



Universidad del Desarrollo
Facultad de Derecho

DERECHO PÚBLICO IBEROAMERICANO
REVISTA DEL CENTRO DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Nº 4
ABRIL DE 2014

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

DIRECTOR

Dr. Julio Alvear Téllez

SECRETARIO DE REDACCIÓN

Prof. Sergio Verdugo Ramírez

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.

Prof. Pablo Rodríguez Grez

Universidad del Desarrollo
(Chile)

Prof. Dr. Danilo Castellano
Università di Udine
(Italia)

Prof. Dr. Gilles Dumont
Université Paris II Panthéon
(Francia)

Prof. Dra. Consuelo Martínez-Sicluna
Universidad Complutense de Madrid
(España)

Prof. Dr. Miguel Ayuso
Universidad Pontificia de Comillas
(España)

Prof. Dr. Carlos Pereira Menaut
Universidad de Santiago de Compostela
(España)

Prof. Dr. Santiago Sánchez González
Universidad Nacional de Educación a Distancia
(España)

Prof. Dra. Myriam Hoyos Castañeda
Universidad de la Sabana
(Colombia)

Prof. Dr. Santiago Legarre
Universidad Católica de Argentina
(Argentina)

Prof. Dr. Agustín Squella Narducci
Universidad de Valparaíso
(Chile)

Prof. Dr. Javier Couso
Universidad Diego Portales
(Chile)

Prof. Dr. José Ignacio Martínez
Universidad de Los Andes
(Chile)

Prof. Dr. Manuel Núñez
Universidad Católica de Valparaíso
(Chile)

Prof. Dr. Ignacio Covarrubias
Universidad del Desarrollo
(Chile)

EDITOR

Prof. Hugo Fábrega Vega

REPRESENTANTE LEGAL

Sr. Federico Valdés Lafontaine

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

DERECHO PÚBLICO IBEROAMERICANO
REVISTA DEL CENTRO DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL
AÑO 2 • N° 4 • ABRIL DE 2014
ISSN 0719-2959

PRESENTACIÓN

7

ESTUDIOS

ESTUDIOS SOBRE DERECHOS FUNDAMENTALES.

Sebastián Donoso Rodríguez

Tierras: un escrutinio al 'núcleo inviolable' de la identidad indígena.

15

Santiago Sánchez González

La lucha contra la desigualdad:

acciones positivas y derechos socioeconómicos en Estados Unidos y en la India.

65

ESTUDIOS SOBRE INSTITUCIONES ADMINISTRATIVAS

Sergio Cea Cienfuegos y Patricio Morales Contardo

Naturaleza jurídica de los entes administrativos aeronáuticos en Chile
y la figura del comandante de la aeronave.

103

Gladys Camacho Céspedes

La regulación de la colaboración público-privada
para la provisión de servicios y de infraestructuras:
Examen del modelo reformulado por la Ley N° 20.410.

141

ESTUDIOS SOBRE DERECHO PÚBLICO CRISTIANO

Juan Fernando Segovia

Las *cuestiones* de Locke sobre la ley natural.
Examen crítico de sus principales argumentos.

167

Joaquín Alonso Reyes Barros
Bien común y cristianismo:
una perspectiva “no moderna” de un problema moderno.
211

ENSAYOS

Santiago Legarre
La obligatoriedad horizontal de los fallos
de la Corte Suprema argentina y el *stare decisis*.
237

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

Eduardo Soto Kloss
Caso “Dializados”.
257

Eduardo Soto Kloss
Abuso de menor en colegio municipal.
265

Ignacio Covarrubias Cuevas
El peor Leviatán:
el poder imperceptible y, por tanto, incontrolable de las cámaras ocultas
en la esfera privada so pretexto de interés público.
271

Jaime Elgueta
Mémoli vs. Argentina.
Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
285

RECENSIONES

Sergio Verdugo R.
The Classical Liberal Constitution.
The Uncertain Quest for Limited Government, de Richard A. Epstein.
315

Mario Correa B.
La libertad moderna de conciencia y de religión.
El problema de su fundamento, de Julio Alvear Téllez.
321

SIGLAS Y ABREVIATURAS

331

INSTRUCCIONES A LOS AUTORES

337

PRESENTACIÓN

En la cuarta entrega de *Derecho Público Iberoamericano* ofrecemos trabajos que exploran temas de especial interés para el Derecho Constitucional, el Derecho Administrativo y el Derecho Público cristiano. Contamos en esta edición con colaboraciones de especialistas chilenos, argentinos, peruanos y españoles.

En la sección “Estudios” se han publicado artículos en tres áreas: los derechos fundamentales, la institucionalidad administrativa y el Derecho Público cristiano, término vigente de resonancia clásica, desgraciadamente poco utilizado en nuestro país.

En el área de los derechos fundamentales, destacan dos estudios de connotada actualidad, que matizan o a rectifican la opinión más difundida en las áreas respectivas. El artículo del profesor Sebastián Donoso R., que analiza el paradigma político-jurídico implicado en la ley indígena chilena y en el Convenio 169 de la OIT, entre otros, según el cual la tierra es el fundamento principal de la identidad indígena. En el trabajo, de corte descriptivo y crítico, se analizan las consecuencias jurídicas y de políticas públicas de dicho paradigma, adelantando conclusiones que llaman a reflexionar sobre el problema desde una visión integral, más jurídica y cultural y menos ideológica. El segundo trabajo es de autoría del profesor español Dr. Santiago Sánchez González. El ilustre catedrático aborda lo que denomina la lucha contra la desigualdad desde el prisma de las acciones positivas en el modelo constitucional estadounidense e hindú, centrándose en la cuestión racial y de estratificación social. Junto con describir cómo han evolucionado los dos sistemas, precisa cuáles han sido los resultados de las medidas políticas que se han adoptado para afrontarlos.

En el ámbito de las instituciones administrativas se incorporan dos novedosos estudios. El artículo de los profesores Sergio Cea Cienfuegos y Patricio Morales Contardo, que afronta con pretensiones sistemáticas totalmente cumplidas la naturaleza jurídica de los entes administrativos que en Chile regulan la actividad aeronáutica: la Junta de Aeronáutica Civil, la Dirección General de Aeronáutica Civil y la figura del comandante de aeronave y sus peculiaridades. Por su parte, el trabajo de la profesora peruana Dra. Gladys Camacho, residente en nuestro país, examina el modelo de regulación de la colaboración público-privada para la provisión

de servicios y de infraestructuras a través del contrato de concesión de obras públicas. Frente a los cuestionamientos de corrupción, de falta de eficiencia económica y de insuficiente transparencia que se imputaban a la regulación anterior, se evalúa su reformulación a partir de la Ley N° 20.410.

En el área del Derecho Público cristiano publicamos dos estudios que nos ponen al día en los marcos conceptuales de antiguos debates. Controversias que no podemos olvidar en nuestro medio, sea por razones científicas, sea por motivos de fundamentación política. El primer artículo pertenece a la pluma del conocido profesor e intelectual argentino Dr. Fernando Segovia. Se examina críticamente la doctrina sobre la ley natural de John Locke, en particular la contenida en el ensayo homónimo, inédito hasta mediados del siglo xx, y que constituye un texto clave para comprender la deriva del iusnaturalismo moderno. El trabajo resalta de manera crítica el carácter rupturista de la obra del pensador inglés de cara al legado del pensamiento clásico. La segunda colaboración pertenece al profesor Joaquín Reyes Barros, quien formula una síntesis actualizada de las relaciones entre el bien común y el cristianismo desde la perspectiva del Derecho Público cristiano en general, y del pensamiento de santo Tomás de Aquino en particular.

La sección “Ensayos” ofrece un trabajo del profesor argentino Dr. Santiago Legarre. En él se realiza un ejercicio comparativo entre la obligatoriedad horizontal de los fallos de la Corte Suprema argentina y el *stare decisis* tal como lo concibió el voto de *Justice* Brandeis en la sentencia del caso *Burnet v. Colorado Oil* de la Suprema Corte de Estados Unidos de Norteamérica.

En la sección “Comentarios de Jurisprudencia” se incluyen análisis de cuatro fallos relevantes. En el primero, a cargo del profesor Dr. Eduardo Soto Kloss, se examina el contenido y las consecuencias del caso “dializados”, sentencia de protección de la Corte Suprema del 23 de diciembre de 2013. El segundo, escrito por el mismo autor, delimita el problema de la responsabilidad municipal en una situación de abuso de menor, sobre la base del fallo del 21 de noviembre de 2013 del mismo tribunal. El tercer comentario de jurisprudencia pertenece al profesor Dr. Ignacio Covarrubias y lleva el sugestivo título de “El peor Leviatán: el poder imperceptible y, por tanto, incontrolable de las cámaras ocultas en la esfera privada so pretexto de interés público”. El análisis recae en una conocida sentencia de nuestro máximo tribunal del 21 de agosto de 2013. Finalmente, el profesor Jaime Elgueta evalúa críticamente la sentencia *Mémoli vs. Argentina* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Concluimos con la sección “Recensiones”, donde se reseñan dos libros de reciente aparición: uno sobre la constitución liberal clásica del profesor

estadounidense Dr. Richard Epstein, y otro sobre la libertad moderna de conciencia y de religión, de nuestra autoría.

Con la entrega de su cuarto número, nuestra revista sigue convocando a la comunidad científica nacional y extranjera a espacios de reflexión crítica sobre el Derecho Público contemporáneo, especialmente en estos tiempos de cambios donde se cree, por no sé qué utópico empeño, que la transformación de todo lo estable es necesariamente un progreso.

Dr. Julio Alvear Téllez
Director
Derecho Público Iberoamericano

Estudios

Derecho Público Iberoamericano

Universidad del Desarrollo

N° 4 | 2014

Estudios
sobre derechos fundamentales

TIERRAS: UN ESCRUTINIO AL 'NÚCLEO INVIOLABLE' DE LA IDENTIDAD INDÍGENA

LAND: A SCRUTINY TO THE 'INVIOLABLE CORE' OF INDIGENOUS IDENTITY

*Sebastián Donoso Rodríguez**

Resumen

Este trabajo analiza la forma en que se encuentran tratadas las tierras indígenas en la legislación chilena y el rol crítico que tienen aquéllas en el edificio regulatorio del derecho estatal hacia los pueblos indígenas. Se somete a escrutinio el paradigma según el cual la tierra es el fundamento principal de la identidad indígena y se analizan las implicancias tanto jurídicas como de política pública de los deberes de protección y ampliación de las tierras indígenas que son consecuencia de dicho paradigma. Se postula que, si bien la tierra tiene efectivamente un rol fundamental en la identidad indígena, deben examinarse cuidadosamente las regulaciones y políticas que se centran casi exclusivamente en la tierra, en desmedro de otros elementos clave para la preservación de dicha identidad, como la lengua.

Palabras clave: *tierra*, propiedad, pueblos indígenas, discriminación positiva, reasentamiento, deuda histórica, política indígena.

Abstract

This work analyzes the way in which indigenous lands are treated in legislation and its critical role in the state's regulatory scheme towards indigenous peoples. The article scrutinizes the paradigm according to

* Master of Science in Social Policy and Planning in Developing Countries, The London School of Economics and Political Science. Profesor de Legislación Indígena y Políticas Públicas, Pontificia Universidad Católica de Chile. Artículo recibido el 15 de febrero de 2014 y aceptado para su publicación el 10 de marzo de 2014. Correo electrónico: sdonoso@bye.cl. El autor agradece los aportes de Francisca Vergara Díaz.

which land constitute the main pillar of indigenous identity, as well as the regulatory and policy implications of the state's duties of protection and restitution of indigenous lands that result from said paradigm. The article argues that even though land does have a fundamental role in indigenous identity, regulations and policies that focus almost exclusively on land must be carefully examined, as there are other elements critical to the preservation of indigenous identities, such as language.

Key words: *land*, property, indigenous peoples, positive discrimination, resettlement, historical debt, indigenous policy.

1. Introducción

Aunque el derecho-deber de consulta indígena establecido por el Convenio 169 de la OIT¹ ('Convenio 169' o 'Convenio') ha acaparado la atención pública en los últimos años, las tierras indígenas son y han sido siempre uno de los aspectos centrales del marco legal e institucional aplicable a los pueblos indígenas. De hecho, a través de todo el siglo XIX y de buena parte del siglo XX, los cuerpos normativos que se dictaron en Chile en relación con los pueblos indígenas regulaban casi exclusivamente el estatus de sus tierras y la celebración de actos y contratos a su respecto. Por otra parte, en las cosmovisiones de los pueblos indígenas la tierra tiene un rol central que se ve reflejado en el concepto de 'madre tierra' –*ñuke mapu* en el mundo mapuche y *pachamama* en el mundo aimara. Así, por ejemplo, es de público conocimiento que la palabra 'mapuche' con que hoy se denomina al pueblo indígena mayoritario de Chile se traduce comúnmente como 'gente de la tierra', aunque existen interpretaciones de su prefijo 'mapu' que no se agotan en una concepción restringida de la palabra 'tierras'. Asimismo, es habitual encontrar alusiones a la tierra en comunicados de prensa, manifestaciones públicas, letreros en sectores rurales, expresiones de oposición o rechazo a determinados proyectos o iniciativas, etcétera.

Tal vez por eso a muchos no les extraña que el artículo 1° de la Ley N°19.253 ('Ley Indígena' o 'Ley N°19.253'), al definir en términos generales quiénes son indígenas, haya establecido categóricamente que la tierra es el 'fundamento principal de su existencia y cultura'.

Esta declaración de la Ley Indígena es suficiente para justificar un análisis no sólo sobre el rol de la tierra en la arquitectura del edificio ju-

¹ El Convenio N°169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, de la Organización Internacional del Trabajo, fue adoptado en 1989 y se encuentra vigente en Chile desde septiembre de 2009.

rídico construido por el derecho estatal hacia los pueblos indígenas, sino, también, sobre sus consecuencias de política pública. Para complejizar las cosas, esta reflexión se enmarca en un escenario de grave deterioro de la convivencia en la zona sur del país, deterioro del que se acusa, al menos parcialmente, a las regulaciones legales en materias de tierras y, como consecuencia, a las políticas de tierras que las implementan. Así, pues, está latente la pregunta sobre la influencia que ha tenido la Ley Indígena en la construcción del discurso identitario de los pueblos indígenas y, lo que es más sensible dada la actual coyuntura, en la articulación de las demandas y reivindicaciones de tierras.

El Convenio 169 viene a complejizar este escenario con disposiciones que complementan a la Ley Indígena y amplían el concepto de tierras en cuanto objeto de protección legal, reafirmando su 'importancia especial' para las culturas y valores espirituales de los pueblos indígenas.

Como se puede apreciar, esta declaración de la tierra como fundamento principal de la existencia y cultura de los pueblos indígenas –'importancia especial' en el Convenio 169– es probablemente una de las definiciones fundamentales de la legislación, pues viene a situar a la tierra como el pivote central de la identidad indígena. Como se verá más adelante, esta declaración tiene un impacto determinante en la Ley Indígena, pues muchas de sus disposiciones –y en particular el estatuto de las tierras indígenas contenido en los artículos 12 y siguientes– se desprenden y justifican precisamente en ella.

La primera y más importante consecuencia de esta declaración se encuentra en el mismo artículo 1° de la Ley Indígena, cuyo inciso tercero prescribe:

“Es deber de la sociedad en general y del Estado en particular (...) proteger las tierras indígenas, velar por su adecuada explotación, por su equilibrio ecológico y propender a su ampliación”.

Las consecuencias de esta normativa no pueden ser más importantes. Dado que se basa en la presunción según la cual las tierras son el fundamento principal de la existencia y cultura de los indígenas, no puede extrañar que a continuación se establezca una serie de deberes para la sociedad en general y el Estado en particular:

- a) Proteger las tierras indígenas;
- b) Velar por su adecuada explotación;
- c) Velar por su equilibrio ecológico; y
- d) Propender a su ampliación.

Como se explicará luego con más detalle, del deber de proteger las tierras indígenas surge el estatuto de limitaciones al dominio establecido en los artículos 13 y siguientes de la Ley Indígena. Por su parte, del deber de velar por su ‘adecuada explotación’ y por su ‘equilibrio ecológico’ surge la necesidad de incorporar las tierras indígenas como objeto de protección de la legislación ambiental. Por último, en el deber de ‘propender a su ampliación’ se justifican y fundamentan las disposiciones de la Ley Indígena que establecen diversos mecanismos para la entrega y regularización de tierras a indígenas.

El objetivo de este trabajo es, en consecuencia, entregar una visión integrada acerca del rol de la tierra en la legislación indígena. Para esto se somete a escrutinio el paradigma según el cual la tierra es el fundamento principal de la identidad indígena y se examinan las implicancias tanto jurídicas como de política pública de los deberes de protección y ampliación de las tierras indígenas que son consecuencia de dicho paradigma. Para lograr dicho objetivo se tienen a la vista las disposiciones de la Ley Indígena y del Convenio 169, se revisan sus principales coincidencias y diferencias, y se analizan algunos de los desafíos que aquéllas plantean.

2. *Pueblos indígenas y ‘relación especial’ con la tierra*

Ya se ha anticipado que tanto la Ley Indígena como el Convenio 169 asignan a las tierras un rol fundamental. Este rol es reiterado –con matices relevantes– por la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (‘Declaración de Naciones Unidas’ o ‘Declaración’). A continuación revisaremos cada uno de estos instrumentos.

2.1 *LEY INDÍGENA:*

LAS TIERRAS COMO ‘FUNDAMENTO PRINCIPAL’.

El artículo 1° de la Ley Indígena, que establece los ‘principios generales’ de dicha ley, señala categóricamente que la tierra es el ‘fundamento principal’ de la existencia y cultura de los indígenas:

“El Estado reconoce que los indígenas de Chile son los descendientes de las agrupaciones humanas que existen en el territorio nacional desde tiempos precolombinos, que conservan manifestaciones étnicas y culturales propias *siendo para ellos la tierra el fundamento principal de su existencia y cultura*”.

No es posible pasar por alto la entidad de esta declaración. Aunque mirada con perspectiva parece una declaración casi obvia, es indiscutible que el legislador se atrevió a escribir con fuego una máxima que –más allá de la discusión que pueda generarse respecto a su sustento antropológico– constituye tal vez la piedra angular de la Ley Indígena al situar a la tierra como el pivote central de la identidad indígena.

La consecuencia más relevante de esta declaración se encuentra en los deberes que, poco más adelante, la misma norma les impone a la sociedad y al Estado:

“Es deber de la sociedad en general y del Estado en particular (...) proteger las tierras indígenas, velar por su adecuada explotación, por su equilibrio ecológico y propender a su ampliación”.

Se establecen así cuatro deberes, que pueden resumirse en tres, para la sociedad en general y el Estado en particular:

- a) Proteger las tierras indígenas, deber que se tradujo en un severo estatuto de limitaciones al dominio establecido fundamentalmente en el artículo 13 de la Ley Indígena;
- b) Velar por su adecuada explotación y por su equilibrio ecológico, del que surgió la necesidad de incorporar las tierras indígenas –entre otros bienes en el sentido más amplio de la palabra– como objeto de protección de la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente y del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental; y
- c) Propender a su ‘ampliación’, deber en que se justifican legalmente los diversos mecanismos que establece la Ley Indígena para la entrega y regularización de tierras a indígenas, y muy particularmente la denominada ‘compra directa’ de ‘predios en conflicto’.

Pero la importancia de la tierra en la Ley Indígena no se refleja sólo en los deberes recién mencionados. La tierra también tiene un rol clave en la definición de la calidad de indígena (artículo 2), en los requisitos para constituir una comunidad indígena (artículo 9), en las disposiciones sobre división y sucesión de las tierras indígenas (artículos 16 y 17), en los objetivos del Fondo de Desarrollo Indígena (artículo 23), en los elementos que deben concurrir para la creación de las Áreas de Desarrollo Indígena (artículo 26), en las funciones de la CONADI (artículo 39), y en los procedimientos judiciales relacionados con ella (artículo 55 y siguientes), por mencionar las disposiciones más relevantes. Como se ve, la preeminencia de la tierra trasunta a todo el edificio regulatorio de la Ley Indígena.

2.2 CONVENIO 169: 'IMPORTANCIA ESPECIAL'

Corresponde ahora revisar la forma en que el Convenio 169 trata la cuestión de las tierras. En este punto no puede perderse de vista que la adopción del Convenio 169 ocurre en 1989, cuatro años antes de la dictación de la Ley Indígena, lo que permitió que el primero pudiera influenciar a la segunda.

El Convenio 169 dedica todo un capítulo –la parte II ‘Tierras’– al tratamiento de las tierras. El artículo 13 abre el capítulo con una declaración fundamental:

“1. Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos que ocupan o utilizan de alguna otra manera y en particular los aspectos colectivos de esa relación”.

“2. La utilización del término ‘tierras’ en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera”.

Lo primero que salta a la vista es la obligación que impone a los gobiernos de respetar las “importancia especial” que reviste para las culturas y valores de los pueblos indígenas su relación con las tierras. Esta ‘importancia especial’ es equiparable a la calificación que la Ley Indígena hace de la tierra como ‘fundamento principal’ de la existencia y cultura de los pueblos indígenas. En esto, la Ley Indígena parece inspirarse en el Convenio 169, aunque no puede desconocerse que en nuestra legislación histórica la regulación de las tierras ocupa un lugar preeminente.

Es claro, entonces, que al consagrar el concepto de ‘importancia especial’ el Convenio 169 asigna a la tierra un rol preponderante en el sistema de valores de los pueblos indígenas. La Ley Indígena y su declaración sobre el ‘fundamento principal’ son consistentes con lo anterior. Resta por analizar las implicancias de una y otra declaración.

2.3 LAS TIERRAS INDÍGENAS EN LA DECLARACIÓN DE NACIONES UNIDAS: 'RELACIÓN ESPIRITUAL'.

En el sistema de Naciones Unidas las tierras también figuran con un rol relevante. José R. Martínez Cobo, en su ya clásico estudio sobre el pro-

blema de la discriminación contra las poblaciones indígenas, lo expresa de esta forma:

“Es esencial que se conozca y comprenda *la relación especial profundamente espiritual de los pueblos indígenas con sus tierras, como algo básico en su existencia como tales* y en todas sus creencias, costumbres, tradiciones y cultura. Para los indígenas, la tierra no es meramente un objeto de posesión y producción... la tierra no es mercadería que pueda apropiarse sino un elemento material del que debe gozarse libremente” (el destacado es del autor)².

Es interesante observar que tanto la Ley Indígena como el Convenio 169 parecen hundir sus raíces en el estudio de José R. Martínez Cobo. En efecto, el Convenio 169 habla de la ‘importancia especial’ de las tierras para los valores espirituales de los pueblos indígenas, lo que no dista mucho de la afirmación de José R. Martínez Cobo respecto a la ‘relación especial profundamente espiritual de los pueblos indígenas con sus tierras’. Por su parte, la Ley Indígena establece que la tierra es el ‘fundamento principal de la existencia y cultura’ de los pueblos indígenas, lo que es sustancialmente coincidente con la afirmación según la cual la relación especial de los pueblos indígenas con sus tierras es ‘algo básico en su existencia como tales’.

La Declaración de Naciones Unidas del año 2007, por su parte, se refiere a las tierras en su artículo 25:

“Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y fortalecer su propia relación espiritual con las tierras, territorios, aguas, mares costeros y otros recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado y utilizado y a asumir las responsabilidades que a ese respecto les incumben para con las generaciones venideras”.

La Declaración, se asume, refleja la evolución del debate internacional sobre los ‘derechos indígenas’ en el período que va entre 1989 y 2007, por lo que efectivamente existen importantes diferencias cualitativas con el Convenio 169. Evidencia de ello son el llamado derecho a la libre determinación y el estándar más alto de participación (‘consentimiento previo, libre e informado’) que consagra la Declaración. Sin embargo, al tratar las tierras la Declaración parece ser menos categórica y asertiva respecto a su rol que el Convenio 169 y aun que la propia Ley Indígena,

² José R. MARTÍNEZ COBO, *Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas*, p. 27.

pues se limita a afirmar el derecho de los pueblos indígenas a ‘mantener y fortalecer su propia relación espiritual con las tierras’, sin agregar un juicio explícito sobre la importancia relativa de esa relación en el sistema de valores de los pueblos indígenas.

2.4 ROL DE LA TIERRA EN LA LEGISLACIÓN HISTÓRICA

Como se puede apreciar, tanto la Ley Indígena como el Convenio 169 y la Declaración parecen reafirmar la opinión generalizada según la cual las culturas indígenas –en definitiva sus identidades– están estrechamente vinculadas con la tierra. En este punto parece conveniente someter dicho ‘consenso’ a un breve examen histórico que permita apreciar si la centralidad de la tierra fue también un elemento constante en los cuerpos legales que la han regulado desde los albores de la independencia, y en caso afirmativo si lo fue por las mismas razones esgrimidas por la Ley Indígena y el Convenio 169 u otras.

En un primer acercamiento, la legislación histórica confirma el mencionado consenso en la medida que su principal objeto de atención son las tierras o ‘terrenos de indígenas’. Así ocurre en todos los cuerpos legales relevantes desde 1823 en adelante. Sin embargo, el que la tierra haya sido el principal objeto de atención de la legislación no conlleva necesariamente implícita la afirmación de una relación especial de los pueblos indígenas con las tierras. Una explicación alternativa es que la centralidad de la tierra obedecía a criterios eminentemente pragmáticos relacionados con la necesidad de

- i) regular los actos jurídicos respecto a las tierras o terrenos de indígenas en un escenario de despliegue de la soberanía estatal,
- ii) proteger a los indígenas de abusos, y
- iii) otorgar certeza jurídica a los actos relativos a tierras indígenas, sobre todo a los adquirentes no indígenas.

El Decreto N° 109 de 14 de marzo de 1853 parece confirmar lo anterior en su preámbulo:

“Considerando: 1.° Que las ventas de terrenos de indígenas sin intervención de una autoridad superior que proteja a los vendedores contra los abusos que pudieran cometerse para adquirir sus terrenos, i que dé a los compradores garantías contra los pretestos (sic) u objeciones de falta de pago o falta de consentimiento que a veces sin fundamento se alegan por los indígenas, son origen (sic) de pleitos y reclamaciones que producen la inseguridad e insubsistencia de las propiedades raíces en esos territorios: -2.° Que es esencial, para que la autoridad que gobierna a los indígenas se conserve en posición independiente i sin intereses que le embarquen

el desempeño de sus deberes, que no entre con ellos en ninguna especie de negocios o contratos (...).

Todos los cuerpos legales relevantes dictados desde 1823 hasta la Ley Indígena de 1993 regulan los actos relativos a tierras indígenas con una lógica similar, lo que confirma los objetivos pragmáticos –no ideológicos– de dichas regulaciones, a diferencia de lo que ocurre con la Ley N° 19.253 y con el Convenio 169.

3. *Pueblos indígenas, tierras e identidad: ¿de relación especial a núcleo inviolable?*

Sea como '*fundamento principal*' o por referencia a su '*importancia especial*' para la existencia y cultura de los pueblos indígenas, sin duda la tierra se erige como el eje central de nuestra legislación y por tanto ha tenido profundas repercusiones no sólo en el edificio regulatorio y de política pública, sino, también, desde un punto de vista sociológico.

Surgen de inmediato dos preguntas cuya respuesta es fundamental para el objeto de este trabajo:

- i) cuál es el alcance de la palabra 'tierras' en el contexto de la legislación indígena, y
- ii) qué rol cumplen las tierras en la identidad indígena. A continuación se examinarán ambas.

3.1 ALCANCE DE LA PALABRA 'TIERRAS' EN EL CONTEXTO DE LA LEGISLACIÓN INDÍGENA

La palabra 'tierra' tiene al menos diez significados de acuerdo al *Diccionario de la lengua española* de la Real Academia Española. De ellos, sólo cuatro son estrictamente aplicables a este trabajo y permiten por tanto un primer acercamiento al tema en discusión.

En un sentido restringido, el *Diccionario de la lengua española* define 'tierra' como el "material desmenuzable de que principalmente se compone el suelo natural". Menos restrictiva, pero todavía muy acotada si consideramos el contexto de este trabajo, es la definición según la cual 'tierra' es aquel "terreno dedicado a cultivo o propio para ello". En el otro extremo están las acepciones de 'tierra' como el "territorio o distrito constituido por intereses presentes o históricos", o la "nación, región o lugar en que se ha nacido".

La Ley Indígena, por supuesto, no entra en estas sutilezas. El artículo 1° establece categóricamente –como ya se ha dicho tantas veces– que la tierra es el ‘fundamento principal de la existencia y cultura’ de los indígenas, pero no agrega otros elementos que permitan determinar cuál es exactamente el alcance que le atribuye. ¿Será que el legislador quiso referirse a la tierra en un sentido restringido, por ejemplo, en relación con su uso agrícola por los indígenas, siguiendo la definición recién vista según la cual ‘tierra’ es el “terreno dedicado a cultivo o propio para ello”?

El mensaje del proyecto de ley arroja algunas luces –no muchas– sobre esta cuestión:

“La ley debe establecer normas para la plena protección de las tierras que pertenecen a ellos, y plantear mecanismos para ampliar las tierras comunitarias, *ya que en muchas partes el minifundio prácticamente impide vivir de lo que la tierra produce*” (el destacado es del autor).

A primera vista, parecería que la protección conferida por la Ley Indígena a las tierras obedece a un argumento bastante utilitario si se lo compara con la ya mencionada declaración de la tierra como ‘fundamento principal’ de su existencia y cultura. Pero precisamente porque parece difícil conciliar ambas visiones, no cabe sino concluir que ambas pueden convivir pacíficamente en la medida que la afirmación de la tierra como sustento de la existencia misma de los indígenas es compatible con afirmar la importancia de su uso agrícola como una de las principales fuentes de ingreso de los hogares indígenas. El mismo mensaje se encarga de agregar a renglón seguido un elemento adicional:

“La sociedad debe asegurar que la gente pueda vivir con tranquilidad y seguridad en su lugar de origen. Creemos que ese es un gran objetivo que el presente proyecto considera”.

Esta referencia al lugar de origen se acerca más a las acepciones que se ubican en el extremo ‘amplio’ de las definiciones de ‘tierra’ de la Real Academia Española: “territorio o distrito constituido por intereses presentes o históricos” y “nación, región o lugar en que se ha nacido”. El artículo 12 de la Ley Indígena, si bien contiene una definición de tierras que es más bien operativa, de algún modo hace también referencia al origen cuando señala que “Son tierras indígenas (...) 3° Aquellas que históricamente han ocupado y poseen las personas o comunidades (...)”.

Jaime López coincide con lo anterior y agrega nuevos elementos para apreciar la cuestión:

“La expresión ‘tierras indígenas’ o más precisamente en la Novena Región de la Araucanía ‘tierras mapuches’ ha sido empleada como un concepto de carácter histórico o antropológico, y que dice relación con el hábitat del Pueblo Mapuche, o también el territorio que es poseído o reivindicado por los mapuches. Sin embargo, a través del tiempo y de las distintas leyes que se han dictado en la República, la expresión <tierras indígenas> ha tenido diversos alcances, y generalmente no ha coincidido con el concepto histórico o antropológico”³.

Según Jaime López, entonces, si bien ‘tierra’ ha sido empleado como un concepto histórico o antropológico en la mayoría de las leyes. Eduardo Valenzuela –comentando una encuesta del Centro de Estudio Públicos– profundiza la cuestión explicando en forma lúcida la relación entre las distintas visiones sobre la tierra y su vinculación con la identidad:

“La identidad étnica mapuche parece estar reclusa en la tierra que se constituye en soporte material de la economía mapuche, pero sobre todo en el fundamento simbólico de una comunidad que por otra parte se desvanece totalmente. Como sostén de una identidad étnica, la tierra mapuche no debe ser entendida solamente como propiedad. Es cierto que la tierra no alberga ninguna comunidad, ni existen tierras comunitarias: el 89% de los mapuches considera que las tierras deben ser de las personas y sus familias como ha sido la costumbre. Pero el valor simbólico y patrimonial de la tierra se manifiesta también en el 65% de mapuches que aprueba la prohibición ancestral de vender tierras mapuches a no mapuches (hasta 76% entre mapuches que viven en el campo). El cierre de la comunidad que no se consigue a través de la prohibición del conubio, se logra con la clausura patrimonial de la tierra indígena. Asimismo, mucho de lo que se llama el problema mapuche proviene del desbalance entre la inviabilidad económica de la tierra indígena y la exacerbación de su valor cultural. El minifundio alberga esta contradicción interna: su valor económico no se compadece con su valor simbólico. Las dificultades de afirmar una identidad al margen de la tierra no auguran sino una profundización de este desajuste. La mirada económica no acierta muchas veces a comprender el significado de la tierra mapuche cuando confunde tierra con propiedad. Tampoco lo hace mejor la mirada política que tiende a confundir tierra con territorio”⁴.

Es posible identificar así varias miradas o conceptos sobre las tierras indígenas en cuanto objeto de regulación:

³ Jaime LÓPEZ, “Las tierras indígenas en la Ley 19.253”, p. 8.

⁴ VALENZUELA, *op. cit.*, p. 33.

- i) Económico-agrícola, en tanto soporte material de la economía familiar;
- ii) Patrimonial, en tanto ‘propiedad’;
- iii) Histórico, en cuanto lugar de origen y asiento histórico;
- iv) Político, en tanto ‘territorio’ o espacio territorial de ocupación; y
- v) Simbólico-antropológico, en cuanto fundamento de una comunidad y cultura.

La Ley Indígena incorpora y funde –si no ‘confunde’– todas estas miradas. Bien se podría afirmar que las contradicciones vitales que muchos acusan en la Ley Indígena –integración versus preservación, protección versus desarrollo– descansan en buena medida en la ambivalencia del legislador al regular las tierras indígenas, una vez erigidas como ‘fundamento principal’ de la existencia y cultura de los pueblos indígenas.

Lo que nos lleva a la cuestión de la identidad.

3.2 LAS TIERRAS COMO ‘NÚCLEO INVOLABLE’ DE LA IDENTIDAD INDÍGENA

Ya se ha visto que la legislación erige a la tierra como el sostén principal de la identidad indígena, al catalogarla como ‘*fundamento principal*’ y afirmar su ‘*importancia especial*’ para la existencia y cultura de los pueblos indígenas. Cabe preguntarse, en este punto, si dicho rol es consistente con la historia, la realidad actual o con lo que expresan los propios indígenas.

Desde un punto de vista histórico, cabe recordar que los pueblos indígenas que ocupan el territorio actual de Chile tenían diversos patrones de subsistencia. El pueblo mapuche, por ejemplo (paradigmático para estos efectos en tanto ‘mapuche’ se ha traducido como ‘gente de la tierra’), era un pueblo de cazadores y recolectores hasta que el contacto con incas y españoles comenzó a modificar sus hábitos de vida.

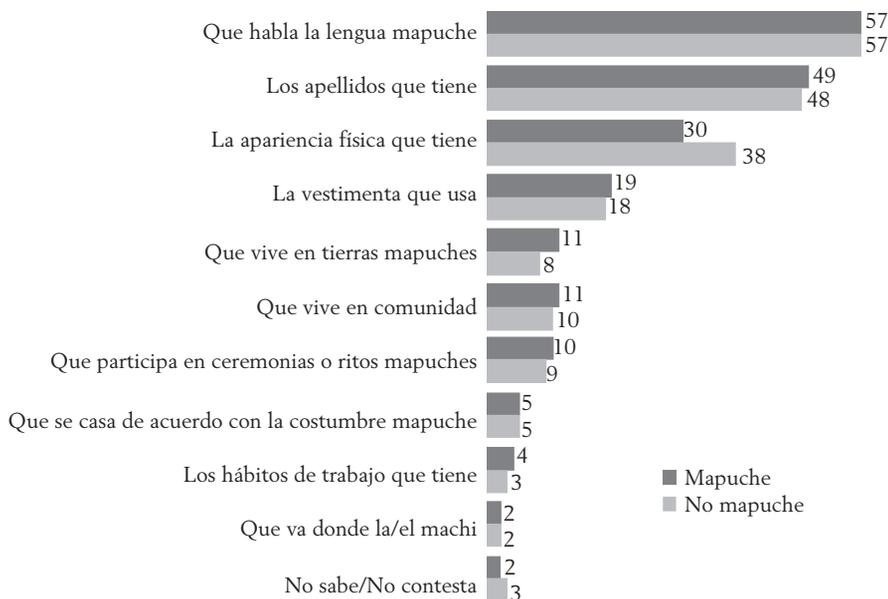
Actualmente, un 73% de la población indígena vive en centros urbanos⁵. Si comparamos esta última encuesta con su antecedente de 1996 tenemos que en un lapso de quince años la población indígena urbana aumentó en más de veinte puntos, pese a que los recursos públicos se han orientado mayoritariamente hacia los sectores rurales.

Igual o más interesante es constatar la opinión de los propios indígenas. De acuerdo con una encuesta realizada en el año 2006 a mapuches rurales y urbanos por el Centro de Estudios Públicos (2007), la característica que más define a una persona mapuche es el hecho que hable el *mapudungun*. Sólo en quinto lugar mencionan el que viva en tierras mapuches (cuadro N° 1).

⁵ Encuesta CASEN 2011.

Cuadro N° 1

¿Cuáles considera que son las dos características más importantes que definen a una persona mapuche?



Aldo Mascareño, comentando la encuesta del Centro de Estudios Públicos, desmenuza estos datos y se hace cargo de la tensión entre lengua y tierra:

“(…) para la población mapuche (en más del 50%) el elemento principal para mantener su cultura es hablar la lengua mapuche; vivir de la tierra y que el estado les entregue tierras aparecen respectivamente en el cuarto y sexto lugar de preferencias (con alrededor del 30%). Cuando la cultura se formula como concepto político en la Declaración de 1997, la tierra, no la lengua, se presenta como el umbral de inviolabilidad. La Ley 19.253 (Ley Indígena) recoge esta idea en su artículo 1: indígenas son quienes “conservan manifestaciones étnicas y culturales propias siendo para ellos la tierra el fundamento de su existencia y cultura” (art. 1).

Como lo vimos en la sección anterior, la Declaración de 1997 no está semánticamente lejos de esta formulación. (Se podría hablar de interpenetración). Para ella el fundamento de la reconstrucción simbólica no es lo que la mayoría de la población mapuche expresa, no es la lengua. (Se podría hablar de inconsistencia). En la Ley Indígena la lengua tiene

un lugar marginal, la preocupación por ella es asignada a la CONADI y sólo en referencia a los ‘indígenas de los canales australes’: la Corporación procurará “conservar su lengua e identidad”. Cuando la cultura como concepto político define un centro, ese centro tiene la potencialidad del descentramiento, de dislocar las propias articulaciones simbólicas que se busca defender, de situar un elemento en lugar de otro”⁶.

Al erigir la tierra en el ‘umbral de inviolabilidad’ de la identidad indígena (podríamos también catalogarla como ‘núcleo inviolable’), la Ley Indígena gatilló entonces al menos dos efectos:

- i) transformó a la entrega de tierras en el principal pivote de la política indígena y a la demanda por ellas en el eje central del discurso de los propios pueblos indígenas, y
- ii) relegó a un lugar secundario al fomento de la lengua como llave para la preservación de la identidad.

La paradoja es evidente, pues bien podría ocurrir que en un futuro no lejano las pocas lenguas indígenas hoy vigentes estén virtualmente extintas o reducidas al limitado espacio de lo protocolar-ceremonial, no obstante ser el elemento principal que define su cultura según lo expresado por ellos mismos en la encuesta mencionada. ¿Es posible, entonces, imaginar un futuro en que los pueblos indígenas conservan sus tierras, pero han visto debilitada su identidad?

Eduardo Valenzuela se adentra en la espinosa cuestión de la identidad al comentar la ya citada encuesta del Centro de Estudios Públicos:

“La identidad étnica tiene como fundamento dos elementos extremadamente inestables en la sociedad mapuche contemporánea: la lengua y la tierra, ambos muy desafiados por los procesos de asimilación urbanos”⁷.

Más adelante agrega:

“Todos los datos de la encuesta coinciden en la afirmación de la tierra como el asiento fundamental de la identidad mapuche. Después de la lengua (51%), ‘vivir del trabajo de la tierra’ es el segundo elemento que los mapuches consideran más importante para mantener su cultura (32%), muy por encima de ‘casarse entre mapuches’ (14%) y ‘participar en ceremonias o ritos’ (15%), lo que vuelve a mostrar que la cultura ha perdido su soporte comunitario. En el plano de las políticas públicas este orden entre la lengua y la tierra se invierte: la ‘recuperación de tierras indígenas

⁶ Aldo MASCAREÑO, “Sociología de la cultura. La deconstrucción de lo mapuche”, p. 104.

⁷ VALENZUELA, *op. cit.*, p. 27.

ancestrales' (35%) es el principal problema al que el gobierno debería dedicar su atención, muy por delante de la 'protección y fomento de la lengua mapuche' (17%). Cuando se pregunta por la forma en que el país debe reparar o compensar a los mapuches, las tierras vuelven a ocupar el lugar primero (48%), mientras que el 'fomento de la lengua y cultura' ocupa una posición mucho más discreta (6%). La reparación por tierras prima por sobre la educación (19%) y el empleo (10%) y se sitúa largamente por encima del reconocimiento social y legal de la etnia mapuche (14%). La tierra es la modalidad de reparación preferida sobre todo por los mapuches urbanos (59%) que se ubican por arriba de los mapuches rurales en este aspecto (39%). Totalmente decisiva es la opinión acerca de la capacidad de mantener la cultura mapuche en el medio urbano: 76% de los mapuches considera que quienes viven en la ciudad pierden su contacto con la cultura mapuche. La urbanización es vista como una amenaza cultural de primer orden justamente por su impacto sobre la lengua y sobre todo por la pérdida de contacto con la tierra"⁸.

Eduardo Valenzuela se refiere también a la relación entre la 'afirmación identitaria' de la tierra y el uso de la violencia, cuestión de gran actualidad:

"En este contexto de afirmación identitaria de la tierra no debe sorprender demasiado la justificación del 'uso de la fuerza para reclamar tierras' que alcanza a 22% entre quienes la justifican incondicionalmente y 36% en algunas circunstancias (aunque un 39% no justifica el uso de la fuerza, lo que muestra que se trata de un tema controversial dentro de la población mapuche)"⁹.

Esta afirmación identitaria de la tierra nos devuelve nuevamente al plano del discurso político y es coincidente con la noción de 'umbral de inviolabilidad' esgrimida por Aldo Mascareño:

"La identidad étnica mapuche parece estar reclusa en la tierra que se constituye en soporte material de la economía mapuche, pero sobre todo en el fundamento simbólico de una comunidad que por otra parte se desvanece totalmente. Como sostén de una identidad étnica, la tierra mapuche no debe ser entendida solamente como propiedad. Es cierto que la tierra no alberga ninguna comunidad, ni existen tierras comunitarias: el 89% de los mapuches considera que las tierras deben ser de las personas y sus familias como ha sido la costumbre. Pero el valor simbólico y patrimonial de la tierra se manifiesta también en el 65% de mapuches

⁸ VALENZUELA, *op. cit.*, p. 32.

⁹ *Op. cit.*, p. 33.

que aprueba la prohibición ancestral de vender tierras mapuches a no mapuches (hasta 76% entre mapuches que viven en el campo). El cierre de la comunidad que no se consigue a través de la prohibición del conubio, se logra con la clausura patrimonial de la tierra indígena. Asimismo, mucho de lo que se llama el problema mapuche proviene del desbalance entre la inviabilidad económica de la tierra indígena y la exacerbación de su valor cultural. El minifundio alberga esta contradicción interna: su valor económico no se compadece con su valor simbólico. Las dificultades de afirmar una identidad al margen de la tierra no auguran sino una profundización de este desajuste¹⁰.

Que para Eduardo Valenzuela la tierra también se erige en ‘núcleo inviolable’ queda claro en otro pasaje de su comentario a la encuesta del Centro de Estudios Públicos, cuando afirma que en el caso del pueblo mapuche

“la posibilidad de afirmar la identidad en una comunidad de lengua o de sangre parecen desvanecerse completamente, aunque todavía subsiste la tierra como último soporte de una identidad viva y actual”¹¹.

4. Tierras indígenas: *fronteras espaciales y simbólicas*

4.1 LEY INDÍGENA Y ‘TIERRAS EN SENTIDO ESTRICTO’

Ya hemos visto la importancia que la Ley Indígena le atribuye a la tierra como ‘fundamento principal’ de la existencia y cultura de los indígenas, y la forma en que dicha declaración se refleja en los deberes que la misma ley le impone a la sociedad en general y al Estado en particular. En este contexto, la identificación de cuáles son ‘tierras indígenas’ cobra una importancia que es innecesario destacar.

Eso es precisamente lo que hace su artículo 12 al definir cuatro categorías de *tierras indígenas*. La relevancia de esta clasificación es doble. Desde luego, permite deslindar qué tierras están afectas al estatuto de protección que conforman el artículo 13 y siguientes de la Ley Indígena, lo que tiene radicales consecuencias no sólo respecto a las facultades que los propios indígenas pueden ejercer sobre sus tierras, sino, también, en relación con las actividades que terceros titulares de otros derechos pueden realizar en ellas. Pero esta definición permite además identificar

¹⁰ VALENZUELA, *op. cit.*, p. 33.

