de toda la teoría contractualista de la corporación desarrollada con posterioridad por Jensen y Meckling.

Conviene advertir, que el fenómeno descrito por Adolf Berle y Gardiner Means, propiedad dispersa, control gerencial, es característico del modelo estadounidense y británico, pero está lejos de ser universal. Mark J. Roe ha mostrado, en un estudio comparado de gran influencia, que en la mayor parte de las economías avanzadas, Alemania, Francia, Italia, Japón, la propiedad corporativa permanece históricamente concentrada en bloques de control (familias, bancos, otras empresas), y que esta diferencia no obedece a razones del todo técnicas o de eficiencia económica, sino a factores políticos: en particular, a la fuerza relativa de las presiones de la socialdemocracia europea

129

¹¹ Ron HARRIS, *Industrializing English Law: Entrepreneurship and Business Organization, 1720-1844*, chaps. 1 and 7.

¹² Adolf A. BERLE & Gardiner C. MEANS, *The Modern Corporation and Private Property*, p. 47.

de posguerra sobre la gran empresa, que habría desincentivado la dispersión accionaria al incrementar los costos de agencia entre accionistas dispersos y administradores sujetos a fuertes presiones sociales y laborales¹³. Este hallazgo de Mark Roe resultará central para la discusión comparada entre Alemania y Estados Unidos que se propone en la unidad de casos, y para la pregunta, sobre qué modelo de gobernanza corporativa resulta más adecuado para una economía de propiedad concentrada como es por tradición, la chilena.

II. Definiciones y evolución conceptual

Una vez fijada la trayectoria histórica de la corporación, este trabajo aborda la esencial pregunta teórica: ¿qué es, en definitiva, una corporación? La doctrina no ofrece una respuesta única, sino tres grandes familias de teorías, que conviene presentar de manera sucesiva y luego realizar un contraste crítico entre ellas.

130

1. CORPORACIÓN COMO SUJETO AUTÓNOMO

La primera familia teórica sostiene que la corporación es, o debe tratarse a nivel jurídico, como un sujeto autónomo, con fines propios y capacidad de acción independiente de la de sus miembros individuales. Esta es, en términos generales, la herencia directa de la teoría de la entidad real de Otto von Gierke ya examinada y proyectada sobre la sociedad anónima moderna.

John Dewey, en un artículo, que sigue siendo lectura obligada en cualquier curso avanzado de teoría de la corporación, advirtió, sin embargo, sobre los riesgos metodológicos de esta discusión. Mostró que las distintas teorías sobre la personalidad jurídica corporativa, la teoría de la ficción, que ve en la corporación una creación artificial del Estado; la teoría de la entidad real, que ve en ella una agrupación social genuina y la teoría simbólica, que reduce la personalidad jurídica a una mera abreviatura conveniente para designar un conjunto de relaciones jurídicas entre individuos, funcionan, en la práctica judicial, menos como descripciones neutrales de una realidad preexistente que como herramientas retóricas que los tribunales emplean de forma selectiva para justificar la solución que, por otras razones sustantivas, consideran

¹³ Mark J. ROE, *Political Determinants of Corporate Governance: Political Context, Corporate Impact*, p. 17.

deseable en cada caso¹⁴. Su advertencia es valiosa como metodología: invita a no tomar ingenuo partido por una u otra teoría de la personalidad jurídica como si se tratara de una cuestión del todo conceptual, sino a preguntar, en cada caso concreto, qué consecuencias prácticas se derivan de adoptar una u otra caracterización.

2. CORPORACIÓN COMO CONTRATO

La segunda familia teórica, de origen más reciente y hoy dominante en buena parte de la literatura de análisis económico del derecho, sostiene que la corporación no es sino un nexo de contratos (*nexus of contracts*) entre los distintos partícipes de la empresa, accionistas, administradores, acreedores, trabajadores, sin que exista, más allá de dicha red contractual, ninguna entidad sustantiva adicional que deba postularse.

El artículo fundacional de esta corriente es el de Michael C. Jensen y William H. Meckling sobre la teoría de la firma, que retoma en efecto, el problema de agencia identificado por Adolfo Berle y Gardiner Means, examinado más atrás y lo formaliza en el plano económico: cuando el “principal” (el accionista) delega la gestión de sus recursos en un “agente” (el administrador), surgen por fuerza, costos de agencia, derivados tanto de la divergencia de intereses entre ambos como de los costos de supervisión y de aseguramiento (*bonding*) necesarios para alinear dichos intereses¹⁵. Desde esta óptica, el derecho societario no es sino el conjunto de reglas que reducen dichos costos de agencia, facilitando, pero no sustituyendo, la negociación contractual entre las partes.

Frank H. Easterbrook y Daniel R. Fischel llevaron esta tesis a su formulación jurídica más plena, sosteniendo que la inmensa mayoría de las normas de derecho societario son, y deben ser, no más que supletorias (*default rules*): reglas que las partes habrían pactado por voluntad propia de no mediar los costos de transacción que hacen prohibitivo negociar cada aspecto de la relación societaria caso por caso, y que, por tanto, el derecho se limita a proporcionar como “formulario estándar” eficiente, dejando a las partes en libertad de apartarse de dichas reglas mediante pacto expreso siempre que no medien razones imperativas de protección de terceros¹⁶.

Esta perspectiva contractualista ha encontrado un desarrollo en particular influyente en el derecho societario latinoamericano de las últimas dos

131

¹⁴ John DEWEY, “The Historic Background of Corporate Legal Personality”, p. 660.

¹⁵ Michael C. JENSEN & William H. MECKLING, “Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure”, p. 315.

¹⁶ Frank H. EASTERBROOK & Daniel R. FISCHEL, *The Economic Structure of Corporate Law*, chap. 1.

décadas a través de la obra de Francisco Reyes Villamizar, artífice de la reforma colombiana que introdujo la sociedad por acciones simplificada (Ley n.º 1258 de 2008). Ahí explica la existencia misma de la forma societaria, frente a la alternativa de una contratación directa en el mercado sin estructura organizativa alguna, centrada en términos de costos de contratación: la sociedad surge, según su análisis, cuando los importes de negociar y hacer cumplir contratos bilaterales sucesivos entre múltiples partícipes superan los gastos de establecer, de una vez, una estructura organizativa común que reduzca dichos costos de manera recurrente. Este análisis, formulado a propósito del derecho colombiano, resulta de suyo aplicable a la reflexión sobre la eventual introducción en Chile de formas societarias más flexibles y en el ámbito contractual maleables, cuestión que puede plantearse como ejercicio de aplicación práctica de la teoría estudiada.

3. CORPORACIÓN COMO ORGANIZACIÓN ECONÓMICA

132

La tercera familia teórica, por último, explica la corporación no ya como sujeto autónomo ni como mero nexo de contratos, sino como una organización económica, una alternativa institucional al mercado, destinada a coordinar recursos, personas y procesos de manera más eficiente de lo que permitiría la contratación descentralizada en el mercado abierto.

El origen de esta corriente se remonta al artículo de Ronald H. Coase sobre la naturaleza de la firma, que se pregunta por qué existen empresas si, según la teoría económica neoclásica estándar, el mercado debería bastar para coordinar con eficiencia toda la actividad económica mediante el sistema de precios. Su respuesta, que le valdría décadas después el Premio Nobel de Economía, es que utilizar el mecanismo de precios del mercado no es gratuito: existen costos de transacción (de búsqueda de información, de negociación, de redacción y ejecución de contratos) que la organización jerárquica interna de la empresa puede, en determinadas circunstancias, evitar o reducir en alto grado, y que la empresa existe precisamente hasta el punto en que dichos ahorros de costos de transacción compensan aquellos de otra naturaleza, de la organización jerárquica interna¹⁷.

Oliver E. Williamson desarrolló y sistematizó esta intuición seminal mediante lo que hoy se conoce como economía de los costos de transacción, identificando las variables, especificidad de los activos involucrados, incertidumbre de la transacción, frecuencia con que esta se repite, que establecen si una determinada actividad económica se organiza con mayor eficiencia a

¹⁷ Ronald H. COASE, "The Nature of the Firm", p. 392.

través del mercado, vía contratos relacionales de mediano plazo o por su integración jerárquica dentro de una misma organización empresarial¹⁸.

Estas tres teorías, sujeto autónomo, contrato, organización económica, no son de naturaleza excluyentes entre sí, sino que iluminan aspectos distintos de un mismo fenómeno complejo. De hecho, la propia obra de Reinier Kraakman y sus coautores integra buena parte de estas perspectivas dentro de un marco funcional común, al sostener que, cualquiera sea la teoría de fondo que se adopte sobre la naturaleza última de la corporación, todo derecho societario debe resolver los mismos tres problemas de agencia, entre administradores y accionistas, entre accionistas mayoritarios y minoritarios, y entre los accionistas como clase y los terceros vinculados a la empresa (acreedores, trabajadores), lo que permite comparar soluciones jurídicas muy distintas unas de otras, a partir de la función que cumplen, y no solo de su forma técnica¹⁹.