¹¹ *Op. cit.*, p. 32.

aquellas tierras que se pueden beneficiar de las prerrogativas que la misma Ley les otorga.

El artículo 12 de la Ley Indígena define como tierras indígenas a las provenientes de cuatro fuentes o categorías:

1. Tierras actualmente ocupadas en propiedad o posesión por personas o comunidades indígenas, provenientes de ciertos títulos 'históricos' (N° 1).
2. Tierras ocupadas históricamente y que [actualmente] poseen personas o comunidades indígenas, siempre que sus derechos sean inscritos en el Registro de Tierras Indígenas (N° 2).
3. Tierras que provengan de los títulos y modos referidos en los números 1 y 2 y que hayan sido declaradas como pertenecientes a personas o comunidades indígenas por resolución judicial (N° 3).
4. Tierras que personas o comunidades indígenas reciban a título gratuito del Estado (N° 4).

Es conveniente recordar aquí que, según la historia de la Ley Indígena, la calificación de tierras indígenas "está centrada en los conceptos propiedad o posesión actual respecto de predios provenientes de histórica categoría indígena".

En consecuencia, son tierras indígenas de acuerdo a la Ley Indígena:

- i) Las comprendidas en alguna de las cuatro hipótesis del artículo 12;
- ii) Cuyo titular es indígena (sea una persona natural o comunidad indígena);
- iii) Que las ocupa actualmente en propiedad o posesión (salvo los números 3 y 4 por razones obvias); y
- iv) Que están inscritas en el Registro Público de Tierras Indígenas que lleva la CONADI (sólo para los casos dispuestos en el literal e) del N° 1 y N° 2 del artículo 12.

De este modo, la Ley Indígena consagra una noción que se podría denominar como 'tierras en sentido estricto' que es consistente con el sistema de propiedad registral de nuestro país, según la cual sólo son tierras indígenas aquellas respecto a las cuales su ocupante o poseedor cuenta con un título de dominio inscrito en el Conservador de Bienes Raíces, con deslindes claramente establecidos. En esto, como se verá a continuación, hay una diferencia fundamental con el Convenio 169.

4.2 CONVENIO 169 Y 'TIERRAS EN SENTIDO AMPLIO'

El artículo 13 del Convenio 169 abre el capítulo sobre las 'Tierras' afirmando la 'importancia especial' que aquéllas tienen para las culturas y valores espirituales de los pueblos indígenas. Pero el artículo 13 no se queda ahí:

“Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación *con las tierras o territorios*, o con ambos, según los casos *que ocupan o utilizan de alguna otra manera y en particular los aspectos colectivos de esa relación*”.

“La utilización del término ‘tierras’ en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera” (el destacado es del autor).

El artículo 13 fija los contornos de lo que podríamos denominar un concepto de ‘tierras en sentido amplio’:

- i) Vinculación de las tierras con las culturas y valores espirituales de los pueblos indígenas, más allá de una concepción estrictamente economicista;
- ii) Utilización del término ‘tierras’ como inclusivo del concepto de territorios, extendiéndolo por tanto a la totalidad del hábitat de las regiones en que se emplazan los pueblos indígenas;
- iii) Inclusión no sólo de las tierras que ocupan los pueblos indígenas, sino, también, de las que ‘utilizan de alguna otra manera’; y
- iv) Consideración especial de los aspectos colectivos de la relación entre los pueblos indígenas y las tierras o territorios.

Luego de esta auténtica ‘declaración de principios’, el artículo 14 N° 1 que le sigue no es sino una consecuencia lógica:

“Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes”.

Si bien no parece ser el objetivo de estas disposiciones el ofrecer una definición exhaustiva y ejemplar de las tierras indígenas, la apreciación conjunta de ambas permite concluir que el Convenio 169 considera como tierras indígenas a las siguientes:

- i) Tierras que los pueblos indígenas ocupan (y, se podría agregar, respecto de las cuales ostentan un título escrito que acredita su dominio);

- ii) Tierras que los pueblos indígenas han ocupado tradicionalmente, respecto de las cuales los gobiernos deberán reconocerles su 'derecho de propiedad y posesión'; y
- iii) Tierras que no están ocupadas exclusivamente por los pueblos indígenas, pero a las que han tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia.

Cabe notar que en el último caso, el artículo 14 del Convenio 169 utiliza doblemente el término 'tradicional': primero para referirse al acceso a las tierras (como sinónimo de ancestral o consuetudinario) y luego para mencionar el tipo de actividades que se realizaban en ellas.

4.3 TIERRAS Y 'TERRITORIO' EN EL CONVENIO 169.

Un comentario especial merece la utilización y alcance del concepto 'territorio' en el Convenio 169.

Ya hemos visto que el artículo 13 del Convenio, luego de afirmar

"la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios"

y "en particular los aspectos colectivos de esa relación", agrega en su N° 2 la siguiente declaración:

"La utilización del término 'tierras' en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera".

El uso del término 'territorio' parece, en un primer acercamiento, una de las expresiones del concepto de 'tierras en sentido amplio' que enarbola el Convenio. Pero la amplitud del concepto de 'territorio' y su utilización por diversas disciplinas obliga a realizar algunas precisiones.

La OIT explica el alcance del concepto de territorio de esta manera:

"El territorio es la base de la economía y las estrategias de sustento, las instituciones tradicionales, el bienestar espiritual y la identidad cultural particular de la mayoría de los pueblos indígenas. En consecuencia, la pérdida de tierras ancestrales amenaza la sobrevivencia misma como comunidades y pueblos distintos. Es por ello que debe entenderse que cuando el Convenio habla de 'tierra', el concepto abarca la *totalidad del territorio* que emplean, lo que incluye los bosques, ríos, montañas y mares costeros y tanto la superficie como el subsuelo"¹².

¹² ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica. Una guía sobre el Convenio núm. 169 de la OIT*, p. 91.

Sin embargo, más allá de esta explicación oficial sobre su sentido y alcance, es claro que el concepto de ‘territorio’ es funcional al ya mencionado de ‘tierras indígenas en sentido amplio’ por varias razones:

- i) porque recuerda que antes de la llegada de los colonizadores europeos, los pueblos indígenas ocupaban y utilizaban la totalidad del espacio territorial y no las superficies acotadas de las cuales son dueños actualmente;
- ii) porque permite marcar un contrapunto con el concepto restrictivo de propiedad ‘occidental’ representado por un título escrito de dominio sobre una superficie delimitada de tierra;
- iii) porque es consistente con el concepto de propiedad colectiva, que se reconoce a un pueblo indígena o parte de él, por oposición a la propiedad individual; y
- iv) porque se acopla perfectamente con los esquemas de autogobierno o autonomía que normalmente están asociados a espacios territoriales con una identidad geográfica, histórica o cultural.

El concepto de territorio indígena así definido tiene entonces no sólo un alto valor simbólico en términos de la elaboración del discurso indígena, sino, también, un claro correlato en el discurso político y en las estrategias jurídicas. En efecto, lo expresado en los literales i) y iii) anteriores permite, además, sustentar acciones legales destinadas a reivindicar tierras que se reclaman como de histórica posesión indígena, por una parte, y por otra sustentar exigencias encaminadas a ampliar el espectro de actividades de terceros que pueden causar afectación de los intereses de los pueblos indígenas.

Ahora bien, en este punto del análisis no puede olvidarse que el concepto de territorio no tiene correspondencia en el sistema jurídico chileno. Por lo mismo, su irrupción representa un desafío desde varias perspectivas. Desde luego, la objetivación del concepto de territorio depende de factores históricos, geográficos, culturales, etc., y más importante que todo lo anterior, de las apreciaciones que las personas u organizaciones indígenas tengan del asunto. Así, las demandas por el territorio oscilan entre la totalidad del espacio territorial ocupado por lo que hoy es Chile –en su expresión más extrema– y las reivindicaciones acotadas a la superficie de los títulos que fueron entregados por el Estado a indígenas a partir del siglo XIX, pasando por una variedad de espacios territoriales más acotados: el ‘wallmapu’, el ‘territorio lafquenche’, etcétera.

Otro desafío tiene que ver con la forma en que el concepto de territorio se inserta en nuestro sistema jurídico. Una aproximación posible es determinar qué instituciones o instrumentos ya existentes tienen elementos en común con el concepto de territorio o se puede decir que lo implemen-

tan de uno u otro modo. Es el caso de las denominadas ADI, que establece la Ley Indígena. El caso de las ADI es particularmente atingente al tema de este trabajo, pues la tierra es uno de los fundamentos para su declaración.

El artículo 26 de la Ley Indígena instituye la figura del Área de Desarrollo Indígena y la define como

“espacios territoriales en que los organismos de la administración del Estado focalizarán su acción en beneficio del desarrollo armónico de los indígenas y sus comunidades”.

Las ADI son creadas por el Ministerio de Desarrollo Social (antes Ministerio de Planificación y Cooperación) a propuesta de la CONADI, y para su establecimiento deberán concurrir los siguientes criterios:

- a) Espacios territoriales en que han vivido ancestralmente las etnias indígenas;
- b) Alta densidad de población indígena;
- c) Existencia de tierras de comunidades o individuos indígenas;
- d) Homogeneidad ecológica, y
- e) Dependencia de recursos naturales para el equilibrio de esos territorios, tales como manejo de cuencas, ríos, riberas, flora y fauna”.

Como se puede apreciar, la letra c) evidencia una vez más la importancia de la tierra como ‘fundamento principal de la existencia y cultura’ de los indígenas, pues siendo la concurrencia de los criterios recién mencionados de carácter copulativo, no puede existir una ADI si no hay presencia de tierras indígenas.

Ahora bien, las ADI son definidas como ‘espacios territoriales’. Si bien ‘espacio territorial’ no es lo mismo que ‘territorio’, existe cierta cercanía entre ambos y por lo mismo se puede afirmar que en nuestro ordenamiento jurídico las ADI son lo más parecido al concepto de territorio del Convenio. La pregunta, claro, es si más allá de la similitud lingüística existe real afinidad entre uno y otro concepto.

5. Tierras indígenas y estatutos de protección

Uno de los temas centrales tratándose de las tierras indígenas es la de su protección. Antes de examinar las disposiciones sobre protección que contienen la Ley Indígena y el Convenio 169, conviene revisar brevemente la presencia de este principio de protección en nuestra legislación histórica.

5.1 LOS ESTATUTOS DE PROTECCIÓN EN LA LEGISLACIÓN HISTÓRICA.

La Ley de 2 de julio de 1852 es comúnmente identificada como el cuerpo normativo que da inicio a lo que se podría denominar como ‘legislación proteccionista’ de las tierras indígenas. De hecho, su título es el primero que emplea la palabra ‘protección’, pues

“Crea la Provincia de Arauco, y autoriza al Presidente de la República, para reglamentar el gobierno de las fronteras y la *protección de los indígenas*” (el destacado es del autor).

Esta ley no sólo creaba la provincia de Arauco (la “que comprenderá en su demarcación los territorios de indígenas situados al sur del Bío-Bío y al norte de la provincia de Valdivia”), sino que además autorizaba al Presidente de la República para

“dictar las ordenanzas que juzgue convenientes para el mejor gobierno de las fronteras, *para la más eficaz protección de los indígenas*, para promover su más pronta civilización y *para arreglar los contratos y relaciones de comercio con ellos*” (el destacado es del autor). El mandato de protección era, pues, clarísimo.

La Ley de 2 de julio de 1852 no tardó en producir frutos. Muy poco después, en ejercicio de la autorización conferida al Presidente de la República por esta ley, se dictaba el Decreto N°109 de 14 de marzo de 1853 que “fija procedimientos para la enajenación, empeño, etc., de terrenos de indígenas”.

El Decreto N°109 de 14 de marzo de 1853 regulaba y establecía una serie de requisitos que debían cumplir ciertos contratos cuyo objeto eran terrenos de indígenas, disponiendo, por ejemplo, que eran nulos todos los contratos sobre venta, empeño y arriendos por más de cinco años de terrenos de indígenas cuando en dichos contratos no se observaren las formalidades prescritas en la misma (entre ellas la intervención del Intendente o del funcionario que él hubiese comisionado y la obligación de consulta al ‘Gobierno’ en el caso de ventas que excedieran de mil cuerdas). Establecía, asimismo, la prohibición de comprar terrenos de indígenas o que se encontrasen en territorio indígena a cualquier funcionario que tuviese autoridad sobre aquellos territorios.

La Ley de 2 de julio de 1852 y el Decreto N°109 de 14 de marzo de 1853 iniciaban así una larga tradición de ‘protección’ de las tierras indígenas, la que pese a variaciones en su contenido e intensidad se ha mantenido hasta la actual legislación.

5.2 EL ESTATUTO DE PROTECCIÓN DE LA LEY N°19.253

Ya se ha visto que el artículo 1° de la Ley Indígena establece como deber de la sociedad en general y del Estado en particular la protección de las tierras indígenas. Este deber tiene un eco inmediato en las funciones de la CONADI que prescribe el artículo 39, entre las que se encuentra la de “velar por la protección de las tierras indígenas”.

Ahora bien, el deber de protección de las tierras indígenas se expresa en diversas disposiciones de la Ley Indígena, de las cuales no cabe duda el artículo 13 es la más importante.

Es posible considerar como normas de protección en la Ley Indígena a las siguientes:

- i) El estatuto de limitaciones al dominio del artículo 13;
- ii) Las normas sobre división de las tierras indígenas (artículos 16 y 17), más restrictivas para las tierras indígenas que las reglas generales del *Código Civil*;
- iii) Las disposiciones sobre sucesión de las tierras indígenas, en particular de aquellas cuyos titulares son las comunidades (artículo 18); y
- iv) El derecho especial que establece el artículo 19 a ejercer comunitariamente actividades en sitios sagrados o ceremoniales y otros que sean de propiedad fiscal, y a solicitar la transferencia a título gratuito de dichos inmuebles.

5.2.1 Estatuto de limitaciones al dominio del artículo 13

Ya se indicó que el artículo 13 es la principal disposición de la Ley Indígena que consagra el deber de protección de las tierras indígenas. Tanto así que parte señalando que las tierras indígenas, “*por exigirlo el interés nacional, gozarán de la protección de esta ley*” (el destacado es del autor).

Para concretar este ‘deber de protección’, se establecen en este artículo una serie de limitaciones al dominio de las tierras indígenas que afectan el derecho real de dominio en todos sus elementos: uso, goce y disposición.

El artículo 13 señala:

“Las tierras a que se refiere el artículo precedente, por exigirlo el interés nacional, gozarán de la protección de esta ley y no podrán ser enajenadas, embargadas, gravadas, ni adquiridas por prescripción, salvo entre comunidades o personas indígenas de una misma etnia. No obstante, se permitirá gravarlas, previa autorización de la Corporación. Este gravamen no podrá comprender la casa-habitación de la familia indígena y el terreno necesario para su subsistencia.

Igualmente las tierras cuyos titulares sean Comunidades Indígenas no podrán ser arrendadas, dadas en comodato, ni cedidas a terceros en uso, goce o administración.

Las de personas naturales indígenas podrán serlo por un plazo no superior a cinco años. En todo caso, éstas con la autorización de la Corporación, se podrán permutar por tierras de no indígenas, de similar valor comercial debidamente acreditado, las que se considerarán tierras indígenas, desafectándose las primeras.

Los actos y contratos celebrados en contravención a este artículo adolecerán de nulidad absoluta”.

En una primera aproximación, resalta en esta norma lo siguiente:

- i) El estatuto de protección se concreta en una serie de limitaciones al ejercicio de los derechos de uso, goce y disposición que emanan del derecho real de dominio;
- ii) Este estatuto se justifica en una exigencia del *interés nacional* que ameritaría un tratamiento especial, distinto al del resto de las tierras del país; y
- iii) Se señala expresamente que las tierras indígenas “gozarán de la protección de esta ley” (el destacado es del autor): el uso del término ‘gozarán’ implica que la protección es concebida como un beneficio más que como una carga.

Es interesante destacar que la historia de la ley señala que el objeto de esta norma es “proteger al sector indígena” y “evitar figuras encubiertas y dolosas de enajenación” (como los arriendos a noventa y nueve años). El objetivo de la norma es entonces claro: evitar que las tierras salgan del patrimonio de las comunidades y personas indígenas. Y este objetivo deriva directamente del artículo 1° de la Ley N°19.253 tantas veces ya citado, que establece que las tierras son el fundamento principal de la existencia y cultura de los indígenas. Siguiendo el espíritu de la norma, la falta de protección de sus tierras y consecuente pérdida de éstas podrían significar la pérdida de las culturas indígenas. De ahí entonces la justificación del estatuto en una exigencia del interés nacional, en la medida que la ley da cuenta de un consenso en cuanto a que las culturas indígenas deben ser protegidas y fomentadas.

El artículo 13 sigue la siguiente estructura:

Regla general. Las tierras indígenas no pueden ser enajenadas, embargadas, gravadas, ni adquiridas por prescripción, salvo entre comunidades o personas indígenas de una misma etnia.

Excepción a la regla general. Las tierras indígenas pueden ser gravadas previa autorización de la CONADI. Sin embargo, este gravamen no

podrá comprender la casa-habitación de la familia indígena ni el terreno necesario para su subsistencia.

Regla especial I. Las tierras cuyos titulares sean comunidades indígenas no pueden ser arrendadas, dadas en comodato, ni cedidas a terceros en uso, goce o administración.

Regla especial II. Las tierras cuyos titulares sean personas naturales pueden ser arrendadas, dadas en comodato, y cedidas a terceros en uso, goce o administración por un plazo no superior a 5 años.

Regla especial III. Las tierras de personas naturales se pueden permutar por tierras de no indígenas que tengan un valor comercial similar debidamente acreditado, previa autorización de la CONADI (excepto las tierras asignadas a personas de la comunidad rapa nui o pascuense, que por expresa disposición legal no pueden ser permutadas).

Son varios los comentarios que se pueden hacer a este estatuto de protección.

El primero y de mayor entidad se refiere a la justificación de un estatuto de esta naturaleza. Desde luego, la prohibición de enajenación se aparta del principio general de libre circulación de los bienes consagrado en el *Código Civil*, cuestión que sólo se entiende a la luz de la exigencia de 'interés nacional' comprometida en el establecimiento del estatuto. Pero además, como dice Jaime López,

“La dictación de la ley indígena introdujo un elemento personal o subjetivo en el estatuto jurídico de los bienes raíces, lo cual es completamente excepcional dentro del ordenamiento jurídico chileno. En efecto, la calidad personal del titular de la tierra determina las prohibiciones y normas imperativas a que están sujetos los actos y contratos que tengan por objeto esos inmuebles, así como eventualmente la aplicación del derecho consuetudinario indígena”¹³.

El artículo 13 presume –no puede interpretarse de otra forma– que en ausencia de este estatuto las personas y comunidades indígenas dueñas de tierras se desprenderían de ellas, a pesar de ser aquéllas el fundamento principal de su existencia y cultura. Dado que no existen razones para sostener hoy que los indígenas están más expuestos a engaños o fraudes que otras personas, se podría concluir –paradojalmente– que la ‘protección’ es de sí mismas más que de terceros. Esta última conclusión se escucha a veces formulada en forma coloquial:

“si yo pudiera vender mis tierras tal vez ya las habría perdido, prefiero no poder hacerlo y así tener la tranquilidad que mis hijos y nietos seguirán vinculados a la tierra”.

¹³ LÓPEZ, *op. cit.*, p. 38.

Este argumento es atendible, pero en una sociedad que afirma la libertad como uno de sus principales bienes, en el mejor de los casos justifica el establecimiento en la ley de una opción para someter las tierras al estatuto de protección, pero no la obligación para todos –sin excepciones– de someterse a dicho estatuto.

Algunos autores sostienen que este estatuto de ‘protección’ se traduce así en una suerte de “expropiación disfrazada” de las tierras indígenas, pues limita severamente todas las facultades emanadas del derecho de dominio sobre las tierras, es decir, el uso, goce y disposición de las mismas. Las prohibiciones y restricciones son tantas y de tal magnitud que, no obstante tener la titularidad formal de las tierras, en la práctica el dueño indígena pierde su calidad de tal al cercenársele las facultades esenciales del dominio. Se ha señalado, no sin algo de razón, que al consagrar un estatuto de estas características el legislador trata a los indígenas como relativamente incapaces desde un punto de vista de su capacidad para celebrar actos jurídicos. Parece claro que el objetivo del legislador no fue ése, sino evitar que las propiedades raíces siguieran saliendo del patrimonio de sus dueños indígenas. No obstante, cualquiera sea la razón, el resultado final es el mismo: existe un grupo de chilenos, las personas y comunidades indígenas, que no pueden hacer con sus tierras lo mismo que el resto de sus compatriotas.

Un segundo comentario tiene relación con que la ‘protección’ es mayor tratándose de tierras cuyos titulares son comunidades indígenas o –mirado desde otro ángulo– el régimen de restricciones al dominio es más severo respecto de las tierras comunitarias. De este modo, por un lado la ley fomenta la propiedad colectiva de las tierras indígenas –entendiéndola como su modo ancestral de tenencia de la tierra–, y por otro ‘penaliza’ la propiedad comunitaria imponiéndole limitaciones más severas que las que afectan a la propiedad individual. Al respecto, la Ley Indígena en su artículo 12 sólo admite dos tipos de propiedad:

“La propiedad de las tierras indígenas a que se refiere este artículo, tendrá como titulares a las personas naturales indígenas o a la comunidad indígena definida por esta ley”.

Así, por ejemplo, la Ley Indígena no permite que una sociedad (ni siquiera una formada por indígenas) sea dueña de inmuebles que tengan la calidad de tierras indígenas. Por su parte, la ‘comunidad indígena definida por esta ley’ es una organización creada especialmente por la Ley N° 19.253 que tiene establecido un procedimiento de constitución y registro en los artículos 9 a 12 de dicho cuerpo legal. Las tierras de propiedad de estas

comunidades indígenas, de acuerdo con el artículo 13 ya visto, tienen severas restricciones a las facultades emanadas del dominio. Lo anterior ha provocado –como ocurre muchas veces con aquellas disposiciones que no están en sintonía con las necesidades sociales– que los propios indígenas soliciten a la CONADI que los predios sean adquiridos no por la ‘comunidad indígena definida por esta ley’, sino por una comunidad civil formada por miembros de la primera. Lo anterior permite a los adquirentes esquivar el estatuto de limitaciones al dominio que impone a las comunidades indígenas el artículo 13 de la ley.

Una tercera observación puede esgrimirse desde un argumento de utilidad. La pregunta fundamental en este orden –pocas veces formulada y menos respondida– es si este estatuto de ‘protección’ se ha traducido o no precisamente en mayores niveles de protección de las tierras indígenas y, por ende, de sus dueños. La prohibición de embargo y las restricciones a la constitución de gravámenes en la práctica impiden a los indígenas acceder a créditos en el mercado formal que les permitan desarrollar proyectos productivos en sus tierras, simplemente porque las tierras indígenas no constituyen una garantía aceptable para los bancos u otras entidades financieras. Esta restricción tiene dos consecuencias palpables: la primera es que muchos titulares de tierras se ven obligados a desarrollar una agricultura de subsistencia; la segunda, que las personas y comunidades indígenas quedan mayoritariamente forzadas a depender de los recursos públicos en la forma de subsidios y otras herramientas de asistencia estatal.

Sobre el particular, aunque reconoce que el estatuto puede justificarse en argumentos históricos, Jaime López señala:

“se debe necesariamente aceptar que la prohibición concebida de manera tan absoluta puede llegar a perjudicar a los propios indígenas, y ello no tanto desde la perspectiva de la enajenación a no indígenas, sino porque restringe el acceso al crédito y limita la calidad jurídica que deben tener los titulares de tierra indígena”¹⁴.

Los grupos en situación de pobreza y desventaja –todos los indicadores socioeconómicos muestran que los pueblos indígenas lo son– adoptan diversas estrategias de subsistencia (trabajo informal, migración rural-urbana, microemprendimientos, etc.), recurriendo y combinando para esto sus diversos activos, capacidades y actividades. Las limitaciones al dominio establecidas en la Ley Indígena restringen las oportunidades de los indígenas de adoptar diversas estrategias de subsistencia limitando

¹⁴ LÓPEZ, *op. cit.*, p. 37.

severamente el espectro de actividades que pueden realizar en ellas lo que, nueva paradoja, probablemente ha impedido contrarrestar la corriente migratoria a las ciudades en búsqueda de mejores oportunidades de vida, con el consecuente desarraigo y aculturación. Un solo dato es testimonio palpable de esto último: mientras que en 1996 la población indígena rural alcanzaba casi un 50%, en el año 2011 había descendido a un 27%, en plena vigencia de la Ley Indígena con todos sus incentivos y beneficios a la ruralidad.

Un estudio reciente de la Fundación Aitue muestra que un 53% de los consultados cree que los mapuches debieran tener el derecho a vender libremente sus tierras. Este porcentaje aumenta cuando se trata del arriendo: un 67,5% estima que debieran tener derecho a arrendar libremente sus tierras¹⁵.

Finalmente, un comentario respecto a la permuta. El artículo 13 de la Ley Indígena establece que las tierras de personas naturales se pueden permutar por tierras de no indígenas que tengan un valor comercial similar debidamente acreditado, previa autorización de la CONADI (excepto las tierras asignadas a personas de la comunidad rapa nui o pascuense, que por expresa disposición legal no pueden ser permutadas). Esta norma constituye en nuestra legislación un caso temprano de lo que se conoce como ‘consentimiento previo, libre e informado’, en la medida que las tierras indígenas sólo pueden ser permutadas existiendo consentimiento previo, libre e informado de sus titulares, además de la autorización que debe dar la CONADI.

5.3 LA PROTECCIÓN DE LAS TIERRAS INDÍGENAS EN EL CONVENIO 169

El Convenio 169 contiene una serie de disposiciones que se podrían agrupar en torno al deber de protección de las tierras indígenas que se impone a los gobiernos. Sin embargo, a diferencia de la Ley Indígena, el Convenio 169 no incluye –ni aun con carácter de programáticas– disposiciones que impongan restricciones a las facultades emanadas del dominio de las tierras indígenas. Más aún, el artículo 17 N°2 del Convenio establece la obligación de los gobiernos de consultar a los pueblos indígenas

“siempre que se considere su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir de otra forma sus derechos sobre estas tierras fuera de su comunidad”.

¹⁵ FUNDACIÓN AITUE, “Estudio Fundación Aitue a población mapuche Regiones del Bio-Bío, Araucanía, Los Ríos, Los Lagos”, pp. 26-27.

El artículo 13 enuncia la norma inspiradora de todas las disposiciones sobre protección de las tierras que se incluyen en el Convenio, al establecer la obligación de los gobiernos de

“respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios”.

A continuación el Convenio 169 despliega una serie de disposiciones que buscan de una u otra forma proteger las tierras indígenas:

- i) Reconocimiento del derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan los pueblos indígenas (artículo 14 N° 1);
- ii) Implementación de medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos indígenas a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia (artículo 14 N° 1);
- iii) Implementación de medidas para determinar las tierras que los pueblos indígenas ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión (artículo 14 N° 2);
- iv) Institución de procedimientos adecuados para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos indígenas (artículo 14 N° 3);
- v) Prohibición de trasladar a los pueblos indígenas de las tierras que ocupan (artículo 16);
- vi) Respeto a las modalidades de transmisión de los derechos sobre la tierra entre los miembros de los pueblos indígenas, establecidas por estos últimos (artículo 17 N° 1);
- vii) Consulta a los pueblos indígenas cuando se considere su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir de otra forma sus derechos sobre estas tierras fuera de su comunidad (artículo 17 N° 2);
- viii) Deberá impedirse que personas extrañas a esos pueblos puedan aprovecharse de las costumbres de esos pueblos o de su desconocimiento de las leyes por parte de sus miembros para arrogarse la propiedad, la posesión o el uso de las tierras pertenecientes a ellos (artículo 17 N° 3); y
- ix) La ley deberá prever sanciones apropiadas contra toda instrucción no autorizada en las tierras de los pueblos interesados o

todo uso no autorizado de las mismas por personas ajenas a ellos, y los gobiernos deberán tomar medidas para impedir tales infracciones (artículo 18).

Ahora bien, cada uno de estos deberes u obligaciones plantea desafíos de envergadura. Tomemos, por ejemplo, la obligación de los gobiernos de adoptar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos indígenas ocupan tradicionalmente (artículo 14 N° 2). Se podría argumentar que al haber definido la Ley N° 19.253 cuáles son tierras indígenas, de un modo u otro ya se ha dado cumplimiento a esta obligación del gobierno. Pero, ¿podemos concluir que las cuatro hipótesis del artículo 12 realmente comprenden “las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente”? Y si fuera necesario entonces que el gobierno determine cuáles son esas tierras, desde ya se puede anticipar que esta ‘determinación’ debiera dar cumplimiento a la obligación de consulta, puesto que es difícil –si no imposible– imaginar otra fórmula que permita dotar de legitimidad social a una determinación general de las tierras por medio de una medida administrativa. No es necesario explicar lo complejo que sería someter a consulta dicha determinación.

5.3.1 Tierras como territorio: el caso Chusmiza

En un fallo emblemático dictado en el caso conocido como ‘Agua Chusmiza’, la Corte Suprema desplegó en todo su potencial las implicancias del Convenio 169 en relación con el concepto de tierras (tierras en sentido amplio versus la noción de tierras en sentido restringido de la Ley Indígena).

En este caso, la Comunidad Aimara de Chusmiza Usmagama solicitó a la justicia la regularización de un uso antiguo de las aguas de la vertiente o socavón ‘Chusmiza’, existiendo derechos inscritos en dicha vertiente a favor de un particular, sostiene la Corte Suprema:

“SEPTIMO: Que esta Corte tampoco vislumbra quebrantamiento alguno al artículo 64 de la Ley Indígena, porque la interpretación que los jueces del fondo han realizado de la expresión ‘terrenos de la comunidad’, referida a aquellas tierras que, pese a ser de dominio ajeno, hayan sido utilizadas ancestralmente por los pueblos indígenas, es la única que posibilita el cumplimiento del deber de la sociedad en general y del Estado en particular, de respetar, proteger y promover el desarrollo de los indígenas, sus culturas, familias y comunidades, adoptando las medidas adecuadas para tales fines y proteger las tierras indígenas, velar por su adecuada explotación, por su equilibrio ecológico y propender a su ampliación (artículo 1°, inciso tercero, de la Ley N° 19.253).

Así, no ofrece duda que el reconocimiento de derechos que el artículo 64 hace a favor de las comunidades Aimaras y Atacameñas, no se refiere sólo a las aguas ubicadas en inmuebles inscritos de propiedad de la comunidad, sino también a las aguas que, no obstante estar situadas en predios inscritos a favor de terceros, abastezcan a la colectividad indígena, pues lo que esta norma busca proteger es, esencialmente, el abastecimiento de agua para dichas comunidades indígenas, lo que sólo se logra con la aplicación de la regla en estudio, en la forma en que ha sido entendida por los jueces del grado, lo que esta Corte comparte.

Con esta interpretación que garantiza el suministro de agua para las comunidades autóctonas en comento, se logra cumplir con los objetivos expresados en el Mensaje Presidencial que dio impulso a la actual Ley Indígena, referido a que: 'Con respecto a la defensa y protección de los recursos con que cuentan las comunidades, el presente proyecto propone en su Título Segundo una legislación seria y responsable, que permita que se desarrolle la vida de esos pueblos. En el curso de nuestro mandato presidencial esperamos regularizar la propiedad de las tierras y aguas, asegurando, de este modo, a las comunidades posibilidades ciertas de desarrollo'. 'La situación de las comunidades del Norte Grande del país se ve afectada por la disputa de los recursos hídricos. Creemos de gran importancia que esta ley, junto a las modificaciones que hemos presentado al H. Congreso, del Código de Aguas, regule estos recursos de manera que sea posible la perduración de la vida humana en los pueblos y villas del norte del país. Creemos que sería un grave error que la población del norte del país se concentrara solamente en tres ciudades costeras importantes, abandonando el interior como consecuencia de una planificación defectuosa de los recursos de agua que son fundamentales para el desarrollo de la vida humana' (pp. 504 y 506 del Boletín N° 514-01 de la Cámara de Diputados).

Ello resulta coherente con el artículo 65 de la Ley en comento, que expresa: 'La Corporación, sin perjuicio de lo establecido en las normas del Fondo de Tierras y Aguas Indígenas, incentivará programas especiales para la recuperación y repoblamiento de pueblos y sectores actualmente abandonados en las etnias aimaras y atacameñas'. Por consiguiente, es indudable que el eje central de la protección dada a las aguas indígenas reside en la idea del repoblamiento de las comunidades andinas, para lo cual parece esencial que puedan disponer de los recursos hídricos necesarios para su subsistencia y desarrollo.

Por otra parte, también resulta orientador, al determinar la correcta aplicación del mentado artículo 64, considerar el Convenio N° 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la Organización Internacional del Trabajo el veintisiete de junio de mil novecientos ochenta y nueve y que fue publicado en el Diario Oficial el catorce de octubre de dos mil ocho, cuyo artículo 15, N° 1°, preceptúa que: 'Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente', disposición que debe relacionarse con el artículo 13, N° 2°, del mismo Convenio, cuando señala: 'La utilización del término

'tierras' en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera'.

En virtud de lo razonado precedentemente, no obstante ser un hecho no controvertido por los litigantes que la fuente de agua que abastece a la comunidad solicitante, denominada Socavón o Vertiente Chusmiza, se ubica en un predio inscrito a nombre de la empresa opositora Agua Mineral Chusmiza, lo que por lo demás consta en la respectiva inscripción de dominio que obra a fojas 68, tal circunstancia no impide aplicar la protección especial contenida en el artículo 64 de la Ley Indígena, que consagra una presunción de dominio y uso de las aguas de las Comunidades Indígenas Aimaras y Atacameñas, ya que no resulta acorde con el espíritu de la ley ni con el instrumento internacional aludido, restringir la presunción sólo a las aguas que escurren en terrenos de propiedad de la comunidad, sino que, tal como lo hicieron los jueces del grado, los términos 'terrenos de la comunidad' deben interpretarse en consideración al objetivo final buscado por la norma, cual es garantizar el abastecimiento de las aguas y que es precisamente lo que pretende la comunidad peticionaria, lo que por cierto es coherente con entender que la protección alcanza a todas las aguas que se emplazan en los territorios que, desde tiempos precolombinos, han sido ocupados o utilizados de alguna manera por las comunidades beneficiadas".

En lo que interesa a este trabajo, la Corte Suprema argumentó del siguiente modo:

- i) El reconocimiento de derechos que el artículo 64 de la Ley Indígena hace a favor de las comunidades aimaras y atacameñas,

"no se refiere sólo a las aguas ubicadas en inmuebles inscritos de propiedad de la comunidad, sino también a las aguas que, no obstante estar situadas en predios inscritos a favor de terceros, abastezcan a la colectividad indígena, pues lo que esta norma busca proteger es, esencialmente, el abastecimiento de agua para dichas comunidades indígenas"; y

- ii) Para la aplicación del artículo 64 resulta orientador que según el Convenio 169 la utilización del término 'tierras' deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera y que por lo mismo,

"no obstante ser un hecho no controvertido por los litigantes que la fuente de agua que abastece a la comunidad solicitante, denominada Socavón o Vertiente Chusmiza, se ubica en un predio inscrito a nombre de la empresa opositora Agua Mineral Chusmiza", "tal circunstancia no impide aplicar la protección especial contenida en el artículo 64 de

la Ley Indígena, que consagra una presunción de dominio y uso de las aguas de las Comunidades Indígenas Aimaras y Atacameñas, ya que no resulta acorde con el espíritu de la ley ni con el instrumento internacional aludido, restringir la presunción sólo a las aguas que escurren en terrenos de propiedad de la comunidad, sino que, tal como lo hicieron los jueces del grado, los términos 'terrenos de la comunidad' deben interpretarse en consideración al objetivo final buscado por la norma, cual es garantizar el abastecimiento de las aguas y que es precisamente lo que pretende la comunidad peticionaria, lo que por cierto es coherente con entender que la protección alcanza a todas las aguas que se emplazan en los territorios que, desde tiempos precolombinos, han sido ocupados o utilizados de alguna manera por las comunidades beneficiadas".

- iii) El artículo 64 en relación al artículo 3° transitorio de la Ley Indígena disponen una protección especial a favor de las aguas de propiedad ancestral que se encuentren en terrenos de comunidades indígenas aimaras y atacameñas. Para efectos de qué es lo que se entiende por 'terrenos' de las comunidades aimaras y atacameñas, los artículos 13 y 14 del Convenio 169 utilizan un concepto amplio de tierras indígenas al entender éstas como 'territorio' e incluir como parte de ellas la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera, las tierras de 'ocupación tradicional', y las tierras que no están exclusivamente ocupadas por los indígenas, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia.

Con este razonamiento, la Corte Suprema dejó a firme el fallo recurrido y por tanto la regularización de un derecho de aprovechamiento de aguas a favor de la Comunidad Indígena Aimara de Chusmiza-Usmagama por diez litros por segundo.

5.4. TIERRAS COLECTIVAS O COMUNITARIAS COMO EL TIPO DE PROPIEDAD CARACTERÍSTICO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Ya se ha visto que la 'protección' es mayor tratándose de tierras cuyos titulares son comunidades indígenas o –mirado desde otro ángulo– que el régimen de restricciones al dominio es más severo respecto de las tierras comunitarias. Este criterio supone una premisa básica: que las tierras colectivas o comunitarias constituyen el tipo de propiedad que es más propio de los pueblos indígenas, o su modo ancestral de tenencia de la tierra, por lo que requiere entonces de mayor protección.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en un estudio sobre los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales, parece a primera vista abonar la tesis arriba mencionada:

“64. La Corte Interamericana ha notado que *‘entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad’*. Para la Corte, esta noción del dominio y de la posesión sobre las tierras no necesariamente corresponde a la concepción clásica de propiedad, pero merecen igual protección del artículo 21 de la Convención Americana. Desconocer las versiones específicas del derecho al uso y goce de los bienes, dadas por la cultura, usos, costumbres y creencias de cada pueblo, equivaldría a sostener que sólo existe una forma de usar y disponer de los bienes, lo que a su vez significaría hacer ilusoria la protección del artículo 21 de la Convención para millones de personas” (el destacado es del autor)¹⁶.

Poco antes aclaraba:

“63. La dimensión colectiva se refiere a la *‘conexión particular entre las comunidades de pueblos indígenas y las tierras y recursos que han ocupado y usado tradicionalmente, cuya preservación es fundamental para la realización efectiva de los derechos humanos de los pueblos indígenas en términos más generales y, por tanto, amerita medidas especiales de protección’*. La CIDH ha explicado que los derechos y libertades indígenas frecuentemente se ejercen y gozan en forma colectiva, en el sentido de que sólo pueden ser debidamente asegurados a través de su garantía a una comunidad indígena como un todo. En tal medida, están protegidas por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por ejemplo, modalidades de propiedad indígena en las cuales *‘el territorio global de la comunidad es poseído colectivamente y los individuos y familias gozan de derechos subsidiarios de uso y ocupación’*. En general, el régimen jurídico relativo a la distribución y uso de las tierras comunales debe ser conforme al propio derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres de los pueblos y comunidades indígenas” (el destacado es del autor)¹⁷.

La afirmación de la propiedad colectiva como el tipo de propiedad característico de los pueblos indígenas suele ser esgrimida como un argumento de autoridad, asociado a una crítica a la propiedad individual en

¹⁶ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, p. 27.

¹⁷ *Op. cit.*, p. 26.

cuanto propia de una concepción economicista de las tierras. Sin embargo, la literatura y la evidencia muestran que entre los pueblos indígenas han coexistido y coexisten tanto la propiedad individual como la propiedad colectiva o, si se quiere esbozarlo de otra forma, tanto los usos individuales o familiares como los comunitarios. La propia Comisión Interamericana de Derechos Humanos se encarga de despejar cualquier duda al respecto:

“62. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha caracterizado reiteradamente el derecho a la propiedad territorial como un derecho cuyos titulares son las personas individuales que conforman los pueblos indígenas o tribales, y cuyo ejercicio se desenvuelve en sistemas de propiedad colectiva. En forma simultánea, la CIDH ha reiterado que el derecho a la propiedad de los pueblos indígenas y tribales también es un derecho colectivo, cuyo titular es el pueblo correspondiente. Esta dimensión colectiva coexiste con la dimensión individual del derecho. Para los órganos del sistema no existe una contradicción entre la protección de las dimensiones individual y colectiva de los derechos de propiedad territorial de los pueblos indígenas y sus miembros”¹⁸.

5.5 BREVE COMENTARIO SOBRE EL ORIGEN Y EVOLUCIÓN DE LOS ESTATUTOS DE PROTECCIÓN

El análisis que precede evidencia que nuestra legislación ha sido constante en contemplar estatutos de protección de las tierras indígenas. No obstante, una cuestión asoma al apreciar esa constancia: ¿tiene la protección actual de las tierras indígenas el mismo sentido y alcance de la protección del pasado?

Los cuerpos normativos de antaño cumplían varios objetivos: uno era identificar y delimitar las tierras indígenas; otro regular los actos jurídicos a su respecto, sea estableciendo formalidades habilitantes o derechamente prohibiéndolos. Pero no hay duda que uno de sus objetivos principales era proteger a los indígenas de fraudes, engaños o abusos. Como ya se vio, las propias disposiciones de estos cuerpos legales o en ocasiones sus preámbulos evidencian a todas luces dicho objetivo.

La actual Ley Indígena, por su parte, parece consagrar igual objetivo si se atiende a la historia de la ley. En efecto, se dejó constancia en ella que el objeto del artículo 13 ya citado es “proteger al sector indígena” y “evitar figuras encubiertas y dolosas de enajenación”, como los abundantes arriendos a noventa y nueve años. No obstante, era difícil sostener en 1993, y lo es más hoy, que los indígenas sean más vulnerables o estén más indefensos frente “a figuras encubiertas y dolosas de enajenación”

¹⁸ COMISIÓN, *op. cit.*, p. 25.

que otras personas en parecidas circunstancias. En realidad, la protección de las tierras indígenas en la actual legislación no se justifica tanto en el objetivo de evitar fraudes y engaños, como en la afirmación que “la tierra es el fundamento principal de la existencia y cultura” de los pueblos indígenas. Hemos transitado, como se ve, desde una legislación que protegía por razones pragmáticas (evitar engaños y abusos) a una legislación que protege por razones ideológicas (evitar la pérdida de la identidad).

6. La ‘protección ambiental’ de las tierras indígenas

Tal como se anticipó al inicio de este trabajo, el deber de protección de las tierras indígenas tiene un eco inmediato en las funciones de la CONADI que prescribe el artículo 39 de la Ley Indígena:

“velar por la protección de las tierras indígenas y posibilitar a los indígenas y sus comunidades el acceso y ampliación de sus tierras y aguas”,

por una parte, y por otra “promover la adecuada explotación de las tierras indígenas y velar por su equilibrio ecológico”. Es parte de esta segunda función –“velar por su equilibrio ecológico”– la que nos lleva a la protección de las tierras indígenas desde una lógica ambiental.

6.1 PROTECCIÓN DE LAS TIERRAS INDÍGENAS BAJO LA LEGISLACIÓN AMBIENTAL

La LBMA, de 1994, fue modificada en 2010 por la Ley N° 20.417 para establecer expresamente en su actual artículo 4 inciso segundo:

“los órganos del Estado, en el ejercicio de sus competencias ambientales y en la aplicación de los instrumentos de gestión ambiental, deberán propender por la adecuada conservación, desarrollo y fortalecimiento de la identidad, idiomas, instituciones y tradiciones sociales y culturales de los pueblos, comunidades y personas indígenas, de conformidad a lo señalado en la ley y en los convenios internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

Aunque no hace una referencia expresa al concepto de ‘equilibrio ecológico’ establecido en la Ley N° 19.253, una interpretación armónica de la normativa ambiental evidencia que la ‘protección ambiental’ de las tierras indígenas es efectivamente uno de los elementos más relevantes. En efecto, uno de los principales ‘instrumentos de gestión ambiental’ –el

SEIA— progresivamente ha ido incorporando el mandato del citado inciso en su aplicación. De este modo, se da cumplimiento a lo dispuesto por los artículos 4 y 7 del Convenio 169.

El artículo 11 de la LBMA establece que requerirán un estudio de impacto ambiental los proyectos o actividades que generen o presenten, entre otros efectos, características o circunstancias,

“c) Reasentamiento de comunidades humanas, o alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos”,

o

“d) Localización en o próxima a poblaciones, recursos y áreas protegidas (...)”.