Conclusiones

Las cinco unidades precedentes no son compartimentos estancos, sino momentos sucesivos de una misma indagación, y conviene, al cerrarlas, hacer explícito el hilo que las recorre. Ese hilo comienza en una advertencia en apariencia menor: la distinción entre corporación, compañía, sociedad y empresa, y termina siendo la condición de posibilidad de todo lo demás: solo una vez fijado que el objeto de estudio es un núcleo funcional específico, personalidad jurídica, responsabilidad limitada, acciones transferibles, gestión delegada, propiedad de los inversionistas, y no la totalidad difusa de la actividad económica organizada, resulta legítimo comparar la sociedad anónima chilena con la *corporation* estadounidense, la *Aktiengesellschaft* alemana o la *société anonyme* francesa sin incurrir en falsas equivalencias. La disciplina terminológica de la primera parte es, en ese sentido, menos un punto de partida que se abandona que un criterio de control que debería acompañar cada comparación que se haga en lo sucesivo.

El recorrido histórico de la segunda parte confirma, además, que las preguntas que hoy se formulan sobre la gran sociedad anónima no son nuevas, sino variaciones de una controversia que Otto von Gierke y Frederic Maitland plantearon ya a propósito de gremios y municipios medievales: si la corporación es una ficción concedida por el soberano o una realidad social que

133

¹⁸ Oliver E. WILLIAMSON, *The Economic Institutions of Capitalism: Firms, Markets, Relational Contracting*, chap. 1.

¹⁹ KRAAKMAN *et al.*, *op. cit.*, p. 2.

el derecho simplemente reconoce. Esa misma tensión reaparece, transformada, en la separación entre propiedad y control que documentaron Adolf Berle y Gardiner Means, y surgirá una vez más, formalizada en lo económico, en el problema de agencia que ocupa el centro de la tercera parte de este estudio. Reconocer esta continuidad tiene un valor pedagógico preciso: evita que se trate a cada autor estudiado como una pieza aislada de erudición, y permite ver, en cambio, que la teoría de la corporación avanza por reformulaciones sucesivas de un mismo problema, qué es la corporación y a quién sirve, no por acumulación de datos inconexos.

134 Debe insistirse, como cierre de la tercera parte, en que las tres familias teóricas examinadas, sujeto autónomo, nexo de contratos, organización económica que reduce costos de transacción, no compiten entre sí por el título de descripción verdadera de la corporación, sino que iluminan facetas distintas de un mismo fenómeno, según la advertencia metodológica de John Dewey y según el propio marco funcional que Reinier Kraakman y sus coautores proponen para integrarlas. La utilidad de esta pluralidad teórica no es un mero academicismo: cada una de las tres corrientes arroja, según se mostró en los casos arriba comentados, consecuencias prácticas distintas, sobre autonomía de gestión, costos de agencia, ahorro de costos de transacción, ante una misma decisión societaria concreta, de modo que un abogado formado tan solo en una de ellas quedaría, en rigor, mal equipado para asesorar con criterio en un caso real.

Este análisis no es un ejercicio de erudición comparada desprovisto de aplicación local. El hallazgo de Mark Roe de que la propiedad dispersa no es la norma universal, sino la excepción histórica ligada a condiciones políticas específicas del mundo anglosajón de posguerra, obliga a preguntarse, con la seriedad que el propio Mark Roe reclama, qué modelo de gobierno societario resulta más adecuado para una tradicional economía de propiedad concentrada como la chilena, en lugar de importar sin mirada crítica soluciones diseñadas para resolver el problema de agencia entre accionistas dispersos y administradores, una dificultad que, en el contexto chileno, suele ceder terreno frente al asunto, distinto, de la relación entre controladores y accionistas minoritarios.

Bibliografía

- BERLE, Adolf A. & Gardiner C. MEANS, *The Modern Corporation and Private Property*, London, Macmillan, 1932.
- CARMONA, León, "La doctrina del levantamiento del velo en el derecho privado chileno. Comentario a Sentencia de la Corte Suprema de 16 de octubre de 2017,

- rol N° 18.236-2017”, en *Revista de Derecho (Coquimbo)*, año 25, n.° 1, Coquimbo, 2018.
- COASE, Ronald H., “The Nature of the Firm”, in *Economica*, vol. 4, No. 16, London, 1937.
- DEWEY, John, “The Historic Background of Corporate Legal Personality”, in *Yale Law Journal* vol. 35, No. 6, New Haven, 1926.
- EASTERBROOK, Frank H. & Daniel R. FISCHER, *The Economic Structure of Corporate Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1991.
- HARRIS, Ron, *Industrializing English Law: Entrepreneurship and Business Organization, 1720-1844*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000.
- JENSEN, Michael C. & William H. MECKLING, “Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure”, in *Journal of Financial Economics*, vol. 3, Issue 4, Amsterdam, 1976.
- KRAAKMAN, Reinier et al., *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach*, 3.ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2017.
- LYON PUELMA, Alberto, *Personas jurídicas*, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2003.
- MAITLAND, Frederic William, “Moral Personality and Legal Personality, 1903”, reprinted in David RUNCIMAN & Magnus RYAN (eds.), *State, Trust and Corporation*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003.
- MICKLETHWAIT, John & Adrian WOOLDRIDGE, *The Company: A Short History of a Revolutionary Idea*, Modern Library, 2003.
- PUELMA ACCORSI, Álvaro, *Sociedades*, 2.ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998, tomo I.
- REYES VILLAMIZAR, Francisco, *Derecho societario*, 4.ª ed., Bogotá, Temis, 2020, tomo I.
- ROBINS, Nick, *The Corporation That Changed the World: How the East India Company Shaped the Modern Multinational*, 2.ª ed., London, Pluto Press, 2012.
- ROE, Mark J., *Political Determinants of Corporate Governance: Political Context, Corporate Impact*, Oxford, Oxford University Press, 2003.
- SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo, *Derecho comercial*, 7.ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, tomo I.
- UGARTE, José Luis, “El concepto legal de empresa y el derecho laboral: cómo salir del laberinto”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.° 20, Santiago, 2023.
- VALENZUELA, Felipe, “La teoría del levantamiento del velo corporativo en la jurisprudencia de la Corte Suprema. Influencia, desarrollo y aplicación”, en *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. 39, n.° 1, Valdivia, 2026.
- VON GIERKE, Otto, *Political Theories of the Middle Age*, trad. e introd. de Frederic W. Maitland, Cambridge, Cambridge University Press, 1900.
- WILLIAMSON, Oliver E., *The Economic Institutions of Capitalism: Firms, Markets, Relational Contracting*, New York, Free Press, 1985.
- YÁÑEZ, Patricio, “Acerca del concepto de empresa en el Código del Trabajo”, en *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, vol. 1, n.° 1, Santiago, 2010.

Siglas y abreviaturas

<i>al.</i>	<i>alii</i>
art.	artículo
chap.	chapter
chaps.	chapters
doi	Digital Object Identifier
ed.	edición
eds.	editores
introd.	introducción
LLM	Master of Laws
MA	Master of Arts
n.º <i>a veces</i> Nº	número
No.	number
<i>op. cit.</i>	<i>opere citato</i>
ORCID	Open Researcher and Contribution ID
p.	página
pp.	páginas
trad.	traducción
UAI	Universidad Adolfo Ibáñez
VOC	Compañía Holandesa de las Indias Orientales
vol.	volumen

Comentarios de Jurisprudencia

Derecho Público Iberoamericano

Universidad del Desarrollo

N.º 29 | 2026

doi.org/10.52611/rdpi.num29.2026.2051

CUANDO
EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
LEGISLA
(COMENTARIOS A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL SOBRE “ESCUELAS PROTEGIDAS”
ROLES N.º 17.651-26 Y 17.653-26,
6 DE JULIO DE 2026, ACUMULADOS)

*Alvear Téllez, Julio**

Introducción

Como respuesta al incremento de los episodios de violencia en establecimientos educacionales, el Ejecutivo promovió un proyecto de ley que establecía medidas de seguridad, orden y respeto para la comunidad educativa¹. Diversas disposiciones de la iniciativa fueron impugnadas ante el Tribunal Constitucional por un grupo de parlamentarios, dando origen a la sentencia recaída en los roles n.º 17.651-26 y 17.653-26. El fallo acogió los requerimientos y eliminó algunas de las herramientas más relevantes diseñadas por el legislador para enfrentar la violencia escolar.

El proyecto contemplaba un conjunto amplio de medidas destinadas a reforzar la seguridad escolar. Entre ellas destacaban: la revisión de mochilas y efectos personales de los estudiantes, la habilitación de mecanismos de intervención policial en determinadas circunstancias, nuevas reglas sobre convivencia escolar, restricciones relativas al uso de determinadas vestimentas y accesorios, y diversas limitaciones asociadas al acceso y mantención de la gratuidad en la educación superior.

La tesis que sostendremos en las páginas que siguen es que, aunque la sentencia contiene observaciones atendibles sobre determinados problemas de técnica legislativa y sobre la necesidad de resguardar adecuadamente los derechos fundamentales de los estudiantes, en varios de sus capítulos más

* Doctor en Derecho y Doctor en Filosofía, Universidad Complutense de Madrid. Profesor de Derecho Constitucional, Universidad del Desarrollo. Correo electrónico: jalvear@udd.cl ORCID: 0000-0002-2749-6072.

¹ *Boletín* n.º 18.156-04.

relevantes sustituye el examen de constitucionalidad por valoraciones acerca de la educación, la disciplina escolar y la reinserción social que operan como premisas decisivas del razonamiento, sin demostrar de manera convincente su fundamento constitucional.

*I. La revisión de mochilas:
una decisión razonable
que revela las tensiones internas del fallo*

Entre las distintas materias sometidas al conocimiento del Tribunal Constitucional, la relativa a la revisión de mochilas y efectos personales, es probable que constituya el aspecto más sólido y persuasivo de la sentencia. La mayoría declaró constitucional el nuevo art. 16 J, en cuanto faculta a los establecimientos educacionales para incorporar en sus reglamentos internos procedimientos de revisión de mochilas, bolsos y otros efectos personales de los estudiantes.