Ambas causales, como es evidente, llevan implícita la protección ambiental de las tierras indígenas: la primera porque tanto el reasentamiento como la alteración significativa de sistemas de vida están estrechamente relacionadas con la vida en la tierra, y la segunda porque las tierras indígenas, aun cuando no constituyen un ‘recurso protegido’ en los términos estrictos del artículo 8 del nuevo reglamento del SEIA, sí tiene dicho carácter en la Ley Indígena. De este modo, los proyectos o actividades que generen reasentamiento o alteración significativa de los sistemas de vida de pueblos indígenas requerirán necesariamente la elaboración de un Estudio de Impacto Ambiental, por una parte, y por otra los proyectos o actividades que presenten ‘localización en o próxima’ a pueblos indígenas requerirán en muchos casos la elaboración de idéntico instrumento. No debe olvidarse que el Estudio de Impacto Ambiental es el instrumento de evaluación de impacto más exigente de la legislación ambiental chilena.

Pero la legislación ambiental contempla hoy un segundo nivel de protección ambiental de las tierras indígenas, que está relacionado directamente con el Convenio 169. En efecto, el nuevo reglamento del SEIA¹⁹ incorpora y regula la realización de una consulta indígena como parte del proceso de participación ambiental ciudadana, para aquellos proyectos que requieran la elaboración de un estudio de impacto ambiental por generar o presentar algunos de los efectos, características o circunstancias establecidos en las letras c), d) y f) del artículo 11 de la LBMA ya citado. Este proceso de consulta indígena está delineado según los estándares del Convenio 169 de la OIT.

¹⁹ Vigente desde el 24 de diciembre de 2013.

La protección ambiental se aprecia en varios aspectos que fueron incorporados o modificados en el nuevo reglamento del SEIA:

- i) Especificación sobre cuándo hay impacto sobre pueblos indígenas y sus tierras (artículos 5 a 10 en correspondencia con letras a) a la f) del artículo 11 de la LBMA);
- ii) Estipulación del contenido mínimo de un estudio de impacto ambiental y de una declaración de impacto ambiental (artículos 18 y 19) en relación con el impacto sobre pueblos indígenas y sus tierras;
- iii) Establecimiento y regulación de la consulta indígena como parte de la participación ambiental ciudadana (artículos 85 y 92) como un proceso de participación ad hoc, en que intervienen en forma exclusiva los pueblos indígenas afectados; y
- iv) Consideración de las particularidades culturales de los pueblos indígenas al establecer que es obligación del Servicio de Evaluación Ambiental diseñar y desarrollar un proceso de consulta de buena fe que “contemple mecanismos apropiados según las características socioculturales propias de cada pueblo”, por ejemplo, a través del uso de intérpretes y material traducido a sus respectivos idiomas.

La protección ambiental de las tierras indígenas como criterio normativo orientador es aun más patente si se consideran la obligaciones establecidas para el Servicio de Evaluación Ambiental por el artículo 86 del nuevo reglamento del SEIA:

“Sin perjuicio de lo señalado en el párrafo 2° de este Título, cuando el proyecto o actividad sometido a evaluación mediante un Estudio de Impacto Ambiental que indique la no generación o presencia de los efectos, características o circunstancias a que se refiere el artículo anterior, se emplace en tierras indígenas, áreas de desarrollo indígena o en las cercanías a grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas, el Director Regional o el Director Ejecutivo del Servicio realizará reuniones con los grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas localizados en el área en que se desarrollará el proyecto o actividad, por un período no superior a treinta días contados desde la declaración de admisibilidad del proyecto, con el objeto de recoger sus opiniones, analizarlas y, si corresponde, determinar la procedencia de la aplicación del artículo 36 del presente Reglamento. El Servicio generará un acta de cada una de las reuniones en donde se recogerán las opiniones de los referidos grupos.

Cuando el proyecto o actividad sometido a evaluación mediante una Declaración de Impacto Ambiental, se emplace en tierras indígenas, áreas de desarrollo indígena o en las cercanías a grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas, el Director Regional o el Director Ejecutivo del Servicio

realizará reuniones con aquellos grupos humanos localizados en el área en que se desarrollará el proyecto o actividad, por un período no superior a veinte días, con el objeto de recoger sus opiniones, analizarlas y, si corresponde, determinar la procedencia de la aplicación del artículo 48 del presente Reglamento. El Servicio generará un acta de cada una de las reuniones en donde se recogerán las opiniones de los referidos grupos.

Las reuniones a que se refieren los incisos anteriores podrán servir de motivación a las resoluciones fundadas de los artículos 36 y 48 del presente Reglamento, o bien a la Resolución de Calificación Ambiental según corresponda”.

En aplicación de la disposición recién citada, por ejemplo, si un proyecto se está evaluando por medio de una declaración de impacto ambiental y dicho proyecto se emplaza en tierras indígenas, el servicio debe realizar reuniones con los pueblos indígenas involucrados, reuniones que le permitirán determinar, si es el caso, que la actividad en cuestión debe ser evaluada a través de un estudio de impacto ambiental y, por tanto, someterse al proceso de consulta indígena contemplado para los proyectos que se evalúan por medio de ese instrumento.

Como se puede apreciar, las tierras indígenas tienen una doble protección ambiental: por una parte los proyectos o actividades que generen impactos sobre ellas deben ser en muchos casos evaluados por medio de un estudio de impacto ambiental, y por otra el procedimiento de participación ciudadana contemplado en este último incluye expresamente un proceso de consulta indígena en línea con lo establecido por el Convenio 169 de la OIT.

6.2 PROTECCIÓN AMBIENTAL DE LAS TIERRAS INDÍGENAS EN EL CONVENIO 169

Por su parte, el artículo 7 del Convenio 169 en sus números 3 y 4 se hace cargo de esta declaración al disponer:

“3. Los gobiernos deberán velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, *a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos.* Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas.

4. *Los gobiernos deberán tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan*” (el destacado es del autor).

7. El deber de ‘ampliación’ de las tierras indígenas

7.1 TIERRAS INDÍGENAS Y ‘DEUDA HISTÓRICA’

Al introducir este trabajo se resaltó que una de las consecuencias de la afirmación según la cual la tierra es el fundamento de la existencia y cultura de los pueblos indígenas, es la obligación impuesta a la sociedad y al Estado de ‘propender a su ampliación’. Se trata, pues, de un mandato legal inserto en un conjunto de deberes relacionados con las tierras indígenas. El artículo 1° de la Ley Indígena lo prescribe de esta manera:

“Es deber de la sociedad en general y del Estado en particular (...) proteger las tierras indígenas, velar por su adecuada explotación, por su equilibrio ecológico y *propender a su ampliación*” (el destacado es del autor).

Es en este deber de propender a su ampliación en que encuentran su sustento último los diversos mecanismos establecidos por la Ley Indígena para la entrega y regularización de tierras a indígenas. Pero antes de revisar dichos mecanismos es oportuno analizar brevemente la *ratio legis* de este deber de ampliación de las tierras indígenas.

El deber de ampliación tiene su fundamento más evidente en la afirmación de la tierra como fundamento principal de la existencia y cultura de los pueblos indígenas. Sin embargo, bien se podría argumentar que el uso de la palabra ‘ampliación’ no es más que un eufemismo que disimula el verdadero objetivo de la ley: instar por la ‘restitución’ de las tierras que de uno u otro modo –a menudo al margen de la ley– salieron del patrimonio de los pueblos indígenas. Y esta noción de restitución conecta inmediatamente con la de ‘reparación’, y ésta a su vez con lo que se suele denominar ‘deuda histórica’.

En efecto, constituye un lugar común la afirmación según la cual las sociedades dominantes tienen una deuda histórica con los pueblos indígenas, originada en procesos históricos de usurpación territorial, dominación cultural, discriminación, etcétera.

La cuestión del pasado es –como puede adivinarse– de vital relevancia para formular un marco regulatorio para el deber de ampliación. El sustrato elemental del deber de ampliación es la existencia de un consenso social respecto al rol de la tierra como ‘fundamento principal’, pero en la práctica es muy difícil aislar dicho sustrato de los procesos reivindicatorios. El problema es que si ya existe polémica sobre la existencia de una deuda histórica y la necesidad de repararla, más complejo aún es generar los consensos indispensables para dotarla de contenido. En otras palabras, ¿cuán lejos debe llegar la ampliación?

La cuestión histórica y sus implicancias para el presente se enfrentan entonces a un doble reto social y jurídico: generar consenso respecto a la existencia misma y el contenido de la denominada 'deuda histórica' y en particular su expresión concreta en materia de tierras, y generar consenso sobre la forma más adecuada de repararla, sea con tierras o de otra forma. Este aspecto es fundamental, pues en la medida que el consenso sobre el pasado es escaso o débil, igualmente lo son las políticas destinadas a 'hacerse cargo' de ese pasado.

7.2. MECANISMOS DE 'AMPLIACIÓN' DE LAS TIERRAS INDÍGENAS EN LA LEY INDÍGENA

Ya se anticipó que el deber del Estado de propender a la ampliación de las tierras indígenas se traduce en una serie de mecanismos que establece la Ley Indígena para asegurar el cumplimiento de dicho deber. Estos mecanismos están asociados al Fondo para Tierras y Aguas de la CONADI, instrumento creado por la propia Ley Indígena para cumplir, entre otros objetivos, el mandato legal de ampliación de las tierras indígenas.

Este deber tiene un eco inmediato en las funciones de la CONADI que prescribe el artículo 39: "velar por la protección de las tierras indígenas y *posibilitar a los indígenas y sus comunidades el acceso y ampliación de sus tierras y aguas*", por una parte, y por otra "promover la adecuada explotación de las tierras indígenas y velar por su equilibrio ecológico".

Los artículos 20 y 21 de la Ley Indígena regulan los siguientes mecanismos de ampliación de las tierras indígenas:

- i) Otorgamiento de subsidios para la adquisición de tierras por personas, comunidades indígenas, o una parte de éstas, "cuando la superficie de las tierras de la respectiva comunidad sea insuficiente" –artículo 20 letra a).
- ii) Financiamiento de mecanismos que permitan solucionar los problemas de tierras, también conocido como 'compra directa' o 'compra de predios en conflicto' –artículo 20 letra b).
- iii) Traspaso de tierras fiscales –artículo 21 inciso final. Esta norma faculta a la CONADI para recibir tierras fiscales del Estado y para radicar, entregar títulos permanentes o realizar proyectos de colonización y reubicación en dichas tierras destinados a personas o comunidades indígenas.
- iv) Regularización de títulos. Si bien este mecanismo no tiene expresa base legal, su procedencia se desprende por extensión del artículo 20 letra c) que establece que la CONADI podrá financiar la regularización de derechos de aguas. En la práctica esto

se ha traducido en la firma de un convenio entre la CONADI y el Ministerio de Bienes nacionales, por medio del cual la primera financia con cargo a su presupuesto anual el costo de los procesos de regularización de tierras indígenas que realice dicho Ministerio en conformidad al Decreto Ley N°2.695 de 1979. Se refiere, por tanto, a tierras que están siendo ocupadas por indígenas pero respecto de las cuales no cuentan con un título de dominio inscrito en el Conservador de Bienes Raíces.

Todos estos mecanismos se financian con recursos asignados a la CONADI por la Ley de Presupuestos de cada año, una de cuyas partidas corresponde al Fondo para Tierras y Aguas Indígenas.

De acuerdo con lo informado por el gobierno de Chile a la OIT en su primera memoria sobre el cumplimiento del Convenio 169 en 2010, la superficie total de tierras de dominio indígena a esa fecha era de 1.161.074,37 hectáreas. Es probable que dicha superficie sea mayor si se consideran aquellas tierras indígenas que no están inscritas en el Registro Público de Tierras que mantiene la CONADI.

Por otra parte, y respecto a la ‘ampliación’ de las tierras indígenas, la citada memoria del gobierno de Chile informaba que entre 1994 y 2010 un total de 667.457 hectáreas habían sido adquiridas, traspasadas o saneadas a personas y comunidades indígenas, en aplicación de los diversos mecanismos que establece la Ley Indígena para esos efectos. Así lo muestra el siguiente cuadro:

Cuadro N° 2
Tierra adquiridas, traspasadas, saneadas o ambas
años 1994 al 2010

	Art. 20 b)	Art. 20 a)	Concesión de uso gratuito	Traspaso predios fiscales	Saneamiento propiedad indígena	Total
Total período						
1994-2010 (hectáreas)	95.814	27.240	2.286	306.735	235.382	667.457
Familias (N°)	8.413	3.285				11.698
Comunidades (N°)	271	171				442
Subsidios individuales		1.466	1.012	4.013	1.108	7.599

FUENTE: Gobierno de Chile²⁰

²⁰ GOBIERNO DE CHILE, *Memoria Presentada por el Gobierno de Chile en conformidad con las disposiciones del artículo 22 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo correspondiente al período 15 de septiembre de 2009 al 15 de septiembre de 2010 acerca de las medidas adoptadas para dar efectividad a las disposiciones del CONVENIO SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES, 1989 (NÚM. 169), ratificado por Chile el 15 de septiembre de 2008, 1° de septiembre de 2010.*

Es importante destacar que el artículo 22 de la Ley Indígena establece una prohibición de enajenar por veinticinco años para las tierras no indígenas adquiridas con recursos del Fondo para Tierras y Aguas. Esta prohibición debe conciliarse con la regla establecida por el artículo 13, según la cual las tierras indígenas no pueden ser enajenadas salvo entre personas o comunidades indígenas de una misma etnia. Por tanto, la interpretación conjunta de ambos artículos permite concluir que los beneficiarios de tierras indígenas tienen una prohibición absoluta de enajenación durante veinticinco años contados desde su inscripción, transcurridos los cuales pueden enajenarlas a personas o comunidades indígenas de su misma etnia.

7.3 MECANISMOS DE 'AMPLIACIÓN' DE LAS TIERRAS INDÍGENAS EN EL CONVENIO 169

El Convenio 169 incluye sólo una disposición (artículo 19) que establece nítidamente la obligación de los gobiernos de propender a la ampliación de las tierras indígenas:

“Los programas agrarios nacionales deberán garantizar a los pueblos interesados condiciones equivalentes a las que disfruten otros sectores de la población, a los efectos de:

a) la asignación de tierras adicionales a dichos pueblos cuando las tierras de que dispongan sean insuficientes para garantizarles los elementos de una existencia normal o para hacer frente a su posible crecimiento numérico (...)”
(el destacado es del autor).

Este mandato de 'asignación de tierras adicionales', sin embargo, está inserto en una norma que obedece más a un criterio de no discriminación (negativa) que a un principio de discriminación positiva. En efecto, se establece que los programas agrarios nacionales deberán garantizar a los pueblos indígenas 'condiciones equivalentes a las que disfruten otros sectores de la población', por lo que cabe preguntarse si la obligación subsiste en aquellos casos en que los citados programas no contemplan la asignación de tierras adicionales para otros sectores de la población.

Adicionalmente al artículo 19, existen varias disposiciones que revelan un espíritu que es afín al objetivo de ampliación:

- i) Reconocimiento del derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan los pueblos indígenas (artículo 14 N° 1);
- ii) Implementación de medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos indígenas a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente

- acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia (artículo 14 N° 1);
- iii) Implementación de medidas para determinar las tierras que los pueblos indígenas ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión (artículo 14 N° 2); y
 - iv) Institución de procedimientos adecuados para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos indígenas (artículo 14 N° 3).

Como se puede apreciar, el Convenio 169 apunta a fomentar el reconocimiento de un amplio espectro de tierras utilizadas por los pueblos indígenas, más que a la entrega de tierras como medida de reparación.

7.4 COMENTARIOS RESPECTO AL DEBER DE ‘AMPLIACIÓN’ DE LAS TIERRAS INDÍGENAS

El deber de ‘ampliación’ de las tierras indígenas, en tanto obligación del Estado consagrada legalmente, plantea retos de gran envergadura. De hecho, se podría decir que la política de entrega de tierras a los pueblos indígenas –expresión concreta del mandato de ampliación– es tal vez uno de los desafíos más complejos que enfrentará la sociedad chilena en los próximos años.

Un primer orden de comentarios se refiere a la expresión concreta del deber de ampliación en la Ley Indígena, es decir, a los artículos 20 y 21 de esta última.

En cuanto al otorgamiento de subsidios para la adquisición de tierras, el artículo 20 letra a) lo condiciona a que “la superficie de las tierras de la respectiva comunidad sea insuficiente”. Esto introduce un elemento subjetivo en un mecanismo cuya definición de ‘elegibilidad’ debiera ser estrictamente objetiva, pues obliga a la administración a formular un criterio para determinar cuándo las tierras son ‘suficientes’. Hasta ahora, se ha intentando zanjar esta cuestión definiendo un parámetro de ‘habitabilidad’, es decir, el número de hectáreas que son suficientes para una familia. Sin embargo, es evidente que esta definición podría ser objetada desde distintos flancos, por ejemplo, considerando la dinámica tierras colectivas-tierras individuales.

El artículo 20 b), por su parte, está redactado de un modo que se presta para diversas interpretaciones, lo que es especialmente sensible si se considera que estamos en presencia de una facultad de la administración. Esta disposición permite a la CONADI “financiar mecanismos que permitan solucionar los problemas de tierras”, lo que confiere a dicho

organismo un margen de discrecionalidad amplísimo que, sumado a los recursos que cada año dispone la ley para el cumplimiento de este objetivo, constituye una amenaza permanente a la transparencia y uso correcto de dichos recursos. Dicha amplitud ya se refleja en las formas con que se ha denominado a este mecanismo: 'compra directa' o 'compra de predios en conflicto', etc. Pero el artículo 20 b) agrega a continuación que esta facultad de CONADI de 'financiar mecanismos que permitan solucionar los problemas de tierras' se aplica

"en especial, con motivo del cumplimiento de resoluciones o transacciones, judiciales o extrajudiciales, relativas a tierras indígenas en que existan soluciones sobre tierras indígenas o transferidas a los indígenas, provenientes de los títulos de merced o reconocidos por títulos de comisario u otras cesiones o asignaciones hechas por el Estado a favor de los indígenas".

Desde ya se puede señalar que la redacción es bastante confusa, lo que por cierto no colabora a la interpretación y aplicación de una norma que ya es compleja en su formulación. Pero además el uso de la expresión 'en especial' vuelve a aumentar el margen de discrecionalidad de la administración en el cumplimiento de este objetivo. Por otro lado, el espectro de tierras a las que este mecanismo es aplicable es prácticamente universal, pues incluiría a las provenientes de todos los títulos singularizados en las letras a) a la e) del N°1 del artículo 12 de la Ley Indígena.

Por último, resta señalar algo respecto al traspaso de tierras fiscales consagrado en el inciso final del artículo 21 de la Ley Indígena. Como ya se anticipó, esta norma faculta a la CONADI para recibir tierras fiscales del Estado y para radicar, entregar títulos permanentes o realizar proyectos de colonización y reubicación en dichas tierras destinados a personas o comunidades indígenas. Este mecanismo fue utilizado entre 1993 y 2000 principalmente para los pueblos indígenas del norte de Chile, luego de lo cual dejó de usarse. Un estudio encargado por el Ministerio de Bienes Nacionales en esos años –se ignora su contenido exacto– realizó una estimación de la superficie de tierras fiscales que debían traspasarse a las comunidades indígenas para satisfacer sus reivindicaciones históricas. Parte de esa superficie fue efectivamente traspasada a la CONADI y luego entregada en propiedad a las comunidades, pero el proceso se habría interrumpido bruscamente a fines de los noventa. Más allá de los argumentos que puedan esgrimirse para defender o atacar esta decisión, lo cierto es que las comunidades están en conocimiento de este estudio y por tanto está aún abierta la expectativa de avanzar con nuevos traspasos. Paralelamente, los subsidios para la adquisición de tierras y los recursos

para la ‘compra directa’ de predios no han estado disponibles para los pueblos indígenas del norte desde hace varios años, lo que se viene a sumar al ‘congelamiento’ del traspaso de tierras fiscales.

Un segundo orden de comentarios está relacionado con una cuestión más general, que es la complejidad que representa hacia el futuro el cumplimiento del deber de ‘ampliación’ de las tierras indígenas. Este desafío tiene que ver con una serie de elementos, que pueden resumirse en tres:

- i) las exigencias que se podrían esgrimir en términos de justicia correctiva y distributiva;
- ii) la frontera espacial y temporal del deber de ampliación, es decir, el horizonte de superficie (hectáreas de tierra) y tiempo en que podrían satisfacerse las obligaciones del Estado en esta materia; y
- iii) el impacto en la convivencia nacional y local, pues nadie discute que la política de entrega de tierras está estrechamente relacionada con el grave deterioro de la convivencia en la zona sur del país, del que se acusa, al menos en parte, a dicha política y su fundamento legal.

7.4.1 Exigencias que se podrían esgrimir en términos de justicia correctiva y distributiva

Una de las cuestiones más sensibles es la llamada ‘aplicabilidad’, es decir, la calificación que hace el Estado de una comunidad indígena como beneficiaria de la entrega de tierras. En el caso particular del pueblo mapuche, bajo el primer gobierno de Michelle Bachelet se priorizaron dos listas de comunidades indígenas para la compra directa de tierras: las llamadas ‘115’ y ‘308’. Al día de hoy recién se estaría terminando de comprar tierras a las ‘115’, encontrándose en compás de espera las comunidades ‘308’ que cuentan con aplicabilidad’ (cerca de 160). Para complejizar las cosas, algunas comunidades ‘115’ estiman que su demanda está ‘incompleta’, por lo que el Estado aún estaría en deuda a su respecto. Mientras tanto, nada impide que nuevas comunidades soliciten aplicabilidad, independientemente de su antigüedad.

7.4.2 Frontera espacial y temporal del deber de ampliación

Un primer aspecto a considerar aquí es la distinta naturaleza de las demandas o reivindicaciones de tierras dependiendo del pueblo indígena de que se trata, pues existen diferencias relevantes entre las aspiraciones de las comunidades indígenas del norte del país, las de los rapa nui, o de los mapuches en el centro-sur.

Pero también hay una diferencia sideral entre aquellas reivindicaciones acotadas a la superficie de los títulos que fueron entregados por el Estado a indígenas a partir del siglo XIX, y aquéllas que reclaman la totalidad del territorio ocupado por los pueblos indígenas al advenimiento de la República de Chile. Así, por ejemplo, se ha planteado por algunos que el artículo 20 b) de la Ley Indígena se cumpliría entregando a las comunidades mapuches el denominado 'desmedro' de sus títulos originales de merced. En la práctica, ello implicaría que si un título original de merced tenía una superficie de cien hectáreas y en la actualidad sólo se conserva en manos indígenas la mitad de dicha superficie, la obligación legal derivada de esta norma se cumpliría entregando el 'desmedro', es decir, las cincuenta hectáreas restantes. Si bien esta idea parece una forma objetiva de determinar la superficie total de tierras que deben entregarse para satisfacer la norma, su implementación tendría una serie de problemas operativos que no se pueden soslayar. Desde luego es necesario convenir que una solución de esa naturaleza implicaría un cambio sustancial en la forma en que se ha abordado el cumplimiento del artículo 20 b), pues los futuros beneficiarios podrían legítimamente argumentar que acota sustancialmente la superficie de tierras a entregar y en tal sentido constituiría una discriminación respecto de las comunidades que han sido beneficiadas con este mecanismo hasta la fecha. Pero además existe un problema que parece insalvable precisamente en cuanto a la determinación de los beneficiarios, pues en la actualidad es común que existan dos o más comunidades que provengan de un mismo título de merced, o si existe sólo una comunidad que el número de sus miembros sea muy superior al de los beneficiarios originales del título, por lo que la entrega sólo del 'desmedro' podría ser extremadamente insuficiente para otorgar 'habitabilidad' a todos los involucrados.

Como se puede apreciar, estamos en presencia de una demanda de tierras que es relativamente infinita, versus una oferta que es muy limitada dada la actual estructura de propiedad en la zona. Esta realidad constituye un 'cuello de botella' estructural que permite anticipar que los problemas asociados en particular a la implementación del mecanismo de 'compra directa' de predios se mantendrán indefinidamente, con todo lo que ello implica. La pregunta que surge en este escenario es si están dadas las condiciones para plantear la posibilidad que el Estado cumpla el deber de ampliación a través de mecanismos alternativos distintos de la entrega de tierras, aunque la sola idea parezca un contrasentido. Otros países han avanzado en esa línea y hay lecciones aprendidas al respecto.

7.4.3 Impacto en la convivencia nacional y local

La ley de presupuestos asigna cada año a la CONADI importantes recursos para la entrega de tierras. Ello genera un poder comprador que distorsiona totalmente el valor de las tierras, generando además incentivos perversos a la corrupción y al uso de la violencia para forzar negociaciones y ventas de predios.

Sin una revisión profunda de la actual política de tierras, Chile puede comprometer gravemente la convivencia en parte importante de su territorio y por un período indefinido de tiempo.

8. Reflexiones a modo de conclusión

No cabe duda que las tierras indígenas tienen un rol central en la identidad de los pueblos indígenas, y que dicha centralidad amerita el establecimiento de normas de protección y ampliación de dichas tierras. Sin embargo, también es claro que la lengua tiene un rol clave en dicha identidad y que, *vis a vis* con las tierras indígenas, carece de los niveles de protección y fomento que amerita dicho rol.

Por otra parte, los contornos precisos de las regulaciones y políticas llamadas a implementar tales esquemas de protección y ampliación requieren un doble escrutinio. Por un lado, su formulación e implementación se produce en escenarios dinámicos en que los pilares identitarios –tierras y lengua– están desafiados por realidades culturales, demográficas y socioeconómicas que exigen una constante revisión y ajuste entre ‘ideal’ y ‘realidad’. Por otro, se hace necesaria la revisión del estatuto de protección para definir en conjunto con los pueblos indígenas un esquema que permita compatibilizar el legítimo deseo de algunos propietarios de otorgar a sus tierras algún nivel de protección, con el desarrollo de las potencialidades productivas y económicas de las mismas.

Algo similar ocurre con las disposiciones sobre ampliación de las tierras indígenas. Hoy más que nunca se requiere un diálogo amplio y maduro entre todos los involucrados –pueblos indígenas, Estado, sociedad civil, gremios, etc.– para definir en conjunto una fórmula realista que nos permita avanzar en esta materia y solucionar los problemas que se observan en el actual esquema regulatorio y de políticas públicas, teniendo a la vista las lecciones aprendidas por otros países que ya han recorrido este camino.

Bibliografía

- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Documento 56/09, 2010.
- GOBIERNO DE CHILE, *Memoria Presentada por el Gobierno de Chile en conformidad con las disposiciones del artículo 22 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo correspondiente al periodo 15 de septiembre de 2009 al 15 de septiembre de 2010 acerca de las medidas adoptadas para dar efectividad a las disposiciones del CONVENIO SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES, 1989 (NÚM. 169), ratificado por Chile el 15 de septiembre de 2008, 1° de septiembre de 2010.*
- FUNDACIÓN AITUE, *Estudio Fundación Aitue a Población Mapuche Regiones del Bio-Bío, Araucanía, Los Ríos, Los Lagos*, Informe Final, Temuco, 2013.
- LÓPEZ ALLENDES Jaime, "Las tierras indígenas en la Ley 19.253", en *Revista CU-HSO*, volumen especial, N° 1, Temuco, 1999.
- MARTÍNEZ COBO, José R, *Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas*, Comisión de Derechos Humanos, Consejo Económico y Social, Naciones Unidas, 1983.
- MASCAREÑO, Aldo, "Sociología de la cultura. La deconstrucción de lo mapuche", en *Revista Estudios Públicos*, N° 105, Santiago, Centro de Estudios Públicos, 2007.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica. Una guía sobre el Convenio núm. 169 de la OIT*, Programa para Promover el Convenio Núm. 169 de la OIT (Pro 169), Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, 2009.
- VALENZUELA Eduardo, "Tierra, comunidad e identidad mapuche", en *Revista Estudios Públicos*, N° 105, Santiago, Centro de Estudios Públicos, 2007.

NORMAS CITADAS

- Ley N° 19.253 ("Ley Indígena"). Disponible en www.bcn.cl. Consultada el 17 de febrero del 2013.
- CONVENIO SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES, 1989 (NÚM. 169), de la Organización Internacional del Trabajo, ratificado por Chile el 15 de septiembre de 2008, 1° de septiembre de 2010.

LA LUCHA CONTRA LA DESIGUALDAD: ACCIONES POSITIVAS Y DERECHOS SOCIOECONÓMICOS EN ESTADOS UNIDOS Y EN LA INDIA

THE STRUGGLE AGAINST INEQUALITY: AFFIRMATIVE ACTIONS AND SOCIOECONOMIC RIGHTS IN U.S.A. AND INDIA

*Santiago Sánchez González**

Resumen

Durante muchos años algunos de nosotros pensamos que la política de acción afirmativa era un dispositivo introducido en Estados Unidos de Norteamérica como respuesta a la discriminación racial. Ignorábamos totalmente que muy lejos de nuestro contexto político y cultural, la Constitución de la La India, promulgada en 1950, ordenaba a su gobierno combatir contra la desigualdad derivada de una estructura social profusa y profundamente estratificada en múltiples castas. ¿Conocían los estadounidenses la experiencia de La India en materia de cuotas y política de reservas para tratar de poner fin a la desigualdad? La respuesta es, al parecer, negativa. Este artículo pretende mostrar cómo se aborda la cuestión desde una perspectiva constitucional, cómo han evolucionado los dos sistemas, estadounidense e hindú, y cuáles han sido los resultados de las medidas políticas para afrontar el problema.

Palabras claves: Acción afirmativa, Constitución de Estados Unidos, Constitución de La India, discriminación de signo inverso, cuotas.

* Doctor en Derecho. Profesor emérito de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho, UNED (España). En la realización de este artículo se ha contado con la ayuda que proporcionó el MEC español para el proyecto DER2009-10375 (subprograma JURI), llamado “Estado constitucional y constitucionalización de espacios supranacionales”. El título provisional del trabajo que aquí se publica era originariamente ‘La discriminación compensatoria: ¿Un caso de imitación del Oriente en el constitucionalismo occidental?’. Artículo enviado el 31 de diciembre de 2013 y aceptado para su publicación el 4 de marzo de 2014. Correo electrónico: santiago.sanchez@der.uned.es

Abstract

For many years some of us had believed that the policy of affirmative action was a mechanism introduced in USA as an answer to racial discrimination. We fully ignored that far away from our political and cultural area, the Constitution of India, enacted in 1950, empowered its government to strive against the inequality coming from a social structure lavishly and deeply divided along caste lines. Were the Americans familiar with the Hindus' experience with quotas and reservations in trying to eliminate inequality? It does seem, they were not.

This paper intends to show the constitutional basis from which the question is focused, how the two systems have evolved, and which have been the outcomes of the respective policies in dealing with the problem.

Key Words: Affirmative action, Constitution of USA, Constitution of India, reverse discrimination, quotas.

I. Introducción

Cuando comencé hace años a interesarme por las denominadas políticas de 'acción positiva o afirmativa' y por la 'discriminación inversa'¹ de Estados Unidos, desconocía absolutamente que, a mucha distancia de América del Norte, en otro continente, y en uno de esos países que tradicionalmente situaba en el denominado Tercer Mundo, hubiera existido alguna vez algo parecido a esas medidas. Es cierto que cualquiera que abordara hoy el estudio de ese tema con una perspectiva histórica de menor alcance pensaría que esa coincidencia era un fruto más de la

¹ La política de acción afirmativa o positiva consiste en una actuación o conjunto de actuaciones de los poderes públicos que implican un trato preferente en favor de una persona o grupo de personas. En cambio, la palabra 'discriminar', en una de sus acepciones, significa "dar trato de inferioridad a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos, etc.". Así, pues, cuando se habla de 'discriminación positiva' se está incurriendo en una contradicción, puesto que difícilmente puede considerarse 'positivo' el hecho de tratar de inferiores a otra u otras personas. El hecho de que en ocasiones se hable de 'discriminación positiva' se debe, a mi juicio, a la traducción no muy acertada de la expresión inglesa "reverse discrimination", que significa precisamente eso: una *discriminación de signo inverso* y que de modo literal no denota propiedad buena alguna, como se desprende, en cambio, del adjetivo 'positiva' asociado al sustantivo discriminación en la versión española. Más adecuada nos parece la expresión 'discriminación compensatoria', sintagma omnicomprendivo de cualesquiera actividades o acciones emprendidas para remediar lo que se considera una situación injusta resultado de un pasado inmediato o remoto, del que, evidentemente, no son responsables las generaciones actuales.

manida globalización². Pero la globalización es un proceso muy reciente, cuyos orígenes pueden hallarse no más allá de la década del noventa del pasado siglo. Es decir, unas décadas después de que Estados Unidos, Europa y España empezaran a adoptar las denominadas políticas públicas de la denominada 'acción afirmativa' dirigidas a determinados ámbitos sociales y sectores de la población. Por lo tanto, algunas de las preguntas que quizá deberían plantearse podrían ser del siguiente tenor: ¿esas prácticas iniciadas en Occidente proceden en buena parte de la imitación del ejemplo de La India? o ¿hemos asistido sencillamente al 'descubrimiento' de un fenómeno que ya era conocido en otra área geográfica, como hace muchos siglos sucedió con el arado, la pólvora o la brújula? ¿En qué consisten y cómo se explican las acciones adoptadas en la India?

A título personal, nada nos hubiera complacido más que poder trazar el itinerario del fenómeno de las políticas de acción afirmativa de continente a continente, estableciendo la fecha de su comienzo, los hitos de aquél y las vicisitudes del viaje. Una tarea que desarrolló con éxito en relación con los cuentos, hace ya algunas décadas, el eminente erudito Max Müller, mostrando cómo viajaron a través de los países, desde la India a Europa, desde el sánscrito al español, pasando por la antigua lengua persa y el árabe³. Pero mis escasos conocimientos y los esfuerzos de investigación realizados no han podido concluir con el hallazgo de pista alguna que pudiera abonar la idea de una transmisión de la experiencia de la India a Estados Unidos de Norteamérica, y de allí a Europa. Siendo esto así, lo pertinente, entonces, sería cuestionarse sobre si existía una misma razón, o fueron distintas las causas de que países tan diversos como Estados Unidos, la India, bastantes años antes, y luego la Europa de la Unión y España adoptaran políticas de discriminación compensatoria.

² La globalización no es sólo, ni principalmente, un hecho económico. Una de sus manifestaciones es la copia o la imitación de distintas prácticas políticas y jurídicas, procedentes de contextos geopolíticos diferenciados. Debido a que son muy numerosos los análisis sobre la globalización, para entenderla lo más conveniente es comenzar leyendo la exposición que en su obra realiza Zygmunt BAUMAN, *La globalización. Consecuencias Humanas*, pássim; y continuar con la de Gustavo BUENO, *La vuelta a la caverna. Terrorismo, guerra y globalización*, pássim

³ Vid. Max MÜLLER, "La emigración de las fábulas", pp. 275-306. Se trata del texto de una conferencia pronunciada en junio de 1870 y publicada originariamente en la *Contemporary Review*. El recurso al análisis comparado para interpretar la propia norma constitucional ha dado lugar a que recientemente se hable de la 'emigración de las ideas constitucionales'. Véase en este sentido la obra de Sujit CHOUDRY, *The Migration of Constitutional Ideas*, pássim.

II. La acción afirmativa en Estados Unidos de Norteamérica

La introducción de la expresión ‘discriminación positiva’, o inversa, en la lengua española y en el léxico de los constitucionalistas españoles es muy reciente. Pero también lo es en el mundo estadounidense, de donde la he tomado, que no de dónde procede, y a cuyo ámbito he de acudir para clarificar sus orígenes en Occidente y explicar su función. En Estados Unidos la lucha por la justicia racial fue y sigue siendo el desafío más importante de su experiencia constitucional. El problema de la esclavitud se manifiesta ya en la fase preconstituyente en Filadelfia en 1776, ensombrece todo el proceso de formación de la nación y conduce, en concurrencia con otros factores, a la guerra civil. Las enmiendas de la Constitución de 1865, 1868 y 1870⁴, que fueron aprobadas para conseguir la igualdad racial, no produjeron los efectos deseados, porque el Tribunal Supremo se encargó de convertir la emancipación legal en una victoria vacía, con su apoyo al racismo, implícito en la fórmula “separados pero iguales”. El cambio de rumbo no se inició hasta un siglo después con la sentencia dictada en el caso *Brown v. Board of Education*, el 17 de mayo de 1954.

A mediados de la década de 1960-1970, Estados Unidos inició una nueva etapa en la lucha contra la discriminación racial. La primera norma aprobada con ese fin en 1961 fue la *Executive Order* 10925 del presidente John F. Kennedy, dirigida a todas las agencias del gobierno que fueran a contratar personal, ordenando

“una acción afirmativa que garantizase que se empleara a los solicitantes y que se tratara a los empleados durante el empleo sin tener en cuenta su raza, credo, color u origen nacional”.

Cabe señalar que no se mencionó entonces en absoluto al sexo –o al ‘género’ como dicen los angloparlantes–. Se aprobaron, luego, la *Civil Rights Act* (1964), la *Executive Order* 11-246 de 25 de septiembre de 1965, la *Voting Rights Act* (1965), la *Fair Housing Act* (1968), y se creó la Comisión para la Igualdad de Oportunidades en Materia de Empleo. En este mismo ámbito, parece que fue el presidente Lyndon Johnson quien en 1967 modificó mediante otra *Executive Order*, la 11375, una previa,

⁴ Años de la aprobación de las enmiendas XIII, XIV y XV, por las que respectivamente se abolió la esclavitud, se reconoció la igualdad ante la ley y se garantizó el derecho de sufragio a todas las personas con independencia de su raza, color o previa condición de servidumbre.

para incluir una referencia a la ‘discriminación’ por razón del sexo. El legislador quería, sobre todo, que la sociedad estadounidense comenzase a tratar a los negros como individuos, sujetos de derechos en igualdad de condiciones con los blancos. La aprobación de esas normas significó⁵, no podía ser de otro modo, el reconocimiento público de la impronta esclavista del sistema político estadounidense –ofrecido al mundo exterior como modelo liberal y democrático–, y el descubrimiento sin tapujos del trato secular discriminatorio de la raza negra (...) y de otras minorías raciales.

Paradójicamente, el triunfo representado por la aprobación legal del principio de la igualdad de trato coincidió en Estados Unidos con el cuestionamiento del mismo; o, en otros términos, la población históricamente discriminada se preguntó en ese momento si la plasmación legal de la igualdad iba a ser de alguna utilidad en su lucha por conseguir una igualdad real de oportunidades⁶, dados el arraigo institucional y social del racismo y su penosa situación económica. Era preciso adoptar medidas de otro tenor y alcance si el objetivo era lograr un cambio significativo en la condición de la población negra y de otros sectores desposeídos. En consecuencia, a principios de la década de 1970, el gobierno federal y distintas empresas y universidades adoptaron medidas y pusieron en marcha planes (respaldados por algunos tribunales laborales) dirigidos a acabar con los obstáculos y los condicionamientos que dificultaban la plena integración social de los negros y de otras minorías raciales.

A todas esas actuaciones se las agrupó bajo la denominación “affirmative action”, expresión que apareció por vez primera en 1935, en la *National Labor Relations Act*, pero que se incluyó en la *Civil Rights Act* de 1964. En esta norma, aprobada para garantizar el cumplimiento del mandato antidiscriminatorio, la sección 706 g) disponía:

“si el Tribunal hallara que el demandado ha incurrido en una práctica ilegal, podrá ordenarle que cese en la misma y que emprenda una acción afirmativa tal y como sea adecuada, y que pueda suponer, pero no se limite a, la readmisión o contratación de empleados, con o sin pago de los atrasos, o con cualquier otro remedio equitativo que el Tribunal juzgase apropiado”.

⁵ Todavía en 1991 se aprobó otra nueva *Civil Rights Act*, “para fortalecer y mejorar las leyes federales sobre derechos civiles, para proporcionar indemnizaciones en los casos de discriminación laboral intencionada, para clarificar las disposiciones sobre las acciones de impacto discriminatorio y para otros propósitos”.

⁶ Gwénaële CALVÈS, *L’“Affirmative Action” dans la Jurisprudence de la Cour Suprême des États-Unis*, pp. 24, 25 et 29.

La ‘acción afirmativa’, así prevista, se concibió como un remedio tendente a restablecer o restaurar a la víctima en sus derechos, como una forma de indemnización de daños y perjuicios, y, al mismo tiempo, como una medida tendente a impedir futuras discriminaciones de índole similar.

La ‘acción afirmativa’ que se emprende a principios de la década de 1970 por los poderes públicos y por algunas empresas privadas supone la superación de aquella concepción originaria en un doble sentido. Por un lado, parte de la existencia de una profunda desigualdad social que es el resultado de una discriminación estructural y generalizada basada fundamentalmente en la raza y el color de la piel, contra la que hay que luchar mediante acciones concretas. Por otro, porque las víctimas de la discriminación lo han sido y lo son como consecuencia, no de una característica o comportamiento individual específico, sino de rasgos físicos generales. Esta ‘acción afirmativa’ constituye, por lo tanto, una práctica, o una política, dirigida a favorecer a sectores de población que se encuentran en condiciones de inferioridad precisamente por ser de una raza determinada; y es, por lo tanto, una discriminación de signo inverso, que pretende enmendar los efectos de la discriminación histórica que habían sufrido sobre todo los negros y los inmigrantes no procedentes del universo anglosajón.

Como era lógico, los programas de ‘acción afirmativa’ que se pusieron en marcha a principios de la década 1970 tropezaron abiertamente con toda la batería de normas legales que he mencionado antes, y con la enmienda XIV, que establecían el principio de la igualdad ante la ley, dando lugar a numerosos litigios, algunos de los cuales llegaron al Tribunal Supremo estadounidense.

En 1973, y luego en 1974, Alan Bakke, un ingeniero blanco, solicitó, y le fue denegada, la admisión en la Facultad de Medicina Davis de la Universidad de California, al tiempo que se admitieron varias solicitudes de estudiantes con bastantes menos méritos que Alan. Al parecer, la Facultad de Medicina había adoptado una política de acción afirmativa, consistente en tratar de reclutar personas procedentes de minorías raciales, es decir, negros, hispanos, indios americanos y asiáticos. Con ese fin, había reservado dieciséis de las cien plazas disponibles para esas minorías. Alan Bakke recurrió la decisión después de la segunda negativa y el Tribunal de Primera Instancia estimó el recurso por considerarla ilegal e inconstitucional, pero no llegó a ordenar el ingreso del demandante en la Facultad. En la segunda instancia, el Tribunal Supremo de California confirmó la sentencia pronunciada en la primera y, dado que la Universidad no pudo demostrar que tampoco hubiera admitido a Alan Bakke de no existir esa cuota racial, ordenó la inmediata matriculación de éste. El caso llegó al Tribunal Supremo federal, el cual, por una mayoría de cinco a cuatro,

ratificó la orden de ingreso de Alan Bakke en la Facultad y también la nulidad del programa de acción afirmativa consistente en reservar una cuota determinada para ingreso en la Facultad. Pero, al mismo tiempo, el Tribunal confirmó la legalidad de los programas de ese tipo que no impusieran cuotas; es decir, que el trato preferente de un grupo étnico o racial sería legal, siempre que la raza o el sexo se tuviera en cuenta en el procedimiento de admisión o reclutamiento junto a otros factores como el expediente académico, las actividades extracurriculares, etc. (*Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978)).

En el caso *United Steelworkers of America v. Weber*, 443 U.S. 193 (1979), Brian Weber, un trabajador blanco que fue excluido de un programa de promoción interna, fruto de un acuerdo entre la empresa y el sindicato, por el que se reservaba un 50% de plazas para obreros negros, presentó una demanda ante el tribunal de distrito alegando la violación flagrante del título VII de la *Civil Rights Act* de 1964. El programa preferencial fue declarado nulo por ser contrario a derecho y el tribunal de apelación confirmó la sentencia. Sin embargo, el Tribunal Supremo la casó. En su decisión mayoritaria el Tribunal, no obstante admitir que los tribunales inferiores habían aplicado al pie de la letra la *Civil Rights Act* de 1964, señaló que habían ignorado su espíritu. A juicio del ponente, si la principal preocupación del legislador había sido dismantelar las viejas estructuras de segregación social y estratificación por causa de la raza, sería verdaderamente paradójico que el título VII se utilizase para prohibir todos los esfuerzos de empresas privadas, conscientes del problema racial, destinados a abolir modelos tradicionales de discriminación.

Varios años después, en 1987, el Tribunal Supremo se pronunció también en sentido favorable a los planes de acción afirmativa en el pleito conocido como *Johnson v. Transportation Agency Santa Clara County*, 480 U.S. 616. La agencia de transportes del condado de Santa Clara, una empresa pública, adoptó una política de contratación y promoción de personal de acción afirmativa, para que el número de mujeres, minorías y minusválidos se incrementase, a fin de alcanzar una proporción razonable en los diversos escalones profesionales. Paul Johnson, uno de los empleados que no consiguió el ascenso, que sí logró en competencia con él Diana Joyce, planteó una demanda por discriminación, alegando que el sexo había sido un factor determinante de la promoción de Diana y en perjuicio suyo, teniendo en cuenta que estaba menos cualificada que él. El tribunal de distrito le dio la razón, pero no así el de apelación. El Tribunal Supremo, por su parte, estableció que una empresa pública puede recurrir a prácticas preferenciales para reabsorber el desequilibrio manifiesto en categorías de empleo tradicionalmente segregadas.

En los años siguientes el Tribunal Supremo estadounidense tuvo que resolver una veintena de pleitos sobre acción afirmativa y discriminación, y no siempre de forma coherente con sus decisiones previas⁷. En honor a la verdad, las políticas de acción afirmativa plantearon un problema espinoso al Tribunal Supremo, porque implicaban una contradicción ineluctable con el credo político estadounidense del individualismo sobre el que se fundó la república y que preside, en general, la acción de gobierno. Así, desde esa perspectiva, la visión de la justicia en materia de admisión en centros de enseñanza superior difería radicalmente de la que subyacía en los programas de acción afirmativa. Mientras que según aquella debían prevalecer la capacidad y el mérito de cada individuo en la selección de estudiantes, a tenor con la segunda, esos criterios concurrían con consideraciones de otra índole –como la pertenencia a un grupo injustamente infravalorado y su situación económica–, que permitían el acceso a la Universidad de personas cuyos antecesores habían sido injustamente marginados en el pasado.

Si descendemos desde las consideraciones políticas al plano del ordenamiento jurídico, la literalidad de la Enmienda XIV de la Constitución, que contiene la cláusula de la igualdad en la protección de la ley, y del título VII de la *Civil Rights Act*, que prohíbe la discriminación por razón de raza y de sexo, situaba al Tribunal entre la espada y la pared. En efecto, no se trataba tan sólo de aceptar un cambio revolucionario de la ideología individualista típicamente estadounidense y su sustitución por una concepción comunitaria o grupal, sino de que la acción afirmativa significaba *prima facie* una violación del principio de igualdad recogido en la Constitución y en la ley. Algunos autores, incluso, afirmaron que la política de la acción afirmativa era inmoral, por ser intrínsecamente mala, y subversiva, por sembrar la semilla del resentimiento entre víctimas inocentes⁸.

Aunque sus defensores han esgrimido el carácter temporal o transitorio de las medidas de trato preferencial –hasta que se eliminen en buena parte los efectos de la discriminación social del pasado–, las críticas de la acción afirmativa y de la discriminación inversa que conlleva han sido una constante en los círculos políticos conservadores y en el mundo universitario. Quizá porque amplias capas de la clase gobernante, blanca y protestante, comparten la idea de que la política de la acción afirmativa

⁷ Cabe reseñar: *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003) y *Ricci v. De Stefano* 557 U.S. (2009).

⁸ Ken FEAGINS, “Affirmative Action or the Same Sin”, pp. 421-451. Claro es que el autor ciñe su adjetivación a la acción afirmativa que “establece metas, cuotas y calendarios y confía en la raza o el sexo como el factor determinante en la concesión de trabajo y en la promoción laboral”.

vulnera los más preciados dogmas del sistema político estadounidense. Así se ha dicho:

“la acción afirmativa invierte la relación entre el individuo y el grupo [...]. En lugar de que el individuo sea la unidad social primaria sobre la que se forman los grupos, el grupo se convierte en primario y es la fuente de derechos para el individuo”.

Y es sabido que para los estadounidenses el reconocimiento de los derechos deriva de su condición de individuos y no del hecho de ser miembros de un grupo. Y también se ha dicho:

“el significado histórico principal de la acción afirmativa ha sido promover la intervención estatal en el libre mercado y debilitar las instituciones políticas y sociales basadas en los derechos individuales”⁹.

Más acertadamente, a mi juicio, se ha expresado la autora de un magnífico estudio monográfico sobre la acción afirmativa.

“La acción afirmativa –escribe– es el remedio que debe liquidar la herencia de un sistema decididamente premoderno: el de una sociedad –la estadounidense– en la que el nacimiento y el estatus –el color, diría yo– han determinado las oportunidades y la carencia o la titularidad de los derechos”¹⁰.

Lo cierto es que en nuestros días, apenas iniciado el siglo XXI, la liquidación de esa herencia sigue pendiente y, dado el curso de los acontecimientos, lo continuará estando porque el retorno de la ideología del individualismo y del “self-made man” ha fortalecido todavía más, si cabe, el credo tradicional estadounidense.

III. La acción afirmativa en la India

Afirmar que Estados Unidos y la India son realidades geopolíticas notablemente distintas no deja de ser una obviedad verificable mediante la simple comparación de su cultura, historia, geografía, población, estadio de desarrollo económico, etc. La peculiaridad de la India trasciende,

⁹ Herman BELZ, *Equality Transformed: A Quarter-Century of Affirmative Action*, pp. 5 and 265.

¹⁰ *Op. cit.* en la n. 6.

incluso, los referentes espaciales y los marcos conceptuales que habitualmente se utilizan para estudiar cualquier sociedad. De ahí que se tenga que preguntar sobre la posibilidad de establecer alguna suerte de parangón entre la India y Estados Unidos, o cualquier otro país, más allá de la constatación en los momentos actuales de la existencia de alguna similitud dimanante de la forma de organización territorial del Estado –Estado federal y Federación de Estados–, o de algunas de las manifestaciones de la desigualdades presentes en las respectivas estructuras sociales. Porque en ambas naciones el trato discriminatorio de grupos numerosos de personas por razón de la raza, la religión, el sexo y otros motivos, es una de las realidades más graves que vienen afrontando desde hace siglos. Problema originado, en el caso de Estados Unidos, por la conquista colonial y la importación de esclavos de África y, en el de la India, por la pervivencia asombrosa de un tipo de sociedad atravesada por profundas escisiones, entre las que destaca la división en miles de castas y subcastas que aparece a los ojos de los occidentales. La adopción de la política de acción afirmativa en Estados Unidos y de la política de reserva en la India han sido los remedios empleados para tratar de solucionarlo. Pero la coincidencia en la forma de abordar el problema¹¹, que podría inducirme a pensar que estoy ante supuestos semejantes, no puede llevarme a concluir en un mismo diagnóstico.

La naturaleza y complejidad de la estratificación social en la India –resultado último de las múltiples desigualdades y de su persistencia– son únicas. En principio, el esquema de que se sirven los sociólogos occidentales cuando estudian la división del trabajo social y la diferenciación social, que les lleva a la formulación de modelos, como las sociedades esclavistas, de castas, estamentales¹² y de clases, no sirve para proporcionarme una imagen aproximada de la sociedad de la India, entre otras razones porque no puede explicar la estabilidad milenaria de su sistema de estratificación social¹³.

¹¹ En Estados Unidos se prohibió la esclavitud, y en la India la intocabilidad, y en ambos se crearon comisiones varias para el estudio de la discriminación.

¹² El único prototipo de hombre que nos recuerda al indio de la India es el hombre medieval, que se sentía ante todo miembro de una unidad social: “el tenor de su vida, incluso en sus vestidos y en sus alimentos, venía preceptivamente determinado en función de la *condictio* social que le correspondía como noble, clérigo o mercader y su vida se desplegaba en una actividad destinada a mantener tal *condictio*, es decir, un tipo de vida con arreglo a unos esquemas y a unos valores de naturaleza colectiva y, así, por ejemplo, la actividad económica no tenía como fin la prosecución de un lucro individual, sino el mantenimiento del tenor de vida que le correspondía con arreglo a su situación social”. Manuel GARCÍA PELAYO, ‘Introducción al estudio de los derechos del hombre’, p. 2441.

¹³ Sistema cuyos orígenes se remontan a tiempos remotos. En efecto, uno de los libros Vedas, el *Rigveda* –datado en el año mil cuatrocientos antes de Cristo– ya establecía en

Estabilidad dimanante sin duda de la inspiración y penetración espiritual de la organización social tradicional de la India, configurada a modo de orden universal y jerárquico, de gradación de estatus, y de complementariedad de las diferencias. En dicho orden, la unidad básica inmediata no es en ningún caso el individuo, sino el grupo más o menos amplio, desde la familia extensa, pasando por la casta y por el sistema de castas¹⁴. La sociedad india se conforma con arreglo a una visión holística

el himno noventa, versículo 12, la diferenciación primera, en *varnas*, que luego recogería el epígrafe 31 del libro 1 de las *Leyes de Manu*: “De la boca de Purusa –el espíritu hecho carne, el alma origen del universo– salen los Brahmines o líderes espirituales; de los brazos de Purusa, los Rajanya o Kshatriya, militares y administradores; de sus muslos, los Vaisyas, o comerciantes y agricultores, y de sus pies, los Shudras o servidores”. “Esta imagen poética pretende transmitir el carácter orgánico de la sociedad. El hombre no es solo el mismo, sino que lo es en solidaridad con todos los de su género”. Sarvepalli RADHAKRISNAN, *Eastern Religions and Western Thought*, p. 355.

La organización de los *varnas* es jerárquica. Los *varnas* son hereditarios y cada *varna* posee su código de conducta. Junto a los *varnas* la diferenciación más relevante es la de los *jatis*, comunidades sociales existentes al lado y por encima de la unidad básica que es la familia extensa. Los *jatis* son comunidades más o menos numerosas de personas existentes en todos los pueblos de la India, ordenadas jerárquicamente en función del grado de pureza o impureza religiosa, asociado al trabajo o a la profesión que desarrollan en el grupo. Se trata de comunidades de carácter endogámico, como una tribu, o un clan, que generalmente habla una misma lengua y son interdependientes, pues los derechos de unas son los deberes de las otras. Como señala Álvaro Enterría “en la India la palabra ‘casta’ se refiere indistintamente a esas dos realidades distintas: *varna* y *jati*”. Álvaro ENTERRÍA, *La India por dentro*, p. 311. En el fondo de la pirámide social, fuera de toda consideración, los denominados intocables, *dalits* u oprimidos, *harijans* o hijos de Dios, son los que sufren la exclusión social.

¹⁴ “La casta está profundamente arraigada en la religión hindú, en su cultura y sociedad. No se dispone todavía de información definitiva sobre el origen y el desarrollo de este sistema único. Incluso el rango y el orden de las distintas castas es difícilmente determinable. (Con la particularidad de que en La India) este sistema, en formas y naturaleza variadas, prevalece también entre los musulmanes y los cristianos. El nacimiento y no el mérito fue el criterio para establecer el estatus del individuo, minando su iniciativa, la confianza en sí mismo y su espíritu de empresa. La casta es peculiar por el método que adopta para sistematizar y controlar las diferencias de funciones en todos los estratos de la sociedad”. Santhosh KUMAR V., *Social Justice and the Politics of Reservation in India*, p. 22,

Narendranath Datta (1863-1902), más conocido como Swami Vivekananda, escribió: “La Casta es el orden natural. Yo desempeño una tarea en la vida social, y tú, otra. Tú puedes gobernar un país, y yo puedo arreglar un par de zapatos viejos, pero no hay razón para que tu seas más grande que yo, porque ¿acaso puedes tú arreglar mis zapatos? ¿Puedo yo gobernar un país? Yo soy hábil arreglando zapatos, tú lo eres en la lectura de los Vedas, pero no hay razón para que tú me pises. [...] La Casta es buena. Es la única manera natural de resolver la vida. Los hombres deben agruparse y eso no puedes evitarlo. Donde quiera que vayas habrá castas. Pero eso no quiere decir que deba haber privilegios. Habría que golpearlos en la cabeza. Si tú enseñas el Vedanta a un pescador, el dirá: yo soy un hombre tan bueno como tu; yo soy un pescador, tú eres un filósofo, pero tengo en mí el mismo Dios que tú tienes en ti. Y esto

no sólo ajena sino, también, contrapuesta, a la concepción occidental de la realidad humana, que la concibe formada a partir de seres individuales, independientes, preocupados de la libertad y de la igualdad individuales; una realidad esta en la que se “valora en primer lugar –y casi exclusivamente– al ser humano individual”¹⁵, frente a cualquier grupo o colectividad que le trascienda.

En la India, las primeras medidas que recuerdan algo parecido a la acción afirmativa se pusieron en marcha todavía bajo el imperialismo británico, a fines del siglo XIX, ante la presión de algunos movimientos insurgentes contra el dominio de los Brahmines. Básicamente se concretaron en el establecimiento de reservas de plazas en las instituciones educativas para los que no eran Brahmines; es decir, para la mayoría, constituida por las llamadas clases deprimidas o comunidades atrasadas. En 1926, en algunos principados indios¹⁶, se fijaron cuotas para el acceso al servicio público, y a algunos órganos de representación política, con la conformidad de los británicos, que pretendían estimular las disensiones internas en la fragmentada sociedad hindú.

La ‘reservation policy’ –o política de reserva–, como se denomina en la India, es una expresión que engloba todas las medidas previstas para eliminar o aliviar las profundas y múltiples desigualdades existentes en el seno de la sociedad, de tal manera que la acción afirmativa, entendida como la que se emprende por los poderes públicos para corregir una discriminación del pasado, sería tan sólo una de las manifestaciones de la *reservation policy*. En realidad, lo que se pretende es instaurar una justicia distributiva de recursos y de poderes. La India, a partir de su independencia, fue y sigue siendo el país donde todos los partidos políticos incluyen en sus programas, y mantienen cuando acceden al gobierno, una *reservation policy*¹⁷ que se ha

es lo que queremos; privilegios para nadie; iguales oportunidades para todos; que cada uno sepa que lo Divino está en el interior y cada uno hallará su salvación [...]”. Stephen HAY, *Sources of Indian Tradition* p. 74. En 1929 el teósofo René Guénon escribió: “El principio de institución de las castas, tan completamente incomprendido por los occidentales, no es otra cosa que la diferencia de naturaleza que existe entre los individuos humanos y que establece entre ellos una jerarquía cuyo desconocimiento sólo puede llevar al desorden y la confusión”. Y añadía: “Es precisamente ese desconocimiento el que está implícito en la teoría igualitaria tan cara al mundo moderno, teoría que es contraria a los hechos mejor establecidos y que es desmentida también por la simple observación, puesto que la igualdad no existe en realidad en parte alguna”. René GUÉNON, *Autoridad espiritual y poder temporal*, p. 19.

¹⁵ Louis DUMONT, *Homo Aequalis. Génesis y apogeo de la ideología económica*, p. 14.

¹⁶ Cuando se produjo la independencia, el número de principados ascendía a varios cientos.

¹⁷ “Los objetivos de la *reservation policy* pueden reducirse a tres: “1) eliminar la subordinación social y religiosa de ciertos grupos por causa de su segregación (castas), o por

convertido en una característica definidora de su sistema político, y en un rasgo de su complejo entramado social.

El caso de la India reviste particular interés por el reconocimiento sucesivo en su primera y única Constitución, de 1949, de la igualdad formal, junto a la desigualdad social, a la que combatió desde el principio con la abolición oficial de la 'intocabilidad' sancionada en el artículo 17¹⁸. En efecto, la Constitución adoptó junto a la ideología política liberal, dominante en Occidente desde fines del siglo XVIII, el compromiso con una revolución social. Así se reconoció la igualdad de todas las personas ante la ley (art. 14); y se estableció la prohibición, en el art. 15, de todo trato discriminatorio de los ciudadanos derivado de la religión, la raza, la casta, el sexo, o el lugar de nacimiento. Pero, además de los ideales del Preámbulo complementados con los Principios de la Política del Estado del título IV, incluyó en el articulado precisiones tan condicionantes como la del apartado (3) del artículo 15 al prescribir:

“nada de lo dispuesto en este artículo impedirá que el Estado adopte cualquier disposición especial para las mujeres y los niños”.

Y, poco después, una enmienda constitucional aprobada en junio de 1951 añadió un apartado (4) que establecía:

“Nada en este artículo [...] impedirá que el Estado adopte cualquier medida especial para el progreso de las clases de ciudadanos atrasadas social y educacionalmente, o para el de las castas y las tribus catalogadas”,

es decir, para la mayoría de la población. Más adelante, en el artículo 16, que contempla la igualdad de oportunidades en materia de empleo público, se incluyó, asimismo, una excepción redactada en términos similares:

causa de su aislamiento espacial y cultural (tribus); 2) facilitar y promover la representación igual de todos los grupos socialmente desventajados en los círculos organizados de la vida política (castas y tribus), cultural y económica (castas, tribus y otras clases atrasadas) del país; y 3) proteger a todos los grupos descritos en la Constitución como sectores débiles de la sociedad de toda forma de injusticia social y explotación”. Celia BARTOLI, “Affirmative Action in India: Redistribuzione di Beni e creaciones di Identita”, p. 386.

¹⁸ Para cumplimentar la prohibición del artículo 17, se promulgaron la Ley de Protección de los Derechos Civiles, en 1955, y la Ley de Prevención de las Atrocidades, en 1989. La existencia de ambas normas, sin embargo, no ha bastado para proteger a los intocables y mejorar su situación en la sociedad india. Véase al respecto el extenso y documentado trabajo de Smita NARULA, “Equal by Law, Unequal by Caste: The ‘Untouchable’ Condition in Critical Race Perspective”, pp. 255-343.

“nada podrá impedir que el Estado establezca lo que estime conveniente para la reserva de nombramientos o puestos en favor de cualquier clase atrasada de ciudadanos que, a juicio del Estado, no esté adecuadamente representada en servicios dependientes del Estado”

–incluyendo la reserva en materia de promoción a puestos en favor de las castas y de las tribus catalogadas–.

Interesa destacar que la aparente contradicción entre los enunciados de la igualdad, como derecho individual de los artículos 14, 15 (1) y (2) y 16 (1) y (2), y la habilitación para dictar disposiciones especiales para mujeres y niños y hacer reservas para las clases, castas y tribus, de los artículos 15 (3) (4) y (5) y 16 (4), no fue considerada como tal, ni tan siquiera como una excepción al principio de la igualdad. El caso *Nagraj v. Union of India*, 2006 (8) SCC 212, resuelto el 19 de octubre de 2006, es ilustrativo al respecto¹⁹.

Los preceptos constitucionales mencionados (14 a 16) no añadieron, sin embargo, explicación²⁰ alguna sobre el significado legal que había que dar a las nociones ‘castas catalogadas’, ‘tribus catalogadas’ y ‘clases atrasadas social y educacionalmente’. ¿Qué contenido cabe atribuir a esos conceptos en blanco? ¿Cuál es el alcance de los mismos? Si hemos llegado a entender el complejo entramado social de La India –algo de lo que no estoy seguro–, las castas catalogadas estarían integradas por los Intocables –también denominados *panchamas*, fuera de casta, *harijans* y *dalits*–; un total de unos ciento sesenta y siete millones de hindúes, según datos del censo de 2001, a los que habría que añadir otros cuarenta y dos millones de musulmanes y cristianos. Las tribus catalogadas, unas seiscientas cuarenta y cinco, estarían formadas por las poblaciones indígenas tribales, unos ochenta y cinco millones de personas, equiparables a las castas catalogadas a los efectos de recepción del trato de la discriminación compensatoria. En cuanto a las clases atrasadas u otras clases atrasadas, abarcaría básicamente a los *Shudras* o *Dasas*, es decir, a la cuarta *varna* en

¹⁹ “La igualdad tiene dos facetas, la ‘formal’ y la ‘igualdad proporcional’. La ‘proporcional’ es la igualdad de hecho, mientras que la igualdad formal es la igualdad jurídica. La igualdad jurídica existe en el ‘Rule of Law’. En el caso de la igualdad proporcional se espera que el Estado adopte acciones afirmativas a favor de los sectores desaventajados de la sociedad en el marco de la democracia liberal. La igualdad igualitaria es la ‘igualdad proporcional’”. Véase el artículo de Sameer PANDIT, “M. Nagaraj v. Union of India: Legal and Theoretical Reflections”, pp. 249-259.

²⁰ Una de las particularidades del texto constitucional de la India es la inserción al final de algunos de sus preceptos de una ‘explicación’ de los mismos que forma parte del enunciado normativo, como, por ejemplo, la añadida a los artículos 25, 35, 54, 55 y 66 entre otros. Peter M. BAKSHI, *La Constitución de la India*, pássim.

el orden social jerárquico, situada justamente por encima de los Intocables, y que representan el 41% de la población.

Pero, tal y como he dicho anteriormente, en lugar de precisar quiénes formaban las castas, tribus y clases mencionadas, la Constitución se limitó a atribuir en los artículos 341 y 342 al Presidente de la nación la competencia para, previa consulta con la autoridad del Estado o territorio concernido, concretar las castas, razas o tribus, o partes o grupos de las mismas que deberían ser consideradas como castas o tribus catalogadas en relación con ese Estado o territorio de la Unión. En cuanto a las clases atrasadas, el artículo 340 previó la creación por el Presidente de una comisión que debía investigar las condiciones de las clases atrasadas, distintas de las castas y tribus, para mejorar su condición y aconsejar las medidas oportunas.

La primera Comisión Nacional presidida por Kaka Kalenkar, se constituyó en 1953 y dos años más tarde emitió su informe, del que se hizo caso omiso. La segunda, presidida por Bindheshwari Mandal, se creó en 1979 y, aunque entregó su informe en diciembre de 1980, sus recomendaciones no fueron aceptadas hasta agosto de 1990. La Comisión Mandal identificó tres mil setecientos cuarenta y tres grupos de castas como 'otras clases atrasadas', lo que equivalía al 52% de la población. Las comisiones citadas, y otras que se nombraron en el seno de algunos Estados, realizaron numerosos estudios, manejaron datos y ponderaron factores de toda índole, a fin de identificar a las clases que finalmente serían los destinatarios de la acción afirmativa, pero fueron incapaces de establecer de forma clara y definitiva qué había de entenderse por 'atraso'. De esa labor se encargaron las instancias judiciales en las sentencias que se pronunciaron, entre otros, en los casos *Balaji v. State of Mysore* (AIR 1963, SC 649), *Chitralkha v. State of Mysore* (AIR 1964, SC 1823), *P. Rajendran v. State of Madras* (AIR 1968, SC 1012), *State of Kerala v. N.M. Thomas* (AIR 1976, SC 310) e *Indra Sawhney v. Union of India* (AIR 1993 SC, 477).

La 'reservation policy' se ha venido desplegando ininterrumpidamente en tres ámbitos diferenciados, también previstos en la Constitución, uno de los cuales es el empleo público, al que acabamos de aludir, recogido en el artículo 16, con el condicionamiento establecido en el artículo 335. Los otros dos son: la educación y la representación política en los distintos niveles de gobierno, con la particularidad de que en este último ámbito de gobierno no se prevén reservas para las denominadas clases atrasadas (*other backward classes*, en el original). Examinemos brevemente el tratamiento constitucional de cada uno de estos sectores.

El artículo 16 se refiere tan sólo a los ciudadanos y no a todas las personas; se circunscribe a los empleos o cargos públicos, y no significa a primera vista el reconocimiento de un derecho a demandar una reserva

de plaza. Se trata más bien de una norma habilitadora que autoriza a los poderes públicos a establecer una reserva de plazas que, además, debe ponerse en relación con el artículo 335, que dispone:

“las solicitudes de los miembros de las Castas y de las tribus catalogadas se tomarán en consideración en consonancia con el mantenimiento de la eficacia de la administración, en la designación para servicios y puestos relacionados con los asuntos de la Unión o de un Estado”.

A su vez, el artículo 335 debe leerse junto con el artículo 46, que establece, como principio rector:

“el Estado promoverá con especial atención los intereses económicos y educativos de los sectores más débiles del pueblo y, en concreto, de las Castas y de las Tribus Catalogadas, y las protegerá frente a la injusticia social y frente a toda forma de explotación”²¹.

La mejor y más autorizada interpretación del artículo 16 (4) la realizó el Tribunal Supremo de La India en el litigio *Indra Sawhney v. Union of India* (AIR 1993 SC 477). La reserva en materia de empleo público tiene un valor especial, porque supone la creación de salidas profesionales distintas de las impuestas por la inserción en un sistema de castas que determina el trabajo y la función sociales, es decir, que posibilita la emancipación o liberación de la servidumbre dimanante del sistema tradicional de estratificación social.

En materia de educación, los artículos 15(4), 29(2), 46 y 350A contienen salvaguardas de tipo educativo para las castas y las tribus catalogadas. El primero de ellos –añadido por la Primera Enmienda aprobada en 1951– dispuso:

“nada de lo previsto en este artículo, o en el apartado 2 del artículo 29, impedirá que el Estado adopte disposiciones especiales para el progreso de cualesquiera clases de ciudadanos social y educacionalmente atrasadas, o de las Castas y Tribus Catalogadas”.

El mandato del artículo 29(2), de que no se niegue a ningún ciudadano la admisión a cualquier institución educativa mantenida o subvencionada

²¹ Asimismo, procede tener en cuenta el artículo 38 (2), que dispone: “el Estado procurará, en concreto, minimizar las desigualdades de renta, y hará lo necesario para eliminar las desigualdades de estatus, servicios y oportunidades no sólo entre los individuos, sino también entre grupos de gentes que residan en áreas diferentes o dedicados a ocupaciones también diferentes”.

por el Estado, fue formulado en el contexto de la protección a los intereses de las minorías y suponía en cierto modo un reconocimiento del derecho a la educación. El artículo 46, incluido entre los Principios Rectores de la Política del Estado, establecía:

“el Estado promoverá con cuidado especial los intereses educativos y económicos de los grupos más débiles del pueblo y, en particular, los de las Castas y Tribus Catalogadas, y los protegerá de la injusticia social y frente a toda clase de explotación”.

En cuanto al artículo 350A –introducido por la Séptima Enmienda, en 1956–, habilitaba a los poderes públicos para:

“proporcionar los servicios adecuados para la instrucción en la lengua materna en el primer estadio de la educación a los niños pertenecientes a grupos lingüísticos minoritarios”²².

Desde 1954, los poderes públicos centrales se han ido dirigiendo a los responsables políticos de los distintos Estados miembros de la Unión, para que reserven en las correspondientes instituciones educativas un porcentaje de plazas para los miembros de las castas –15%– y de las tribus catalogadas –5%–. La política de reserva se ha extendido también a la enseñanza superior, donde el rendimiento no ha sido el deseable.

Por último, importa destacar que la Enmienda Constitucional Nonagésimo Tercera añadida en 2005, con efectos desde el 20 de enero de 2006, ha habilitado al Estado para adoptar cualquier medida especial para la promoción de las clases de ciudadanos atrasadas social y educacionalmente, o de las castas y tribus catalogadas, relativa a su admisión en instituciones educativas, ¡incluyendo las privadas!, con o sin subvención estatal.

En lo que hace al ámbito de la representación política, y dada la organización federal del territorio de la India, los constituyentes establecieron reservas de escaños en los diferentes órganos de representación política que aparecen en los niveles local, estatal y nacional-federal. Así, los artículos 243D y 243T prevén la reserva de un conjunto de plazas para las castas

²² Hay que decir que el derecho a la educación individualizado, que no aparecía en la redacción inicial de la Constitución, fue considerado por el Tribunal Supremo, en el caso *Dr. P. Nalla Thampy Terah v. Union of India* (AIR 1985 SCC 1133) como parte del derecho a la vida del artículo 21. Y no se incluyó en la Constitución hasta la Enmienda Constitucional Octogésimo Sexta de 2002, que entró en vigor el 1 de abril de 2010, añadió el artículo 21A, en el que se dispuso: “El Estado proporcionará educación libre y obligatoria a todos los niños de entre seis y catorce años de la manera que el Estado determine por ley”.

catalogadas y para las tribus catalogadas en los denominados *Panchayats* y en los municipios²³ y, dentro del número total reservado, de un tercio para las mujeres. En el mismo sentido, los artículos 332 y 330 contienen las disposiciones relativas a la reserva de escaños en los parlamentos de los Estados y en la Cámara Baja del Parlamento Nacional. Con la particularidad de que este mandato tiene una vigencia limitada hasta el año 2020. El principio que rige el establecimiento de las reservas o cuotas es el de la proporcionalidad. En efecto, el número de escaños reservados para las castas o tribus catalogadas en la Cámara del Pueblo y en las asambleas legislativas –según se trate de la Unión o de los Estados o territorios de la Unión– guardará siempre que sea posible la misma proporción con el número total de escaños atribuido a ese Estado o territorio en la Cámara del Pueblo, o en la Asamblea, que la población de las castas catalogadas en el Estado o territorio de la Unión, o de las tribus catalogadas en el Estado en el territorio de la Unión, respecto del que se reservan los escaños, con la población total del Estado o del territorio (artículos 330 y 332 de la Constitución). Importa señalar, por su significación, que no aparecen en este contexto de la representación política las otras clases atrasadas.

Con independencia de su inclusión en alguna(s) de las categorías a las que se orienten las medidas de acción positiva –en las castas, tribus y otras clases atrasadas–, las mujeres en la India han sido y son objeto de una consideración propia, que encuentra su fundamento constitucional en el artículo 15(3), en virtud del cual el Estado puede dictar disposiciones especiales para ellas, no obstante lo establecido en el artículo 15(1). En realidad, el artículo 15(3) admite, tácitamente, el hecho de que las mujeres han sido discriminadas durante siglos por el hecho de ser mujeres y no han participado en condiciones de igualdad en cualesquiera actividades. Lo que el artículo 15(3) posibilita es la mejora del estatus de las mujeres. Una lectura conjunta de los enunciados contenidos en los apartados (1) y (3) del artículo 15 revela que, mientras que los poderes públicos no pueden discriminar a las mujeres en favor de los hombres, sí pueden discriminar a los hombres en favor de las mujeres, siempre que las medidas que adopten sean razonables y no conviertan en ilusoria la garantía de los artículos 15 (2) y 16 (2). La sentencia del Tribunal Supremo de La India recaída en el litigio *Government of Andhra Pradesh v. P.B. Vijayakumar & Anr*, de 12 mayo de 1995, es ilustrativa de la interpretación correcta del artículo 15 (3). El caso se suscitó como consecuencia de la aprobación de una

²³ Los *Panchayats* son órganos locales de autogobierno en áreas rurales; los municipios son órganos locales de autogobierno en las áreas urbanas. Los artículos 243, 243P y 243 Q, de la Constitución de La India.

norma por el gobierno del Estado de Andhra Pradesh sobre reservas para mujeres en los servicios públicos que establecía lo siguiente:

“(1) En cuanto al reclutamiento directo para puestos para los que las mujeres son más adecuadas que los hombres, serán preferidas las mujeres; con tal de que dicha preferencia no resulte en la exclusión total de los hombres en todos los puestos. (2) En lo que hace al reclutamiento directo para puestos para los que las mujeres y los hombres sean igualmente aptos, se otorgará preferencia a las mujeres y se reservará para las mujeres hasta un 30% de los puestos en cada categoría de Otras Clases, Clases Atrasadas, Castas Catalogadas y Tribus Catalogadas. (3) En lo que respecta al reclutamiento directo para puestos reservados exclusivamente para mujeres, se cubrirán solo con mujeres”.

La parte demandante cuestionó la legalidad del apartado (2) de la norma transcrita por la supuesta violación de los artículos 14 y 16 (4) de la Constitución; y el Tribunal desestimó la pretensión concluyendo con las siguientes palabras:

“No encontramos razón alguna para que la regla del apartado (2) no caiga bajo el ámbito del artículo 15(3), ni tampoco infringe los artículos 16(2) o 16(4), que deben interpretarse en armonía con los artículos 15(1) y 15(3). Tanto la reserva como la acción afirmativa son permisibles según el artículo 15(3) en relación con el empleo o con puestos dependientes del Estado. Ambos artículos 15 y 16 fueron redactados con el propósito de crear una sociedad igualitaria. Ambos deben leerse armoniosamente para lograrlo”.

En el plano constitucional, hay que mencionar, por último, el proyecto de reforma presentado por el gobierno en mayo del año 2008, con el título de *Women's Reservation Bill*, por el que se pretende reservar un tercio de todos los escaños para las mujeres en la Cámara del Pueblo del Parlamento de La India y en los Parlamentos de los Estados que integran la Unión federal. La Cámara de los Estados o Cámara Alta aprobó el proyecto en marzo del 2010, pero todavía hoy –octubre de 2013– pende la aprobación de la Cámara del Pueblo. Los argumentos empleados en apoyo de la reforma²⁴ no han conseguido superar la oposición de los líderes de ciertos partidos que ven disminuidas sus probabilidades de resultar elegidos en próximas elecciones, y de algunos representantes políticos de las clases social y económicamente atrasadas.

²⁴ Entre otros, que las mujeres representan la mitad de la población de La India, y que poseen una experiencia biológica y social distinta de la de los hombres, con cuyos intereses, en ocasiones, chocan los suyos propios.

Además de los preceptos constitucionales que autorizan a los poderes públicos a adoptar todas las decisiones que estimen necesarias para acabar en la India con la tradicional desigualdad de la mujer, se han venido aprobando en los últimos años disposiciones de rango legal destinadas simplemente a restaurar la igualdad formal o jurídica en distintos campos. Entre ellas cabe destacar la Ley de Prevención del Tráfico Inmoral de 1956, la Ley de Prohibición de la Dote de 1961, la Ley de Prohibición del Matrimonio Infantil de 2001, la Ley de Técnicas de Diagnóstico de Preconcepción y Prenatales de 2003 y la Ley de Protección de la Mujer contra la Violencia Doméstica de 2005.

De la exposición de las políticas tendentes a eliminar las enormes desigualdades en Estados Unidos y la India pueden extraerse las siguientes conclusiones²⁵:

En Estados Unidos la premisa que subyace en la adopción de las políticas de acción afirmativa es una concepción de la igualdad de tipo formal e individual que pretende proporcionar una igualdad de oportunidades²⁶. Esas medidas son muy recientes, no están constitucionalmente reconocidas y no se permiten en forma de cuotas. Además, han sido objeto de cuestionamiento no sólo por la doctrina, sino en las instancias judiciales, y han producido escasos resultados favorables a los sectores de población concernidos en los ámbitos laboral y educativo, y menos aún en el de la representación en los órganos de gobierno.

En la India, la política de reservas se basa en una concepción de la igualdad que tiene en cuenta al grupo, no a la persona individual, y va dirigida a alcanzar una igualdad de resultados o de hecho²⁷. Las medidas políticas antidiscriminatorias datan del siglo XIX, han sido constitucionalizadas y legalizadas, y su aplicación en los diferentes sectores de la educación pública gratuita, del empleo público y de representación en las instituciones políticas de los distintos ámbitos: nacional, estatal y local, constituye una realidad cotidiana. Castas y tribus tienen asegurada su participación en los órganos políticos de decisión y, a fecha de hoy, la presencia de unos pocos intocables en las elites del liderazgo político y de los partidos políticos es innegable. El remedio parcial de los efectos del sistema de castas mediante la acción afirmativa no ha encontrado, sin embargo, una colaboración efectiva en los aparatos de la Unión y de los

²⁵ Al respecto, el artículo de Ashwini DESHPANDE, "Affirmative Action in India and the United States", p. 23.

²⁶ Jason MORGAN FOSTER analiza el binomio "individual *regarding equality* versus *group regarding equality*", en el artículo "From Hutchings Hall to Hyderabad and Beyond: A Comparative Look at Affirmative Action in Three Jurisdictions", pp. 71-108.

²⁷ Véase la nota anterior.

Estados para poner fin a la discriminación, porque las autoridades ejecutivas no protegen realmente a los sectores más vulnerables de la sociedad, ni promueven un cambio de la mentalidad dominante. Antes al contrario. Por otra parte, el aspecto negativo del éxito de los programas de acción afirmativa es que han terminado por producir el efecto contrario al que se pretendía: en lugar de conducir a la supresión del sistema de castas, ha llevado a su afianzamiento, anquilosamiento y reproducción²⁸. Ahora lo que se reivindica es la identidad de la casta y con la casta, porque a través de la integración de las castas en las listas de clases atrasadas se puede lograr un tratamiento preferente –a todas luces injusto– que, de otro modo, no sería posible.

IV. Los derechos socioeconómicos en Estados Unidos

Si cambiamos nuestro centro de atención a otro campo, como el de los derechos socioeconómicos y culturales, cuyas generalización y garantía, de producirse, haría innecesaria toda política de acción afirmativa, el contraste entre Estados Unidos y la India en lo que respecta a su entendimiento y tratamiento jurídico es sencillamente brutal. Se revelan aquí de forma nítida las distintas concepciones político-sociales de los respectivos países y el abismo que las separa. En Estados Unidos el punto de partida es el individualismo que resulta de una profunda disociación de lo político –o lo público–, y lo privado –o económico–. El Estado, concebido como mero fruto del acuerdo entre los individuos que lo constituyen, no es más que instrumento que debe asegurar fundamentalmente sus vidas, propiedades y libertades. El resto, es decir, la vida social, debe dejarse a su propia evolución, sin alterar su dinámica, siguiendo el viejo eslogan de los fisiócratas: “laissez faire, laissez passer, le monde va de lui même”. El Estado, o los poderes mediante los que se organiza, deben abstenerse hasta donde sea posible de cualquier intervención que suponga inmiscuirse en la autonomía de los individuos.

El *Bill of Rights* de 1791, desde esa perspectiva, no es más que el enunciado legal de una serie de libertades que garantizan la independencia e inmunidad de la esfera privada, a las que conjuntamente se denomina

²⁸ Esto es algo que saben perfectamente en la India, como lo demuestran las palabras del magistrado ponente de la sentencia en el caso *Nagaraj & Others v. Union of India*, resuelto en el año 2006: “La reserva es necesaria para trascender las castas y no para perpetuarlas. Hay que utilizar la política de reserva en un sentido limitado, pues, de otra forma, perpetuará el sistema de castas (“casteism”, en el original) en el país”.

derechos negativos o defensivos, porque son considerados como limitaciones del poder del Estado/Poderes Públicos, que vinculan tan sólo a sus agentes. Es cierto, sin embargo, que el propio documento admite que el pueblo puede ser titular de otros derechos que no aparecen expresamente recogidos en la Declaración; y en este sentido el Tribunal Supremo ha reconocido en sus sentencias otros supuestos derechos fundamentales sin apoyo en texto constitucional alguno, como el derecho a procrear, el derecho al voto, el derecho a viajar de un Estado a otro, el derecho a la intimidad o el derecho de acceso a la jurisdicción. Pero la creación jurisprudencial no ha llegado hasta el extremo de otorgar a los derechos sociales o socioeconómicos la categoría de derechos y, menos aún, la de derechos justiciables y protegibles. La razón es que la constitucionalización de los derechos sociales o socioeconómicos conllevaría cierto grado de intervención o intromisión en la libertad, propiedad e independencia de los individuos, con la finalidad de extraer de la sociedad los medios económicos necesarios para atender a la satisfacción de aquéllos. Ello requeriría, asimismo, un aumento de los aparatos del Estado y de sus competencias, es decir del poder político y de su potencial amenazador. Lo cual, y esto es lo más importante, significaría tanto como el fin de la Constitución norteamericana, concebida esencialmente como una forma de limitación del poder político y de su ejercicio.

Importa insistir en que los estadounidenses siempre han conferido un valor mayor a la libertad y la independencia individuales que a la igualdad, a la que aprecian casi exclusivamente como la disposición de oportunidades iguales para que cada uno por sus propios medios salga adelante, o trate de triunfar o de lograr el éxito. Ello no significa que desconozcan que la cobertura de las necesidades humanas básicas es un requisito previo e indispensable para poder gozar plenamente de las libertades negativas, o ejercer esos derechos defensivos. Porque, realmente, ante la falta de un mínimo vital existencial, esos derechos y libertades –civiles y políticos– pierden importancia o sentido²⁹. Pero eso no ha sido obstáculo para que, en bastantes ocasiones, el Tribunal Supremo estadounidense haya estimado que los derechos socioeconómicos no son objeto de la protección cons-

²⁹ Así lo entendió el presidente Franklin D. Roosevelt en el discurso sobre el Estado de la Unión de enero de 1944, al proponer un segundo *Bill of Rights* que incluía, entre otros, los derechos al trabajo remunerado, a una vivienda decente para cada familia, al cuidado médico adecuado, a una buena educación y a la protección frente a la edad, la enfermedad, los accidentes y el desempleo. Previamente, en 1941, en el Discurso de las Cuatro Libertades, ya había mencionado la libertad de la penuria o la liberación de la necesidad –‘freedom from want’–. Y es que, como dijo el mismo Presidente, “los hombres necesitados no son hombres libres”.

titucional en Estados Unidos³⁰. En concreto, ha mantenido que no existe un amparo constitucional de los derechos al bienestar social, porque:

“no son un derecho fundamental y, por lo tanto, ni el Estado ni el Gobierno Federal tienen obligación alguna de garantizar niveles mínimos de ayuda”. (Lavine v. Miln, 424 U.S. 577, 584 n. 9 (1976)).

Asimismo, el Tribunal Supremo se ha declarado “incapaz de percibir en la Constitución alguna garantía constitucional de acceso a habitáculos de determinada calidad”; porque “la Constitución no prevé remedios judiciales para todo mal económico y social.” Y, ha insistido en:

“ante la ausencia de un mandato constitucional, garantizar una vivienda adecuada y definir las relaciones entre propietarios y arrendatarios son funciones del poder legislativo, no del poder judicial”. (Lindsey v. Normet, 405 U.S. 56, 74 (1972)).

En fin, el Tribunal Supremo ha sentado:

“la educación no se encuentra entre los derechos a los que se haya otorgado una protección explícita según la Constitución Federal”;

y:

“tampoco encuentra fundamento alguno para decir que está implícitamente protegido” (San Antonio Indep. School Dist. v. Rodriguez (411 U.S. 1, 35 (1973))).

Lo paradójico del caso estadounidense es que, mientras la Constitución federal y sus intérpretes más autorizados –los magistrados del Tribunal Supremo– niegan que pueda darse protección constitucional a los derechos económico-sociales y culturales, tanto la política exterior de Estados Unidos, como los Estados miembros en sus territorios respectivos, se han apartado de la interpretación federal. Por lo que se refiere a su actuación en la esfera internacional, Estados Unidos de Norteamérica suscribió en 1979 el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que había entrado en vigor el 3 de enero de 1976; aunque es cierto

³⁰ La excepción sería, al parecer, el derecho a la educación, reconocido como deber impuesto por ley a las autoridades en prácticamente todos los Estados de la Unión. Cfr. al respecto el artículo de Susan H. BITENSKY “Theoretical Foundations for a Right to Education under the US Constitution: A Beginning to the End of the National Education Crisis”, pp. 550-642

que no lo ratificó, para no contraer obligaciones vinculantes. Tampoco, lógicamente, firmó el Protocolo Facultativo del citado Pacto, que aprobó la Asamblea General de las Naciones Unidas en diciembre del año 2008, que regula la posible presentación de denuncias por particulares ante la ONU por la violación de los derechos económicos, sociales y culturales. Y es que los gobiernos de Estados Unidos siguen considerando los mencionados derechos como aspiraciones u objetivos difícilmente merecedores de ser reconocidos como derechos.

Las razones de esa negativa, aparte las aducidas sobre la naturaleza de la Constitución estadounidense a las que me referí más atrás, se han expuesto con detenimiento y en reiteradas ocasiones por la doctrina liberal. A tenor con la misma, el constitucionalismo estadounidense parte de un concepto restringido de los derechos fundamentales, según el cual son instrumentos que:

- a) vinculan solamente al Estado o los poderes públicos –orientación unidireccional y vertical–;
- b) se reconocen exclusivamente a los individuos –naturaleza subjetiva–;
- c) poseen un contenido y límites determinables –concreción– y
- d) son exigibles en caso necesario ante las autoridades judiciales –justiciabilidad–.

Desde esa óptica, carecen de peso y pierden valor las argumentaciones de signo contrario:

- a) en pro de la ‘drittwirkung’ de los derechos –eficacia de los mismos frente a los particulares–;
- b) en favor de los derechos de los grupos o colectivos;
- c) en pro de los derechos ‘sociales’, dada su indeterminación y
- d) a favor de su exigibilidad ante los jueces, dados
 - a) la imposibilidad material de satisfacerlos la mayoría de las veces y
 - b) la incompetencia del poder judicial para hacerlo –o la inconveniencia de que pudiera hacerlo.

Con todo, como he apuntado, algunos Estados de la Unión han aludido en los respectivos textos constitucionales a asuntos sociales, como la educación, la pobreza, la edad, el desempleo y la salud, que han servido de fundamento legal para plantear al gobierno estatal correspondiente las pertinentes reivindicaciones. Más de una decena de Constituciones de esos Estados contienen disposiciones que inciden en el deber de ordenar, requerir o instar a los órganos de gobierno estatales o locales a que creen y sostengan instituciones que amparen a necesitados de variada índole; o a que se aprueben normas para la impartición de enseñanza, la protección

de la salud, etc.³¹. Baste como muestra traer a colación el Estado de Nueva York, cuya Constitución dispone en la sección 1 del artículo XI:

“la Asamblea Legislativa contribuirá al mantenimiento y sostén de un sistema de escuelas comunes en las que puedan educarse todos los niños de este Estado”.

Y la sección 1 del artículo XVII que establece:

“El Estado, a través de sus departamentos y en la manera y con los medios que periódicamente establezca la Asamblea, contribuirá a la ayuda, el cuidado y sostén de los necesitados objeto de la preocupación pública.”

Es lo cierto que, si bien la abrumadora mayoría de las Constituciones de los Estados de la Unión mencionan la educación pública, no lo hacen invocando un pretendido derecho universal a recibirla, sino como una responsabilidad de los gobiernos de los distintos niveles, o como un deber u obligación, o incluso como (¿un derecho?) de un Estado en particular. Lo cual es algo muy distinto de su tratamiento como un derecho social y, por lo tanto, su satisfacción no está garantizada en modo alguno.