140 La conclusión parece, en términos generales, correcta. El legislador persigue una finalidad constitucionalmente legítima: la protección de la integridad física y psíquica de los miembros de la comunidad educativa y la prevención del ingreso de objetos de potencial peligrosidad, a los establecimientos escolares. Asimismo, el Tribunal acierta al rechazar la objeción general según la cual toda revisión de efectos personales sería incompatible con la vida privada de los estudiantes. La decisión reconoce de forma adecuada que la seguridad escolar constituye un bien cuya relevancia constitucional es evidente y que los derechos fundamentales pueden ser objeto de limitaciones razonables cuando ello resulta necesario para proteger otros bienes de igual manera amparados por la *Constitución*.

Más significativo todavía resulta el rechazo de la objeción fundada en la reserva legal. Los requirentes sostuvieron que la ley delegaba aspectos esenciales de la regulación en los reglamentos internos de los establecimientos educacionales. Sin embargo, el Tribunal concluyó que la normativa fijaba sin ambages los elementos estructurales de la medida, dejando a los reglamentos solo cuestiones operativas vinculadas a las características particulares de cada comunidad educativa.

Este aspecto merece ser destacado porque constituye una aplicación razonable de una doctrina tradicional de la jurisprudencia constitucional chilena. La reserva legal nunca ha significado que toda circunstancia vinculada a un derecho fundamental requiera una exhaustiva regulación por el legislador. El propio Tribunal ha reiterado que la ley puede establecer los elemen-

tos esenciales de una institución y dejar espacios de desarrollo a normas de rango inferior o a regulaciones sectoriales, siempre que no abdique de su función normativa principal. La alternativa contraria conduciría a una hipertrofia legislativa incompatible con la complejidad de las relaciones sociales contemporáneas.

En este punto, la sentencia no solo resuelve la controversia específica relativa a la constitucionalidad de la revisión de mochilas, también fija ciertos criterios generales acerca del alcance de la potestad legislativa en materias de seguridad escolar.

Al declarar constitucional la revisión de mochilas, se produce, por parte el Tribunal, un reconocimiento implícito de tres premisas de gran relevancia para el resto del caso:

- Primero, que la seguridad escolar constituye una legítima finalidad constitucional.
- Segundo, que los derechos fundamentales de los estudiantes no poseen carácter absoluto y pueden ser objeto de limitaciones razonables cuando ello resulta necesario para proteger del mismo modo, otros bienes reconocidos por la *Constitución*.
- Tercero, que corresponde primero al legislador determinar cuáles son los instrumentos preventivos más adecuados para enfrentar fenómenos de violencia escolar, dentro del margen de configuración que la propia *Constitución* le reconoce.

141

No obstante, esta misma declaración de constitucionalidad pone de manifiesto una de las mayores incongruencias de la sentencia. El Tribunal reconoce la legitimidad de la finalidad perseguida y admite la validez constitucional de la herramienta diseñada para alcanzarla, pero luego declara inconstitucionales justo a aquellas disposiciones destinadas a hacerla efectiva cuando el estudiante se niega a someterse a la revisión. El resultado es un sistema cuya constitucionalidad depende, en los hechos, de la voluntad del propio sujeto que la medida pretende controlar. La revisión es válida mientras exista consentimiento; cuando este desaparece, desaparecen, también, buena parte de los mecanismos previstos por el legislador para enfrentar la situación.

La contradicción es difícil de ignorar. Si la violencia escolar justifica la existencia de medidas preventivas de control, si la seguridad constituye un bien protegido por la *Constitución* y si el legislador dispone de un margen razonable para diseñar instrumentos destinados a resguardarla, resulta complejo comprender por qué el mismo texto constitucional permitiría la existencia de la medida y, al mismo tiempo, impediría dotarla de mecanismos eficaces para enfrentar los casos en que su aplicación resulta más necesaria. La consecuencia práctica es que el Tribunal valida una institución cuya eficacia queda en gran medida reducida por la propia sentencia.

Es, en efecto, en este punto donde los capítulos posteriores del fallo comienzan a alejarse de las premisas aquí establecidas. La validación de la revisión de mochilas demuestra que el conflicto no gira en realidad en torno a una supuesta incompatibilidad entre educación y seguridad, sino en torno a la valoración que el Tribunal realiza de las distintas herramientas seleccionadas por el legislador para alcanzar ese objetivo. Y es en ese terreno donde la argumentación de la mayoría comienza a mostrar sus mayores debilidades.

II. La intervención policial en establecimientos educacionales

Es probable que la declaración de inconstitucionalidad de las normas relativas a la intervención policial constituya, el núcleo doctrinal del fallo y, al mismo tiempo, uno de sus aspectos más discutibles. No se trata únicamente de la invalidación de una herramienta específica de seguridad escolar. Lo que la mayoría hace es atribuir relevancia constitucional decisiva a una determinada concepción de la escuela como espacio cuya esencia es lo formativo y, a partir de ella, examinar la validez de las medidas diseñadas por el legislador para enfrentar fenómenos de violencia escolar.

142

Precisemos. La sentencia considera inconstitucional tanto la disposición que contemplaba la intervención de Carabineros de Chile o de la Policía de Investigaciones cuando fracasaran los mecanismos previos previstos por la ley para la revisión de las pertenencias del estudiante como el art. 87 ter que el proyecto incorporaba al *Código Procesal Penal* para regular esa intervención. La razón fundamental de esta decisión es que tales mecanismos introducirían en el espacio educativo una lógica propia de la persecución penal incompatible con la naturaleza formativa de la escuela. A juicio de la mayoría, la educación exige privilegiar estrategias pedagógicas, preventivas y de acompañamiento antes que herramientas asociadas al control policial y a la investigación criminal. El razonamiento presenta una dificultad metodológica importante. La mayoría parece asumir, más que demostrar, que la escuela debe mantenerse ajena a cualquier lógica asociada a la actuación policial. A partir de esa premisa concluye que la intervención de las policías resulta incompatible con la naturaleza formativa del establecimiento educacional. Mas, ni el texto constitucional ni la naturaleza misma de la educación permiten inferir una incompatibilidad semejante. La *Constitución* protege simultáneamente el derecho a la educación, la libertad de enseñanza y el deber estatal de resguardar la seguridad de las personas. El verdadero problema constitucional no consiste, por tanto, en escoger entre educación y seguri-

dad, sino en armonizar ambos bienes jurídicos. Una escuela deja de ser por completo formativa cuando ya no es segura, del mismo modo que la inseguridad persistente termina por erosionar las condiciones mínimas que hacen posible el ejercicio efectivo del derecho a la educación.

La dificultad se vuelve más evidente si se considera que la propia sentencia reconoce que la seguridad constituye una condición necesaria para el ejercicio efectivo de los derechos fundamentales y, en particular, del derecho a la educación. La mayoría admite con claridad que el Estado no solo puede, sino que debe adoptar medidas destinadas a proteger la integridad física y psíquica de quienes integran la comunidad educativa. Si ello es así, resulta difícil comprender por qué la intervención policial en determinados supuestos excepcionales sería incompatible con la naturaleza misma de la escuela. La seguridad no parece constituir un elemento extraño al proceso educativo, sino uno de sus presupuestos.

La sentencia desplaza la discusión desde la proporcionalidad de la medida hacia una cuestión mucho más amplia: la defensa de una determinada visión de la escuela como espacio inmune a toda lógica penal. La diferencia es relevante. Mientras la primera es una cuestión constitucional típica, la segunda pertenece, más bien, al ámbito de la teoría educacional y de la política pública.

Algo semejante ocurre con la crítica formulada por la mayoría al estándar habilitante contenido en el nuevo art. 87 ter propuesto. Conviene recordar que esta disposición autorizaba a Carabineros de Chile y a la Policía de Investigaciones, previa solicitud del establecimiento educacional, a concurrir al colegio y realizar el registro de vestimentas y efectos personales del estudiante cuando existiera “algún indicio” de que había cometido, intentado cometer o se disponía a cometer un crimen o simple delito. El Tribunal consideró que dicho estándar habilitante resultaba insuficiente tratándose de estudiantes y de establecimientos educacionales, pues trasladaba al ámbito escolar una categoría propia de la persecución penal ordinaria sin las adaptaciones que exigiría la especial protección de menores (evitaremos, en lo posible, reproducir la fórmula ritual de “niños, niñas y adolescentes”, utilizada de manera casi litúrgica a lo largo de toda la sentencia).

No obstante, el argumento presenta ciertas dificultades. La noción de indicio forma parte desde hace décadas del lenguaje habitual del proceso penal chileno y ha sido desarrollada *in extenso* por la jurisprudencia de los tribunales superiores. La sentencia no explica con precisión por qué un concepto considerado admisible a nivel constitucional en otros contextos, se transforma en inaceptable al trasladarse al ámbito escolar. Más bien parece asumir que la especial protección de niños y adolescentes exige una reducción general de las herramientas preventivas disponibles, conclusión que no siempre se sigue de los principios invocados.

En rigor, la referencia al interés superior del niño y al estatuto especial de protección de los adolescentes podría conducir a una lectura distinta. Si la preocupación central es la protección de los menores de edad frente a situaciones de violencia escolar, resulta del todo posible sostener que el Estado dispone de un deber reforzado de prevención y protección. La sentencia opta por una comprensión diferente, privilegiando los riesgos potenciales asociados al contacto con el sistema penal por sobre los riesgos derivados de la violencia que la regulación intenta prevenir. Se trata de una opción interpretativa que no puede sostenerse como única respuesta compatible con la *Constitución*.