V. Los derechos socioeconómicos en la India

En contraposición a la teoría y la práctica de Estados Unidos, los derechos socioeconómicos y culturales son objeto de un tratamiento constitucional y jurisprudencial muy distinto.

La Constitución de la India es una de las constituciones calificadas de ‘transformadora’ –como, por ejemplo, la de Sudáfrica–, porque contiene un explícita declaración del ideal o la meta que deberán perseguir las instituciones que diseña, que no es otra sino remediar, si no acabar, con la desigualdad social generalizada, de hondas raíces en la historia de la India, y construir una sociedad igualitaria. Se ha dicho que la justicia social es la base sobre la que descansa en su integridad el edificio de la Constitución de la India (Krishana Iyer). No es, por lo tanto, una estructura pensada específicamente para delimitar el poder político con el fin de garantizar determinadas libertades consideradas básicas al modo estadounidense. Tampoco se elaboró para fundar una república meritocrática. Su objetivo

³¹ Véase el artículo de Robert DOUGHTEN “Filling Everyone’s Bowl: A Call to Affirm a Positive Right to a Minimum Welfare Guarantees and Shelter in State Constitutions to Satisfy International Standards of Human Decency”, pp. 421-446, y, en particular, la n. 49.

era constituir una democracia política y social a la que se atribuyeron los poderes necesarios para llevar a cabo una política intervencionista y agresiva destinada a alcanzar la igualdad formal y la igualdad real.

Es cierto que la Constitución de la India, siguiendo el modelo occidental, reconoció un conjunto de derechos civiles y políticos como derechos fundamentales –a la vida, a la igualdad, a la libertad de expresión, etc. (título III, artículos 12 al 35). Pero dedicó un título adicional (el IV, artículos 36 a 51) a los denominados Principios Rectores de la Política del Estado, en el que incluyó una serie de derechos sociales, económicos y culturales. Estos principios constituyen, en realidad, un programa enunciado en consonancia la filosofía del Preámbulo, en virtud del cual el Estado

“se esforzará en promocionar el bienestar del pueblo, asegurando y protegiendo tan efectivamente como pueda un orden social en el que la justicia social, económica y política, informe todas las instituciones de la vida nacional” (artículo 38.1).

En concreto,

“el Estado se esforzará en minimizar las desigualdades de renta y procurará eliminar las desigualdades en el estatus, servicios y oportunidades, no solo entre los individuos, sino también entre los grupos que residan en zonas diferentes, o dedicados a ocupaciones diferentes” (artículo 38. 2).

En todo caso, pensando con buen criterio en las dificultades que supondría la aplicación de las disposiciones recogidas en el título IV, los constituyentes tuvieron buen cuidado de precisar:

“no serían justiciables ante ningún tribunal, aunque los principios en él expuestos serían fundamentales en el gobierno del país y deberían ser aplicados por el Estado al elaborar las leyes” (artículo 37).

Uno de esos principios imponía al Estado el deber de

“asegurar que la propiedad y el control de los recursos materiales se distribuyan del modo que mejor sirvan al bien común”,

y de que:

“el funcionamiento del sistema económico no resulte en la concentración de la riqueza y de los medios de producción en perjuicio de todos” (artículo 39 b) y c))³².

³² Esa obligación explica los cambios experimentados por el derecho de propiedad, originariamente incluido en los artículos 19 y 31 –y, por lo tanto, entre los denominados

La relación entre los derechos fundamentales y los principios rectores de la política, insertos ambos en la Constitución, ha variado a lo largo de los últimos treinta años. Lo que inicialmente se percibió por el Tribunal Supremo de la India como una suerte de binomio de normas recíprocamente excluyentes, de rango distinto, y potencialmente irreconciliable, pasó a interpretarse como una conexión entre preceptos complementarios e, incluso, de rango similar, que deberían armonizarse; hasta llegar a concluir que los principios deberían tenerse en cuenta para determinar el ámbito y alcance de los derechos, los cuales no constituyen un fin en sí mismos, sino un medio para un fin, que se especifica en los principios. Se produjo, en definitiva, un cambio en el entendimiento de los derechos constitucionales³³.

Con esa perspectiva integradora, que parte de una lectura de los derechos fundamentales desde la óptica de los principios rectores de la política, el Tribunal Supremo de la India cambió radicalmente el sentido de sus decisiones, al reconocer la faceta socioeconómica de los derechos fundamentales civiles y políticos y, lo que es más relevante, mediante la derivación de estos últimos de algunos derechos económico sociales. El punto de inflexión en este sentido fue la sentencia dictada en el litigio *Maneka Gandhi v. Union of India* (AIR 1978 SC 597), en la que realizó una interpretación expansiva del contenido y connotaciones del artículo 21³⁴.

“La decisión en el caso de *Maneka Gandhi* resultó ser la precursora de una serie de decisiones en las que se interpretaron libérrimamente las concepciones de ‘la vida’ y de ‘la libertad personal’”³⁵.

Así, en la sentencia dictada en el caso *Francis Coralie Mullin v. Union Territory of Delhi* (AIR 1981 SC 746), en el contexto de un litigio sobre los derechos de una persona arrestada en virtud de una ley de 1974 sobre contrabando, el Tribunal Supremo por boca del juez Bhagwati sentó *obiter dicta* la doctrina siguiente:

derechos fundamentales— y, posteriormente, degradado a la categoría de derecho constitucional no fundamental por la Enmienda Cuadragésimo Cuarta, de 1978.

³³ Sirvan de ratificación de lo expuesto las palabras que escribió el magistrado del TS indio Jeevan Reddy en el litigio *Unni Krishnan, J.P. v. State of Andhra Pradesh* (AIR 1993 SC 2178): “Las disposiciones de los Títulos III y IV no son excluyentes, sino que se completan y complementan, y los derechos fundamentales son un medio para alcanzar la meta señalada en el Título IV”.

³⁴ El artículo 21 reza: “Nadie será privado de su vida ni de su libertad personal, excepto de acuerdo con el procedimiento establecido por la ley”.

³⁵ Justice K.G. BALAKRISHNAN, “Growth of Public Interest Litigation in India”, p. 23.

“el derecho fundamental a la vida, que es el derecho humano más precioso y que constituye el arco de todos los otros derechos, debe, por lo tanto, interpretarse con espíritu amplio y expansivo para dotarlo de significación y vitalidad perdurables que realcen la dignidad del individuo y el valor de la persona humana. Creemos que el derecho a la vida –del artículo 21– comprende el derecho a vivir con dignidad humana y todo lo que ello significa, es decir, las necesidades elementales de la vida, tales como una alimentación adecuada, vestimenta y techo sobre la cabeza y facilidades para leer, escribir y expresarse de diversas formas, moverse libremente y mezclarse con otros seres humanos”.

Y añadía:

“La magnitud e ingredientes de este derecho dependerá del estadio de desarrollo económico del país, pero en cualquier caso incluye las meras necesidades vitales y el derecho a desempeñar las funciones y actividades que constituyan la mínima expresión del ser humano”.

Con posterioridad, en el caso de *Olga Tellis v. Bombay Municipal Corporation* (AIR 1986 SC 180), y como consecuencia del escrito presentado por un periodista en representación de cientos de personas que vivían en la calle y a las que se iba a desalojar para edificar una construcción, el TS estimó el derecho de los sin techo al sustento y al alojamiento como una extensión de la protección del derecho a la vida y a la libertad, y ordenó detener el desalojo. En otro posterior, *Shantisar Builders v. Narayanan Khimalal Totame* (AIR 1990 SC 630), el mismo Tribunal admitió:

“El derecho a la vida del artículo 21 incluye el derecho a recibir alimento, vestido, un entorno decente y un alojamiento razonable en el que vivir”.

Y añadió:

“Es menester tener clara la diferencia entre la necesidad de cobijo de un animal y la de un ser humano. Para el animal significa la mera protección de su cuerpo; para un ser humano significa un alojamiento apropiado que le permita crecer en todos los sentidos: físico, mental e intelectual”.

El desarrollo de esa jurisprudencia se ha debido principalmente a un nuevo instituto denominado PIL³⁶ y también, más propiamente ha-

³⁶ La Litigación en Interés Social o Público de la India no es asimilable a la figura de la ‘Public Interest Litigation’ que se desarrolló en Estados Unidos años antes, a la que se refirió Abram Chayes en la *Harvard Law Review* en su artículo “The Role of the Judge in Public Law Litigation”, pp. 1281 y ss. La PIL nos trae a la memoria la Acción Popular vigente en España, restringida al ámbito penal y sometida a condicionantes y críticas por

blando, SIL³⁷. La litigación “en interés público o social” es una práctica del Tribunal Supremo de la India, seguida por los Tribunales Supremos de los Estados, nacida en el contexto del activismo judicial de la década 1970-1980, para afrontar la solución de problemas que afectaban a la generalidad, o al bien común, y para proteger los intereses de los sectores sociales más deprimidos. En 1981 el magistrado del Tribunal Supremo Prafullachandra N. Bhagwati, con ocasión del juicio *S. P. Gupta v. Union of India* (AIR 1982 SC 149), describía así la litigación en interés público:

“Cuando se causa un daño o lesión a una persona o a determinada clase de personas mediante la violación de cualquier derecho, o se le impone una carga conculcando una disposición legal o constitucional, o sin autoridad, o se les amenaza con dichos daño, lesión o carga ilegal, y esa persona o clase de personas no pueden, por razón de la pobreza, el desamparo, la incapacidad, o su situación económica o social, demandar el auxilio judicial, cualquier miembro del público puede presentar una solicitud de instrucción, orden o mandamiento ante el Tribunal Superior (del Estado), al amparo del artículo 226 y, en el caso de infracción de derechos fundamentales de esas personas o clases de personas, ante este Tribunal (Supremo), en virtud del artículo 32, a fin de solicitar la enmienda o reparación del daño o lesión causados”³⁸.

“Las actuaciones de dichos Tribunales en ese tipo de litigios han desempeñado un papel central en la exigencia de responsabilidad a los poderes públicos, la promoción de las libertades civiles, los derechos de los trabajadores, la justicia de ‘género’, la conservación del medio ambiente y la garantía de los derechos socioeconómicos al alojamiento, la salud y la educación entre otros”³⁹.

políticos y seudoprogresistas; y también nos recuerdan otras acciones públicas de alcance limitado, en determinados ámbitos de la actividad administrativa (urbanismo, medio ambiente, patrimonio histórico y costas). A este respecto puede verse el artículo de M^a Pilar TESO GAMELLA, “Legitimación y acción popular. Novedades jurisprudenciales”, pp. 71 y ss.

³⁷ Vid. Upendra BAXI, “Taking Rights Seriously: Social Action Litigation in the Supreme Court of India”, pp. 107-132.

³⁸ En el mismo sentido, el Tribunal Supremo en la resolución del caso *Bandhua Mukti Morcha v. Union of India* (AIR 1984 SC 802), explicó la PIL con estos términos: “[...] Cuando una persona o grupo de personas a las que se les ha causado un daño legal por violación de un derecho fundamental, es incapaz de demandar la actuación judicial para su reparación por razón de pobreza, incapacidad, o situación de desventaja social o económica, cualquier persona que proceda de buena fe podrá instar la intervención del Tribunal de acuerdo con el artículo 32 y, *a fortiori*, con el artículo 226, de manera que los derechos fundamentales tengan significación no solo para los ricos que poseen los medios para acceder a los tribunales, sino también para las masas de gentes que viven una vida de carencia e indigencia, y que son incapaces de impetrar el auxilio judicial por falta de decisión, de conocimiento y de recursos”.

³⁹ *Ibid.*

El primer caso de litigación en interés público fue el conocido *Hussainara Khatoon v. State of Bihar* (AIR 1979 SC 1360), desencadenado por Kapila Hingorani, un abogado que presentó un recurso a raíz de la publicación de varios artículos en el diario *Indian Express* que denunciaban el estado penoso de millares de detenidos pendientes de juicio, o que ya habían cumplido sus penas. Como consecuencia de este juicio se reconoció el derecho a una justicia rápida y se decretó la libertad de más de cuarenta mil personas. Desde entonces, la litigación en interés público o social se ha convertido en una actuación legal habitual.

Las características de este procedimiento son fundamentalmente tres: en primer término, la supresión del requisito de la legitimación activa, en el sentido de que no es necesario ser titular de un derecho o de un interés legítimo, sino que cualquier persona física o jurídica actuando de buena fe puede instar la intervención judicial en defensa del bien común o del interés social; en ocasiones, es el tribunal *suo moto* el que inicia el procedimiento, porque el asunto susceptible de tutela judicial llega a su conocimiento a través de la prensa o de una simple carta⁴⁰. En segundo lugar, la ausencia del principio de contradicción, lo que significa que no se trata de impartir justicia en un conflicto entre dos partes, una que reclama algo a otra, y otra que se opone a la pretensión de la primera. Su naturaleza no encaja en lo que es un pleito común en el ámbito contencioso –civil o penal–. Estamos más bien ante un esfuerzo de colaboración entre el demandante, el Estado o poder público concernido, y el tribunal, destinado sobre todo a garantizar la satisfacción de necesidades o derechos de sectores especialmente vulnerables de la sociedad. En tercer lugar, en este procedimiento, el órgano judicial deja de ser un mero árbitro receptor de las reclamaciones de las partes y el emisor de una decisión final ajustada a derecho, y se transforma en un sujeto activo. Como tal, impulsa el proceso, recaba información, busca el asesoramiento de *amici curiae*, nombra, si lo estima conveniente, comisiones ad hoc para cada caso, dicta instrucciones y monitoriza su ejecución. En el ejercicio de su jurisdicción, se sirve de cuantos medios le atribuyen las leyes procesales: diligencias informativas y de orientación, oficios, notificaciones, dictadas en la forma de providencias o de autos, mandamientos varios y, finalmente, de la sentencia⁴¹.

⁴⁰ “La práctica de iniciar procedimientos partiendo de cartas ya se ha perfilado y se ha descrito con la expresión ‘jurisdicción epistolar’. BALAKRISNAN, *op. cit.*, p. 23

⁴¹ El artículo 142 de la Constitución de la India, sobre cumplimiento de las órdenes y autos del Tribunal Supremo, dispone: “1° En el ejercicio de sus funciones, el Tribunal Supremo podrá dictar los autos y órdenes necesarios para *hacer justicia plena* en cualquier causa o asunto que se tramite ante él, y dichas órdenes serán de cumplimiento obligatorio en todo el territorio de la India del modo que disponga por ley el Parlamento y, hasta que así se haga, de la manera que establezca por orden el Presidente”.

Entre otras funciones, la litigación en interés social en la India forma parte de una estrategia global adoptada para mejorar las condiciones de vida de amplios sectores de población, a través de un reconocimiento efectivo a las personas individuales de los derechos económico-sociales esenciales: a la nutrición o sustento, al alojamiento, a la atención médica y a la educación. Pretende hacer realidad la letra de los textos constitucionales y de las declaraciones de convenios y tratados internacionales mediante la configuración de las necesidades básicas como derechos públicos subjetivos justiciables. La litigación en interés social es el resultado del denominado activismo judicial de algunos magistrados de los órganos superiores de administración de justicia. Lo cuestionable, empero, no es la litigación en interés social en cuanto tal, sino la extralimitación de las funciones judiciales producida al amparo de la misma, que, como tal, puede ser objeto de varias críticas, entre las que se nos ocurren las siguientes:

- La Constitución de la India, como ya he comprobado más atrás establece claramente que los Principios Rectores –que enuncian los derechos económico-sociales– no son justiciables (artículo 37). Este precepto, no obstante las numerosísimas reformas de la Constitución llevadas a cabo hasta la fecha, no se ha modificado. En consecuencia, dado que los jueces carecen de competencia para reformar la Constitución, al asumir las que no les corresponden están usurpando el poder atribuido expresamente por el artículo 368 al Parlamento –con la colaboración de los Parlamentos de los Estados en algunos supuestos–.
- El apartado VIII del anexo tercero a la Constitución de la India establece la fórmula del juramento o de la declaración que deberán prestar los jueces de un Tribunal Superior, en virtud de los cuales deberán observar con fidelidad y lealtad la Constitución como dispone la ley, y defender la Constitución y las leyes. Evidentemente, faltan al juramento en la medida en que se arrogan competencias que no les corresponden.
- Tanto el Tribunal Supremo de la India como los Tribunales Superiores de los Estados han ignorado reiteradamente los principios de la supremacía de la Constitución, y de la democracia popular, que el mismo Tribunal Supremo ha venido considerando como rasgos de ‘la estructura básica de la Constitución’ y, por ende, cláusulas intangibles de la misma.
- El activismo del poder judicial en la India le ha llevado de hecho a marcar la dirección político-social de la nación, asumiendo funciones y ejerciendo competencias que no son propias de jurisdicción alguna en el mundo.

Frente a la opinión expuesta, un sector doctrinal de gran autoridad y prestigio ha destacado la enorme contribución del Tribunal Supremo de la India a la democracia y ven con buenos ojos la práctica conversión del mismo en una institución de gobierno que ‘hace política’ en distintos ámbitos. En realidad:

“resulta difícil pensar en una sola cuestión de relevancia política en la que los tribunales de la India no hayan dejado su impronta” [...] “La debilidad del proceso político ha proporcionado un suelo fértil para el activismo judicial (y) en muchos casos el poder ejecutivo casi ha invitado al judicial a desempeñar un papel de conductor”. [...] Activismo judicial que “está justificado en la medida en que ayuda a preservar las instituciones y valores democráticos”. [...] Si los jueces emplean su poder en restaurar la integridad del proceso democrático, para dotar de mayor significado a nuestros derechos (incluyendo los socioeconómicos), y para promover el interés público, entonces un poder judicial asertivo puede ser a la vez un escudo y una espada para la democracia”⁴².

Con todo, la actuación de los órganos superiores del Poder Judicial en la India en materia de política social es, en nuestra opinión, una práctica inadecuada –por su carácter dudosamente constitucional–, y un remedio insuficiente –porque alivia los efectos de la desigualdad, pero no solventa el problema de la discriminación. No compete a los tribunales, sino al Estado y a sus órganos de las instancias ejecutiva y legislativa emprender, para alcanzar los objetivos fijados en el Preámbulo, una política continuada de transformación social que contribuya, al menos, a paliar las consecuencias del sistema de castas, al tiempo que posibilite y estimule un cambio de la ideología-mentalidad dominante. Labor esta extremadamente difícil por lo arraigado de las creencias y porque, en la realidad cotidiana,

“la aplicación-ejecución de las leyes del Estado y la maquinaria administrativa ha operado –y sigue operando– de acuerdo con el principio jerárquico de la casta”⁴³.

Como ya expuso el Dr. Bhimrao R. Ambedkar en el discurso que dirigió a la Asamblea Constituyente el 25 de noviembre de 1949, el sistema político de la India afronta desde su creación una contradicción que parece insalvable:

⁴² Pratap B. MEHTA, “India’s Unlikely Democracy: The Rise of Judicial Sovereignty”, pp. 79-80.

⁴³ NARULA, *op. cit.*, pp. 255-343.

“Debemos hacer de nuestra democracia política una democracia social. La democracia política no puede durar a menos que se sustente en una democracia social. ¿Qué quiere decir democracia social? Significa un modo de vida que reconoce como principios vitales la libertad, la igualdad y la fraternidad [...]. El 26 de enero de 1950 vamos a entrar en una vida de contradicciones. En política tendremos la igualdad, y en la vida económica y social tendremos desigualdad. En política reconoceremos el principio un hombre-un voto y un voto-un valor. En nuestra vida económico-social, continuaremos, por razón de nuestra estructura económica y social, rechazando el principio un hombre-un valor. ¿Cuánto tiempo continuaremos viviendo esta vida de contradicciones? ¿Cuánto tiempo seguiremos negando la igualdad en nuestra vida social y económica? Si lo hacemos durante mucho tiempo, pondremos en peligro nuestra democracia política. Debemos superar esta contradicción lo antes posible, porque, de otra forma, aquellos que sufren la desigualdad harán saltar la estructura de la democracia política que esta Asamblea ha construido con tanto esfuerzo”.

Esa contradicción es la misma que otros estudiosos formulan con otras palabras, contraponiendo la Constitución escrita a la ‘no escrita’, la igualdad formal a la mentalidad jerárquica socialmente predominante, las disposiciones constitucionales a las normas consuetudinarias del sistema de castas y de la intocabilidad y, en definitiva, la sumisión del ‘rule of law’ al ‘rule of caste’, con la peculiaridad de que el gobierno del régimen de castas y de la intocabilidad forma parte del ‘orden natural’ de las cosas⁴⁴.

Bibliografía

- BAKSHI, Peter M., *La Constitución de la India*, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2013.
- BALAKRISHNAN, Justice K.G., “Growth of Public Interest Litigation in India”, in *Singapore Academy of Law*, Singapore, 2008.
- BARTOLI, Celia, “Affirmative Action in India: Redistribuzione di Beni e creaciones di Identita”, in *Política del Diritto*, anno XL, N° 3, Mulino, 2009.
- BAUMAN, Zygmunt, *La globalización. Consecuencias humanas*, 2ª ed., México, FCE, 1999.
- BAXI, Upendra, “Taking Rights Seriously: Social Action Litigation in the Supreme Court of India”, in *Third World Legal Studie*, N° 6, vol. 4, Valparaíso, 1985.
- BELZ, Herman, *Equality Transformed: A Quarter-Century of Affirmative Action*, New Brunswick, Transaction Publishers, 1991.

⁴⁴ Véase el trabajo citado en la nota anterior.

- BITENSKY, Susan H., “Theoretical Foundations for a Right to Education under the US Constitution: A Beginning to the End of the National Education Crisis”, in *Northwestern University Law Review*, N° 86, Michigan, 1991-1992.
- BUENO, Gustavo, *La vuelta a la caverna. Terrorismo, guerra y globalización*, Barcelona, Ediciones B, S.A., 2005.
- CALVÈS, Gwénaële, *L’Affirmative Action dans la Jurisprudence de la Cour Suprême des États-Unis*, Paris, L.D.G.J, 1998.
- CHAYES, Abram, “The Role of the Judge in Public Law Litigation”, in *Harvard Law Review*, vol. 89, N° 7, Harvard, 1976.
- CHoudRY, Sujit, *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge, Cambridge University, 2006.
- DESHPANDE, Ashwini, “Affirmative Action in India and the United States”, in *Equity and Development. World Development Report*, Washington D.C, 2006.
- DOUGHTEN, Robert, “Filling Everyone’s Bowl: A Call to Affirm a Positive Right to a Minimum Welfare Guarantees and Shelter in State Constitutions to Satisfy International Standards of Human Decency”, in *Gonzaga Law Review*, vol. 421, Washington D.C, 2003-2004.
- DUMONT, Louis, *Homo Aequalis. Génesis y apogeo de la ideología económica*, Madrid, Taurus Ediciones, 1982.
- ENTERRIA, Álvaro, *La India por dentro*, 6ª ed., Madrid, Olañeta, 2014.
- FEAGINS, Ken, “Affirmative Action or the Same Sin”, in *Denver University Law Review*, vol. 67, Denver, 1990.
- GARCÍA PELAYO, Manuel, “Introducción al estudio de los derechos del hombre”, en *Obras Completas*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, vol. III.
- GUÉNON, René, *Autoridad espiritual y poder temporal*, Barcelona, Paidós, 2001.
- HAY, Stephen, *Sources of Indian Tradition*, 2ª ed., New York, Columbia University Press, 1998, vol. II.
- KUMAR V, Santhosh, *Social Justice and the Politics of Reservation in India*, New Delhi, Mittal Publications, 2008.
- MEHTA, Pratap B., “India’s Unlikely Democracy: The Rise of Judicial Sovereignty”, in *Journal of Democracy*, vol. 18, N° 7, Baltimore, 2007.
- MORGAN FOSTER, JASON, “From Hutchings Hall to Hyderabad and Beyond: A Comparative Look at Affirmative Action in Three Jurisdictions”, in *Washington and Lee Journal of Civil Rights and Social Justice*, Washington, 2006.
- MÜLLER, Max, “La emigración de las fábulas”, en Max Müller, *Mitología comparada*, Barcelona, 1988.
- NARULA, Smita, “Equal by Law, Unequal by Caste: The ‘Untouchable’ Condition in Critical Race Perspective”, in *Wisconsin International Law Journal*, N° 8-30, vol. 26, New York, 2008.
- OLANETA, José J. de, *La India por dentro*, 8ª ed., Palma de Mallorca, Indica Books, 2011.

- PANDIT, Sameer, "M. Nagaraj v. Union of India: Legal and Theoretical Reflections", in *Journal of the Indian Law Institute*, vol. 49, New Delhi, 2007.
- RADHAKRISNAN, Sarvepalli, *Eastern Religions and Western Thought*, New Delhi, Oxford University Press-Oxford India Paperback, 1991.
- TESO GAMELLA, María Pilar, "Legitimación y acción popular. Novedades jurisprudenciales", en *Cuadernos de Derecho Público*, N° 36, Madrid, 2009.

Estudios
sobre instituciones administrativas

NATURALEZA JURÍDICA
DE LOS ENTES ADMINISTRATIVOS
AERONÁUTICOS EN CHILE
Y LA FIGURA DEL COMANDANTE
DE LA AERONAVE

LEGAL NATURE OF THE CHILEAN AVIATION
ADMINISTRATIVE AGENCIES
AND THE AIRCRAFT COMMANDER

*Sergio Cea Cienfuegos**

*Patricio Morales Contardo***

Resumen

Los autores abordan la naturaleza jurídica de los entes administrativos que en Chile regulan la actividad aeronáutica. Por una parte, la Junta de Aeronáutica Civil cuya misión está orientada a la dirección superior de la aviación comercial en el país, y por la otra, la Dirección General de Aeronáutica Civil, cuyos cometidos se enfocan en la protección de la seguridad aérea de la aviación civil en su conjunto y la dirección y administración de los aeródromos públicos y de los servicios de ayuda a la navegación aérea. Asimismo, se analiza la figura jurídica del comandante de aeronave y sus peculiaridades.

Palabras claves: Derecho Aeronáutico, Derecho Administrativo, servicio público, comandante de aeronave.

Abstract

The authors address the legal nature of the administrative authorities in Chile to regulate aviation activity. On the one hand the Civil Aeronautical Board whose mission is geared to senior management of commercial

* Magister en Derecho Universidad de Chile. Profesor Facultad de Derecho Universidad del Desarrollo. Artículo recibido el 16 de diciembre de 2013 y aceptado para su publicación el 3 de marzo del 2014. Correo electrónico: sergioceac@gmail.com

** Licenciado en Ciencias Jurídicas Universidad de Chile. Correo electrónico: pmorales@gmail.com

aviation in the country, and on the other, the Directorate General of Civil Aviation, whose responsibilities are focused on the protection of air safety in aviation civil as a whole and the management and administration of public aerodromes and support services for air navigation. Also, there is an analysis of the special characteristics of the legal figure of the Commander of the Aircraft.

Key words: Aviation Law, Administrative Law, Public Service Administration, Aircraft Commander.

Al estudiar la estructura del sistema aeronáutico chileno, se destaca inmediatamente la intervención que el Estado ejerce para definir su conformación y regular las condiciones para el desarrollo y control de las diversas actividades que se originan en esta materia.

Así lo señala Álvaro Bauzá Araujo:

“El reglamentarismo del Derecho Aeronáutico es una consecuencia de la necesidad que tiene el Estado de controlar la actividad aeronáutica a los efectos de su normal y correcto ejercicio”¹.

Por una parte, el Estado interviene a través de sus órganos en este ámbito de la actividad humana en todo el mundo a fin de que el uso del espacio aéreo se realice de manera segura.

Pero además el Estado se involucra, como en varias otras actividades económicas, para regular la aviación comercial, estableciendo pautas o directrices a los actores aeronáuticos que realizan el transporte y los trabajos aéreos de carácter remunerado.

Ambas funciones no son otra cosa que la pretensión del Estado de crear las condiciones necesarias para obtener el bien común. Así lo señala el destacado especialista en Derecho Aeronáutico, el argentino Federico Videla Escalada:

“...el Estado actúa, en estos casos, en el pleno ejercicio de sus facultades de gestor del bien común, dotado de autoridad y en ejercicio del poder, al intervenir en una actividad muy compleja y donde las posibilidades de los particulares son, en ocasiones, muy limitadas”².

En el ordenamiento jurídico chileno se constata la existencia de dos entidades públicas, la Junta de Aeronáutica Civil, cuya misión está

¹ Álvaro BAUZÁ ARAUJO, *Tratado de derecho aeronáutico*, p. 37.

² Federico VIDELA ESCALADA, *Manual de Derecho Aeronáutico*, p. 84.

orientada a la dirección superior de la aviación comercial en el país, y la Dirección General de Aeronáutica Civil, cuyos cometidos se enfocan en la protección de la seguridad aérea de la aviación civil en su conjunto y la dirección y administración de los aeródromos públicos y de los servicios de ayuda a la navegación aérea.

El artículo 183 del *Código Aeronáutico* señala que la mención a “la autoridad aeronáutica” que realiza dicho *Código* debe entenderse hecha a la Dirección General de Aeronáutica Civil, a menos que expresamente se refiera a la Junta de Aeronáutica Civil.

De la sola lectura de este texto se infiere entonces que dos organismos administrativos diferentes podrían recibir la denominación de “autoridad aeronáutica”, lo que hace necesario establecer la naturaleza jurídica y el ámbito de atribuciones de ambas instituciones.

Como veremos más adelante, la dualidad de organismos administrativos distaría de ser una ventaja, lo que obliga a realizar un análisis crítico del sistema que ambos conforman.

Ya en 1977 el abogado Enrique Prieto Ravest enjuiciaba directamente lo que denominaba “una cierta vacilación legal en cuanto al rol que deben jugar las autoridades aeronáuticas chilenas”³.

Y sus asertos no dejan de tener fundamento principalmente en cuanto a la evolución legislativa, con diferentes cuerpos legales que lentamente fueron cubriendo los distintos ámbitos de regulación, tanto de la DGAC como de la JAC.

No tuvo lugar, como era deseable, una unificación legislativa que produjera uno o a lo sumo dos cuerpos legales orgánicos, para regular todos los aspectos jurídicos que involucren a la JAC y a la DGAC.

Un tópico a discutir es a cuál de estos dos organismos administrativos le corresponde con propiedad el título de autoridad aeronáutica en Chile, lo que origina una respuesta basada principalmente en la función que estimamos más trascendente respecto de todas aquéllas que le son propias a todo órgano que ejerza ese rol en cualquier parte del mundo.

Con todo, no parece discutible que, al menos, ambos órganos administrativos efectivamente ejercen facultades propias de una autoridad aeronáutica⁴.

Luego, y a propósito de la autoridad administrativa que ejerce potestades públicas como consecuencia de satisfacer necesidades públicas, revisaremos la especial figura jurídica del comandante de aeronave, un

³ Enrique PRIETO RAVEST, “Revisión y actualización de la legislación aeronáutica internacional y nacional”, p. 39.

⁴ *Ibid.*

concepto que tiene una identidad privada y no pública, pero que, sin embargo, y por las particularísimas circunstancias que se viven a bordo de una aeronave, recibe atribuciones que son propias de un funcionario público, dependiente de la administración del Estado. Esta circunstancia, creemos, no ha sido debidamente considerada en la doctrina nacional.

1. *La JAC*

Revisando el DFL N° 241, de fecha 6 de abril de 1960, que fusiona y reorganiza diversos servicios relacionados con la aviación civil, podemos advertir que la JAC se formó mediante la unión de dos servicios preexistentes, la Junta de Aeronáutica Civil, creada por Decreto Supremo N° 42 de 20 de enero de 1948, y la Junta Permanente de Aeródromos, creada por DFL N° 343 de 1953. Señala el artículo 1° del referido DFL N° 241 que la JAC depende del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones.

El mismo DFL N° 241 en su artículo 2° indica que las atribuciones de la Dirección de Aeronáutica se conforman a partir de la fusión de las facultades de la Dirección de Aeronáutica entregadas a este organismo por el DFL N° 129 de 1953 y el decreto supremo N° 407 (aviación) de 28 de mayo de 1954, con las competencias que le correspondían a la Dirección de Tránsito Aéreo de la Fuerza Aérea de Chile.

Respecto de la JAC, el artículo 1° del DFL N° 241 citado señala que ella depende del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones y esta determinación legal referida a su dependencia orienta acerca de su naturaleza jurídica. Es un organismo colegiado, compuesto por siete miembros, que no tiene personalidad jurídica ni patrimonio propio y que se encuentra encuadrado en la estructura orgánica del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones.

1.1. *LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA JAC*

El sitio oficial en Internet de la JAC señala:

“La Junta de Aeronáutica Civil es un servicio público creado por ley cuya organización y atribuciones se encuentran establecidas en D.F.L. N° 241, de 1960, del Ministerio de Hacienda”⁵.

⁵ Disponible en www.jac-chile.cl/quienes-somos.html. Consultada el 15 de diciembre del 2013.

Agrega el sitio referido:

“Es un órgano administrativo pluripersonal compuesto por: El Consejo, que es un órgano resolutorio, de composición interministerial y presidido por el Ministro de Transportes y Telecomunicaciones, y la Secretaría General como órgano ejecutivo, cuyo jefe de servicio es el Secretario General”.

A partir de estas afirmaciones, trataremos de establecer la naturaleza jurídica de este organismo, cuyas peculiaridades permiten cuestionar si cumple o no con los requisitos que la ley y la doctrina establecen para considerarlo un servicio público.

A este respecto debemos señalar que la Constitución Política de la República se refiere a la actuación de los órganos del Estado, en sus artículos 6° y 7° referidos a los principios de supremacía constitucional y juridicidad o legalidad, respectivamente. Sin embargo, no provee de una definición del concepto de “órganos del Estado”, que utiliza en ambas disposiciones.

Por su parte, el artículo 1° inciso segundo de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración, señala que la Administración del Estado:

“...estará constituida por los Ministerios, las Intendencias, las Gobernaciones y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa...”.

A su turno, el artículo 2° de la citada Ley N° 18.575 establece el denominado “principio de legalidad en materia administrativa”, al señalar que los órganos de la administración del Estado “someterán su acción a la Constitución y las leyes”.

El artículo 28 de la mencionada Ley de Bases Generales de la Administración del Estado señala que los servicios públicos son órganos administrativos encargados de satisfacer necesidades colectivas, de manera regular y continua. Agrega la norma que estará sometido a la dependencia o supervigilancia del Presidente de la República a través de los respectivos ministerios.

En el caso que nos ocupa, la JAC es un órgano administrativo colegiado que tiene varios miembros y que es “presidido” por un ministro de Estado, el ministro de Transportes y Telecomunicaciones.

Ahora bien, la competencia de la JAC se encuentra precisamente en el artículo 6° del DFL N° 241 de 6 de abril de 1960. Recordemos que la competencia es un factor básico entre los elementos de un órgano de la administración del Estado. El profesor Eduardo Soto Kloss la define como:

“La competencia en materia administrativa implica ese conjunto de poderes jurídicos que el ordenamiento (Constitución y normas dictadas en su conformidad, artículo 6° inciso 1°), específicamente la ley, ha atribuido al titular de un órgano para desarrollar o cumplir adecuadamente la función administrativa y satisfacer así cumplidamente las necesidades públicas”⁶.

Además, es un órgano que no actúa permanentemente, sino que se convoca para una fecha y hora determinada, oportunidad en la que sesiona y adopta sus acuerdos para dar cumplimiento a los cometidos que en el artículo 6° del DFL N° 241 se asignan al mencionado ente administrativo colegiado. Como puede apreciarse, la naturaleza de esta convocatoria ocasional pone inicialmente en entredicho que éste sea un servicio público en una concepción tradicional, donde prima el principio de la continuidad, que exige una actuación continua, permanente y regular.

Jorge Bermúdez Soto, al referirse al concepto legal de servicio público contenido en la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, señala que los caracteres que debe tener un servicio público son: generalidad, uniformidad, continuidad, permanencia y regularidad:

“Atendiendo a que la finalidad del servicio público es la de satisfacer una necesidad de interés general o pública de forma inmediata es que éste se rige por un régimen jurídico especial que permita la generalidad, uniformidad, continuidad, permanencia y regularidad de la prestación del servicio. En este punto es necesario señalar que las características enumeradas no sólo corresponden a aquellas que podemos extraer de las disposiciones legales antes citadas, sino que además representan las cualidades que, desde el punto de vista teórico, todo servicio público debería tener”⁷.

Respecto de la regularidad, el autor citado expone que ella no corresponde a la idea de regularidad en el tiempo, sino un concepto de legitimidad, respecto a la sumisión que el servicio público debe tener a reglas positivas preestablecidas.

Por su parte, respecto de la continuidad, expresa que corresponde al principio de que el servicio público no puede interrumpirse, y que debe ser prestado cada vez que se requiera. Aclara que ello: “...no quiere decir que el servicio se preste siempre, sino cada vez que se requiera”.

Estas ideas refuerzan la idea de que la JAC es efectivamente un servicio público, porque la regularidad y continuidad en la satisfacción de una necesidad colectiva, en la especie, es básicamente ejercer la dirección de

⁶ Eduardo SOTO KLOSS, *Derecho Administrativo. Temas fundamentales*, p. 366.

⁷ Jorge BERMÚDEZ SOTO, *Derecho Administrativo General*, p. 166.

la aviación comercial del país. Ello no implica un continuo absoluto, sino que se preste el servicio que efectivamente se requiera y cuando se solicite.

Germán Boloña Kelly, cuando se refiere a un contenido esencial del Derecho Administrativo como es el servicio público, estima que aquél está constituido por tres elementos:

“–un ente administrativo, compuesto de agentes y recursos materiales;
–un fin público, cual es la satisfacción de una necesidad colectiva, y –la sujeción a un régimen jurídico especial de derecho público”⁸.

En este punto podríamos aseverar que la JAC, al estar encuadrada dentro de la orgánica de un ministerio, como es el de Transportes y Telecomunicaciones, es un ente administrativo colegiado que depende jerárquicamente e integra la estructura orgánica del Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones del cual es parte. No obstante, no podemos afirmar que sea requisito para ser considerado un órgano administrativo el ser autónomo, pues existe un sinnúmero de entes administrativos que tienen relación de dependencia administrativa, funcional o económica con otros servicios o entes públicos, sin perder por ello su calidad de servicio público.

En cuanto al personal que la compone, las plantas de la JAC son fijadas por ley, en este caso por la Ley N° 19.254.

En lo referente a los recursos con que cuenta, éstos son asignados mediante el presupuesto de la nación. En efecto, en la Ley de Presupuesto 2013, encuadrada dentro del presupuesto asignado al Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, partida 19, capítulo 03, se encuentra el presupuesto asignado a la JAC.

En lo que concierne al fin público, éste se identifica con la misión que la ley le asigna, a través del artículo 3° del DFL N° 241, cual es la “dirección superior de la aviación civil en el país”. Finalmente, en lo que respecta a la sujeción a un régimen jurídico especial de Derecho Público, se ha señalado que existe una norma de rango legal, el propio DFL N° 241, que crea la JAC y que además le asigna sus deberes y atribuciones que se encuentran contenidos en el artículo 6° del referido DFL N° 241.

Concordando con las ideas expresadas, Gladys Camacho Cépeda, en su *Tratado de Derecho Administrativo. La actividad sustancial de la administración del Estado*, al abordar la noción de servicio público señala lo siguiente:

“Los criterios para identificar un servicio público fueron precursoramente enunciados por la Corte Suprema, la que desde las primeras décadas del

⁸ Germán BOLAÑA KELLY, *Organización administrativa*, p. 255.

siglo XX hacia radicar la calidad de organismo público en el hecho de que la entidad se financiara con fondos fiscales. Hacia 1950, la Corte precisó, en sentencia de 21 de agosto, que los atributos que hacían que una persona fuera de derecho público eran los siguientes: “a) Que la persona jurídica esté dotada de potestades públicas (atributo que jurídicamente se llama imperio); b) que esté destinada a realizar fines de interés colectivo (fin público); c) que para dicha realización disponga de recursos materiales que deben ser proporcionados por la colectividad cuyos intereses va a servir (por los componentes de la nación); d) que esté sujeta a un régimen jurídico especial en su organización, administración y funcionamiento, y e) que tenga representante legal que intervenga en su nombre, judicial y extrajudicialmente”⁹.

Posteriormente, la Corte Suprema, en sentencia de 1959, al referirse a los requisitos que debe reunir un servicio público, expresa que éstos son cuatro. A saber:

- “a) que haya una necesidad pública que se trata de satisfacer de manera regular y continua;
- b) que se instituya para realizar esa función el número necesario de agentes jerarquizados;
- c) que se disponga de bienes o recursos económicos destinados a cumplir su cometido, y
- d) que se rija por un sistema jurídico especial”¹⁰.

Por su parte, la Contraloría General de la República, en dictamen de 29 de septiembre de 1970, indicaba:

“Los Servicios Públicos se encuadran dentro del sector fiscal o de administración central y del sector autónomo o de administración descentralizada, según la personalidad jurídica que los habilite para actuar y atendiendo a la naturaleza de sus recursos. Así, son servicios fiscales o de administración central los que actúan bajo la personalidad jurídica del Fisco, del Estado en sentido restringido. Son entes autónomos o de administración descentralizada, los servicios públicos que tienen personalidad jurídica distinta del Fisco y manejan su propio patrimonio, pudiendo distinguirse entre ellos, como especies, a las Instituciones y a las Empresas Públicas”.

La propia Contraloría General de la República, en un informe final, N° 70/10 de fecha 1 de junio de 2011 sobre auditoría efectuada a los

⁹ Gladys CAMACHO CEPEDA, *Tratado de Derecho Administrativo. La actividad sustancial de la administración del Estado*, p. 270.

¹⁰ Citada por Rolando PANTOJA BAUZA, *La organización administrativa del Estado*, p. 101.

macroprocesos de recursos humanos y de abastecimiento en la JAC, señaló de manera expresa que aquella “es un organismo dependiente del Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones”. Y agrega: “el Jefe Superior del Servicio es el Secretario General, de acuerdo a lo señalado por la Ley N° 19.254”.

Esta última cuestión está en afinidad con el artículo 31 de la Ley N° 18.575, que señala que el jefe superior de un servicio público se denominará “director”, sin perjuicio que en casos especiales la ley le otorgue a un jefe superior una denominación diferente. Tal es el caso de la JAC, cuyo jefe del servicio se denomina “Secretario General”.

Finalmente, es fundamental para considerar a un ente público como un órgano de la administración del Estado, el que esté dotado de potestades públicas, y que esas atribuciones se manifiesten ya sea en actos administrativos dotados de imperio o mediante contratos administrativos que son la manera o forma en que se expresa la actividad jurídica de la administración pública o del Estado.

El artículo 3° de la Ley N° 19.880, que establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la administración del Estado, al proporcionar un concepto de acto administrativo, señala que se entenderá por tal:

“las decisiones formales que emitan los órganos de la administración del Estado en las cuales se contienen declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública”.

El inciso tercero de este artículo agrega que los actos administrativos toman la forma de decretos supremos y resoluciones y el inciso sexto agrega que también lo son los dictámenes o declaraciones de juicio, constancia o conocimiento que realicen los órganos de la administración en el ejercicio de sus competencias.

Por su parte –y esto es lo relevante a propósito de la JAC–, el inciso sexto del artículo 3° de la Ley N° 19.880 señala:

“las decisiones de los órganos administrativos pluripersonales se denominan acuerdos, y se llevan a efecto por medio de resoluciones de la autoridad ejecutiva de la entidad correspondiente”.

En el caso de la JAC, es un órgano administrativo pluripersonal y adopta acuerdos, que tienen la calidad de actos administrativos.

Además, el secretario general de la JAC emite resoluciones en su calidad de autoridad ejecutiva, las que también tienen la calidad de actos administrativos, como hemos visto.

De todo lo dicho, podemos afirmar que la naturaleza jurídica de la JAC es la de un servicio público de carácter centralizado, esto es, sin personalidad jurídica propia, ya que su presupuesto para operar se encuentra dentro de aquel considerado para el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, de acuerdo con las normas que se consagran en el Decreto Ley N° 1.263 de 1975 sobre Administración Financiera del Estado y que está sujeto al control externo de la Contraloría General de la República. Entre sus particularidades se cuenta la de emitir actos administrativos de diferente elaboración: por una parte los acuerdos y por la otra resoluciones, habida consideración de lo preceptuado en el inciso 7° del artículo 3° de la Ley N° 19.880.

1.2. MISIÓN Y ATRIBUCIONES DE LA JAC

La misión de este servicio público está definida legalmente mediante el artículo 3° del DFL N° 241 y consiste en la “dirección superior de la aviación civil en el país”.

Señala la página web de la JAC que su misión consiste en:

“Ejercer la dirección superior de la aviación civil en Chile, gestionando políticas públicas que promuevan su desarrollo y, especialmente, el del transporte aéreo comercial nacional e internacional, con el fin de que exista la mayor cantidad de servicios aéreos accesibles, eficientes, competitivos, seguros y de calidad, en beneficio de los usuarios de este modo de transporte”¹¹.