Es precisamente aquí donde la crítica de la disidencia adquiere especial relevancia. Los ministros Miguel Ángel Fernández, Héctor Mery y Marcela Peredo recuerdan que el Tribunal no está llamado a escoger entre distintas teorías de la educación ni entre diversos modelos de política de seguridad escolar. Su función consiste en determinar si el legislador ha, en efecto, vulnerado la *Constitución*. Desde esta perspectiva, la pregunta decisiva no es si la intervención policial constituye la mejor herramienta para enfrentar la violencia escolar, sino si la *Constitución* prohíbe al legislador recurrir a ella en las condiciones establecidas por la ley.

144

La diferencia no es menor. Una cosa es sostener que la *Constitución* prohíbe determinada medida; otra, muy distinta, es considerar que existen alternativas pedagógicas o de convivencia escolar preferibles. La disidencia sugiere que la mayoría termina transitando desde la primera cuestión hacia la segunda, desplazando el análisis desde la constitucionalidad de la regulación hacia la valoración de la opción escogida por el legislador para enfrentar la violencia escolar.

III. Vestimenta, libertad de expresión y comunidad educativa

Otro de los capítulos más discutibles de la sentencia se refiere a las modificaciones introducidas por el art. 5.º del proyecto en materia de vestimenta, símbolos y convivencia escolar. En esta materia, el Tribunal adopta una solución ambivalente muy llamativa. Mientras valida algunas restricciones establecidas por el legislador en atención a exigencias de seguridad escolar, declara inconstitucionales otras medidas orientadas a fortalecer la convivencia educativa y a limitar determinadas formas de expresión simbólica dentro de los establecimientos educacionales.

Así, la mayoría considera constitucional la obligación de prohibir aquellas vestimentas o accesorios que impidan la identificación facial dentro de

los establecimientos educacionales. Según la sentencia, esta medida contribuye de modo razonable al resguardo de la seguridad de la comunidad escolar, facilita la identificación de quienes forman parte de ella y contempla excepciones suficientes para situaciones justificadas por razones de salud o de libertad religiosa. La restricción aparece, por ello, como proporcionada y compatible con la *Constitución*.

Aun así el Tribunal luego declara inconstitucional la disposición que imponía a los reglamentos internos la prohibición de accesorios o vestimentas que promovieran, hicieran apología o aludieran a la violencia, a las drogas o a conductas delictuales. A juicio de la mayoría, expresiones como “promover”, “hacer apología” y, en particular, “hacer alusión”, poseen un nivel de amplitud incompatible con las exigencias derivadas de la libertad de expresión, pues permitirían restringir una gama en exceso vasta de manifestaciones simbólicas o discursivas.

La objeción plantea dificultades desde el punto de vista constitucional. Ante todo, porque el Tribunal parece atribuir a la sola presencia de ciertos conceptos abiertos un efecto invalidante que es difícil que resulte compatible con la estructura habitual del ordenamiento jurídico. Expresiones como “promover”, “hacer apología” o “hacer alusión” fueron consideradas tan indeterminadas que no se justificaba una restricción legal. Por el contrario, tanto la *Constitución* como la legislación operan en lo cotidiano con conceptos de textura abierta cuyo contenido debe ser precisado por la interpretación jurídica. Nociones como orden público, interés superior del niño, convivencia escolar, discriminación arbitraria, razonabilidad o proporcionalidad carecen también de contornos por completo cerrados y, pese a ello, no por esa sola razón son consideradas incompatibles con la *Constitución*. La indeterminación conceptual puede plantear problemas de aplicación, pero es difícil que constituya, por sí misma, una razón suficiente para invalidar una norma legal.

Pero existe una dificultad aún más relevante. La sentencia parece examinar el problema desde la lógica del espacio público general, y no desde la lógica propia de una comunidad educativa. La escuela no es una plaza pública ni un foro abierto destinado a garantizar la circulación indiferenciada de toda clase de mensajes. Se trata de una institución amparada en la *Constitución*, por la libertad de enseñanza, organizada en torno a un proyecto educativo específico y orientada al cumplimiento de finalidades formativas determinadas. La *Constitución* no solo protege la libertad de expresión de los estudiantes; protege, también, la autonomía de los establecimientos educacionales para desarrollar su proyecto educativo y para crear condiciones compatibles con él.

Desde esta perspectiva, resulta difícil comprender la lógica interna de la sentencia. Si el Tribunal considera constitucional imponer determinadas re-

glas relativas a la presentación personal, exigir uniformes escolares o prohibir la ocultación del rostro por razones de seguridad, no resulta evidente por qué sería tan incompatible con la *Constitución* impedir la exhibición de mensajes destinados a glorificar la violencia o a normalizar conductas delictuales dentro de una comunidad educativa. La cuestión no consiste en negar la libertad de expresión de los estudiantes, sino en determinar si la *Constitución* obliga a los establecimientos educacionales a tolerar manifestaciones que promuevan o presenten favorablemente conductas contrarias al ordenamiento jurídico. La libertad de expresión no ampara, sin más, cualquier contenido imaginable ni opera en un vacío institucional. Debe armonizarse con otros bienes cuya protección es constitucional, entre ellos la libertad de enseñanza, la autonomía de los establecimientos educacionales y el derecho de la comunidad educativa a preservar las condiciones necesarias para el desarrollo de su proyecto formativo.

146 La misma tensión reaparece al examinar la declaración de inconstitucionalidad de la norma que calificaba como afectación grave de la convivencia escolar los actos destinados a impedir la normal realización de las clases o que produjeran su interrupción total o parcial. El Tribunal estimó que la disposición era de una amplitud excesiva, pues podía abarcar conductas de muy diversa gravedad e, incluso, alcanzar ciertas formas legítimas de manifestación estudiantil. Sobre esa base concluyó que la respuesta disciplinaria diseñada por el legislador resultaba desproporcionada.

Así y todo, el análisis vuelve a presentar una asimetría difícil de ignorar. La sentencia examina con detalle los riesgos que la regulación implica para el estudiante que tuviese una eventual sanción, pero presta mucha menos atención a la situación jurídica de quienes sufren las consecuencias de la interrupción reiterada de las actividades académicas. Los estudiantes que deseen asistir con regularidad a clases, los docentes que pretenden desarrollar su normal labor profesional y las familias que esperan el funcionamiento ordinario del establecimiento apenas aparecen en el razonamiento constitucional. El derecho a la educación es invocado con intensidad cuando se trata de limitar el poder disciplinario de la institución escolar, pero pierde protagonismo cuando quienes ven afectado ese mismo derecho son los destinatarios ordinarios del proceso educativo.

La dificultad es del todo evidente porque la propia sentencia reconoce que la continuidad del servicio educativo constituye un bien protegido conforme a la *Constitución*. Sin embargo, al ponderar los intereses en conflicto, la mayoría parece concentrarse casi en exclusiva en la situación del estudiante sometido a una eventual sanción, relegando a un segundo plano la afectación que la interrupción de clases produce sobre el resto de la comunidad educativa. El resultado es una teoría constitucional muy desarrollada sobre

los límites del poder disciplinario, pero cuya menor elaboración es significativa respecto de los derechos de quienes buscan solo ejercer su derecho a la educación en condiciones normales.

Formulado de otro modo, la sentencia parece asumir que el principal riesgo constitucional proviene de una reacción excesiva del establecimiento frente a la alteración de las clases, y no de la alteración misma. Aunque esta premisa no se sostiene. También el estudiante que pierde jornadas completas de enseñanza, el profesor impedido de realizar su labor docente o la familia que ve frustrado el proceso educativo de sus hijos son titulares de derechos constitucionales que merecen consideración. La cuestión constitucional relevante no consiste tan solo en determinar qué protección merece quien interrumpe las clases, sino, también, qué protección corresponde a quienes sufren las consecuencias de dicha interrupción.

En definitiva, este capítulo vuelve a poner de manifiesto una dificultad que atraviesa buena parte del fallo. La mayoría parece reconstruir el contenido de las garantías constitucionales concentrando su atención en los riesgos que las medidas disciplinarias o de control pueden representar para los estudiantes en verdad afectados. En cambio, la protección constitucional de la comunidad educativa, de la continuidad del proceso formativo y de los derechos de quienes sufren las consecuencias de la violencia o de la interrupción de las actividades académicas ocupa un lugar bastante más secundario en el análisis.

147

IV. La gratuidad universitaria y la transformación del control de constitucionalidad en revisión de políticas públicas

Si la invalidación de las normas relativas a la intervención policial constituye el aspecto más controvertido del fallo desde la perspectiva de la seguridad escolar, la declaración de inconstitucionalidad de las reglas sobre gratuidad universitaria parece representar el punto en que la mayoría se aparta con mayor claridad de una concepción tradicional del control constitucional. Es aquí donde la sentencia se aleja de la revisión de eventuales restricciones a derechos fundamentales para adentrarse en la evaluación de una política pública diseñada por el legislador.

La normativa impugnada establecía una inhabilidad temporal para acceder al beneficio de gratuidad y contemplaba, además, la pérdida del beneficio ya obtenido cuando el estudiante resultara condenado por determinados delitos de especial gravedad. La lógica de la regulación era explícita: vincu-

lar el acceso a un beneficio financiado con recursos públicos al respeto de ciertos estándares mínimos de conducta respecto de bienes jurídicos de particular relevancia, como la vida, la integridad física, la indemnidad sexual y determinados delitos patrimoniales cometidos en contextos educacionales.

La mayoría declaró inconstitucional este régimen sobre la base de tres argumentos principales: el impacto especialmente gravoso que produciría sobre estudiantes de menores recursos, la afectación del derecho a la educación y su incompatibilidad con los objetivos de reinserción social. Ninguna de estas consideraciones carece de plausibilidad. La dificultad surge, más bien, al examinar el modo en que la sentencia transita desde esos argumentos hasta la declaración de inconstitucionalidad. El problema no consiste en determinar si las observaciones formuladas por el Tribunal son razonables, sino en establecer si ellas permiten demostrar una contradicción efectiva entre la regulación impugnada y la *Constitución*. Y es, en rigor, en este punto donde la fundamentación del fallo parece mostrar sus mayores fragilidades

148 La principal dificultad de este capítulo aparece al examinar la naturaleza jurídica de la gratuidad universitaria. La propia sentencia reconoce con claridad que se trata de una institución de creación legal y no de una garantía constitucional configurada de por la carta fundamental en los mismos términos que la educación básica y media. Si ello es así, parece inevitable admitir que corresponde al legislador definir sus requisitos de acceso, condiciones de permanencia, límites temporales, incompatibilidades y causales de pérdida. De hecho, el régimen vigente contempla múltiples condiciones para acceder y mantenerse dentro del sistema de gratuidad, sin que ello haya suscitado objeciones constitucionales significativas.

Si el legislador puede establecer requisitos académicos, socioeconómicos y administrativos para acceder a la gratuidad, ¿por qué quedaría constitucionalmente impedido de asociar el beneficio a determinadas consecuencias derivadas de condenas por delitos de especial gravedad? El fallo no es convincente en su explicación de porqué una institución creada y configurada por la ley dejaría de estar sometida al margen de configuración del propio legislador cuando este decide incorporar condiciones vinculadas a determinadas conductas cuya gravedad es innegable.

La respuesta ofrecida por la mayoría descansa, en buena medida, sobre una determinada comprensión de la educación superior como instrumento privilegiado de inclusión y rehabilitación social. Según la sentencia, privar de la gratuidad a una persona condenada por ciertos delitos dificulta su proceso de reinserción y contradice la función integradora que corresponde atribuir a la educación. No obstante lo anterior, que una determinada política educativa resulte menos favorable para los objetivos de reinserción no es necesario que implique una incompatibilidad con la *Constitución*.

La sentencia parece atribuir a la reinserción social una fuerza normativa capaz de desplazar el amplio margen de configuración que, por regla general, se reconoce al legislador en materias educacionales y de política pública. Empero, la *Constitución* no impone una única concepción de la reinserción ni obliga al legislador a diseñar todos los beneficios estatales conforme a un mismo modelo de rehabilitación social. Lo que ella establece son principios y orientaciones generales cuya concreción corresponde, en primer término, a los órganos democráticamente legitimados. La cuestión constitucional relevante no consiste, por tanto, en determinar cuál es la mejor política de reinserción posible, sino en establecer si la opción escogida por el legislador resulta incompatible con la *Constitución*. Y es, sin duda, aquí donde la argumentación de la mayoría parece mostrar su principal debilidad: en lugar de demostrar de manera concluyente esa incompatibilidad, termina privilegiando una determinada comprensión de la función social de la educación y de la respuesta estatal frente al delito. El resultado es que una discusión acerca del diseño de una política pública aparece resuelta como si se tratara de una exigencia impuesta de modo directo por la *Constitución*.

La argumentación basada en la igualdad presenta dificultades semejantes. El Tribunal sostiene que la medida afecta en especial a quienes carecen de recursos económicos, pues quien dispone de medios suficientes puede continuar sus estudios pagando el arancel correspondiente, mientras que quien depende de la gratuidad ve restringidas sus posibilidades reales de acceso a la educación superior. Por el contrario, este razonamiento parece extender la lógica de la igualdad material hasta un punto de difícil compatibilidad con la estructura misma de las prestaciones sociales focalizadas. Por definición, cualquier requisito de acceso, permanencia o pérdida de un beneficio estatal afectará con mayor intensidad a quienes dependen de él. Si esa circunstancia bastara para configurar una infracción al principio de igualdad, buena parte de las condiciones que hoy regulan el acceso a prestaciones sociales debería quedar bajo una sospecha permanente de inconstitucionalidad.

La cuestión constitucional relevante no parece consistir, por tanto, en determinar si la regulación impacta con mayor severidad a quienes necesitan la gratuidad, circunstancia que en la práctica es inevitable en cualquier sistema de beneficios focalizados. La pregunta decisiva es otra: si el legislador dispone de una justificación constitucionalmente razonable para vincular determinadas consecuencias jurídicas a conductas que él mismo considera de especial gravedad. Es, en efecto, esta interrogante la que la sentencia no aborda de manera satisfactoria. En lugar de examinar el alcance del margen de configuración legislativa en una materia de evidente contenido político, la mayoría desplaza el debate hacia la conveniencia de la medida y hacia

la superioridad de determinados objetivos de reinserción social sobre otros fines de legítima persecución legislativa.

Desde esta perspectiva, el capítulo relativo a la gratuidad universitaria ilustra con especial claridad una tendencia presente en varios pasajes del fallo. Lo que aparece en el ámbito formal como un examen de constitucionalidad opera como una evaluación de la corrección o conveniencia de una política pública. La pregunta deja poco a poco de ser si la *Constitución* prohíbe la medida para cuestionarse si la medida resulta consistente con una determinada concepción de la igualdad, de la educación y de la reinserción social. Y la diferencia es decisiva. En el primer caso, el Tribunal actúa dentro de los márgenes propios del control constitucional; en el segundo, comienza a sustituir el juicio del legislador por el suyo propio respecto de cuestiones que pertenecen en su origen al ámbito de la deliberación democrática.

La sentencia parece asumir que existe una única manera aceptable a nivel constitucional de conciliar educación, castigo e integración social, cuando la propia existencia del debate legislativo demuestra que se trata de materias respecto de las cuales pueden coexistir distintas soluciones razonables.

V. Balance crítico de la sentencia

Más allá de las materias específicas sometidas a decisión, las dificultades que plantea la sentencia parecen responder a una insuficiente comprensión de los límites propios del control de constitucionalidad. En diversos pasajes, el fallo se aproxima a los problemas planteados desde la perspectiva de cuál es la mejor respuesta frente a la violencia escolar, la convivencia educativa o la reinserción social, antes que desde la pregunta de suyo constitucional acerca de si el legislador ha excedido los límites que le impone la carta fundamental. De este modo, categorías estructurales del constitucionalismo democrático, como el margen de configuración legislativa, la interpretación conforme y la deferencia hacia la decisión democrática, pierden centralidad en beneficio de consideraciones relativas al contenido de las políticas públicas sometidas a revisión.

La cuestión es relevante porque la función de un tribunal constitucional no consiste en determinar cuáles son las mejores soluciones para los problemas sociales, sino en establecer si las alternativas escogidas por el legislador resultan compatibles con la *Constitución*. Desde esta perspectiva, la sentencia parece desplazar el eje de su análisis desde la existencia de una contradicción efectiva con la *Constitución* hacia la conveniencia, razonabilidad o deseabilidad de determinadas respuestas legislativas.

Esta diferencia no es meramente teórica. En un Estado de derecho, la definición de las políticas públicas en materias tan complejas como educación, seguridad o reinserción social corresponde en primera instancia al legislador y al gobierno, que son los órganos dotados de legitimidad democrática y de responsabilidad política para adoptar ese tipo de decisiones. El Tribunal Constitucional no ha sido instituido para seleccionar entre distintas estrategias de acción estatal de igual forma compatibles con la *Constitución*, sino para controlar que las opciones escogidas por el legislador no traspasen los límites que esta le impone. Es por ello que el juicio de constitucionalidad no puede confundirse con un juicio acerca de la conveniencia o superioridad de una determinada política pública.

Cuando la discusión se desplaza hacia la mejor manera de organizar la convivencia escolar, proteger a los estudiantes o promover la reinserción social, la atención deja de situarse en la compatibilidad de la ley con la *Constitución* para concentrarse en la calidad o conveniencia de la política pública diseñada por el legislador. Es justo en ese tránsito donde el control de constitucionalidad corre el riesgo de transformarse en una revisión judicial de opciones legislativas que la propia *Constitución* ha confiado al ámbito de la deliberación democrática.

En este contexto adquiere especial relevancia la extensa disidencia formulada por los ya mencionados ministros Miguel Ángel Fernández, Héctor Mery y Marcela Peredo, cuyo razonamiento se construye con rigor a partir de aquellas categorías formales del constitucionalismo democrático que la mayoría parece relegar.

151

VI. La disidencia de los ministros Miguel Ángel Fernández, Héctor Mery y Marcela Peredo

Las dificultades recién descritas adquieren especial relieve cuando se confrontan con la extensa discrepancia suscrita por los ministros disidentes. Su importancia no solo radica en que arriba a conclusiones distintas respecto de varias de las disposiciones impugnadas, sino en que propone una comprensión más consistente de la función que corresponde desempeñar al Tribunal Constitucional frente a decisiones adoptadas por el legislador en materias de política pública. La discrepancia, por tanto, no se agota en los resultados del caso, sino que alcanza a la propia concepción de la jurisdicción constitucional y de los límites que deben regir el ejercicio del control de constitucionalidad.