Puede apreciarse que su misión se orienta al desarrollo de la aviación civil del país, pero más específicamente al fomento de la aviación comercial. No ejerce funciones relacionadas con la seguridad aeronáutica, campo que se reserva para la DGAC, sino con el desarrollo e implementación de políticas aeronáuticas.

De lo anterior dan cuenta las atribuciones que el artículo 6° del referido DFL N° 241 le entrega a la JAC.

Otro grupo de atribuciones se encuentra contemplado en el Decreto Ley N° 2.564, que Dicta Normas sobre Aviación Comercial, publicado en el *Diario Oficial* el 22 de junio de 1979.

El encabezado de esta norma de rango legal señala que por las especiales características geográficas de nuestro país se hace necesario el desarrollo de la aviación civil comercial.

¹¹ Disponible en www.jac-chile.cl/quienes-somos/2-mision.html. Consultada el 15 de diciembre de 2013.

En este decreto ley se establecen facultades tanto para la DGAC como para la JAC respecto de la aviación comercial, haciendo una distinción en cuanto a la competencia para conocer de temas técnicos, en el caso de la DGAC, y a las atribuciones respecto de seguros, radicadas en la JAC.

2. La DGAC

2.1 NATURALEZA JURÍDICA

La Ley N° 16.752, publicada en el *Diario Oficial* de 17 de febrero de 1968, fija la organización y funciones y establece disposiciones generales a la DGAC.

Señala su artículo 1°:

“La Dirección General de Aeronáutica Civil será un servicio dependiente de la Comandancia en Jefe de la Fuerza Aérea de Chile, cuyas funciones se le asignan en la presente ley y que, para los efectos de lo establecido en el Título III, del Decreto con Fuerza de Ley 47, de 4 de diciembre de 1959, deberá considerarse como un servicio funcionalmente descentralizado. Le corresponderá fundamentalmente la dirección y administración de los aeródromos públicos y de los servicios destinados a la ayuda y protección de la navegación aérea.

Dependerán de la Dirección General de Aeronáutica Civil la Dirección Meteorológica de Chile y la Escuela Técnica Aeronáutica”.

Un primer aspecto nos llama la atención: la dependencia que este servicio público tiene “...de la Comandancia en Jefe de la Fuerza Aérea”. Esta afirmación resulta, sin duda, particular en nuestro ordenamiento jurídico-administrativo. Ello por cuanto la Comandancia en Jefe de la Fuerza Aérea no es una denominación con reconocimiento constitucional, sino que es una entidad administrativa interna o una repartición de un órgano de la administración del Estado, que es precisamente la Fuerza Aérea, que es de carácter centralizado y que sí tiene consagración constitucional.

El artículo 46 de la Ley N° 18.948, Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas, se refiere al titular de esta entidad administrativa interna, el Comandante en Jefe de la Fuerza Aérea, quien ostenta el mando superior de dicha institución con el grado de General del Aire.

Hay que recordar que, de acuerdo con el artículo 101 de la Constitución Política, la Fuerza Aérea de Chile es una de las tres instituciones armadas que conforman las Fuerzas Armadas dependientes del Ministerio de Defensa Nacional. Señala la parte final del inciso primero del artículo

citado: “Existen para la defensa de la patria y son esenciales para la seguridad nacional”.

En esta misión constitucional puede encontrarse la razón de esta dependencia fijada por la ley. En atención a que la mayor parte de los aeropuertos y aeródromos nacionales tienen un doble cometido, tanto para fines civiles como militares, y su administración, como lo veremos más adelante, le corresponde a la DGAC, se pretendió mantener ese control bajo la esfera de la institución que representa el arma aérea.

No obstante esa explicación, no puede descartarse de plano el reestudiar esta dependencia en futuras reformas al sistema aeronáutico nacional. Quienes sostienen esta pretensión pueden fundarla en los ejemplos de países de la región, que no contemplan que sus instituciones rectoras de la aviación civil dependan de organismos militares.

Éste es el caso de Argentina, cuya ANAC no depende de la Fuerza Aérea Argentina ni de ninguna otra autoridad militar¹².

Lo mismo acontece con Perú, cuya Dirección General de Aeronáutica Civil de Perú, que ejerce la autoridad aeronáutica de ese país, depende del Ministerio de Transportes y Comunicaciones¹³.

En España, en tanto, la Dirección General de Aviación Civil depende del Ministerio de Fomento, sin vinculación con autoridades militares¹⁴.

Caso aparte es el de Estados Unidos de Norteamérica, cuya autoridad aeronáutica es la FAA, un organismo de naturaleza plenamente civil, pero que desde los sucesos de septiembre de 2001 trabaja junto con el DHS, que coordina una serie de agencias estatales, y orientada principalmente al combate al terrorismo. Con todo, estas especiales funciones no alcanzan para considerar a la autoridad de aeronáutica civil estadounidense como un órgano de dependencia militar¹⁵.

Se podría además argumentar que la administración plenamente civil de las autoridades aeronáuticas nacionales se condice con el espíritu de los convenios internacionales que han estructurado el Derecho Aeronáutico Internacional, cuyo objetivo primordial es la aviación civil, y cuyos instrumentos más señalados, como el convenio de Chicago, excluyen expresamente a las aeronaves y aeródromos militares.

No obstante, cualquier reforma en este sentido no puede pasar por alto la dualidad de funciones que tiene la mayor parte de la infraestructura

¹² Disponible en www.anac.gov.ar. Consultada el 15 de diciembre de 2013.

¹³ Disponible en www.mtc.gob.pe/portal/transportes/aereo/aeronauticacivil. Consultada el 15 de diciembre de 2013.

¹⁴ Disponible en www.fomento.gob.es. Consultada el 15 de diciembre de 2013.

¹⁵ Disponible en www.faa.gov/. Consultada el 15 de diciembre de 2013.

aeronáutica nacional, y la importancia fundamental que representa en caso de un conflicto bélico, lo que obliga a considerar, en caso de que la dependencia de la DGAC varíe, la existencia de un instrumento jurídico que le permita asumir el control de la aeronáutica civil a la Fuerza Aérea de Chile en caso de producirse un evento que involucre un riesgo para la seguridad nacional, debidamente calificado. El concepto de “crisis”, que aún no se plasma en una institución reconocida al menos con rango legal, podría ser el evento a que se hace referencia, y al cual se supedite este control o dependencia.

Conviene ahora concentrarnos en el concepto de servicio público utilizado por el artículo 1° de la Ley N° 16.752. Algunas de estas reflexiones fueron hechas a propósito de la naturaleza jurídica de servicio público de la JAC, y a ellas nos remitimos.

En ese mismo sentido afirmamos que la DGAC es un servicio público, pues se verifican a su respecto las características que, de acuerdo con el profesor Jorge Bermúdez Soto, debe tener todo servicio público, de acuerdo con la óptica de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, a saber: generalidad, uniformidad, continuidad, permanencia y regularidad¹⁶.

Además, cumple con los tres elementos que en concepto del profesor Germán Boloña Kelly constituyen los contenidos esenciales del servicio público:

“–un ente administrativo, compuesto de agentes y recursos materiales;
–un fin público, cual es la satisfacción de una necesidad colectiva, y –la sujeción a un régimen jurídico especial de derecho público”¹⁷.

Por otra parte, la definición legal de la Ley N° 16.752 sobre la que hemos trabajado señala que la DGAC es un “servicio funcionalmente descentralizado” para los efectos de lo establecido en el título III del DFL N° 47, de 4 de diciembre de 1959.

Sin embargo, al revisar el citado DFL, cuyo título III se denominaba “El presupuesto de los servicios funcionalmente descentralizados”, encontramos que fue derogado por el artículo 73 del Decreto Ley N° 1.263 del 28 de noviembre de 1975 denominado “Decreto Ley Orgánico de Administración Financiera del Estado”.

La permanencia de esta norma derogada en el texto del artículo 1° de la ley que constituye el estatuto jurídico principal de la DGAC nos

¹⁶ BERMÚDEZ SOTO, *op. cit.*, p. 166.

¹⁷ BOLONA KELLY, *op. cit.*, p. 255.

permite sugerir la necesidad imperiosa de subsanar las deficiencias de técnica legislativa que esta ley reporta.

Y la confusión que provoca no es menor, pues de la redacción actual del artículo 1° tantas veces aludido, puede inferirse que la DGAC tiene, como todo servicio descentralizado, una personalidad jurídica o patrimonio propios, lo que en definitiva no es así.

Podría aumentar este enredo terminológico, como veremos más adelante, el examen de las atribuciones, contenidas principalmente en el artículo 3° bajo el epígrafe “Funciones”. Éstas son de tal amplitud o extensión, que más parecen propias de un servicio descentralizado.

Debemos recordar que el artículo 3° de la Constitución señala que el Estado de Chile es unitario y que la administración del Estado “será funcional y territorialmente descentralizada, o desconcentrada en su caso, de conformidad a la ley”.

Al respecto, Manuel Tobar Leiva en su obra *Tratado de derecho administrativo* expresa:

“...las atribuciones presidenciales en materia de descentralización del Estado dicen relación, en general, con la iniciativa exclusiva de ley para crear servicios públicos y empleos rentados (art. 65, N° 2), además de todos los aspectos financieros y presupuestarios de la administración descentralizada y la facultad para alterar los límites de la división política administrativa (art. 65, inciso 3°)”¹⁸.

Los servicios centralizados, en afinidad con el artículo 29 de la Ley N° 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, son aquellos que:

“actuarán bajo la personalidad jurídica y con los bienes y recursos del Fisco y estarán sometidos a la dependencia del Presidente de la República, a través del Ministerio correspondiente”.

Debemos agregar que, además de lo anterior, la representación judicial de los servicios públicos centralizados corresponde al presidente del Consejo de Defensa del Estado, de acuerdo con la ley orgánica de la referida entidad, y la representación extrajudicial se concreta a través de actos administrativos en que el Presidente de la República delega en los jefes superiores de esos servicios, en forma genérica o específica, la representación del Fisco para la ejecución de los actos y la celebración de contratos. Así lo señala el artículo 35 de la citada Ley N° 18.575.

¹⁸ Manuel TOBAR LEIVA, *Tratado de Derecho Administrativo*, p. 76.

En este sentido, Germán Boloña indica:

“...se podría definir los servicios públicos centralizados como aquellos que forman el Poder Ejecutivo y administran el conjunto del territorio nacional, ya sea directamente, ya sea a través de sus representantes exteriores, mediante el uso del poder reglamentario, instrucciones, circulares y fiscalización jerárquica. Por ejemplo, servicio público centralizado es la Tesorería General de la República”¹⁹.

Jorge Bermúdez, al referirse a los servicios públicos de la administración del Estado, expresa:

“Si el servicio es centralizado actuará bajo la personalidad jurídica común del Estado y con los bienes y recursos del Fisco. Por su parte, en el caso de los servicios descentralizados, ellos actuarán con la personalidad jurídica y el patrimonio que la ley les atribuya.

En ambos casos se relacionarán con el Presidente de la República a través de los respectivos Ministerios, relación que será de dependencia en el caso de los servicios públicos centralizados y de supervigilancia en los servicios públicos descentralizados”²⁰.

Para Eduardo Soto Kloss:

“...la Administración del Estado está configurada: a) por servicios públicos no personificados, como los denominados ‘fiscales’ (‘centralizados’), los cuales actúan bajo la personalidad jurídica del Fisco y b) por servicios públicos personificados, que comprenden una variada gama de entidades con personalidad jurídica –y por ende autonomía (normativa, y de gestión tanto administrativa como financiera)–, tales como los gobiernos regionales, las municipalidades, las instituciones y las empresas del Estado creadas por ley”²¹.

Germán Boloña agrega:

“Para nosotros, el elemento específicamente distintivo de las nociones de centralización y descentralización es la concurrencia de la personalidad jurídica administrativa, sea en el ámbito territorial o en el campo funcional, especializado o técnico. Si no concurre esta personalidad jurídica, no se configura el mecanismo de la descentralización administrativa.

La posesión de la personalidad jurídica administrativa indica que el organismo o servicio público en cuestión reviste la condición de ser un

¹⁹ BOLONA KELLY, *op. cit.*, p. 264.

²⁰ BERMÚDEZ SOTO, *op. cit.*, p. 168.

²¹ SOTO KLOSS, *op. cit.*, p. 126.

sujeto de derechos y obligaciones, independiente y distinto del Estado, con su propio patrimonio, recursos materiales, personal y presupuesto, ajenos al patrimonio, recursos materiales, personal y presupuesto del Estado, lo que evoca el concepto de un ente o colectividad públicos que se administra por sí mismo, lo que en el derecho inglés se llama el ‘selfgovernment’, en el derecho francés, la ‘autoadministration’ y en el derecho alemán ‘selbstverwaltung’²².

Es lo que también se denomina “administración autárquica”. Miguel Marienhoff apunta que los órganos que la ejercen son siempre estatales y disponen de

“...libertad funcional, sin perjuicio del ‘control’ que sobre dicho organismo ‘descentralizado’ ejerciten las autoridades superiores de la Administración ‘centralizada’, o sea, del órgano Ejecutivo del Estado (‘control de tutela’ o ‘control administrativo’)”²³.

La Contraloría General de la República, usando estos criterios, se ha pronunciado acerca de la condición de la DGAC señalando expresamente que es un servicio centralizado.

En ese sentido razona el dictamen N° 15138 de 28 junio 1983, que manifiesta que la dependencia de la DGAC de la Comandancia en Jefe de la Fuerza Aérea “no ha alterado la individualidad de esa Dirección General, la que ha mantenido su calidad de servicio público centralizado”.

Así también el dictamen N° 10704 de 28 abril de 1988 que señala expresamente que la DGAC “carece de personalidad jurídica propia y no puede ser titular de derechos”, razón por la cual las solicitudes de que trata se hicieron correctamente a nombre de “Fisco de Chile, Dirección General de Aeronáutica Civil”²⁴.

Sin embargo, no podemos desconocer la especial situación que, producto de su estatuto jurídico, presenta la DGAC en cuanto posee ciertas características que escapan de esta condición básica de ser un órgano de la administración centralizada del Estado, sin que por ello pierda esa naturaleza.

Miguel Marienhoff señala que como resultado de la “personalidad” que es propia de los entes descentralizados que él denomina “autárquicos” ellos pueden

²² BOLONA KELLY, *op. cit.*, p. 31.

²³ Miguel S. MARIENHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, p. 127.

²⁴ Véase también el dictamen N° 29.856 de 2 diciembre de 1992 de la Contraloría General de la República.

“...ejercer sus derechos y, correlativamente, cumplir sus obligaciones. De ello derivase su *responsabilidad* por los hechos y actos que realice en el desenvolvimiento de su actividad”²⁵.

Y resulta que la DGAC puede, por sí, celebrar contratos de concesión y de arriendo (artículo 3° letra i) de la Ley N° 16.752), “ejecutar los actos y celebrar los contratos que se requieran para el cumplimiento de sus fines” (artículo 3° letra v) de la Ley N° 16.752) y adquirir bienes raíces para el servicio y enajenar inmuebles fiscales prescindibles (artículo 3° letra w) de la Ley N° 16.752) para lo cual el director general de Aeronáutica Civil asumirá la representación del Fisco y puede, incluso, delegar dicha representación. Finalmente, también puede vender o arrendar materiales o bienes muebles o, incluso, los bienes muebles que estén destinados y cuyo uso no sea necesario transitoriamente (artículo 3° letra x) de la Ley N° 16.752).

Estas especiales facultades, otorgadas expresamente por ley, escapan de la norma general en lo que a antes de la administración centralizada se refiere, pero no alcanzan para determinar un cambio de la naturaleza jurídica de la DGAC en este sentido.

Refuerza esta afirmación el artículo 18 del *Código Aeronáutico*, referido al procedimiento de supresión de obstáculos, que otorga a la autoridad aeronáutica, que en este caso es la DGAC, la facultad de ordenar, mediante resolución, la supresión o remoción de cualquier obstáculo para la navegación aérea, fijando un plazo para ello. Si esta resolución no es acatada, el director general de Aeronáutica Civil puede demandar al infractor, para lo cual, y según lo señala expresamente el inciso tercero de artículo citado, “En el ejercicio de esta facultad, el Director General de Aeronáutica será capaz para demandar en juicio”.

La mención expresa de esta atribución de representación judicial indica su carácter excepcional, y reconduce a la condición de órgano público de la administración centralizada del Estado que la DGAC posee y que, como tal, por regla general carece de legitimación tanto activa como pasiva. Ejemplo de esta regla general es el artículo 11 de la Ley N° 16.752, que se refiere a la cobranza de tasas y derechos aeronáuticos que se rige por las normas del título v del libro III del *Código Tributario*, para lo cual, señala la norma, asumirá “...la representación y patrocinio del Fisco el Abogado Provincial que corresponda...”. Esto último en afinidad con lo previsto en el artículo 186 del *Código Tributario*.

Una cuestión similar acontece respecto del presupuesto.

²⁵ MARIENHOFF, *op. cit.*, pp. 455-456.

Hemos afirmado que los órganos de la administración central del Estado, para desarrollar sus actividades, reciben normalmente los recursos financieros a través del presupuesto de la nación.

Al depender la DGAC del Ministerio de Defensa Nacional, esta entidad ministerial debe presentar al Ministerio de Hacienda los presupuestos de los diferentes entes o servicios dependientes, que deben incluir los gastos financiados con el debido aporte fiscal dentro de ese marco financiero, pero además debe incluir aquellos organismos que se financian íntegramente con los ingresos que reciben por los servicios que prestan, como la DGAC.

Por todo lo anterior, debemos afirmar que la DGAC es un servicio público centralizado, que carece de personalidad jurídica propia, que no tiene tampoco patrimonio, recursos materiales, personal y presupuesto distintos del Estado, pero que tiene una condición especial, con ciertas facultades que puede ejercer por sí, emanadas directamente de la ley, y con un presupuesto que, no siendo independiente del presupuesto de la nación, se financia casi íntegramente con los ingresos que percibe por los propios servicios que presta.

2.2 MISIÓN DE LA DGAC

Como veremos a continuación, la DGAC tiene, asignadas por la ley, una amplia gama de atribuciones, las que deben conectarse, necesariamente, con el cometido que el legislador le impone.

Debemos recordar que las atribuciones de la JAC están orientadas hacia la aviación civil comercial, en tanto que a la DGAC le corresponde el resguardo de la seguridad de la aviación civil en su conjunto.

De ello da cuenta la parte final del inciso primero del artículo 1° de la Ley N° 16.752, donde se señala que a la DGAC le corresponde

“...fundamentalmente la dirección y administración de los aeródromos públicos y de los servicios destinados a la ayuda y protección de la navegación aérea”.

De este modo, de acuerdo con la norma citada, las dos misiones fundamentales de la DGAC son:

1. La dirección y administración de los aeródromos públicos y
2. La dirección y administración de los servicios destinados a la ayuda y protección de la navegación aérea.

Por su parte, el DFL N° 241 en su artículo 14 señala:

“[la] Dirección de aeronáutica... tendrá a su cargo la supervigilancia del cumplimiento de las leyes y reglamentos sobre navegación aérea; la dirección y fomento de las actividades de aviación civil, en su aspecto técnico; el control del tránsito aéreo en el territorio nacional y velará por la seguridad de la navegación aérea. Le corresponderá en especial la administración y dirección de los aeropuertos y aeródromos públicos y de los servicios destinados a la ayuda y protección de la navegación aérea”.

Podemos apreciar que la misión que en este cuerpo legal se asigna a la DGAC es más extensa que en la Ley N° 16.752. No hay que olvidar que el DFL N° 241 es una norma que, aunque no tiene la calidad de ley propiamente tal, tiene ese rango, y que es de mayor antigüedad que la ley N° 16.752.

Por esto no parece razonable mantener dos cuerpos legales que definan las mismas cuestiones jurídicas, con un riesgo evidente de contradicción entre ambos.

Y de un examen detallado de las normas involucradas constatamos una serie de inconsistencias en su redacción.

En efecto, en el DFL N° 241 se denomina “Dirección de Aeronáutica” al órgano al cual se refiere, que no puede ser otro que la actual “Dirección General de Aeronáutica Civil”. No obstante, ni la Ley N° 16.752 ni ningún otro cuerpo legal realiza la necesaria modificación, cambiando la denominación como aconseja la debida coordinación legislativa y como obliga el principio de legalidad en cuanto a que las atribuciones deben ser entregadas a un órgano público debidamente identificado y no a otro.

Por otra parte, en lo que respecta específicamente a este acápite, esto es, a la misión de la DGAC, en el artículo 14 del DFL N° 241 se señala que a la “Dirección de Aeronáutica” le corresponderá la administración y dirección de los “aeropuertos y aeródromos públicos” en tanto que en el artículo 1° de la Ley N° 16.752 se señala que la misión consiste en la “dirección y administración de los aeródromos públicos”, omitiendo la referencia a los aeropuertos, de suerte que, de no existir aún en vigencia aquella norma más antigua, la Dirección de Aeronáutica Civil no tendría atribuciones sobre los aeropuertos, que por el hecho de admitir la salida y llegada de vuelos internacionales de acuerdo con el artículo 10 del *Código Aeronáutico*, concentran la mayor cantidad de tráfico aéreo²⁶.

Por cierto, es una función propia del Estado, y de los órganos que a nombre de aquél actúan, el administrar los aeropuertos y aeródromos. Federico Videla Escalada señala:

²⁶ Para ilustrar la diferencia entre aeródromos y aeropuertos, más allá de la distinción legal del *Código Aeronáutico*, Ricardo FLOGIA y Ángel MERCADO, *Derecho Aeronáutico*, pp. 62-67. También Luis TAPIA SALINAS, *Curso de Derecho Aeronáutico*, pp. 188 y 189.

“Es muy claro que es función de aquél (el Estado) planificar la infraestructura, prever la distribución de los aeródromos y determinar las categorías que ellos han de tener en cada caso, organizar los servicios de protección al vuelo y proveer los medios que acuerden cada vez mayor seguridad a la aeronavegación, todo lo cual se aúna para determinar su amplia intervención en esta materia”²⁷.

De todo lo anterior fluye que es evidente la necesidad de una reforma integral a la legislación aeronáutica chilena, especialmente en lo que concierne a los sectores o ámbitos competenciales que le deben corresponder a la DGAC, debiendo uniformarse y unificarse las facultades que se le asignan a este ente administrativo en un solo cuerpo legal.

2.3. LA CALIDAD DE AUTORIDAD AERONÁUTICA

Hemos analizado la misión, atribuciones y la estructura organizacional de la JAC, y ahora nos concentramos en las mismas cuestiones planteadas por la DGAC. Ambos órganos inciden de manera principal en la aviación civil de nuestro país.

Y, como señalamos al inicio de este capítulo, surge la cuestión acerca de cuál de aquellos órganos constituye la autoridad aeronáutica en Chile.

El artículo 183 del *Código Aeronáutico* señala que la autoridad aeronáutica a que se refiere este *Código* es la DGAC, salvo que se mencione expresamente que la referencia está hecha a la JAC.

Un primer análisis de esta norma indica que existen dos órganos públicos que el *Código Aeronáutico* considera como tales, la DGAC y la JAC. Sin embargo, siguiendo en la misma lógica planteada por el *Código*, advertimos la enorme disparidad entre ambas instituciones, al menos en cuanto a las referencias que a una y otra se realizan.

Revisando el articulado del *Código*, encontramos que sólo hay referencias expresas a la JAC en los artículos 93, 98, el propio 183 y el 184.

El artículo 93 se refiere a la atribución que posee la JAC para autorizar que la aviación no comercial realice transporte o trabajos aéreos pagados, con tal que sea sin fines de lucro y a condición de que la aviación comercial no pueda prestar esos servicios.

El artículo 98 señala de manera genérica que la JAC y la Dirección de Aeronáutica Civil, según corresponda en su caso, podrán dictar normas y disposiciones para regular la operación de servicios de transporte aéreo y los trabajos aéreos.

²⁷ VIDELA ESCALADA, *op. cit.*, p. 84.

Y el artículo 184 se refiere a las atribuciones que tiene la JAC, sin perjuicio de las que posee la Dirección de Aeronáutica Civil, para sancionar infracciones a normas aeronáuticas.

Por todo lo anterior, es posible afirmar que las misiones que el *Código Aeronáutico* asigna a la autoridad aeronáutica están casi exclusivamente radicadas en la DGAC, quien debería recibir con propiedad y, creemos, en exclusiva, el título de autoridad aeronáutica en nuestro país. Las atribuciones que la ley le asigna a través del DFL N° 241 en cuanto tener a su cargo “la dirección superior de la aviación civil del país” son equívocas, pues sólo le corresponde adoptar decisiones relativas a la aviación comercial, a su desarrollo y marcha en general.

Creemos que la función de controlar el espacio aéreo y la seguridad de las operaciones aéreas en su conjunto –función que cumple la DGAC– es el más importante de los roles que una autoridad aeronáutica debe cumplir en un país, cualquiera que éste sea, lo que constituye la nota distintiva que implica darle ese reconocimiento a un órgano de la administración del Estado.

La organización administrativa aeronáutica de Chile considera dos instituciones, lo hemos señalado ya, pero no parece del todo inapropiado sentar las bases para una futura reforma del sistema que considere derechamente refundir en una sola entidad administrativa todas las funciones, atribuciones y competencias que ahora se encuentran repartidas.

2.4 LAS ATRIBUCIONES DE LA DGAC

Eduardo Soto Kloss, con ocasión de referirse a los principios organizativos de la administración del Estado, se centra básicamente en el principio de la competencia:

“De allí que la competencia puede ser descrita –en sus ideas básicas– como ese conjunto de poderes jurídicos con que el Derecho dota, provee, o habilita, a un órgano para que actuando éste en la vida de relación de sujeto jurídico (del cual es elemento y elemento intrínseco, sustancial) impute unitariamente los efectos de su actuación a este sujeto, y pueda así cumplir los fines para los cuales ha sido precisamente creado por el legislador”²⁸.

Como ya se ha adelantado, las atribuciones que la ley le asigna a la DGAC para cumplir con su misión se encuentran conferidas en distintos cuerpos legales. Por una parte, la Ley N° 16.752, fundamentalmente en

²⁸ SOTO KLOSS, *op. cit.*, p. 131.

su artículo 3°. Por otra, el *Código Aeronáutico*, y, finalmente, en el DFL N° 241, principalmente en su artículo 15.

Sin perjuicio de constatar las deficiencias de esta normativa dispersa, que replica funciones y atribuciones en un cuerpo legal y en otro, haremos un análisis de estas facultades usando como guía para agruparlas las dos misiones o cometidos fundamentales que son, por una parte, la dirección y administración de los aeródromos públicos y, por la otra, la dirección y administración de los servicios destinados a la ayuda y protección de la navegación aérea.

No obstante, del examen detallado de las competencias o facultades otorgadas por la norma citada podemos constatar que existe un conjunto de esas facultades que no puede agruparse en las dos misiones o cometidos que la ley le asigna a este órgano administrativo a que se ha hecho referencia. Estas facultades fueron reunidas en dos grupos distintos que se examinan a continuación: aquellas competencias que por su naturaleza le permiten a la DGAC la obtención de ambas misiones, por una parte, y, por la otra, atribuciones que no se orientan esencialmente a las misiones antedichas, sino a otros fines diversos.

1. En cuanto a la primera misión, la dirección y administración de los aeródromos públicos, estimamos que a ella se vinculan directamente las siguientes competencias contenidas en el artículo 3° de la Ley N° 16.752:
 - a) Aprobar y calificar los terrenos en los cuales se desee construir aeródromos civiles, autorizar las construcciones que en esos terrenos deben realizarse, una vez determinada su aptitud para tal efecto, como asimismo sus ampliaciones, modificaciones o mejoramientos, cualquiera que sea la naturaleza de éstos y autorizar el establecimiento y funcionamiento de los aeródromos civiles, clasificarlos de acuerdo con el uso y destino y establecer las condiciones para su operación. Esta aprobación y calificación deberá hacerse con informe de la Dirección de Aeropuertos del Ministerio de Obras Públicas.
 - g) Proponer al Presidente de la República, previo informe de la JAC, las tasas y derechos que se cobrarán por el uso de los aeródromos públicos de dominio fiscal, por los servicios que preste en los de dominio municipal o particular y demás servicios e instalaciones destinados a la protección y ayuda de la navegación aérea.
 - i) Otorgar concesiones o celebrar arrendamientos u otra clase de contratos en los aeródromos sometidos a su administración, como, asimismo, en los terrenos que le sean destinados.

2. En lo que respecta a la misión o cometido consistente en la dirección y administración de los servicios destinados a la ayuda y protección de la navegación aérea, se relacionan directamente las siguientes competencias, todas ellas del artículo 3° de la Ley N° 16.752:
 - c) Organizar y controlar el tránsito aéreo en el país;
 - f) Instalar, mantener y operar los servicios de telecomunicaciones aeronáuticas y de radioayudas, como asimismo los servicios meteorológicos para las operaciones aéreas y de otras actividades nacionales.
 - j) Fiscalizar las actividades de la aviación civil, en resguardo de la seguridad de vuelo y dictar las instrucciones de general aplicación que sean necesarias para los fines señalados.
 - q) Dictar normas para que la operación de aeronaves se efectúe dentro de los límites de la seguridad aérea.
 - r) Investigar las infracciones a las leyes, reglamentos y demás disposiciones relacionadas con la navegación aérea cuya aplicación y control le corresponda y, en especial, los accidentes que ocurran a aeronaves civiles de cualquiera nacionalidad en territorio chileno y los que ocurran a aeronaves chilenas en aguas o territorios no sujetos a otra soberanía; y observar o cooperar en la investigación de accidentes de aeronaves civiles chilenas que se realicen por otros Estados, cuando a éstos les corresponda esa investigación.
3. Y por lo señalado previamente, el siguiente grupo de atribuciones del artículo 3° de la Ley N° 16.752 pueden servir indistintamente a la consecución de las dos misiones expresadas en el artículo 1°, tanto la dirección y administración de aeródromos como de servicios destinados a la navegación aérea y ellas son a nuestro entender las siguientes:
 - b) Controlar y fiscalizar los aeródromos públicos y privados y administrar los bienes públicos de dominio fiscal, sin perjuicio de las funciones policiales que correspondan a las fuerzas de orden y seguridad pública en sus respectivos ámbitos de competencia y siempre que ello no afecte la seguridad aérea;
 - d) Proporcionar servicios de tránsito aéreo en los aeródromos públicos de dominio fiscal, municipal o particular, cuando la seguridad de vuelo así lo requiera.
 - e) Construir, operar y mantener las instalaciones y obras anexas de cualquier orden, dentro o fuera de los aeródromos o estaciones aeronáuticas, destinadas a servir de ayuda y protección

a la navegación aérea o para habitación del personal que se desempeñe en dichos aeródromos o estaciones aeronáuticas, como también autorizar su construcción, operación o mantenimiento por terceros.

- h) Dictar normas técnicas en resguardo de la seguridad de la navegación aérea y de los recintos aeroportuarios y proporcionar, en el marco de los estudios, proyección, construcción, mantenimiento, reparación y mejoramiento de los aeródromos y de sus edificios o instalaciones, su asesoría técnica a la Dirección de Aeropuertos del Ministerio de Obras Públicas.
- v) Adquirir directamente en el país o en el extranjero, con cargo a los fondos de que disponga, previas las correspondientes propuestas públicas o propuestas o cotizaciones privadas, conforme al reglamento, los bienes muebles o materiales técnicos necesarios para los estudios, construcciones, reparación, mantenimiento y conservación de las obras a su cargo o para la administración y explotación de los servicios que esta ley le encomienda atender y, en general, ejecutar los actos y celebrar los contratos que se requieran para el cumplimiento de sus fines.
- w) Adquirir bienes raíces para el servicio y enajenar inmuebles fiscales prescindibles, asumiendo el director general de Aeronáutica Civil la representación del Fisco y quedando facultado para delegar dicha representación, conforme a lo previsto en el artículo 17 bis²⁹.

Lo dispuesto en el artículo 15 se aplicará a las adquisiciones autorizadas por esta letra³⁰.

La enajenación de bienes raíces fiscales destinados a la Dirección General será siempre a título oneroso y su producido no ingresará a rentas generales de la nación, constituyendo recurso propio del servicio.

El director general tendrá asimismo la facultad de autorizar las demoliciones de edificios o construcciones fiscales

²⁹ Esta referencia al artículo 17 bis de la misma ley tiene que ver con la facultad del director general de Aeronáutica Civil para delegar, mediante las respectivas resoluciones sujetas al trámite de toma de razón, una o más facultades en personal de planta de la DGAC y en oficiales de la Fuerza Aérea de Chile que se encuentren destinados en esa Dirección. Recordemos que la delegación en materia administrativa se consagra en el artículo 41 de la Ley N° 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

³⁰ El artículo 15 de la ley se refiere a la posibilidad de imputar fondos para la celebración de contratos que se cumplan o paguen en mayor tiempo que el año presupuestario con posterioridad al término del respectivo ejercicio.

destinados al servicio y el empleo o venta de los materiales que provengan de ellas.

Las adquisiciones, enajenaciones y demoliciones de bienes raíces que se efectúen se informarán al Ministerio de Bienes Nacionales.

- x) Vender o arrendar materiales o bienes muebles, como asimismo arrendar en todo o en parte los bienes inmuebles que le estén destinados y cuyo uso no sea necesario transitoriamente.
 - y) Informar a la Oficina de Planificación Nacional y a los correspondientes organismos sectoriales del Ministerio de Obras Públicas y Transportes, sus planes, programas y proyectos específicos para la elaboración de los planes generales y programas anuales de infraestructura aeronáutica civil, comprendidas todas las obras, instalaciones o servicios que la complementan.
4. Y finalmente agrupamos separadamente otras facultades que persiguen fines diversos y complementarios a los cometidos esenciales asignados a la DGAC y que son:
- k) Aprobar los planes de distribución de los fondos que para el fomento de la aviación civil no comercial otorguen las leyes y supervigilar la distribución de dichos fondos.
 - l) Informar las solicitudes de concesión de personalidad jurídica a los clubes aéreos en el país.
 - m) Llevar el Registro Nacional de Aeronaves, practicar las inscripciones, subinscripciones, anotaciones y cancelaciones que procedan, y otorgar las copias y certificados que se le soliciten.
 - n) Autorizar provisionalmente a las aeronaves que se construyan o adquieran en el extranjero para volar con distintivo chileno desde el lugar de construcción o adquisición hasta un punto determinado en el territorio nacional.
 - ñ) Inspeccionar las aeronaves matriculadas en Chile para determinar sus condiciones y estado para el vuelo; otorgar los correspondientes certificados de aeronavegabilidad, suspenderlos y cancelarlos; y mantener el registro correspondiente. Podrá también inspeccionar, en la misma forma, las aeronaves extranjeras que operen en Chile.
 - o) Otorgar licencias a todo el personal aeronáutico que, en conformidad a los reglamentos, requiera de ellas; convalidar, cuando proceda, las otorgadas por otros Estados; suspenderlas, cancelarlas y llevar el registro correspondiente.
 - p) Impartir instrucción técnica aeronáutica y otorgar los títulos en las especialidades que determine el respectivo reglamento,

pudiendo concertar convenios o acuerdos de carácter educacional con universidades y otros institutos de enseñanza profesional o técnica.

- s) Cumplir y hacer cumplir los acuerdos de la JAC en lo que se refiere a las operaciones aéreas que se realicen.
- t) Proponer la adopción o adoptar, según corresponda, las normas, métodos recomendados y procedimientos internacionales aprobados por la Organización de Aviación Civil Internacional y por la Organización Meteorológica Mundial.
- u) Designar los funcionarios que deban hacer uso de las becas que, en materias aeronáuticas, otorguen los Estados u organismos nacionales o internacionales y proponer la designación de los representantes de Chile ante los congresos, reuniones o conferencias internacionales sobre materias técnicas aeronáuticas.

3. *La autoridad del comandante de la aeronave*

A bordo de una aeronave la autoridad del comandante de la misma es absoluta. Esta situación se explica en gran manera por la necesidad de mantener altos estándares de seguridad en la operación aérea.

En la historia de la tramitación legislativa del *Código Aeronáutico*³¹ podemos encontrar una referencia precisa a esta cuestión. Con respecto al capítulo III del nuevo *Código Aeronáutico*, referido al comandante de aeronave (artículos 64 al 75) se señala lo siguiente.

- “1.- Se establece el estatuto jurídico del Comandante de la aeronave, al cual se identifica con el piloto al mando.
- 2.- Se le reconoce el carácter y (sic) de única y máxima autoridad abordo.
- 3.- Se regulan, con mayor profundidad, sus atribuciones y obligaciones”.

El número 2 da cuenta de la importancia que siempre se atribuyó al comandante de la aeronave, y que se ratifica en el texto actual del *Código Aeronáutico*, que se refiere a él como la “única y máxima autoridad a bordo”.

Y entre sus funciones no sólo se cuenta la operación de la aeronave, sino otras de naturaleza completamente distinta. Alfredo Gildemeister lo resume así: “Es la máxima autoridad, debiendo someterse a sus decisiones, tanto los tripulantes como los pasajeros”.

³¹ “Historia de leyes. Ley 18.916”, tomo 535, p. 973.

Agrega:

“Entre sus funciones podemos señalar además las propias de un funcionario del Registro Civil y Notariales, estando investido de poderes de Derechos Público y Privado...”³².

Cabe preguntarse por qué existe tal amplitud de atribuciones concentradas en una persona que, salvo que se trate de un vuelo militar cuyo comandante de aeronave sea un piloto militar en el ejercicio de sus facultades de mando, por regla general no es un funcionario público. Y aun más, surge la interrogante acerca de qué tipo de autoridad es la que el comandante de la aeronave ejerce.

El inciso primero del artículo 64 de dicho *Código* señala que el comandante de aeronave “es el piloto al mando designado por el explotador para cada operación aérea”. El inciso segundo agrega: “A falta de persona designada, se presume comandante a quien dirige a bordo la operación de vuelo”.

Para esta definición la norma se vale del concepto de “piloto al mando”, por lo que se infiere que no son una misma cosa, y que para ser comandante de aeronave se requieren varios requisitos, entre ellos ser piloto al mando.

No obstante su importancia en el sistema aeronáutico, la denominación “comandante de la aeronave” no está reconocida como tal en el OACI.

En dicho Convenio, en el anexo 1 denominado “Licencias al personal”, en el capítulo 1 de definiciones, se explica el concepto de “piloto al mando” y no el de comandante de la aeronave. Señala la norma citada que el piloto al mando es:

“Piloto designado por el explotador, o por el propietario en el caso de la aviación general, para estar al mando y encargarse de la realización segura de un vuelo”.

Ahora bien, y en relación con lo expuesto precedentemente, la norma aeronáutica DAN 91, “reglas del aire”, que complementa al DAR 91 y corresponde a la adopción en Chile del anexo N° 1 del OACI no define el concepto de “comandante de aeronave”, como sí lo hace respecto del término “piloto al mando”.

Señala el DAR 91 respecto de esta última denominación:

³² Alfredo GILDEMEISTER MARTINEZ, *Elementos de Derecho Aeronáutico*, p. 104.

“PILOTO AL MANDO: Persona designada por el explotador para cada operación aérea, a falta de persona designada se presume piloto al mando a quién dirige a bordo la operación de vuelo. Es la única y máxima autoridad a bordo, es el encargado de la dirección de la aeronave y principal responsable de su conducción segura de acuerdo con las regulaciones de circulación aérea y el manual de operaciones de vuelo del explotador”.

El informe de la Comisión Conjunta encargada del estudio del proyecto de ley que aprueba el *Código Aeronáutico* para la República de Chile³³ se refiere a lo que denomina “el estatuto jurídico del Comandante de Aeronaves”.

Señala el informe mencionado:

“En esta parte, la Comisión Conjunta acogió, siguiendo el texto propuesto por el Ejecutivo, la práctica internacional de identificar al comandante de aeronave con el piloto al mando, que es el término usado internacionalmente en los textos y reglamentos aeronáuticos”.

Finaliza el informe:

“Se establecen las atribuciones del comandante de aeronave como la autoridad máxima a bordo, con facultades para adoptar todas las medidas necesarias para conseguir y garantizar la seguridad de las operaciones aéreas. Se hace presente que las atribuciones contenidas en el proyecto son en todo coincidentes con las que le entregan al comandante de aeronave los convenios de Tokio, La Haya y Montreal, relativos al apoderamiento de aeronaves y otros actos ilícitos contra la aviación civil”.

Luis Tapia Salinas, desde la óptica de la legislación española, afirma que la superposición de estos conceptos se explica por la aceptación que el término “piloto al mando” tiene en la legislación anglosajona. Señala que aquél, en el concepto del anexo 1 del OACI, es el responsable de la operación y seguridad de la aeronave durante el tiempo del vuelo, lo que es más limitado que el papel que le corresponde cumplir al comandante de la aeronave, pues sólo se circunscribe al tiempo del vuelo³⁴.

El artículo 65 del *Código Aeronáutico* señala que el comandante de la aeronave es el encargado de la dirección de la aeronave y principal responsable de su conducción segura de acuerdo con las regulaciones de circulación aérea y el manual de operaciones de vuelo del explotador. Para ello se le entregan una serie de atribuciones, que son amplísimas.

³³ *Boletín* N° 677-07 de 8 de abril de 1988.

³⁴ TAPIA SALINAS, *op. cit.*, p. 173.

Eduardo Hamilton, comentando el DFL N° 221³⁵, señala que la autoridad absoluta del comandante de la aeronave “es un principio general indispensable para el debido orden de la operación de vuelo”³⁶.

Señala el artículo 65 citado del *Código Aeronáutico* que el comandante de la aeronave tiene “potestad disciplinaria sobre la tripulación, autoridad sobre los pasajeros y el control total sobre la aeronave y la carga transportada”.

Complementa este régimen de atribuciones el inciso tercero de dicho artículo, que prescribe:

“toda persona a bordo está obligada a acatar las instrucciones y órdenes que imparta el comandante para la seguridad, correcta operación, orden e higiene de la aeronave”.

La terminología utilizada, en cuanto habla de “potestad disciplinaria”, no es acertada. Esta potestad sólo se ejerce por los jefes sobre sus subalternos en el marco de la administración del Estado. Es una facultad propia de las autoridades administrativas competentes y que se ejerce sobre otros funcionarios públicos. No puede ser ejercida por privados, como es el caso del comandante de una aeronave civil.

En palabras del profesor Claudio Moraga Klenner, la potestad disciplinaria

“...permite a los jefes establecer la responsabilidad administrativa y aplicar medidas sancionatorias respecto del personal a su cargo, cuando éste incurra en conductas que infringen sus deberes y obligaciones funcionarios”³⁷.

Tampoco podríamos afirmar que estamos en presencia de lo que se denomina “potestad sancionadora” o “potestad correctiva”, otra vertiente del *ius puniendi* estatal en que la autoridad pública mantiene una posición privilegiada frente a un tercero, un particular que tiene respecto de ella una sujeción especial. Éste es el caso de las infracciones en que incurren particulares respecto de normas municipales, o la infracción de las reglas de restricción vehicular en la ciudad de Santiago.

³⁵ DFL N° 221 “Ley de Navegación Aérea”. Artículo 46. “Toda la tripulación y pasajeros de una aeronave, quedará durante el vuelo y permanencia a bordo, sujetos a la autoridad del Comandante de la aeronave”.

³⁶ Eduardo HAMILTON, *Manual de Derecho Aéreo*, p. 255.

³⁷ Claudio MORAGA KLENNER, *Tratado de Derecho Administrativo. La actividad formal de la administración del Estado*.

Para Jorge Bermúdez Soto:

“la potestad sancionadora es el poder jurídico con que cuenta la Administración del Estado, de carácter permanente, expresamente atribuido por la ley, en virtud del cual se le habilita para perseguir al sujeto imputado de aquellas conductas activas u omisivas, que se estima son constitutivas de infracción administrativa e imponerle una retribución negativa o sanción por las mismas”³⁸.

Nancy Barra Gallardo y Gabriel Celis Danzinger, a propósito del capítulo v del Estatuto Administrativo, que versa sobre la responsabilidad administrativa, expresan:

“En el dictamen número 14.551 del año 2005, se precisó que, tal como lo ha sostenido la jurisprudencia de la Contraloría General de la República en su dictamen número 50.013 bis de 2000, y la doctrina existente sobre la materia, la potestad disciplinaria es una manifestación de la potestad sancionadora del Estado, la que, a su vez, es junto a la potestad punitiva penal, una de las manifestaciones del *ius puniendi* general del Estado, razón por la cual ha entendido también que los principios del derecho penal son aplicables al derecho sancionador disciplinario”³⁹.

Podríamos señalar que lo que verdaderamente ejerce el comandante de la aeronave sobre su tripulación y los pasajeros es el principio de autoridad, una atribución directamente otorgada por la ley, pero que no emana de su condición de funcionario público, que ciertamente no tiene, sino de la necesidad de mantener el más estricto control de la aeronave, en función de su seguridad. Esta autoridad, por cierto,

“...trae aparejado el deber de obediencia por parte de los tripulantes y pasajeros en cuanto al cumplimiento de las órdenes impartidas en el ejercicio de sus funciones...”⁴⁰.

Las atribuciones del comandante de la aeronave son, hemos dicho, amplísimas. Y, aunque no es un funcionario público, sus facultades son de naturaleza unilateral, no dependen de la tripulación o de los pasajeros a quienes en definitiva manda, sino directamente de la ley que se las otorga. Aquí detectamos una especial sujeción del particular con el comandante

³⁸ BERMÚDEZ SOTO, *op. cit.*, p. 178.

³⁹ Nancy BARRA GALLARDO y Gabriel CELIS DANZINGER, *Ley 18.834 Estatuto Administrativo Texto Interpretado*, p. 932.

⁴⁰ Agustín RODRÍGUEZ JURADO, *Teoría y práctica del Derecho Aeronáutico*, p. 135.

de la aeronave durante la operación de vuelo. En efecto, se produce una estrecha vinculación entre el Derecho Público y Derecho Privado, conformando un régimen único, de naturaleza mixta.

Según el profesor español Javier Barnes, esta situación se debe enmarcar en el desarrollo más reciente de la relación entre la administración del Estado y los particulares. La condición autárquica del Estado, que prescinde absolutamente de los privados, ha quedado en el pasado, y se verifica actualmente una relación dinámica entre ambos, en distintas actividades⁴¹.

Señala Javier Barnes, a propósito de las transformaciones científicas del Derecho Administrativo:

“Cada función entraña y reclama formas de gobierno diversas. Una cosa es una Administración autárquica, estructurada en torno a organizaciones piramidales (propias, por ejemplo, de la actividad administrativa de policía) y otra, muy distinta, una Administración prestacional, que satisface por sí un servicio público (gestión directa); o garantiza un resultado aunque no lo preste (sectores regulados); como también lo es una Administración que trabaja en común, en red, dentro y fuera de las fronteras (mercados financieros, seguridad pública, aérea...)”⁴².

Una manifestación de estas ideas en el propio *Código Aeronáutico* son la atribuciones del comandante de la aeronave contenidas en el artículo 92 de este *Código* al que se le impone el deber de anotar en el diario de a bordo

“...los nacimientos y defunciones ocurridos en la aeronave, expresando el nombre y demás datos necesarios para la individualización de las personas, y el lugar, fecha y hora del hecho”.

Estas competencias corresponden en circunstancias normales a un órgano de la administración del Estado, en este caso, al Servicio de Registro Civil e Identificación. Sin embargo, durante el vuelo, el comandante de la aeronave se transforma en un ministro de fe, y sus atribuciones al respecto claramente superan las de un simple empleado particular a las órdenes del explotador de la aeronave, pasando a desempeñar funciones registrales, propias de los actos certificatorios que emanan de la Administración del Estado. El inciso segundo del artículo citado agrega que los interesados

⁴¹ Javier Barnes, profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de Huelva, España.

⁴² Javier BARNES, intervención en el encuentro académico “Nuevas tendencias del derecho administrativo” organizado por la Contraloría General de la República de Chile, en Santiago de Chile en el mes de septiembre de 2013, promanuscrito.

pueden solicitar copia de estas anotaciones al explotador, el que no podrá negarles su otorgamiento.

El OACI no se refiere directamente a las facultades del comandante de la aeronave. No obstante, otros instrumentos internacionales sí lo hacen. Es el caso del Convenio de Tokio, sobre infracciones y ciertos actos cometidos a bordo de aeronaves.

En efecto, el Convenio de Tokio, en su capítulo III, establece las facultades del comandante de la aeronave, naturalmente orientadas hacia la prevención o represión de actos ilícitos a bordo de aeronaves.

La amplitud de sus atribuciones queda en evidencia en el artículo 6° del mencionado convenio, al señalar que puede, incluso, adoptar medidas coercitivas con la finalidad de mantener la seguridad de la aeronave y de las personas y bienes a bordo de la misma. No especifica cuáles pueden ser esas medidas, por lo que queda al arbitrio del comandante el regular la intensidad de las mismas y exigir la intervención, si así lo cree necesario, de los tripulantes de la aeronave. No sucede lo mismo con los pasajeros, a quienes puede autorizar a intervenir, o solicitarles que lo hagan, pero no exigirselo.

El artículo 8° de este convenio complementa estas facultades, permitiendo al comandante desembarcar en el territorio de cualquier Estado en que aterrice la aeronave, "...a cualquier persona sobre la que tenga razones fundadas para creer que ha cometido, o está a punto de cometer, a bordo de la aeronave..." un acto ilícito.

Estas atribuciones se reproducen en el *Código Aeronáutico*. El artículo 71 establece la posibilidad de que el comandante de la aeronave imponga medidas preventivas o coercitivas a fin de mantener la seguridad de la aeronave o para mantener la disciplina y el orden a bordo de ella. Por su parte, el artículo 68 consagra la facultad del comandante de la aeronave de desembarcar tripulantes, pasajeros o carga que puedan afectar el orden o la seguridad en la aeronave.

Completa este grupo de atribuciones el artículo 72, que impone a todo pasajero la obligación de entregar al comandante de la aeronave o a quién éste designe las armas que porte, aunque esté legalmente autorizado para hacerlo.

Siguiendo la lógica en que se enmarca esta norma, debemos entender necesariamente que la referencia a "armas" no sólo es a armas de fuego, sino, también, a otras que podrían causar aquellos problemas de seguridad que el artículo intenta prevenir. Tal es el caso de las armas blancas.

No obstante, el mayor problema lo podrían causar las armas de fuego, y los permisos de porte a que se refiere el citado artículo 72 se conceden respecto de ellas, de acuerdo con la Ley N° 17.798 sobre Control de Armas y Explosivos.

Cabe destacar que el porte de armas de fuego se refiere a llevar el arma consigo, teniendo respecto de ella “un alto grado de disponibilidad”, es decir,

“la posibilidad cierta de usarla de inmediato de acuerdo a su naturaleza, y de allí la gravedad de la conducta y las penas asociadas a ella”⁴³.

La Ley N° 17.798 sobre Control de Armas autoriza el porte de armas de fuego de manera especialísima, de acuerdo con su artículo 6°. Este permiso de porte, que debe ser otorgado por la Dirección General de Movilización Nacional en casos calificados y mediante resolución fundada, implica la legitimación de su traslado por parte del ciudadano autorizado para ello, como también, eventualmente, su uso dentro de los márgenes de la legítima defensa⁴⁴. El sistema de porte de armas se completa con la existencia de un tipo penal en la referida Ley de Control de Armas en su artículo 11, que sanciona con la pena de presidio menor en su grado medio a presidio mayor en su grado mínimo, al que porte un arma de fuego sin los permisos establecidos en el artículo 6° de la misma ley.

En este contexto, la prohibición de portar armas de fuego durante el vuelo es una excepción al régimen general de autorizaciones que establece la Ley de Control de Armas, que confiere atribuciones exclusivas a la autoridad fiscalizadora para conceder esos permisos de porte de arma de fuego. Esos permisos de porte son muy restrictivos, y se fundamentan en razones de seguridad. No obstante, en ciertos casos muy fundados se otorgan cumpliendo una serie de requisitos⁴⁵.

El *Código Aeronáutico*, teniendo a la vista razones de seguridad del vuelo, establece una situación aún más restrictiva y de algún modo presume que el porte de un arma de fuego en una aeronave, cualquiera sea la circunstancia, es potencialmente tan peligrosa para la seguridad de los tripulantes y pasajeros, que la prohíbe. La norma del artículo 72 no confiere siquiera al comandante de la aeronave la potestad de decidir si

⁴³ Sergio CEA y Patricio MORALES, *Control de Armas. Manual de aplicación de la Ley N° 17798 y su Reglamento Complementario*, p. 97.

⁴⁴ *Op. cit.*, p. 48.

⁴⁵ El artículo 6° de la Ley de Control de Armas entrega a la Dirección General de Movilización Nacional la facultad de fijar los requisitos y modalidades de los permisos de porte. Con todo, estos permisos no pueden durar más de un año y respecto de sólo un arma de fuego a la vez. Se exceptúan de esta prohibición los funcionarios de las Fuerzas Armadas, Carabineros de Chile, la PDI, Gendarmería de Chile y la DGAC, salvo por un reglamento interno se les prohíba o restrinja su porte. También se exceptúan los deportistas, cazadores y vigilantes privados de acuerdo con las autorizaciones que para esas actividades otorgue la propia Dirección General de Movilización Nacional.

autoriza el porte de un arma de fuego a bordo, simplemente lo prohíbe y obliga al pasajero a entregarla para su custodia.

El comandante de la aeronave, como contrapartida de sus facultades, tiene una serie de obligaciones, que se expresan en el artículo 67 del *Código Aeronáutico*.

Es necesario apuntar que estas obligaciones requieren precisamente de atribuciones sobre los pasajeros, la tripulación y la carga. Un ejemplo de ello es la obligación contenida en la letra g) del artículo 67 del *Código Aeronáutico*, que señala que el comandante de aeronave deberá

“cumplir y hacer cumplir las normas jurídicas que regulan las operaciones de vuelo, y los manuales técnicos aprobados por la autoridad aeronáutica”.

Lo mismo sucede con la letra i) del mismo artículo, que impone al comandante de aeronave la obligación de adoptar durante el vuelo “las medidas que estime necesarias para la seguridad de la aeronave, de los pasajeros y de la carga”. Esta norma es evidentemente de naturaleza discrecional, ya que la expresión “estime necesarias” refleja que el comandante de la aeronaves impartirá las medidas racionales adecuadas a la o las situaciones que se vayan originando especialmente durante el vuelo.

Otra cuestión relevante en esta materia es quién designa comandante de la aeronave en esa calidad o cargo. Según lo prescrito por el artículo 64 del *Código Aeronáutico*, no es una autoridad pública, sino que el explotador para cada operación de vuelo. Se señaló que el mismo artículo agregaba que a falta de esa designación, se presume que el comandante de la aeronave es “quien dirige la operación de vuelo”.

El artículo 99 del *Código Aeronáutico* define el término ‘explotador’. Señala dicha norma: “Explotador es la persona que utiliza la aeronave por cuenta propia, con o sin fines de lucro, conservando su dirección técnica.” Agrega el artículo citado: “Se presume explotador al propietario de la aeronave”.

Tal como se ha estudiado previamente, las facultades de que goza el comandante de la aeronave exceden con creces las de un simple particular, y en cierto sentido sus funciones se asimilan a aquéllas que la ley le asigna a los titulares de la órganos de la administración del Estado, al dotarlos legalmente de poderes en el supremo interés de velar por la seguridad aérea.

No obstante, su designación como comandante de la aeronave emana de un acto entre particulares: el nombramiento en ese papel por parte del explotador que lo contrata por medio de vínculo laboral de naturaleza estrictamente privada.

El autor español Luis Tapia Salinas, haciéndose cargo de esta cuestión, apunta que la autoridad del comandante de la aeronave no emana

de una asignación de potestades por parte de la autoridad pública, sino que directamente del empresario que lo contrata para tal efecto, lo que a su juicio no resulta lógico, y debería ser objeto de revisión por parte de la comunidad aeronáutica internacional⁴⁶.

El hecho de ser un contrato la fuente de estas obligaciones no explica del todo el problema. Así lo expresan Guillermo Ford, José Ortega y Eladio Cuadra:

“...la naturaleza jurídica de este particular sujeto es tan compleja que se le ha intentado encuadrar dentro de figuras contractuales tradicionales sin resultado satisfactorio”⁴⁷.

Los autores citados, refiriéndose al comandante de la aeronave agregan:

“Si bien se ha dicho acertadamente que es un delegado de la autoridad pública durante el vuelo, esto por sí solo tampoco abarca la complejidad que representa el plexo de derechos y obligaciones de derecho privado que detenta este sujeto”⁴⁸.

Conclusiones

El examen de los entes administrativos que configuran la estructura aeronáutica nacional revela que la normativa jurídica que los rige es dispersa y en ciertos casos, inconnexa.

Lo anterior puede explicarse por la historia del establecimiento de las leyes pertinentes, que fueron dictadas en distintas épocas, sin que se haya producido la derogación de las normas previas, y sin que se haya abordado, hasta ahora, la tarea de elaborar una legislación debidamente concordada.

Por otra parte, estimamos conveniente estudiar la factibilidad de reunir en un solo ente administrativo todas las potestades que corresponden a la autoridad administrativa aeronáutica. En atención al control que la DGAC ejerce sobre toda la aviación civil y a su presencia a lo largo del territorio nacional, entre otros factores, nos inclinamos por proponer que todas esas facultades se concentren en dicho organismo.

Cuestión aparte es si debe mantener la estructura jurídica actual, y especialmente si debe permanecer como un servicio público de la ad-

⁴⁶ TAPIA SALINAS, *op. cit.*, p. 173.

⁴⁷ Guillermo FORD, José ORTEGA y Eladio CUADRA, *Introducción al Derecho Aeronáutico, Espacial y de las Telecomunicaciones*, p. 96.

⁴⁸ *Op. cit.*, p. 98.

ministración central del Estado. Creemos que, considerando las amplias facultades con que en la actualidad cuenta la DGAC a pesar de ser un órgano centralizado, es aconsejable que se transforme derechamente en un órgano descentralizado funcionalmente, con personalidad jurídica y patrimonio propio.

Finalmente, atendida la especial naturaleza del comandante de aeronave (que no es un funcionario público, pero en su papel ejerce potestades que emanan de la ley, y que no pueden ser consideradas sino como de carácter público) sería conveniente disponer la adecuada capacitación de los pilotos que han de ejercer esos roles, no sólo en cuestiones estrictamente aeronáuticas, sino, también, en los aspectos jurídico-administrativos que involucra su gestión.

Bibliografía

- BARNES, Javier, intervención en el encuentro académico “Nuevas tendencias del derecho administrativo” organizado por la Contraloría General de la República de Chile, en Santiago de Chile en el mes de septiembre de 2013, promanuscrito.
- BARRA GALLARDO, Nancy y Gabriel CELIS DANZINGER, *Ley 18.834 Estatuto Administrativo Texto Interpretado*, Santiago, Legal Publishing-Abeledo Perrot, 2009, tomo II.
- BAUZÁ ARAUJO, Álvaro, *Tratado de derecho aeronáutico*, Montevideo, Ediciones Jurídicas Amalio M. Fernández, 1976, tomo I.
- BERMÚDEZ SOTO, Jorge, *Derecho Administrativo General*, 2ª ed., Santiago, Abeledo Perrot-Legal Publishing, 2010.
- BOLAÑA KELLY, Germán, *Organización administrativa*, Santiago, Legal Publishing, 2008.
- CAMACHO CÉPEDA, Gladys, *Tratado de Derecho Administrativo. La actividad sustancial de la administración del Estado*, Santiago, Legal Publishing, 2010, tomo IV.
- CEA, Sergio y Patricio MORALES, *Control de Armas. Manual de aplicación de la Ley N° 17.798 y su reglamento complementario*, 3ª ed. actualizada, Santiago, Legal Publishing, 2009.
- FOGLIA, Ricardo y Ángel MERCADO, *Derecho Aeronáutico*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1976.
- FORD, Guillermo, José ORTEGA y Eladio CUADRA, *Introducción al Derecho Aeronáutico, Espacial y de las Telecomunicaciones*, Buenos Aires, Mateo José García, 1996.
- GILDEMEISTER MARTÍNEZ, Alfredo, *Elementos de Derecho Aeronáutico*, Lima, Editorial Universitaria, 1964.
- HAMILTON, Eduardo, *Manual de Derecho Aéreo*, 2ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1960.

- MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2000.
- MORAGA KLENNER, Claudio, *Tratado de Derecho Administrativo. La actividad formal de la administración del Estado*, edición Bicentenario 2010, Santiago, Abeledo Perrot, 2010, tomo VII.
- PANTOJA BAUZÁ, Rolando, *La organización administrativa*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1988.
- PRIETO RAVEST, Enrique, "Revisión y actualización de la legislación aeronáutica internacional y nacional", en Jeannette IRIGOIN BARRENNE y María Teresa INFANTE CAFFI, *Problemas contemporáneos de la actividad aeronáutica y del espacio*, Santiago de Chile, Editorial Universitaria, 1977.
- RODRÍGUEZ JURADO, Agustín, *Teoría y Práctica del Derecho Aeronáutico*, Buenos Aires, Ediciones de Palma, 1986.
- SOTO KLOSS, Eduardo, *Derecho Administrativo. Temas fundamentales*, 2ª ed., Santiago, Legal Publishing, 2010.
- TAPIA SALINAS, Luis, *Curso de Derecho Aeronáutico*, Barcelona, Casa Editorial, S.A., 1980.
- TOBAR LEIVA, Manuel, *Tratado de Derecho Administrativo, Derecho y administración regional*, Santiago, Abeledo Perrot., 2012, tomo II.
- VIDELA ESCALADA, Federico, *Manual de Derecho Aeronáutico*, Buenos Aires, Víctor P. de Zavalía editor, 1979.

TRATADOS INTERNACIONALES CITADOS

OACI

- Convenio sobre las infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de las aeronaves. (Convenio de Tokio)
- Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves. (Convenio de la Haya)
- Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil. (Convenio de Montreal)

NORMAS CHILENAS CITADAS

(SALVO INDICACIÓN DIVERSA, DISPONIBLES EN WWW.BCN.CL)

- Constitución Política de la República*, artículos 6º, 7º y 101.
- Ley Nº 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.
- Ley Nº 18.948, Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas.
- Ley 18.834, Estatuto Administrativo.
- Ley Nº 16.752, que fija la organización y funciones y establece disposiciones generales a la Dirección General de Aeronáutica Civil.

Ley N° 17.798 sobre Control de Armas y Explosivos.
 Ley N° 19.880, que establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado.
Código Tributario, libro III, título v.
Código Aeronáutico. Artículos 10, 18, 64, 65, 67, 68, 71, 72, 92, 93, 98, 99, 183, 184.
 Ley N° 19.254, que fija plantas de personal de las Subsecretarías de Transportes y de Telecomunicaciones y de la Junta de Aeronáutica Civil.
 Decreto Ley N° 1.263, Decreto Ley Orgánico de Administración Financiera del Estado.
 Decreto Ley N° 2.564, que dicta normas sobre aviación comercial.
 DFL N° 241, fusiona y reorganiza diversos servicios relacionados con la aviación civil.
 Decreto Supremo N° 42, de 20 de enero de 1948.
 DFL N° 129, de 1953.
 DFL N° 343, de 1953.
 Decreto Supremo N° 407 (aviación) de 28 de mayo de 1954.
 DAR 91. Reglas de vuelo y operación general. Disponible en www.dgac.gob.cl
 DAN 91. Reglas del aire. Disponible en www.dgac.gob.cl

JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA NACIONAL CITADA

Contraloría General de la República, dictamen de 29 de septiembre de 1970.
 Contraloría General de la República, dictamen N° 15138 de 28 junio 1983.
 Contraloría General de la República, dictamen N° 10704 de 28 abril de 1988.
 Contraloría General de la República, dictamen N° 29856 de 2 diciembre de 1992.
 Contraloría General de la República, dictamen N° 50013 bis de 2000.
 Contraloría General de la República, dictamen N° 14551 del año 2005.
 Contraloría General de la República, informe final N° 70/10 de fecha 1 de junio de 2011 sobre Auditoría efectuada a los macroprocesos de recursos humanos y de abastecimiento en la Junta de Aeronáutica Civil.

OTRAS FUENTES

www.jac-chile.cl/quienes-somos.html
www.jac-chile.cl/quienes-somos/2-mision.html
www.anac.gov.ar
www.mtc.gob.pe/portal/transportes/aereo/aeronauticacivil
www.fomento.gob.es
www.faa.gov/

LA REGULACIÓN DE LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA PARA LA PROVISIÓN DE SERVICIOS Y DE INFRAESTRUCTURAS: EXAMEN DEL MODELO REFORMULADO POR LA LEY N° 20.410

PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIP REGULATIONS ON SERVICES AND INFRASTRUCTURE PROVISION: LOOKING AT THE REFORMULATED MODEL SET BY LAW N° 20.410

*Gladys Camacho Céspedes**

Resumen

La colaboración público-privada a través del contrato de concesión de obras públicas ha sido la técnica privilegiada asociada a la renovación y ampliación de las redes de comunicación (carreteras, aeropuertos, auto-vías urbanas, etc.), aunque también ha tenido aplicación en otras áreas ampliándose el programa a la concesión de hospitales y cárceles. Esta fórmula que, desde la década de 1990, ha servido para llevar a cabo un plan de construcción de vías nacionales longitudinales y transversales, está ligada a una estrategia de desarrollo económico del país que potencia ampliamente el comercio internacional y que, además, tiene la virtud que no conlleva presión sobre las arcas fiscales sirviendo para controlar el endeudamiento público. No obstante, su aporte se vio ensombrecido por cuestionamientos de corrupción así como por ciertas prácticas asociadas a las renegociaciones de los contratos de concesión que atentaban contra la eficiencia económica del instrumento al igual que propiciaban cuestionamientos sobre la transparencia de estos procesos. El artículo analiza las principales modificaciones a la regulación de la Ley de Concesiones de

* Doctora en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid y magister en Administración Pública por la Universidad de Alcalá (Madrid) y el Instituto Nacional de Administración Pública (España). Profesora asociada de Derecho Administrativo y responsable de la cátedra OCDE-Ministerio de Relaciones Exteriores "Probidad y transparencia públicas", Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Artículo recibido el 17 de octubre de 2013 y aceptado para su publicación el 3 de marzo de 2014. Correo electrónico: gcamacho@derecho.uchile.cl

Obras Públicas introducidas por la Ley 20.410, que, entre otras, buscan resolver estos problemas así como atender mayores exigencias de niveles de servicio y estándares técnicos durante la vigencia de la concesión, esto es, perfeccionar la fórmulas de ejecución, mantenimiento y gestión de los proyectos.

Palabras claves: Ley de Concesiones, colaboración público-privada, concesión de obra pública, panel técnico, comisión arbitral, Consejo de Concesiones.

Abstract

Public-private partnership through a public work concession contract has been the preferred way to renovate and expand communications networks –high roads, airports, highways, etc.– although it has been also applied in other areas, broadening its boundaries to public hospitals and jails concessions. This technique that has been useful since the 1990s to carry out a nationwide road construction plan is linked to a national economic development strategy that enhances international trade - without pressuring on the Treasury and controlling public debt. However, all these virtues have been overshadowed by criticism related to corruption and certain practices associated with renegotiation of such concession contracts that undermine economic efficiency. This article is aimed to look at the main changes to the Public works concession Act introduced by Law N° 20410 that seek to solve the aforementioned problems and to meet higher service standards and technical requirements during the concession period – that is, to improve the contractual performances and the maintenance and management of projects.

Keywords: Public works concession Act, Public-private partnership, Public work concession, Technical Panel, Arbitration commission, Concessions Council.

I. Introducción

Con el retorno a la democracia en la década de 1990 el presidente Patricio Aylwin tomó una decisión pública que desde entonces se ha sostenido en el tiempo por los gobiernos que le han sucedido, esto es, afrontar a través del instrumento de las concesiones de obras públicas el reto de superar el déficit en infraestructura del país, que comprometía el desarrollo económico y la búsqueda de una exitosa inserción en los mercados interna-

cionales, apelando a la inversión privada nacional y extranjera, objetivos por demás conseguidos a la luz de los resultados macroeconómicos que exhibe el país¹.

La experiencia chilena en materia de concesiones de obras públicas resulta paradigmática por el éxito obtenido. De ello da cuenta la amplia renovación de las infraestructuras viales y aeroportuarias, extendiéndose a la construcción de hospitales y de cárceles. En el período 1993-2009, se presentaron sesenta y un proyectos y el valor de inversión asociada ascendió a más de US\$11.000.000.000², lo que explica la gran moder-

¹ La técnica de la concesión de obras públicas no era desconocida antes de la última década del siglo XX, sin embargo, es en los gobiernos democráticos liderados por los Partidos de la Concertación en que cobra una significación sin parangón. De esta técnica se ocupaba a principios del siglo XX José Domingo AMUNÁTEGUI, *Tratado general de Derecho Administrativo aplicado a la legislación de Chile*, p. 432, para quien el sistema de concesión de obras públicas “es apropiado para asegurar el interés más general, porque es lógico suponer que la obra sea bien ejecutada; ya que así conviene al empresario i por parte del Estado habrá un desembolso relativamente pequeño. El campo –sin embargo, concluye el profesor de la Casa de Bello– en que puede desarrollarse este sistema es reducido entre nosotros”. Por su parte, Juan Antonio IRIBARREN en *Lecciones de Derecho Administrativo. Apuntes de clases*, p. 87, define la concesión como “la autorización que la Administración confiere a un individuo o empresa para que ejecute una obra pública, reservándole durante cierto tiempo la explotación de la misma, con el objeto de que pueda resarcirse de los gastos y obtener una justa ganancia. Transcurrido el plazo, la obra se incorpora al haber del Estado”. En el mismo sentido Manuel JARA CRISTI, *Manual de Derecho Administrativo*, p. 110, señala que en virtud de la concesión de obras públicas “un tercero se obliga a realizar por su cuenta una obra pública, a riesgo y ventura, a cambio de la autorización que la Administración le otorga para explotarla una vez realizada, durante un plazo que le permita resarcirse del capital invertido y obtener una utilidad equitativa, debiendo pasar la obra a poder definitivo del Estado, una vez vencido dicho plazo”. Igualmente, destaca: “el Estado mantiene una tutela al respecto y ejercita todas las facultades necesarias al uso conveniente de la obra de parte del concesionario”. Por su parte, Patricio AYLWIN, *Manual de Derecho Administrativo. Parte general*, p. 230, enfoca la disparidad existente entre las dos figuras contractuales cercanas del siguiente modo: “Lo esencial en la concesión de obra pública es ‘la construcción de la obra’, la ejecución de una obra destinada al servicio público. Esto la diferencia de la concesión de servicio público, en la cual lo esencial es “la gestión del servicio público”. Más contemporáneamente (2009) a la luz de la experiencia reciente destaca el papel cada vez más activo que se la ha dado a los particulares, en especial como colaboradores en la gestión administrativa del Estado: “no puede silenciarse el avance extraordinario que ha experimentado el país por la aplicación de los contratos de concesiones de obras públicas. El sistema de concesiones de obras públicas fue establecido por el DFL N° 164 de 1991, cuyo texto refundido se fijó por el Decreto de Obras Públicas N° 900 de 31 de octubre de 1996”. En la misma línea Enrique SILVA CIMMA, *Derecho Administrativo chileno y comparado, actos, contratos y bienes*, p. 224, señala: “Lo fundamental en la concesión de obra pública es, pues, la ejecución o construcción de la misma, siendo su explotación sólo un procedimiento para remunerar al particular o sociedad que se encarga de construirla”.

² Mauricio GÁTICA, “Evolución del sistema de concesiones, coordinación de concesiones de obras públicas”.

nización en la red vial longitudinal y transversal a lo largo del país que esta actividad ha conllevado. Junto con ello, la asociación público-privada en materia de contratación pública vinculada a las concesiones de obras públicas se ha consolidado como una de las más representativas de la actuación mancomunada del sector público y el privado³.

Sin embargo, el voluntarismo inicial que llevó a la utilización de este instrumento a través de un amplio programa de obras públicas no dio paso a la formulación de la política pública correspondiente⁴, que estuviera acompañada de la debida regulación de este tipo de actuación administrativa. Lo señalado tuvo su manifestación más severa en el caso conocido como MOP-GATE, que dio a lugar a denuncias y procesamientos criminales de autoridades del más alto nivel de la época que propiciaron la alarma pública y puso en evidencia la necesidad de una reforma sustantiva que asegurara mecanismos de mayor transparencia y una efectiva competencia en la adjudicación de las obras. Con ello, se comprometió la eficiencia económica del instrumento, todo lo cual, generó el contexto propicio para una revisión del sistema de colaboración público-privada vinculada a las obras públicas.

³ Claudio MORAGA KLENNER, “La actividad formal de la Administración del Estado”, pp. 721-722, plantea que la asociación en materia de contratación pública en la actualidad no es la prioritaria, pues se adscribe a la opinión de que la asociación público-privada no sólo es un medio especial de emprender acciones de relevancia social o económica, sino que, también, se desarrolla en el ámbito normativo de tal manera que la actividad normativa, especialmente, del gobierno es producto de la unión de intereses públicos y privados, pues estos últimos participan del proceso formativo de las normas (reglamentarias).

⁴ Entendiendo que la política pública supone el diseño, gestión y evaluación de un curso de acción gubernamental desplegado en torno a un objetivo de interés general, la crisis del sistema evidenciado por el caso MOP-GATE –originado durante el gobierno del presidente Ricardo Lagos (2000-2006)– puso de manifiesto la falta de una adecuada regulación de las fórmulas de colaboración público-privada que se estimularon ampliamente por el Ministro Obras Públicas de la época, comprometiendo los principios de Derecho Público que rigen el buen gobierno de la nación. Para una definición de política pública Eugenio LAHERA, “Política y Políticas públicas”, p. 8, hace referencia a los requisitos que reúne una política pública de excelencia, la que define como: “cursos de acción y flujos de información relacionados con un objetivo público definido en forma democrática; los que son desarrollados por el sector público y, frecuentemente, con la participación de la comunidad y el sector privado. Una política pública de calidad incluirá orientaciones o contenidos, instrumentos o mecanismos, definiciones o modificaciones institucionales, y la previsión de sus resultados”.

II. Marco normativo

La concesión de obra pública surge en Chile en el primer tercio del siglo xx⁵, pero no es sino hasta la última década de esta centuria que se hizo uso del sistema concesional de obras públicas, para llamar a interesarse a importantes empresas nacionales y extranjeras, desarrollando un ambicioso y exitoso programa de construcciones.

No hay duda de que la técnica administrativa de concesionar una obra pública se enmarca dentro del diseño económico que la Constitución Política establece⁶. Así, las opciones de nuestro constituyente, que se traducen en directrices que sustentan una economía basada en la libre competencia así como el incentivo a la iniciativa privada acompañada por un Estado servicial, han sido claves para el éxito económico que el país exhibe. De este modo, el artículo 1° inciso 3° de la CPR, que dispone *in totum* al Estado como una estructura servicial cuyo fin es la promoción del bien común; el artículo 19 N° 21 CPR, que reconoce el derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional; y el art. 19 N° 22, que proscribiera toda discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica, son todas directrices generales que, en particular, informan la contratación pública como instrumento de la actuación económica de los órganos del Estado.

Los citados preceptos integran lo que se reconoce como Constitución Económica y constituyen las previsiones generales que condicionan el ordenamiento económico. Son estas disposiciones las que permiten afirmar que la Constitución Económica que se contiene en la Carta Magna vigente tiene como presupuesto un sistema de mercado donde la libre competencia se convierte en un valor central a proteger y a propugnar. Ello resulta positivo si tenemos en cuenta que la libre competencia efec-

⁵ Como señala SILVA CIMMA, *op. cit.*, p. 225, las primeras normas dictadas para construir obras públicas vía concesión datan de principios del siglo xx, refiriéndose a la Ley N° 4.621, de 24 de julio de 1929, que: “facultó al Presidente de la República para conceder permisos a particulares para construir puentes sobre corrientes nacionales de uso público y cobrar una tasa o tarifa por el uso de los mismos, subordinando, naturalmente, estas construcciones a la supervigilancia de los Servicios Técnicos del Estado”.

⁶ MORAGA KLENNER, *op. cit.*, p. 723, observa: “son escasos los marcos jurídicos que se ha dado Chile reconociendo institucionalmente el fenómeno de las ‘asociaciones público-privada’, es decir, de áreas en las que se integran formalmente esfuerzos o capitales y gestiones públicas y privadas. Probablemente, en la actualidad, los más representativos son los marcos legales de concesiones de obras públicas (con resultados profundos y concretos) y de financiamiento urbano compartido (de menor antigüedad y de maduración de proyectos)”.

tiva propicia que la asignación eficiente de recursos escasos sea lo que caracterice al sistema. Por un lado, la Constitución, en su artículo 19 N° 22, garantiza a los particulares a ser tratados por igual por parte del Estado y sus organismos, proscribiendo discriminaciones arbitrarias en materia económica. Es esta previsión constitucional la que permite identificar uno de los fundamentos para instituir al sistema concursal como regla básica de la contratación administrativa. No hay que olvidar que el Estado y sus organismos constituyen importantes demandantes de bienes y servicios en la economía, tanto que su consumo es una variable macroeconómica determinante del gasto público⁷. Percibido como cliente, el Estado es uno de los consumidores más relevantes de la economía, pues su demanda tiene la virtud de ser un gran acicate para activar diversos sectores económicos. De ahí, el interés de los particulares por lograr un acceso igualitario a la contratación pública, la cual se constituye en un medio por el cual se involucran importantes recursos económicos, los que por su particularidad de ser públicos no pueden ser gestionados caprichosamente, sino con objetividad e imparcialidad.

Por otra parte, el principio de servicialidad⁸, que instituye al Estado como una organización vicarial para lograr alcanzar el bien común (artículo 1° de la CPR), contiene un mandato implícito de ser eficaz y eficiente en el empleo de los recursos públicos, lo que es reforzado para la administración pública en la LOCBGAE. Igualmente, la probidad, transparencia y publicidad estatuidas como bases de la institucionalidad (recogidas en el nuevo artículo 8° de la CPR), obligan a que la gestión de los recursos públicos se haga de modo escrutable a fin de que se pueda enjuiciar el

⁷ Como ya se ha señalado en el periodo comprendido entre 1993-2009 la inversión vinculada a la contratación de concesiones de obras públicas ascendió a más de US\$11.000.000.000. Mauricio Gatica, “Evolución del sistema de concesiones, coordinación de concesiones de obras públicas”, p. 5. Mientras que por su parte el monto transado a través del sistema de contratación de Chile Compra o Mercado Público ha ido permanentemente en ascenso y ha pasado de US\$1.038.000.000 en 2003 a proyectarse en torno a los US\$ 10.100.000.000 en 2013, siendo previsible que continúe aumentando. Roberto PINEDO, “Cuenta pública 10 años Dirección Chilecompra. Modernizando el Estado”, p. 10.

⁸ Prefiero la calificación del Estado atendiendo a su naturaleza servicial y no apelar a un supuesto principio de subsidiariedad. Del primero existe texto expreso mientras que del segundo, si bien se puede encontrar su enunciación en las discusiones de la “Comisión Encargada de la Redacción de la Nueva Constitución” instituida en el gobierno militar, finalmente no fue recogido en ningún precepto de la Carta Magna, siendo invocado en la actualidad sobre todo desde una posición ideológica que reclama un Estado limitado, lo que en mi concepto es una situación que se ha venido revirtiendo en la práctica, proceso que ciertamente ha contribuido a plantear la necesidad de una reforma sustancial de la Constitución. Lo que sí ha variado sustancialmente son las formas de intervención del Estado, acentuándose su naturaleza reguladora por sobre su papel de agente productivo.

método que se ha empleado en la administración de los mismos, lo que también remite a apreciar la eficacia y eficiencia de la administración de los recursos públicos. Por último, el carácter servicial del Estado también se manifiesta en la preponderancia de actuaciones no autoritarias que buscan la colaboración de los privados convocándolos a la realización de una actividad económica rentable –tomando los resguardos para la debida protección del interés público– que se expresa, entre otros, en la contratación pública, ámbito donde el Estado tiene limitado el uso de facultades exorbitantes o de privilegios. Las

“concesiones de servicios públicos y de obras públicas han significado crear o, incluso, remozar antiguas legislaciones que por décadas estuvieron en desuso, de manera de transformar dichos marcos jurídicos en verdaderos instrumentos de promoción de inversiones de privados”⁹.

Con rango legal, el deber de servicialidad se traspone para la administración del Estado (artículo 3 de la LOCBGAE) obligándola a actuar con eficacia en sus cometidos y con eficiencia en la gestión de los recursos públicos, porque ello es exigencia del interés general (artículo 53 de la LOCBGAE). Esta previsión exige a los órganos de la administración del Estado adoptar los medios idóneos para decidir y también garantizar la integridad ética y profesional en la administración de los recursos, lo que es directa consecuencia de la observancia del principio de probidad administrativa.

En afinidad con las directrices constitucionales ya señaladas, la LOCBGAE establece en el artículo 9 la única normativa básica que rige de forma general la contratación administrativa, ésta es, la referida a los principios generales de la contratación administrativa de libre concurrencia de los oferentes y de igualdad de aquéllos ante las bases administrativas, ambas prescripciones referidas al procedimiento concursal de la contratación¹⁰.

Ahora bien, a diferencia de lo que sucedió en los países donde surgió la institución del contrato administrativo, lo que diferencia a este instituto en nuestro ámbito no es la jurisdicción a la cual están sometidos,

⁹ MORAGA KLENNER, *op. cit.*, p. 280.

¹⁰ Para Iván ARÓSTICA, “Cómo y con quién contrata la administración”, pp. 345-347, esta norma del artículo 9 de la LOCBGAE, es un postulado básico imperativo y tiene singular importancia, pues señala las únicas tres formas que puede adoptar la administración para dirimir con quién va a contratar: la propuesta pública, la licitación privada y el trato directo. Adicionalmente, este precepto tiene como verdadero propósito no sólo mencionar las fórmulas de contratación, sino establecer una prelación entre ellas y que, “en esa secuencia, antepuso y privilegió el sistema de propuesta pública”.

pues estos contratos están sujetos a soluciones arbitrales y en su defecto a los tribunales ordinarios, ya que en Chile se carece de una jurisdicción contencioso-administrativa relacionada con esta materia. Lo señalado es sin menoscabo de reconocer que en el último tiempo se han establecido diversos órganos especializados para la resolución de conflictos contencioso-administrativos que ejercen jurisdicción en materias acotadas por el legislador¹¹.

En el plano legal y reglamentario el marco normativo regulador del contrato de concesión de obras públicas se encuentra integrado por las siguientes normas jurídicas:

1. Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, que establece los principios de actuación de la administración del Estado y en especial el de libre concurrencia e igualdad ante las bases de los proponentes.
2. DFL MOP N° 850, de 12 de septiembre de 1997 (D.O. 25 de febrero de 1998), fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 15.840, de 1964 y del DFL N° 206, de 1960.
3. Decreto Supremo N° 900, de 31 de octubre de 1996 (D.O. 31 de octubre de 1996), fija texto refundido, coordinado y sistematizado del DFL MOP N° 164, de 1991, Ley de Concesiones de Obras Públicas¹².
4. Decreto supremo MOP N° 956, de 6 de octubre de 1997 (D.O. 20 de marzo de 1999), reglamento del DFL MOP N° 164, de 1991, modificado por las leyes N° 19.252 de 1993 y N° 19.460, de 1996.

Particular mención merece la Ley 20.410 (D.O. 20 de enero de 2010), que reforma el decreto 900/MOP o Ley de Concesiones, pues introdujo importantes modificaciones que son a las que nos referiremos con detalle

¹¹ De ello son ejemplo el Tribunal de la Contratación, creado por la Ley 19.886 de 2003 en materia de contratación de suministros, el Panel Eléctrico creado por la Ley N° 19.940 de 2004 para conflictos en materia de aplicación de la legislación eléctrica; el Consejo para la Transparencia creado por la Ley 20.285 de 2009 para resolver los conflictos en materia de acceso a la información pública, entre otros.

¹² MORAGA KLENNER, *op. cit.*, pp. 726-727, plantea que el decreto 900/MOP constituyó una legislación muy exitosa que propició el desarrollo de infraestructura pública por cuanto es una legislación pragmática y protectora de los intereses y derechos de los inversionistas privados, nacionales o extranjeros. En su opinión esta legislación tuvo tres virtudes: 1) fue “lo suficientemente genérica y breve”, lo que permitió amplia discrecionalidad a la administración para la definición de los contratos; 2) “lo suficientemente pragmática como para incorporar instituciones novedosas que dieran confianza a los inversionistas privados” y 3) “lo suficientemente mesurada como para disponer mecanismos ágiles y expeditos de resolución de controversias”.

más adelante. Si bien estas modificaciones regirán para los nuevos adjudicatarios, de acuerdo con el artículo primero transitorio, las modificaciones introducidas por la ley 20.410 no serán aplicables respecto de los contratos de concesión adjudicados con anterioridad, salvo que los concesionarios hayan optado por la aplicación de estas normas en un plazo de tres meses desde su entrada en vigencia, situación que se desconoce haya ocurrido.

Junto a este marco normativo de carácter general, al que se adicionan las respectivas bases de licitación de cada contrato particular, es necesario mencionar:

- La Ley N° 19.886, Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios. Texto legal que por expresa referencia de su artículo 3°, letra e), extiende a los contratos de concesión de obra pública exclusivamente la aplicación de su capítulo v referido al Tribunal de la Contratación Pública, así como dispone el carácter supletorio de todas las disposiciones de ese cuerpo legal¹³.
- El conjunto de normas de Derecho Privado a las que hay que acudir en defecto de las normas de Derecho Público en la medida que sea necesario para completar la regulación del contrato de concesión de obra pública. Esta prescripción está contenida en el artículo 1° de la Ley de Compras Públicas N° 19.886¹⁴.

¹³ El citado precepto legal a la letra dispone: “Artículo 3°.- Quedan excluidos de la aplicación de la presente ley: (...) e) Los contratos relacionados con la ejecución y concesión de obras públicas.

Asimismo, quedan excluidos de la aplicación de esta ley los contratos de obra que celebren los Servicios de Vivienda y Urbanización para el cumplimiento de sus fines, como asimismo los contratos destinados a la ejecución, operación y mantención de obras urbanas, con participación de terceros, que suscriban de conformidad a la ley N° 19.865, que aprueba el Sistema de Financiamiento Urbano Compartido.

No obstante las exclusiones de que se da cuenta en esta letra, a las contrataciones a que ellos se refieren se les aplicará la normativa contenida en el Capítulo V de esta ley, como, asimismo, el resto de sus disposiciones en forma supletoria”.

¹⁴ La norma citada a la letra preceptúa: “Artículo 1°.- Los contratos que celebre la Administración del Estado, a título oneroso, para el suministro de bienes muebles, y de los servicios que se requieran para el desarrollo de sus funciones, se ajustarán a las normas y principios del presente cuerpo legal y de su reglamentación. Supletoriamente, se les aplicarán las normas de Derecho Público y, en defecto de aquéllas, las normas del Derecho Privado.

Para los efectos de esta ley, se entenderán por Administración del Estado los órganos y servicios indicados en el artículo 1° de la Ley N° 18.575, salvo las empresas públicas creadas por ley y demás casos que señale la ley”.

II. Concepto y características del contrato de concesión de obra pública

Nos dice el artículo 39 del DFL MOP N° 164, de 1991, Ley de Concesiones de Obras Públicas¹⁵, que se:

“entenderá por obra pública fiscal a cualquier bien inmueble construido, reparado o conservado a cambio de la concesión temporal de su explotación o sobre bienes nacionales de uso público o fiscales destinados al desarrollo de áreas de servicio, a la provisión de equipamiento o a la prestación de servicios asociados”.

Concretamente la ley configura el tipo contractual de la concesión de obra pública asociando dos actividades diferenciadas y que en algunos sistemas no es indispensable que estén mancomunadas, esto es, tanto la realización de la obra pública y la gestión como prestación del servicio público. De este modo, la concesión de obra pública se constituye en una actividad cuyo atractivo reposa en la explotación económica de la obra pública por parte del concesionario que ejecuta la edificación. En definitiva, la característica definidora de este tipo de contrato es la vinculación imprescindible entre la construcción y la explotación de la obra pública.

Usando la terminología anglosajona, las concesiones de obras públicas viales en Chile han respondido al modelo de contrato BOT, significando con ello que una empresa privada financia y construye el proyecto de infraestructura y luego cobra por el uso del servicio (lo opera) durante un período prolongado. Cuando finaliza la concesión, la infraestructura es transferida al Estado¹⁶.

Ahora bien, junto a lo ya señalado, la Ley 20.410 de 2010 incluyó dentro de la definición del contrato de concesión de obra pública la provisión de equipamiento o la prestación de servicios asociados, permitiendo que la concesión se realice sobre la base de proyectos complejos.

En relación con la naturaleza pública del contrato de concesión de obra pública es necesario expresar la particularidad de la regulación chilena que recae sobre esta materia, pues la institución del contrato administrativo en nuestro ordenamiento jurídico no se puede caracterizar del mismo modo que en el ámbito galo, donde la posición de privilegios

¹⁵ Texto refundido, coordinado y sistematizado de este texto legal fue fijado por el Decreto Supremo MOP N° 900, de 31 de octubre de 1996 (D. O. 18 de diciembre de 1996).