La diferencia aparece desde el punto de partida de ambos razonamientos. Mientras la mayoría construye buena parte de su análisis a partir de determinadas comprensiones sobre la naturaleza de la escuela, la función de la educación o los fines de la respuesta estatal frente al delito, la disidencia insiste en una pregunta previa y más del ámbito constitucional: ¿ha demostrado, en realidad, el Tribunal que las normas impugnadas contradicen la *Constitución*? La cuestión es decisiva, pues redefine por completo el problema. Antes de evaluar la conveniencia, oportunidad o razonabilidad de una determinada regulación, corresponde identificar una infracción constitucional concreta y suficientemente acreditada. Allí donde la mayoría concentra una parte importante de su atención en las consecuencias prácticas de las medidas legislativas y en su compatibilidad con ciertas concepciones de la educación o de la reinserción social, la disidencia exige justificar con anterioridad por qué tales medidas excederían, en efecto, los límites que la *Constitución* impone al legislador.

152 Desde esta perspectiva, la principal fortaleza del voto disidente radica en su apelación sistemática a categorías estructurales del razonamiento constitucional. Dichos ministros fundan su posición en la presunción de constitucionalidad de las leyes, en la deferencia que merece el legislador democrático cuando regula materias complejas, en el margen de configuración normativa que la *Constitución* le reconoce y en la necesidad de evitar que el Tribunal Constitucional se transforme en una instancia revisora de la conveniencia o mérito de las políticas públicas. No se trata de principios elaborados para justificar una conclusión determinada. Son categorías que la propia jurisprudencia constitucional ha reconocido de manera reiterada y que la misma mayoría invoca sin ambages en los considerandos preliminares de la sentencia. Es justo por ello que la disidencia aparece vinculada muy de cerca a las categorías propias del constitucionalismo y ofrece un particular y sólido contrapunto a las premisas sobre las que descansa la opinión de mayoría.

Sin duda por ello, la disidencia muestra un vínculo más cercano al texto constitucional y a la propia tradición jurisprudencial del Tribunal. Sus autores recuerdan con frecuencia que el control preventivo no habilita al juez constitucional para sustituir las decisiones del legislador ni para escoger entre distintas opciones regulatorias que se mantengan dentro de los márgenes permitidos por la *Constitución*. La función del Tribunal consiste en impedir que dichos márgenes sean sobrepasados, no en determinar cuál de las alternativas posibles resulta más adecuada, eficiente o coherente, con determinadas concepciones acerca de la educación, la seguridad escolar o la reinserción social.

Esta aproximación adquiere especial fuerza al examinar el capítulo relativo a la intervención policial en establecimientos educacionales. Como

hemos visto, la mayoría considera que la incorporación de mecanismos policiales resulta incompatible con la naturaleza formativa de la escuela. La disidencia objeta de hecho ese punto de partida. A su juicio, puede ser bastante razonable sostener que una comunidad educativa deba privilegiar mecanismos pedagógicos antes que policiales; lo que resulta mucho más discutible es afirmar que esa preferencia constituye una exigencia impuesta por la *Constitución*. La diferencia es decisiva, pues obliga a distinguir entre aquello que la carta fundamental ordena en realidad y aquello que puede ser considerado deseable desde una determinada aproximación a la educación o a la convivencia escolar.

La misma lógica se proyecta sobre el problema de la gratuidad universitaria. Los ministros disidentes recuerdan que se trata de una institución creada y configurada por el legislador, cuya regulación corresponde en primera instancia a este. Nada impide cuestionar, desde la política pública, la conveniencia de asociar determinadas consecuencias a ciertas condenas penales. Mas, una crítica de esa naturaleza no equivale a demostrar una infracción constitucional. Lo que la disidencia exige es, en particular, aquello que, a su juicio, la mayoría no proporciona: una explicación convincente acerca de por qué las restricciones incorporadas por el legislador estarían, en efecto, prohibidas por la *Constitución* y no constituirían así sin más una opción normativa discutible.

153

Tras la discrepancia hay un desacuerdo más profundo sobre la naturaleza misma del control constitucional. Permítasenos la insistencia. La mayoría parece entender que corresponde al Tribunal examinar la razonabilidad sustantiva de determinadas respuestas legislativas cuando ellas inciden sobre derechos fundamentales. La disidencia sostiene, por el contrario, que, incluso en presencia de derechos fundamentales, subsiste un ámbito de decisión que corresponde al legislador y que solo puede ser desplazado cuando exista una contradicción clara y bien demostrada con la *Constitución*. Así, como ya advertimos, el verdadero conflicto planteado por la sentencia versa tanto sobre las normas impugnadas, como sobre los límites mismos de la jurisdicción constitucional y sobre el grado de deferencia que esta debe guardar frente a las decisiones adoptadas por los órganos democráticamente legitimados.

La consecuencia de esta diferencia es más profunda de lo que podría parecer a primera vista. Si correspondiera al Tribunal Constitucional decidir cuál es la mejor política de seguridad escolar, cuál es el modelo más adecuado de convivencia educativa o cuál es la forma más correcta de promover la reinserción social, entonces la deliberación democrática sobre esas materias perdería buena parte de su sentido. En tal escenario, el legislador conservaría a nivel formal la potestad de dictar leyes, pero las decisiones

fundamentales sobre su contenido quedarían entregadas al juicio del órgano encargado de controlarlas. El resultado sería una alteración significativa del principio de separación de poderes y de la distribución de competencias que la propia *Constitución* establece entre los órganos políticos y los órganos jurisdiccionales.

La cuestión no consiste, por cierto, en negar el papel del Tribunal Constitucional ni en reducir el alcance de sus atribuciones. Se trata, más bien, de recordar que el control de constitucionalidad está llamado a operar sobre los límites de la decisión legislativa y no a sustituirla. Un tribunal constitucional puede impedir que el legislador sobrepase los márgenes fijados por la *Constitución*; lo que no puede hacer es reemplazar las opciones normativas disponibles a nivel legal por aquellas que estime más prudentes, más convenientes o coherentes con determinadas concepciones sobre la educación, la seguridad o la política criminal.

Desde esta perspectiva, la crítica principal que la disidencia dirige al fallo puede sintetizarse en una sola idea: la mayoría corre el riesgo de transformar desacuerdos razonables sobre políticas públicas en cuestiones de constitucionalidad. Allí donde el texto constitucional admite diversas soluciones compatibles, el Tribunal termina privilegiando una de ellas y excluyendo las demás del ámbito de las opciones legítimas de las que el legislador dispone. La consecuencia no es solo un mayor control de constitucionalidad, sino una progresiva reducción del espacio de deliberación que la propia *Constitución* parece reservar a los órganos legitimados en democracia.

Por ello, es probable que la disidencia constituya el aporte doctrinal más sólido de la sentencia. No necesariamente porque todas sus conclusiones deban compartirse, sino porque recuerda una exigencia elemental del constitucionalismo: la jurisdicción constitucional no existe para resolver todos los desacuerdos relevantes de la comunidad política, sino para garantizar que estos se desarrollen dentro de los límites fijados por la *Constitución*. La función del juez constitucional consiste en identificar cuándo el legislador ha excedido esos límites, no en reemplazar sus decisiones por aquellas que estime más razonables o preferibles.

Conclusiones

La sentencia comentada plantea dificultades tanto en el plano de sus consecuencias concretas como en el de su fundamentación constitucional. Por una parte, invalida diversos instrumentos que el legislador había diseñado para enfrentar fenómenos crecientes de violencia escolar y para resguardar las

condiciones mínimas necesarias para el desarrollo de la actividad educativa. Por otra, justifica esas decisiones mediante una argumentación que, en varios de sus capítulos más relevantes, parece desplazar cada vez más el análisis desde la identificación de límites constitucionales objetivos hacia la evaluación y el control de opciones legislativas. El resultado es una argumentación que, con frecuencia, no termina de demostrar por qué la *Constitución* exige una solución determinada y excluye las demás. Allí donde la carta fundamental parece admitir distintas alternativas compatibles, el Tribunal termina privilegiando una de ellas y elevándola a parámetro de constitucionalidad.

La disidencia de los ministros Miguel Ángel Fernández, Héctor Mery y Marcela Peredo pone en evidencia este problema con especial claridad. Su aporte más relevante no consiste en defender una determinada política pública, sino en recordar una exigencia elemental del constitucionalismo democrático: la jurisdicción constitucional no existe para seleccionar entre opciones legislativas razonables, sino para impedir que el legislador sobrepase los límites que le impone la *Constitución*. Mientras la mayoría se dedica a examinar la “corrección” de las soluciones adoptadas por el legislador, la disidencia exige demostrar primero una infracción constitucional concreta y suficientemente acreditada. En este punto, ella aparece más próxima tanto al texto constitucional como a las categorías clásicas que en el ámbito histórico han delimitado el ejercicio del control de constitucionalidad.

155

Con todo, el problema va más allá de lo teórico. La sentencia produce también consecuencias prácticas de considerable relevancia. Al invalidar algunos de los instrumentos que el legislador había diseñado para enfrentar situaciones de violencia escolar, la decisión reduce el margen de acción de las comunidades educativas frente a escenarios que el propio Tribunal reconoce como reales y preocupantes. La paradoja es evidente: la seguridad escolar es considerada una finalidad constitucionalmente legítima, pero varios de los mecanismos destinados a hacerla efectiva son declarados incompatibles con la *Constitución*. Cabe entonces preguntarse si, en determinados ámbitos, la protección de los derechos de quienes podrían verse afectados por las medidas de control termina realizándose a costa de quienes son las víctimas de la violencia, de la interrupción de las clases o de la degradación de la convivencia escolar. La pregunta no es retórica ni menor: ¿hasta qué punto puede una jurisdicción constitucional debilitar instrumentos de prevención sin asumir las consecuencias que ello produce sobre el ejercicio efectivo del derecho a la educación de quienes requieren un entorno seguro para aprender y enseñar?

La cuestión adquiere una importancia que supera con mucho las materias debatidas en la causa. Si corresponde al Tribunal Constitucional decidir cuál es la mejor política de seguridad escolar, cuál es el modelo más adecuado de convivencia educativa o cuál es la forma más correcta de promover la rei-

inserción social, entonces es inevitable que el espacio de deliberación reservado al legislador se reduzca. Las decisiones adoptadas por los órganos de legitimidad democrática, dejan de ser controladas en función de su compatibilidad con la *Constitución* y son revisadas en función de la valoración que el propio Tribunal realiza acerca de cómo deberían enfrentarse esos problemas públicos. En tal escenario, el Tribunal irá cediendo en su actuar como garante de los límites constitucionales para asumir un papel cercano al de un supervisor general de las decisiones políticas adoptadas por el Congreso y el gobierno.

Los riesgos de una evolución semejante son evidentes. En primer lugar, se produce una progresiva invasión de las competencias que la *Constitución* atribuye al legislador democrático, alterando el equilibrio institucional sobre el cual descansa la separación de poderes. Pero existe un riesgo aún mayor. La jurisdicción constitucional obtiene su autoridad no solo de la fuerza obligatoria de sus decisiones, sino, también, de la confianza pública en que dichas decisiones son adoptadas conforme a criterios jurídicos y no sobre la base de preferencias acerca de cuál es la política pública más conveniente. Cuando la *Constitución* deja de aparecer como el verdadero parámetro de decisión y es reemplazada por valoraciones que pertenecen al ámbito de la deliberación democrática, es inevitable que la legitimidad del control constitucional se erosione.

156

La historia del constitucionalismo demuestra que los tribunales constitucionales son más fuertes cuando son conscientes de sus propios límites. Su autoridad aumenta cuando protegen la *Constitución*; en cambio, se vuelve más frágil cuando parecen reemplazarla por sus propias preferencias interpretativas. Por ello, la advertencia más importante que deja este fallo no gira en torno a la seguridad escolar ni a la gratuidad universitaria; se refiere a la necesidad de preservar con extremo cuidado la frontera entre control de constitucionalidad y decisión política. Cuando esa frontera se vuelve difusa, no solo se transforma el papel de los tribunales constitucionales: comienza, también, a alterarse el delicado equilibrio institucional sobre el cual descansa el Estado de derecho.

Siglas y abreviaturas

art.	artículo
doi	Digital Object Identifier
n.º a veces n.	número
ORCID	Open Researcher and Contribution ID

Recensiones

Derecho Público Iberoamericano
Universidad del Desarrollo
N.º 29 | 2026

doi.org/10.52611/rdpi.num29.2026.2052

JOSÉ MARÍA CARABANTE, *ORDEN POLÍTICO, DERECHO
E IDEOLOGÍA*, MADRID, DYKINSON S.L, 2025

*Eschmann Monsalve, Erwin Ewald**

La obra de José María Carabante se inscribe en el ámbito de la filosofía del derecho y de la teoría política con una ambición poco frecuente en nuestro entorno académico: pensar conjuntamente la experiencia humana del orden, la estructura del orden jurídicopolítico y las incongruencias ideológicas que amenazan su estabilidad. Desde una declarada vocación interdisciplinar, el autor articula un diálogo entre filosofía jurídica, ciencia política e historia de las ideas, tomando como eje vertebrador el pensamiento de Eric Voegelin, apenas explorado en la literatura jurídica en lengua española.

159

El propósito central del libro es doble: por una parte, esclarecer en qué consiste el orden social –político y jurídico– cuando se lo concibe a partir de la experiencia vivida, y no de meras abstracciones normativas; por otra, dar cuenta de las formas de desorden que lo corroen, en particular la ideología, la desinformación y la manipulación del lenguaje. En un contexto marcado por fenómenos como la posverdad, la polarización y la crisis de confianza en las instituciones, José Carabante sostiene que estos problemas no pueden abordarse solo desde categorías técnico-jurídicas o sociológicas, sino que remiten a una auténtica “afección espiritual” que reclama una respuesta filosófica.

Desde la perspectiva de la filosofía del derecho, la principal contribución de la obra reside en anclar la normatividad jurídica en la experiencia originaria del orden y la justicia, frente a un positivismo que, al prescindir de esa fuente, se vuelve vulnerable a la colonización ideológica. El derecho, sugiere el autor, corre el riesgo de transformarse en mera técnica de control o en instrumento de ingeniería social cuando se desvincula de la vivencia de trascendencia y de la verdad simbólica que la expresa. De ahí el carácter “tera-

* Magíster en Derecho Público, Universidad de Concepción. Correo electrónico: erwin.eschmann@gmail.com

péutico” que le atribuye a la reflexión filosófica: recuperar la realidad frente a las segundas realidades ideológicas es condición para restaurar un orden jurídico-político sano.

Como ensayo filosófico-jurídico, el libro destaca por su claridad expositiva dentro de la complejidad de los materiales manejados. La presentación sistemática del pensamiento de Eric Voegelin, todavía marginal en el mundo académico hispanohablante, constituye un aporte en sí misma. Pero el valor de la obra no se limita a esa función introductoria: el autor logra una apropiación creativa del marco voegeliniano, aplicándolo con solvencia a problemas contemporáneos tan decisivos como la desinformación, el deterioro del debate público y la degradación del lenguaje político y jurídico.

Desde la óptica de quien lo escribió, *Orden político, derecho e ideología* abre un espacio de reflexión que desborda las fronteras disciplinares del pensamiento jurídico y político, invitando a repensar categorías centrales –orden, legitimidad, ideología, verdad, experiencia– a la luz de las crisis actuales de nuestras democracias. En un momento en que el discurso jurídico tiende bien a tecnificarse, el libro de José Carabante propone una vía alternativa: un retorno exigente a la experiencia y a la razón, capaz de “socavar la vigencia de las ideologías” y de ofrecer criterios para proteger el orden jurídico-político frente a sus formas más sutiles de disolución.

160

Se trata, en suma, de una obra de lectura recomendable para académicos del derecho, la ciencia política y la sociología, así como para operadores jurídicos y responsables públicos interesados en comprender la dimensión espiritual de la crisis del orden contemporáneo. Su apuesta por rescatar la cultura simbólica heredada y por situar la reflexión jurídica en el horizonte de la verdad del ser le otorga un lugar propio en el debate actual sobre los fundamentos del derecho y la política.

Estructura

EN EL CAPÍTULO I, se explora cómo el ser humano se encuentra en un estado entre inmanencia y trascendencia, sugiriendo que el orden no es solo una construcción institucional, sino una realidad que nos precede.

EN EL CAPÍTULO II, se analiza cómo esta experiencia se transforma en conocimiento normativo a través del lenguaje y los símbolos, estableciendo una distinción entre figuraciones auténticas y espurias, donde estas últimas cierran la experiencia de trascendencia y dan lugar a ideologías.

EN EL CAPÍTULO III, se introduce la dimensión histórica, presentando el orden político y jurídico como respuestas humanas a la verdad del ser y la

justicia, integrando experiencia, comunidad política e institucionalización jurídica, y criticando tanto el positivismo como los discursos moralistas.

EN EL CAPÍTULO IV, se aborda la ideología y la manipulación del lenguaje, describiendo la primera como una realidad deformada que limita la conexión con la trascendencia. Se identifican tres niveles de deformación: vivencial, ontológico y lingüístico, planteando que la desinformación es un cierre espiritual que incapacita al ciudadano.

Finalmente, el EPILOGO, titulado “Un pensador indispensable”, destaca la relevancia de Eric Voegelin y su análisis del gnosticismo moderno, sugiriendo su pertinencia para entender las polarizaciones actuales y los cambios provocados por la tecnología digital.

Siglas y abreviaturas

doi	Digital Object Identifier
ORCID	Open Researcher and Contribution ID
S.L.	sociedad limitada

Normas editoriales

Derecho Público Iberoamericano
Universidad del Desarrollo
N.º 29 | 2026

NORMAS EDITORIALES E INSTRUCCIÓN PARA LOS AUTORES

Derecho Público Iberoamericano es una revista semestral del Centro de Justicia Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo. Se publica los meses de abril y octubre de cada año.

Se propone analizar el derecho público contemporáneo desde una perspectiva problemática, levantando dudas donde hay consensos artificiosos, aportando certezas donde abundan los disensos permanentes, con la convicción de que los principios primarios de toda investigación en este ámbito son los derechos fundamentales de la persona humana y la promoción del bien común. En tal tarea buscamos vincular a la comunidad científica nacional y extranjera promoviendo con especial empeño el análisis de las dificultades que afronta el derecho iberoamericano, sin merma de la pluralidad y del interés universal que corresponde a toda publicación científica.

Para alcanzar tales objetivos, *Derecho Público Iberoamericano* promueve, cultiva y difunde el estudio del derecho público desde las diversas aproximaciones científicas: dogmática constitucional, derecho internacional de los derechos humanos, teoría constitucional, filosofía jurídica y política, sociología jurídica, historia del derecho y otras disciplinas concurrentes.

La revista cuenta con cuatro secciones permanentes: “estudios”, “ensayos”, “comentarios de jurisprudencia” y “recensiones”.

I. Materias de interés

1. Derechos fundamentales. 2. Justicia constitucional. 3. Organización política. 4. Derecho administrativo. 5. Regulación económica. Otras disciplinas concurrentes: derecho tributario, derecho económico, derecho ambiental, derecho eléctrico, derecho de aguas, etcétera.

II. Perspectivas de interés

1. Dogmática jurídica. 2. Teoría del derecho. 3. Evaluación práctica. 4. Análisis jurisprudencial. 5. Sociología jurídica. 6. Historia del derecho. 7. Filosofía jurídica y política. 8. Otras ópticas concurrentes.

III. Tipos de colaboración

1. Artículos de doctrina. 2. Monografías. 3. Ensayos. 4. Comentario de jurisprudencia. 5. Comentario de problemas jurídicos. 6. Recensiones o reseñas bibliográficas.

IV. Normas para la redacción de los trabajos

1. Los trabajos deben ser inéditos y originales. Serán escritos en español, salvo que la filiación académica del autor sea diversa, en cuyo caso el manuscrito se publicará en el idioma correspondiente. No se consideran originales las traducciones al español de artículos ya publicados en otro idioma.
2. Los trabajos deberán ir encabezados con un título en español e inglés, un resumen en español e inglés de no más de ciento cincuenta palabras, y de palabras claves en ambos idiomas. Este recurso es obligatorio tratándose de estudios y ensayos.
3. El nombre del autor se indicará bajo el título. A pie de página se mencionarán los grados académicos y la universidad o institución a la que pertenece. En casos de tener varios grados académicos, se indicará el más alto.
4. Los manuscritos deben ser redactados en tipografía Times New Roman, tamaño 12 con interlineado de 1,5 para el texto y 10 para las notas con interlineado de 1,15, en hoja tamaño carta.
5. Para el sistema de citas se siguen como pauta las Normas MLA (Modern Language Association of America)

V. Conflicto de interés

Se entiende por conflicto de interés aquel que existe entre un autor o la institución a la que este pertenece, el revisor o editor del trabajo, y un tercero con el cual se mantiene una relación que influye o puede influir impropiaamente en las afirmaciones, argumentaciones o conclusiones contenidas en su tra-

bajo, sea por causa de doble compromiso, conflicto de intereses propiamente tal o deber de lealtad en colisión con otros similares.

El autor (o autores) al enviar un trabajo al Comité Editorial de *Derecho Público Iberoamericano*, se entiende que acepta estas normas y que, por consiguiente, asume que el escrito enviado no debe suponer ningún conflicto de intereses real o potencial que se derive de su autoría y publicación, de acuerdo con lo indicado en este acápite V de las normas editoriales e instrucción para los autores.

VI. Normas éticas

Los autores deben ajustarse a las normas éticas reconocidas internacionalmente para la publicación de los trabajos científicos. Son especialmente reprochables todas las formas de autoplagio y de plagio, en particular el plagio completo, el plagio parcial y el plagio *verbatim*.

Tanto el Comité Editorial de la revista como los árbitros a quienes se encarga la revisión ciega de los trabajos científicos, tendrán especial diligencia en detectar este tipo de irregularidades.

De ser detectada alguna forma de plagio en cualquiera etapa del proceso editorial, el trabajo será excluido y devuelto inmediatamente al autor, quien no podrá publicar en *Derecho Público Iberoamericano* por un plazo de dos años calendarios, contados desde la notificación de su exclusión por los motivos señalados.

El autor (o autores) al enviar un trabajo al Comité Editorial de *Derecho Público Iberoamericano*, se entiende que acepta estas normas y que, por consiguiente, asume que el escrito enviado debe cumplir las normas éticas internacionales sobre autoría y publicación de los trabajos científicos, en particular las referentes al autoplagio, al plagio completo, al plagio parcial y al plagio *verbatim*, tal como se señala en este acápite VI de las normas editoriales e instrucción para los autores”.

167

VII. Referencias bibliográficas

1. Las referencias bibliográficas a PIE DE PÁGINA serán abreviadas, con la finalidad de no abultar en demasía el texto. Se indican solo tres elementos: autor –nombre y apellidos (en VERSALES)–, título de la obra (*cursiva* si es LIBRO, y “entre comillas” si es ARTÍCULO) y página citada.

Ejemplo: Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, *El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo*, p. 46.

Las referencias JURISPRUDENCIALES se indicarán del modo que sigue: tribunal / (año de dictación): rol /, considerando o párrafo citado.

Si la identidad de las partes es relevante para la identificación de la sentencia, podrá también ser agregada, a continuación de la identificación del tribunal y antes del año de dictación.

Tratándose de tribunales nacionales, extranjeros o internacionales, la referencia a pie de página podrá hacerse de acuerdo con el uso oficial o común de cada tribunal, reconocido en la comunidad científica, como es el caso, por ejemplo, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos o del Tribunal Constitucional español.

2. La referencia COMPLETA de las obras citadas se hará al final del trabajo bajo el título *Bibliografía*.

- Si se trata de un *libro*, se sigue el siguiente orden: AUTOR (ES), sea institución o persona (apellidos (EN VERSALES), nombre en letra redonda, *Título de la publicación (en cursiva)* / (edición, si no es la primera, lugar de publicación, editorial, año de publicación, vol. o vols. –sin indicar el número de páginas:

Ejemplo: GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*, 2ª ed., Madrid, Civitas, 1983, vol. III.

- Si es una traducción puede indicarse así:

Ejemplo: LE TOURNEAU, Philippe, *La responsabilidad civil*, traducción de Javier TAMAYO JARAMILLO, Bogotá, Editorial Legis, 2004.

- Si se trata de ARTÍCULO DENTRO DE UN LIBRO: autor (es) del artículo (apellidos (en VERSALES), nombre en letra redonda / “título del artículo” (entre comillas) / seguido de la palabra ‘en’, indicación de nombre y apellidos (en VERSALES) del editor (ed.), coordinador (coord.) o director (dir.) / título de libro (*en cursiva*) / número de edición, si no es la primera, lugar de publicación, editorial, año de publicación.

Ejemplo: VICENTE DOMINGO, Elena, “El daño”, en L. Fernando REGLERO CAMPOS (coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, 3ª ed., Madrid, Editorial Aranzadi, 2006.

- Si se trata de un ARTÍCULO DE REVISTA: autor (es) del artículo (apellidos (en VERSALES), nombre en letra redonda / “título del artículo” (en redondas y entre comillas) / seguido de la palabra ‘en’, nombre de la revista (en *cursivas*), año, vol. y n.º (cuando corresponda) / ciudad / año.

Ejemplo: BERNASCONI RAMÍREZ, Andrés, “El carácter científico de la dogmática jurídica”, en *Revista de Derecho*, año 2, vol. XX, n.º 1, Valdivia, 2007, pp. 57-81.

- En cuanto a las REFERENCIAS YA CITADAS: por regla general se identifica por apellido del autor (en VERSALES), las dos primeras palabras de la

obra, puntos suspensivos (en *cursivas* si es libro o entre comillas si es “artículo”), *op. cit.* y página o, simplemente, apellido (en *VERSALES*), *op. cit.*, y página cuando corresponda.

- Ejemplos: GONZÁLEZ, *El principio...*, *op. cit.*, p. 15.
- BERNASCONI, “El carácter...”, *op. cit.*, p. 35.
- LE TOURNEAU, *op. cit.*

En el caso que la obra o documento citado se reitere inmediata y sucesivamente, basta con colocar *ibid.* si es idéntica u *op. cit.* y página, según corresponda.

- Si se trata de un DOCUMENTO EN FORMATO ELECTRÓNICO: autor (es) (nombre en letra redonda, apellidos (en *VERSALES*)/ título (en *cursiva* si es libro y entre “comillas” si es artículo), año de publicación) / disponible en: dirección electrónica completa. Fecha de consulta.
- Si se trata de JURISPRUDENCIA: tribunal / (año de dictación): rol / fecha de la sentencia, sede de edición o publicación, si es del caso, y responsable de la misma, o la fuente electrónica donde se ubica.

Si la identidad de las partes es relevante para la identificación de la sentencia, podrá ser agregada a continuación de la identificación del tribunal.

Tratándose de tribunales extranjeros o internacionales, la cita completa podrá hacerse de acuerdo con el uso oficial o común de cada tribunal, de la manera en que ha sido reconocida por la comunidad científica.

169

VIII. Envío de los trabajos

Los trabajos deben ser enviados a través del sitio web de *Derecho Público Iberoamericano*, a nombre del director de la revista, Dr. Julio Alvear Téllez, o del coordinador de redacción, Sr. Gaspar Jenkins Peña y Lillo.

IX. Proceso de selección de los trabajos

Si el trabajo ha cumplido con las normas precedentes, *Derecho Público Iberoamericano* decidirá su publicación previo informe favorable de dos árbitros especialistas en el tema, si se trata de un artículo científico. La evaluación será anónima. El autor recibirá oportunamente el resultado de los informes de acuerdo con los criterios de relevancia u oportunidad de la materia tratada, redacción, originalidad, solidez argumentativa y conclusiva, y uso de fuentes bibliográficas, entre otros.

Este número, de cuatrocientos ejemplares,
se terminó de imprimir en el mes de octubre de 2026
por Versión Producciones Gráficas
Santiago, Chile