¹⁶ Eduardo ENGEL, Ronald FISCHER, Alexander GALETOVIC y Manuel HERMOSILLA, “Renegociación de concesiones en Chile”, p. 4.

de la administración imprimió a la noción de rasgos caracterizadores exorbitantes e identificó en ellos los elementos diferenciadores del correspondiente instituto reconocido en el Derecho común¹⁷. Más aún, con la redefinición del Estado, que enfatiza su servicialidad y mitiga fuertemente sus privilegios de soberanía, la contratación administrativa se imprime –cuando el legislador así lo determina– de aspectos regulados con el objetivo de garantizar el respeto de los principios que informan la actuación pública para una buena administración. De tal modo que la institución contrato administrativo en nuestro ordenamiento jurídico está referida a las previsiones que el legislador adopta para suplir la inexistencia de autonomía de la voluntad en la administración¹⁸, así como para acotar la

¹⁷ Sobre la admisibilidad del contrato administrativo como institución hay diversas opiniones, “cabe reiterar –destaca SILVA CIMMA, *op. cit.*, p. 24– que personalmente no concebimos la existencia de los contratos administrativos (de suministro, de obra pública, etc.), porque, a nuestra manera de ver, tal noción ha querido simplemente trasplantar principios del Derecho Común al Derecho Administrativo. No hay, pensamos, en la administración igualdad contractual, ni autonomía de la voluntad, principios estos esenciales de los contratos del Derecho Común”. Más adelante, asumiendo la realidad de actos de colaboración de los privados, Enrique Silva concluye: “La constatación de estos elementos: capacidad del Estado, formalidad de que se revisten estos actos y objeto y fin que se persigue con su realización, nos permite afirmar que en nuestro país existen actos administrativos que constituyen lo que la doctrina denomina ‘contratos administrativos’, que quedan regulados por normas particularísimas de Derecho Público. La verdad es, a nuestro juicio, que si algo hubiera de criticarse a este respecto, es el nombre absolutamente inadecuado de contratos administrativos que la doctrina ha asignado a estas actuaciones”. En otra frontera Eduardo SOTO KLOSS, “La contratación administrativa: un retorno a las fuentes clásicas del contrato”, p. 575, admite el instituto contractual como instrumento de intercambio de bienes asociado a la idea de justicia, porque el Estado no puede sino relacionarse conforme al Derecho y el objeto de éste es lo justo, empleando la técnica unilateral (de imposición) o bien la técnica contractual (de concertación). “Yo diría –afirma Eduardo Soto– que el verdadero aporte de esta nuestra disciplina en este campo es el hacernos ver un retorno a la idea originaria de contrato, en cuanto intercambio de bienes basado en lo justo, y que se manifiesta en toda la vida del contrato”. “Sea que utilice la una –continúa–, sea que utilice la otra, el Estado siempre está actuando para conseguir el bien común... Si utiliza la técnica contractual, el contrato que celebre estará igualmente marcado por esa finalidad pública del interés colectivo, del bien común, pero no por eso dejará de ser contrato, es decir, intercambio de bienes, intercambio de prestaciones, acordado voluntariamente por ambas partes y sobre bases de justicia”.

¹⁸ En este punto se acoge la teoría de los profesores José Luis VILLAR PALASI y José Luis VILLAR EZCURRA, *Principios de Derecho Administrativo*, pp. 59-60, en cuanto en el ámbito administrativo no es posible asimilar el acto administrativo (y derivado de ello, se entiende que tampoco el contrato administrativo) a un negocio jurídico, pues ello haría derivar consecuencias jurídicas que no pueden ser aceptadas en el Derecho Público, por cuanto el negocio jurídico se vincula a la autonomía de la voluntad como fuente generadora de efectos jurídicos. De tal modo que, como indican los citados autores, en el ámbito del

supuesta libertad de contratación de la administración que “existe” o más bien se admite en cuanto la administración puede celebrar una variedad de pactos que no están establecidos taxativamente ni regulados en toda su extensión, por cuanto la opción del legislador en materia contractual es la de regular los tipos importantes de contratación y dentro de ellos los aspectos más relevantes que le interesa cautelar.

De este modo, en algunos contratos administrativos a causa del interés público que hay implícito en ellos –al igual que en algunos contratos del ámbito privado como los bancarios, el *franchising*, entre otros–, el legislador establece ciertas previsiones para que dichas actividades se realicen con los resguardos correspondientes para el adecuado cumplimiento del principio de legalidad, el buen funcionamiento del sistema económico y la confianza de los agentes que intervienen. Ahora bien, si en ciertos contratos se reconocen algunos “privilegios” para la parte pública interviniente se debe a que en esa concreta relación el interés general que ella actualiza requiere de dicha previsión especial. En otros casos, la regulación del contrato administrativo se orienta, especialmente, a establecer el *iter* o los procedimientos que debe cumplir la organización pública contratante para que su actuación sea legítima y con arreglo al principio de legalidad, *v.gr.* bases administrativas, licitación pública como fórmula general para la contratación, tipos de garantías, etc.... De tal modo, establecida una regulación en materia de contratación, las prescripciones que la conforman se tornan vinculantes y constituyen los parámetros para fiscalizar la correcta actuación de la administración, así como el ajuste adecuado de la misma a lo dispuesto en las leyes como expresión de la voluntad general, manifestada a través del Congreso.

Dicho esto, la nota que podría permitirnos calificar los contratos como administrativos y en el caso concreto, el contrato de concesión de obra pública como contrato administrativo, es la regulación especial de Derecho Público que se le aplica.

Mas lo propuesto tropieza con la interpretación tanto de los tribunales ordinarios como de la Contraloría General de la República, pues en este punto tanto la jurisprudencia judicial como la administrativa coinciden y reiteradamente interpretan los contratos públicos en afinidad con las teorías civilistas que los configuran como un libre acuerdo de voluntades, generador de derechos y obligaciones entre las partes. De ello, se desprende que para los órganos encargados del control jurídico (en sede administrativa y judicial) lo determinante en materia contractual pública es el con-

derecho administrativo no es propio hablar de la existencia de una autonomía de voluntad tal como la dogmática civil ha construido este concepto.

tenido del contrato y no la institución de Derecho Público debidamente regulada. Como consecuencia, las supuestas prerrogativas o posición de supremacía de la administración sólo son reconocidas y validadas por la jurisprudencia si han sido pactadas o contenidas en el respectivo contrato y no por estar emanadas del régimen al que ellos están sometidos, lo cual se ha expresado en que algunos de los problemas presentados en la ejecución de los contratos de concesión de obra pública no puedan ser solucionados a través de la interpretación de la regulación legal, sino que lo preponderante es la letra del contrato.

III. Los problemas más acusados en el modelo de concesiones chileno y las reformas legales introducidas

Se señalan como ventajas del sistema concesional una serie de postulados, entre los cuales se sostiene que permite captar inversiones de modo que el Estado puede redestinar sus recursos, especialmente redirigirlos a inversión social, con ello, el mecanismo permite capear las estrecheces presupuestarias que normalmente acusan las administraciones públicas, más aún en períodos de crisis económicas. Por otro lado, particularmente, en el caso chileno se acepta que con el retorno a la democracia éste ha sido un mecanismo necesario por las condiciones materiales y con las capacidades técnicas con las que el Ministerio de Obras Públicas contaba al inicio de la década de 1990,

“el problema –enfatisa Eduardo ENGEL *et al.*– era la falta de capacidad técnica, humana y tecnológica necesaria para ejecutar los proyectos en plazos breves bajo un Ministerio que, durante la década de los ochenta, casi no había construido nuevos proyectos de infraestructura carretera. Las concesiones fueron una innovación ingeniosa que permitió construir rápidamente una serie de obras de alta rentabilidad social”¹⁹.

Uno de los objetivos del primer gobierno democrático, junto a la consolidación democrática y lograr una mejor equidad social, fue impulsar el desarrollo económico, lo que hacía indispensable contar con una poderosa red de comunicaciones como complemento indispensable a la política comercial orientada hacia el exterior. En conexión al propósito señalado, las concesiones han sido exitosas permitiendo dotar de la

¹⁹ ENGEL, FISCHER, GALETOVIC y HERMOSILLA, *op. cit.*

infraestructura vial y aeroportuaria necesaria para impulsar la inserción económica internacional del país, superando la precaria situación en materia de infraestructuras que limitaba el crecimiento del país²⁰.

Si bien la financiación privada que conlleva este tipo de contrato administrativo permite diluir el gasto público necesario para habilitar las infraestructuras requeridas en varias décadas, eliminando la presión ejercida por las exigencias del equilibrio presupuestario, no debe dejar de atenderse si, finalmente, el resultado en la práctica ha conllevado a un endeudamiento excesivo que traspasa el gobierno que adquiere el compromiso restringiendo, por consiguiente, la capacidad de los gobiernos en el futuro. Otro elemento que se repara, igualmente, es que este endeudamiento no pasa por las instancias democráticas del Congreso, resultando ser además caro, todo lo cual afecta el interés fiscal²¹. De acuerdo con Eduardo Engel la experiencia chilena de concesiones de obras públicas no se justifica en

“una falta de recursos, ya que durante los últimos 15 años el Estado podría haber financiado las inversiones en infraestructura pública con recursos fiscales”,

sino sobre todo en la falta de competencias de los órganos públicos para llevar adelante con eficacia en tiempos razonables este tipo de proyectos complejos.

No obstante la común calificación del mecanismo de concesiones como exitoso, la experiencia de los más de tres lustros que cumplió el sistema de concesiones evidenció una serie de imperfecciones que suscitaron cuestionamientos a la legitimidad del instrumento y propiciaron un clima político favorable a la revisión y consiguiente introducción de correcciones por parte del legislador en 2010. Algunos de los atributos que servían de justificación al uso de este instrumento distaban mucho

²⁰ Eduardo BITRÁN y Marcelo VILLENA, “El nuevo desafío de las concesiones de obras públicas en Chile. Hacia una mayor eficiencia y desarrollo institucional”, p. 181, sostienen: “En 1995 el Ministerio de Obras Públicas (MOP) cuantificó en US\$1.500 millones por año las pérdidas económicas causadas por una infraestructura inadecuada, principalmente por los cuellos de botella que se generaban en una economía que crecía 7% anualmente. El MOP estimó que para sostener dicha tasa de crecimiento del PIB, la inversión requerida en infraestructura de transportes debía alcanzar a más de US\$11.000 millones entre 1996 y 2006”.

²¹ Las renegociaciones bilaterales en materia de concesiones han propiciado el adelantamiento de gastos, endeudando a gobiernos futuros, así dos tercios de los desembolsos comprometidos (un 65% del total renegociado) deberán ser pagados por cuenta de los gobiernos que vendrán. ENGEL, FISCHER, GALETOVIC y HERMOSILLA, *op. cit.*, p. 4.

de cumplirse. Así, si bien se admite que la concesión de obra pública es una actividad que debe configurarse como atractiva para los inversores privados, pues de lo contrario no podría captar el interés de éstos, ello no debe ser equivalente a que sea una actividad liberada de todo riesgo económico. El Estado se preocupa de distribuir equilibradamente los riesgos de la actividad (sobre todo porque se trata de una inversión “hundida”), pero no puede garantizar su rentabilidad a todo evento, pues estaría configurando una situación privilegiada del concesionario. Igualmente, esta herramienta como parte de la política económica debe buscar la eficiencia económica de los recursos públicos en razón de lo cual asegurar *ex ante* la competencia entre los oferentes resulta fundamental.

Sin embargo, proyectos defectuosamente formulados han dado origen a una temprana revisión de los mismos tan sólo poco después de ser adjudicados, originando sustanciales modificaciones y ampliaciones²². Esta circunstancia no sólo ha supuesto un gran número de costosas renegociaciones que han comprometido la eficiencia económica del instrumento, sino que, también, ha limitado la competencia en la adjudicación y originado ganancias extraordinarias por parte de los concesionarios, quienes han obtenido rentabilidades por encima del mercado, así “la inversión más atractiva es, por cierto, aquella que se decide por negociación, como adición a una concesión existente”²³. Todo ello genera riesgos de “captura

²² El estudio de ENGEL, FISCHER, GALETOVIC y HERMOSILLA, *op. cit.*, pp. 1-2, destaca enfáticamente: “nuestro análisis es concluyente en determinar que las negociaciones son frecuentes y que representan montos considerables. En promedio, cada concesión ha sido renegociada 3 veces, y el monto total de las transferencias hacia los concesionarios es de UF 70,3 millones (2.810 millones de dólares). El 83% de este monto corresponde a negociaciones bilaterales entre el MOP y la concesionaria, mientras que el 17% restante resultó de un proceso de conciliación o arbitraje. Si se considera que el presupuesto original de las 47 obras concesionadas y no extinguidas era de UF 211,6 millones (8.460 millones de dólares), se concluye que un 25% de los \$11.270 millones de dólares invertidos en infraestructura mediante el sistema de concesiones fue agregado después de la adjudicación del proyecto sin un proceso de licitación competitiva”.

²³ BITRÁN y VILLENA, *op. cit.*

La experiencia reciente en el ámbito internacional nos ratifica estos reparos. La culminación de la ampliación del canal de Panamá por el GUPC liderada por la empresa española Sacyr junto a la empresa italiana Impregilo, es incierta. El GUPC ha anunciado la suspensión de la construcción si la ACP no reconoce un sobrecosto por US\$1.600 millones de dólares, exigencia que ha sido, hasta la fecha en que se redacta este artículo, rechazada por la ACP, por considerarlo una “presión” inaceptable exigiendo que cualquier renegociación se realice en el marco de lo que estipula el contrato. Dada la relevancia de este asunto y su incidencia en la imagen de las empresas españolas e italianas, este conflicto ha sido materia tratada entre los jefes de gobiernos de ambos países señores Rajoy y Letta. *Vid.* EFE, “Autoridad del Canal de Panamá rechaza presiones de Sacyr y lo llama a respetar contrato”; EFE, “Anuncian la suspensión de las labores de ampliación del

empresarial” del Ministerio y de la política, sobre todo si la línea que diferencia los negocios y el financiamiento de ésta es difusa como lo evidenció el caso MOP-GATE.

Una forma de evaluar la funcionalidad del sistema es a través de la observación del cómo opera éste con respecto a los riesgos propios que están asociados. La diferencia entre la rentabilidad esperada del proyecto y la rentabilidad real del proyecto constituye un aspecto crítico que incide sustancialmente sobre el atractivo del negocio. A este respecto podemos reproducir el listado de riesgos que identifica de manera indicativa Haidy Quiroz Nevenka Blazevic²⁴, en relación con los proyectos viales haciendo al mismo tiempo las indicaciones que nos parecen oportunas:

- Riesgos del concesionario, durante la etapa de construcción de obras, asociados a la expropiación de la propiedad para la ejecución de las obras y a riesgos propios de su construcción. Si bien, en el caso chileno, el Estado asume las expropiaciones y la ley estipula que todos los desembolsos, gastos o expensas que se originen con motivo de los actos (expropiatorios) o contratos (adquisiciones) que sean necesarios para la construcción de las obras serán de cuenta del concesionario (inciso 2° del artículo 15 de Ley de Concesiones), éste ha sido uno de los ítems por los cuales el MOP ha sido condenado a indemnizar y, en otros casos, ha llegado a acuerdos conciliatorios, por los mayores costos causados por expropiaciones que han impedido la entrega oportuna de terrenos²⁵.

Canal de Panamá”; EFE, “Rajoy y primer Ministro italiano evaluarán coyuntura económica y futuro del Canal de Panamá”.

²⁴ Haidy Quiroz NEVENKA BLAZEVIC, “Análisis crítico de la política de concesiones viales en Chile: balance y aprendizajes”, p. 14.

²⁵ Ejemplos emblemáticos de ello han sido las sentencias de las comisiones arbitrales en el caso de los reclamos de las concesionarias de las autopistas Santiago-San Antonio y Talca-Chillán. En el primer caso, en sentencia de 12 de abril de 2001, la concesionaria obtuvo la condena al MOP para el pago de 35.000 UF, apelando a la teoría de la imprevisión, atendiendo que éste era el monto que equivale al 20% del mayor valor derivado de las expropiaciones, lo que superaba “cualquier cálculo que pudiera haberse hecho a la época de la licitación, a esta suma se debe adicionar la compensación que también obtuvo la concesionaria por costos financieros generados por los pagos en exceso de las expropiaciones, ascendente a 5.824 unidades de fomento y 4.000 unidades de fomento adicionales correspondientes a los costos incurridos por la concesionaria para apoyar los trámites y procedimientos de expropiaciones, entre otros. En el caso del reclamo de la concesionaria de la Autopista Talca-Chillán ésta obtuvo que la respectiva Comisión Arbitral condenase al MOP para que le compense por el equivalente a 20.574 unidades de fomento, considerando una tasa de actualización de 9,5% anual, entre el 1° de marzo de 1996 y el día del pago efectivo. *Vid.* CÁMARA DE COMERCIO DE SANTIAGO, “Resolución de Controversias. Ley de Concesiones de Obras Públicas”.

- Riesgos del concesionario, durante la etapa de la explotación de la obra, relacionados con la rentabilidad de la concesión. La lógica natural de la concesión como actividad económica es que el adjudicatario de ella sea el que los asuma, aunque en los hechos este riesgo está mediatizado, pues prevalece el espíritu de garantizar la rentabilidad del negocio al concesionario y financista. El contrato de concesión se dota de cláusulas que reducen el riesgo de la demanda otorgándole una garantía de ingreso mínimo (IMG) que se paga con cargo al presupuesto del MOP en caso que las expectativas no se cumplan, lo cual no está debidamente compensado en la eventualidad que se superen ampliamente los cálculos de la demanda prevista, situación que le proporciona ganancias extraordinarias al concesionario.
- Riesgo de extinción de la concesión, está bastante acotado (artículo 27 de la Ley de Concesiones) fundamentalmente limitado al incumplimiento grave de las obligaciones del concesionario y deberá ser declarado por la Comisión Arbitral a solicitud del MOP.
- Riesgos de conflicto, para lo cual se establece un mecanismo de conciliación y de arbitraje alternativo a la justicia ordinaria.
- Riesgo de cambio en las reglas de juego. Ello está limitado por los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima que harían actuar la teoría de la imprevisión, lo que conlleva eventuales indemnizaciones por parte del Estado. La teoría de la imprevisión ha sido generalmente invocada en los reclamos de las concesionarias ante las comisiones arbitrales.

Frente a estos problemas, la reforma de 2010 introducida por la Ley N° 20.410 ha dado lugar a cambios sustanciales en el sistema de concesiones, aunque no todo lo profundos como se proponían por voces autorizadas en la materia²⁶. Con todo, han sido importantes los cambios que han operado y es predecible que ello mejorará sustancialmente la transparencia de estos procesos caracterizados por su gran opacidad.

En el siguiente cuadro se resumen sintéticamente los principales cambios que la Ley N° 20.410 realizó con el objetivo de actualizar el sistema de concesiones a la situación actual, buscando superar las deficiencias de la regulación con el fin de lograr un marco que favorezca la estructuración de proyectos, contratos y esquemas de distribución de riesgos más adecuados.

²⁶ Vid. BITRÁN y VILLENA, *op. cit.*; ENGEL, FISCHER, GALETOVIC y HERMOSILLA, *op. cit.*, y NEVENKA BLAZEVIC, *op. cit.*

CUADRO N° 1
 INSTITUCIONALIDAD DEL SISTEMA DE CONCESIONES DE OBRA PÚBLICA,
 REFORMADA POR LEY 20.410

Ámbito de intervención	Órgano	Producto
NIVEL ESTRATÉGICO / PLANIFICACIÓN	Consejo de Concesiones	Informa, teniendo en cuenta la planificación urbana y la evaluación social que en ambos casos corresponda, sobre: 1) tipo infraestructura que se desarrollará al amparo de la ley; 2) los proyectos y 3) las modalidades de régimen concesional.
FORMULACIÓN DE CRITERIOS	Consejo de Concesiones	Informa preceptivamente antes de: 1) la declaración de interés público de proyectos de iniciativa privada; 2) determinar si un proyecto de iniciativa privada puede ser ejecutado con un mecanismo distinto al de concesiones; 3) que se establezca la excepción del art. 19 inc. 5°; 4) que se contraten nuevas inversiones y obras en condiciones excepcionales del art. 20 bis; 5) establecer modalidad del régimen concesional de los proyectos que se someterán a licitación pública considerando evaluación social.
FORMULACIÓN DE CRITERIOS	Consejo de Concesiones	Informa facultativamente sobre procedencia de: 1) Volver a licitar concesión una vez vencido su plazo; 2) Modificar características de las obras (art. 19); 3) Modificar características de las obras y servicios contratados (art. 20) refiriéndose al costo de las ampliaciones y compensaciones; 4) Realizar una nueva licitación (y sus condiciones) de un proyecto concesionado terminado por incumplimiento grave; 5) Poner término anticipado a la concesión (art. 28 ter); 6) Otras que el Ministro OP le solicite.
DISCREPANCIAS CARÁCTER TÉCNICO Y ECONÓMICO	Panel Técnico	El panel opera dentro de la etapa de ejecución del contrato de concesión y no ejerce jurisdicción. Emite recomendación técnica fundada sobre: 1) Evaluación técnica y económica de las inversiones realizadas por el concesionario, estado de avance, costos y plazos, conforme a los niveles de servicios y estándares técnicos establecidos; 2) existencia de costos adicionales y sus causas económicas, técnicas o de gestión, o de otros hechos que afecten el normal desarrollo de las obras; 3) definición si el valor de inversiones ha sobrepasado límites establecidos (art. 19, 20 y 28 ter); 4) definición de efectos económicos sobre la concesión que tendrían obras adicionales; 5) determinación técnica de la tasa de descuento, riesgo del negocio, costos financieros y demás factores económicos necesarios para calcular compensaciones económicas al concesionario cuando procedan; 6) Otras discrepancias técnicas o económicas de las partes del contrato de concesión.

SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS	Comisión Arbitral	Tiene facultades de árbitro arbitrador en cuanto al procedimiento y para apreciar la prueba conforme reglas de la sana crítica. La sentencia la pronunciará con arreglo a derecho y será fundada. La sentencia definitiva no será susceptible de recurso alguno. El Ministerio sólo puede recurrir a la Comisión luego de la puesta en servicio a la concesión.
SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS	Corte de Apelaciones	Conocerá de las controversias con motivo de la interpretación o aplicación del contrato de concesión. Al Ministerio sólo le está habilitado recurrir a la Corte en caso que la controversia se produzca antes de la puesta en servicio de la concesión. El concesionario tiene habilitado elegir si acude a la Corte o a la Comisión Arbitral.

Fuente: Elaboración propia basado en el texto de la Ley N° 20.410.

Entre las reformas introducidas cabe destacar que el Consejo de Concesiones (artículo 1° bis de la Ley de Concesiones) se constituye en un órgano que puede fortalecer el sistema de concesiones de obras públicas dotándolo de mayor objetividad dada su composición eminentemente técnica, lo que redundará en la recuperación de las confianzas sobre el instituto. Sin embargo, dado que el Consejo no logró configurarse como el proyecto de ley proponía²⁷, no se materializó la oportunidad que éste integrara una visión multisectorial del más alto nivel, lo cual aseguraría una política de mayor coherencia y armonía en materia de desarrollo de infraestructuras²⁸.

Una de las innovaciones más saludadas ha sido la introducción de la figura de los DRB a través del Panel Técnico (artículo 36 de la Ley de Concesiones) que actúa a solicitud de cualquiera de las partes en caso que se produzcan discrepancias de carácter técnico o económico. Si bien éste no ejercerá jurisdicción y sólo emitirá una recomendación técnica²⁹ que no es vinculante, ésta deberá ser debidamente fundada y pronunciada

²⁷ El proyecto de ley enviado por la Presidenta del gobierno contemplaba este consejo como un órgano integrado por autoridades del más alto nivel, es decir, por los ministros de Obras Públicas; Hacienda; Economía, Fomento y Reconstrucción; y Planificación.

²⁸ MORAGA KLENNER, *op. cit.*, p. 731, no obstante las bondades que se atribuyen al Consejo de Concesiones también plantea la duda de “si lo que se busca no es más que diluir eventuales responsabilidades políticas y gubernamentales, entre un grupo de profesores y académicos”.

²⁹ Por lo que en este punto se refiere, el Panel Técnico que la Ley 20.410 ha instituido responde a la tipología de DRB como son denominados en el ámbito anglosajón, así éstos se caracterizan porque sólo emiten recomendaciones. Juan Eduardo FIGUEROA, “Los Disputes Boards o Paneles Técnicos en los contratos internacionales de construcción”, p. 12.

en un plazo razonable de treinta días corridos. Por ello la recomendación tiene la virtud de ser un pronunciamiento de un órgano integrado por profesionales de destacada trayectoria, que son seleccionados a través del sistema de Alta Dirección Pública. Este nuevo instituto tiene la virtud de viabilizar una rápida y oportuna solución de divergencias en una etapa prearbitral, lo que no presenta los inconvenientes propios de los arbitrajes coadyuvando a la solución de problemas que requieren una inmediata atención.

“Los Dipute Boards –observa Juan Eduardo Figueroa– resultan especialmente útiles tratándose de contratos de construcción a mediano o largo plazo, ya que permiten resolver los conflictos en forma oportuna durante el desarrollo de las obras, sin necesidad de extinguir el vínculo contractual ni de paralizar los proyectos más allá del breve tiempo que el panel de expertos necesita para emitir un pronunciamiento”³⁰.

A estas virtudes se añade que este tipo de paneles de expertos pueden ser convocados tantas veces como sea necesario para ilustrar en materia de desavenencias de carácter técnico o económico.

De acuerdo con lo establecido por el legislador, el Panel Técnico se pronunciará, entre otras importantes materias, sobre:

- La evaluación técnica y económica de las inversiones realizadas por el concesionario, de su estado de avance, de sus costos y plazos, conforme a los niveles de servicios y estándares técnicos establecidos para la respectiva concesión;
- La determinación técnica y económica de la existencia de costos adicionales y sus causas económicas, técnicas o de gestión, o de otros hechos o circunstancias que técnicamente afecten o puedan afectar el normal desarrollo de las obras durante la etapa de construcción. Lo señalado abre la posibilidad de que éste se pronuncie sobre si las causas de los sobrecostos se deben a ineficiencias del propio concesionario o a decisiones u órdenes impartidas por la administración;
- La definición de que el valor de las inversiones haya sobrepasado alguno de los límites establecidos en los artículos 19, 20 ter, lo cual ha sido una infracción constante durante la etapa previa a la reforma y que ha evadido la competencia en la adjudicación de las obras complementarias o adicionales que se solicitaban por el Estado;

³⁰ Figueroa, *op. cit.*, p. 12.

- La determinación técnica de la tasa de descuento, riesgo del negocio, costos financieros y demás factores económicos que sea necesario establecer para calcular las compensaciones económicas correspondientes al concesionario, en caso de terminación anticipada del contrato de concesión, de realización de obras adicionales o de cualquier otro evento que contemple la ley que requiera de esos cálculos;
- Las demás discrepancias técnicas o económicas que las partes de un contrato de concesión tengan entre sí con motivo de la ejecución del contrato o de la aplicación técnica o económica de la normativa aplicable a dicho contrato.

En relación con la reforma del mecanismo de solución de las controversias que se produzcan con motivo de la interpretación del contrato de concesión, se reconfiguran las reglas para la decisión de la Comisión Arbitral. Así, ésta tiene reconocida una mayor flexibilidad en materia procesal en la cual puede actuar como árbitro arbitrador en lo relacionado con la prueba, procediendo con arreglo a la sana crítica y apreciar en conciencia, mientras que en la materia de fondo su pronunciamiento debe ser con arreglo a derecho. La sentencia que dicte esta Comisión deberá ser fundada y enunciar las consideraciones de hecho, técnicas y económicas sobre cuya base se haya pronunciado, no siendo susceptible de recurso alguno. Esta omisión deberá tener como un antecedente preceptivo el pronunciamiento del Panel Técnico.

Por otro lado, la Ley N° 20.410 también añade algunos elementos que perfeccionan el sistema de concesiones sustancialmente:

- Introduce cambios que aseguran un resultado adecuado en la provisión del servicio a lo largo del tiempo de vigencia de la concesión. De este modo, obliga a incorporar en los términos de la concesión el señalamiento de compromisos explícitos de niveles de servicios más que un compromiso de cumplir con especificaciones técnicas, lo que permite que el concesionario tenga incentivos para incorporar las innovaciones tecnológicas que le contribuyan a una mayor eficiencia económica. En consecuencia, la ley obliga al concesionario a conservar la infraestructura y de ese modo evitar que se deteriore el servicio a lo largo del tiempo en la fase de explotación, salvo caso fortuito o fuerza mayor.
- Incorpora instrumentos que aseguran la cobertura de daños durante la construcción y explotación de la concesión, estableciendo que el concesionario es responsable de todo daño a terceros con motivo de la ejecución de la obra, a menos que el MOP haya dado instrucciones o el contratista haya obedecido

- a medidas impuestas luego de la adjudicación. A este respecto, el concesionario está obligado a contratar y mantener vigentes seguros de responsabilidad civil por daños a terceros, *v.gr.* catástrofes (terremotos), que puedan ocurrir durante el período de vigencia de la concesión.
- Finalmente, se observa que el legislador ha limitado las hipótesis en las cuales el concesionario tiene derecho a una compensación económica por concepto de inversiones no contempladas, estableciéndose el límite del 15% como monto máximo de inversión que el concesionario podrá estar obligado a realizar por modificaciones a las características de las obras y servicios indicados por el MOP. Asimismo, el MOP sólo podrá modificar las obras con el fundamento de mejorar los estándares técnicos y los niveles de servicio señalados en las bases

V. Reflexiones finales

Con la dictación de la Ley N° 20.410 se han introducido relevantes reformas orientadas a garantizar una mayor transparencia y objetividad en las decisiones relacionadas con la materia de concesiones, la que como se ha señalado involucra un importante volumen de recursos económicos, todo lo cual lo torna en un objetivo altamente vulnerable frente a actos de corrupción que además pueden desvirtuar su eficiencia económica.

Sin embargo, entre las modificaciones que aun se echan en falta es la introducción de mecanismos de participación de los agentes que hasta ahora están ausentes en este esquema y en los cuales descansa la viabilidad del sistema, esto es, los usuarios de los servicios, quienes hasta ahora no tienen cabida para expresar las mejoras que desde la perspectiva de sus intereses deben introducirse.

Con todo, si bien la introducción de la figura de los “Dispute Boards” resulta altamente auspiciosa, resulta necesario plantearse la necesidad de que la solución jurisdiccional a las controversias sea otorgada por un tribunal especializado en la materia y no dejar en manos de diversas comisiones arbitrales, las cuales funcionan para el caso concreto, pero no velan por la coherencia de todo el sistema de solución de controversias en materia de concesiones, fijando criterios y estándares de interpretación de la ley y los respectivos contratos. Ello apela a la consagración de una vía contencioso administrativa para la solución oportuna de los conflictos con la administración del Estado. Esta jurisdicción constituye una deuda pendiente que al siglo XXI resulta difícil de explicar su inexistencia.

Bibliografía

- AA.VV., "Asociación público-privada en la contratación administrativa chilena (La reforma a la Ley de Concesiones de Obras Públicas)", en *Modernizando el Estado para un país mejor*. Ponencias al IV Congreso de Derecho Administrativo, Asociación Peruana de Derecho Administrativo, Palestra Editores, Lima, 2010.
- AMUNÁTEGUI RIVERA, José Domingo, *Tratado general de Derecho Administrativo aplicado a la legislación de Chile*, Santiago, Imprenta Litografía y Encuadernación Barcelona, 1907.
- ARÓSTICA MALDONADO, Iván, "Cómo y con quién contrata la administración", en AA.VV., *La Contraloría General de la República y el Estado de Derecho. 75 Años de vida institucional (1927-2002)*, Santiago, Contraloría General de la República, 2002.
- AYLWIN AZÓCAR, Patricio, *Manual de Derecho Administrativo. Parte general*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1952.
- AYLWIN AZÓCAR, Patricio, *Evolución y progreso del régimen jurídico de la administración del Estado de Chile en obra colectiva Derecho Administrativo: 150 años de doctrina*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2009.
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, Historia de la Ley N° 20.410, Modifica la Ley de Concesiones de Obras Públicas y otras normas que indica. Disponible en www.catalogo.bcn.cl.
- BITRÁN, Eduardo y Marcelo VILLENA, "El Nuevo desafío de las Concesiones de Obras Públicas en Chile. Hacia una mayor eficiencia y desarrollo institucional", 2010, Disponible en www.cepchile.cl/dms/archivo_4572_2704/EBitrán_MVillena_Concesiones.pdf. Consultada el 13 de septiembre de 2013.
- BLAZAVIC QUIROZ, Haidy Nevenka, "Análisis crítico de la política de concesiones viales en Chile: balance y aprendizajes", 2008. Disponible en www.mgpp.cl/wp-content/uploads/2011/04/CASO102.pdf. Consultada el 15 de septiembre de 2013.
- CÁMARA DE COMERCIO DE SANTIAGO, Resolución de Controversias. Ley de Concesiones de Obras Públicas, 2012. Disponible en www.camsantiago.cl/articulos_online/35_Resolucion%20Controversias%20Ley%20Concesiones%20Obras%20Publicas.doc. Consultada el 13 de septiembre de 2013.
- CASSAGNE, Juan Carlos, "Sobre los contratos de Asociación Pública Privada (PPP) en Argentina", en *Revista Iberoamericana de Derecho Administrativo y Regulación Económica*, vol. XIII, Buenos Aires, 2012.
- CHAPARRO NAVARRETE, Patricio, "Acerca de los "Dispute Boards" de la Cámara de Comercio Internacional", 2006. Disponible en <http://catalogo.bcn.cl>. Consultada el 16 de septiembre de 2013.
- EFE, "Autoridad del Canal de Panamá rechaza presiones de Sacyr y lo llama a respetar contrato, 2014. Disponible en: www.emol.com/noticias/internacional/2014/01/01/637548/autoridad-del-canal-de-panama-rechaza-las-presiones-del-consorcio-de-sacyr.html. Consultada el 27 de enero de 2014.

- EFE, “Anuncian la suspensión de las labores de ampliación del Canal de Panamá”, 2014. Disponible en www.emol.com/noticias/internacional/2014/01/01/637538/suspenden-labores-de-ampliacion-del-canal-de-panama.html. Consultada el 27 de enero de 2014.
- EFE, “Rajoy y primer Ministro italiano evaluarán coyuntura económica y futuro del Canal de Panamá”, 2014. Disponible en www.emol.com/noticias/economia/2014/01/26/641592/rajoy-y-primer-ministro-italiano-evaluaran-coyuntura-economica-y-futuro-del-canal-de-panama.html. Consultada el 27 de enero de 2014.
- ENGEL, Eduardo, Ronald FISCHER, Alexander GALETOVIC y Manuel HERMOSILLA, “Renegociación de concesiones en Chile”, 2008. Disponible en www.ciperchile.cl/wp-content/uploads/renegociaciones-de-contratos.pdf. Consultada el 24 de septiembre de 2012.
- FIGUEROA VALDÉS, Juan Eduardo, “Los Disputes Boards o Paneles Técnicos en los Contratos Internacionales de Construcción”, 1010. Disponible en www.catalogo.bcn.cl. Consultada el 12 de septiembre de 2013.
- GATICA SOTOMAYOR, Mauricio, “Evolución del sistema de concesiones, coordinación de concesiones de obras públicas”, 2010. Disponible en www.ardpbiobio.cl/descargar-archivo/?ruta=%2Fupload%2Farchivos%2Fardp-bio-bio%2F148%2Farchivo-adjunto%2F27%2Fsmart-cities-mop.pdf. Consultada el 11 de septiembre de 2013.
- IRIBARREN, Juan Antonio, *Lecciones de Derecho Administrativo. Apuntes de clases*, Santiago, Editorial Nascimento, 1936.
- JARA CRISTI, Manuel, *Manual de Derecho Administrativo*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1948.
- LAHERA, Eugenio, “Política y Políticas públicas”, Serie *Políticas Sociales* N° 95, CEPAL, Santiago, 2004.
- MORAGA KLENNER, Claudio, “La actividad formal de la Administración del Estado”, en AA.VV., *Tratado de Derecho Administrativo*, Santiago, Abeledo Perrot-Legal Publishing, 2010, tomo VII.
- PINEDO BANDERAS, Roberto, “Cuenta pública 10 años Dirección Chilecompra. Modernizando el Estado”. Disponible en www.chilecompra.cl/index.php?option=com_content&view=article&id=1579&Itemid=1090. Consultada el 24 de septiembre de 2013.
- SILVA CIMMA, Enrique, *Derecho Administrativo chileno y Comparado, actos, contratos y bienes*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1995, tomo v.
- SOTO KLOSS, Eduardo, “La contratación administrativa: un retorno a las fuentes clásicas del contrato”, en *Revista de Administración Pública*, N° 86, Madrid, 1978.
- VILLAR PALASI, José Luis y VILLAR EZCURRA, José Luis, *Principios de Derecho Administrativo*, 2ª ed., Madrid, Universidad Complutense, 1987, tomo II.

Estudios
sobre Derecho Público cristiano

LAS CUESTIONES DE LOCKE
SOBRE LA LEY NATURAL.
EXAMEN CRÍTICO
DE SUS PRINCIPALES ARGUMENTOS

LOCKE'S QUESTIONS CONCERNING
THE LAW OF NATURE.
CRITICAL EXAMINATION
OF IT'S MAIN ARGUMENTS

*Juan Fernando Segovia**

Resumen

El *Ensayo sobre la ley natural* de John Locke (1632-1704), escrito en 1664, inédito hasta mediados del siglo XX, constituye un texto clave del iusnaturalismo moderno. El artículo estudia críticamente los aspectos capitales del *Ensayo*: la relación entre Dios y la ley natural, y entre la razón humana y la luz natural de la razón; la oscuridad de la ley natural; el conocimiento de la ley de la naturaleza; y el problema planteado por Carneades en torno al interés privado como núcleo de la ley. En todos los casos, Locke es juzgado en atención a autores de la escuela racionalista y voluntarista moderna (Hooker, Grotius, Hobbes, Culverwell, Pufendorf) y a las enseñanzas de la escuela católica representada por Santo Tomás de Aquino, para concluir señalando su ruptura con la tradición clásica y medieval.

Palabras claves: John Locke, ley natural, razón humana, luz natural, interés privado, propiedad privada.

Abstract

The *Essays on the law of nature* of John Locke (1632-1704), written in 1664, unpublished until the mid-twentieth century, is a key text of the modern

* Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales y Doctor en Historia. Investigador del CONICET (Argentina) y profesor en la Universidad de Mendoza (Argentina). Correo electrónico: iadecyp@mendoza-conicet.gov.ar Artículo recibido el 12 de febrero de 2014 y aceptado para su publicación el 10 de marzo de 2014. Correo electrónico: iadecyp@mendoza-conicet.gov.ar

natural law doctrines. The article critically examines capital aspects of the *Essays*: the relationship between God and the natural law, and between human reason and the natural light of reason; the darkness of the natural law; the knowledge of the law of nature; and the problem posed by Carneades around the private interest as the core of law. In all cases, Locke is judged in attention to authors of the rationalist and voluntarist modern school (Hooker, Grotius, Hobbes, Culverwell, Pufendorf) and the teachings of the Catholic school represented by Holy Thomas of Aquinas, to conclude by pointing out his break with the classical and medieval tradition.

Key words: John Locke, law of nature, human reason, light of nature, private interest, private property.

Escritas en 1664, las *Cuestiones sobre la ley natural* de John Locke¹ constituyen un texto fundamental en la historia del iusnaturalismo, a pesar de ser oscuro y confuso –provisional por las contradicciones, dice Horwitz; exploratorio por no acabado, lo llama Dunn²–, que sólo se acaba de comprender en contraste con la tradición y a la luz de las nuevas ideas introducidas desde el siglo XVI. El propósito de este artículo es estudiar el texto, centrándonos en los temas capitales que están distribuidos en los diferentes capítulos o cuestiones.

Por razones de conveniencia, en orden a sintetizar las ideas de Locke, en cada sección hacemos una valoración parcial, fijando nuestra posición para facilitar la crítica final.

I. Sobre el fundamento sobrenatural de la ley natural

En principio, Locke acepta que Dios es necesario para explicar la ley natural:

“nadie negará la existencia de Dios siempre que se reconozca la necesidad de dar alguna explicación racional a nuestra vida, o a que hay algo que merece ser llamado virtud o vicio”³.

¹ Todas las referencias provienen de la versión española: John LOCKE, *La ley de la naturaleza*. Recurrirémos a la reedición inglesa de Wolfgang von LEYDEN, *John Locke, Essays on the law of nature*, cuando se note alguna diferencia con la traducción española, pues, aunque en general correcta, tiene algunas imprecisiones. Denominamos al libro *Cuestiones* respetando el método seguido por Locke y el consejo del editor Robert Horwitz: *Questions concerning to the law of nature*; también para evitar confusiones con el *Ensayo sobre el entendimiento humano*.

² Robert HORWITZ, “John Locke’s *Questions concerning the law of nature*: a commentary”, p. 251 y John DUNN, *The political thought of John Locke*, p. 21.

³ LOCKE, *La ley...*, *op. cit.*, p. 3.

Es necesario ocurrir a Dios para explicar la moral, pero lo único que Locke dice es que Dios es indispensable para explicarnos las cosas creadas, como si fuera una hipótesis filosófica de la que penden el mundo existente (la naturaleza) y la ética (la racionalidad). Es cierto que Dios pareciera ser el autor de esas “leyes fijas e inmutables” tanto de la vida natural como de la humana, pero no se dice hasta aquí que Dios es creador y legislador de lo creado⁴. De todos modos, concedamos que en este punto Locke se aparta, al menos en principio, de Grotius, porque, exista ya como Creador ya como hipótesis esencial, Dios es necesario en el tratamiento de la ley natural.

Este Dios es una inferencia de la razón, tal como se advierte en la cuestión cuarta, cuando trata del modo de conocimiento de la ley natural⁵; es decir, un necesario origen que la razón descubre. Que es una inferencia racional se prueba de otro modo: los que niegan a Dios y la inmortalidad del alma le quitan a la ley natural sus presupuestos: un soberano legislador y el castigo⁶.

En la cuestión séptima, al tratar de la conexión entre la ley natural y la naturaleza humana, Locke afirma tanto la racionalidad de la ley como su fundamento eterno. Aquí sí Dios es mentado como el creador. Esta ley dice: “no depende de una voluntad inestable y mutable, sino del orden eterno de las cosas”⁷. Ha sido la sabiduría infinita y eterna de Dios la que “ha hecho al hombre de tal modo que estos deberes suyos [los morales de la ley natural] se sigan necesariamente de su naturaleza”, de modo que la moralidad no puede cambiarse, pues Dios ha visto que “la ley natural tal y como es ahora va con el hombre y le es adecuada”⁸.

Por eso la ley natural es la eterna ley de lo justo; buena, santa, recta, como que Dios es bueno, santo y recto, y el hombre un ser racional. A un ser racional los mandamientos divinos le son razonables, pues Dios es quien le ha dado la razón y la ley, ley que no podría ser sino “lo que la razón debe dictar, a menos que pensemos que una criatura razonable debiera tener una ley no razonable”⁹.

⁴ LOCKE, *La ley...*, *op. cit.*, p. 4.

⁵ *Op. cit.*, pp. 44-48.

⁶ *Op. cit.*, pp. 64-65.

⁷ *Op. cit.*, p. 87.

⁸ *Op. cit.*, p. 88. El texto en inglés es más enfático, pues Locke no habla en principio de la naturaleza humana, sino que la califica: “his very nature”. JOHN LOCKE, *Essays on the law of nature*, p. 201. Es decir: una naturaleza estable y no mudable, lo que sin embargo parece contradecirse con la frase que sigue, en la que alude a la naturaleza del hombre tal como es ahora, “the nature of man as it is at present”.

⁹ JOHN LOCKE, “The Reasonableness of Christianity, as delivered in the Scriptures”, pp. 111 and 157.

VALORACIÓN

Locke, de acuerdo con Strauss, no afirma que la existencia de Dios es evidente a todo mortal, sino sólo a aquellos interesados en las cuestiones morales; más aún, coincide con von Leyden –al que ha criticado severamente– en que la ley natural en Locke no requiere de la existencia de Dios, porque si de lo que se trata es de probar que el hombre está sometido a la ley natural, no es necesario probar que Dios existe¹⁰. Por nuestra parte creemos que Dios es, en principio, un argumento filosófico necesario a Locke para establecer reglas morales universales obligatorias entre los hombres¹¹, pero no sólo Locke no ha probado la existencia de Dios ni la inmortalidad del alma, sino que son cuestiones secundarias a su propósito. Es cierto que sin llegar al extremo de Grotius, podría no ser necesario aludir a Dios como autoridad última en la que fundar la ley natural si para ello es suficiente la convicción racional¹².

Hay más evidencias de este razonamiento. Locke afirma que “los principios especulativos no pertenecen a la materia que ahora tratamos y no afectan en absoluto a los asuntos morales”¹³; y siendo Dios un principio especulativo indispensable para la existencia de la ley natural y la vida virtuosa, su existencia no afecta la ley moral universal. Hay una contradicción y así lo ha visto Strauss¹⁴, quien acota que Locke se sostiene en la tesis de que no es el conocimiento de la virtud y del vicio el que nos conduce a la idea de Dios, sino el conocimiento sensible de las cosas. Bastaría, desde luego, asentar la idea del origen divino del universo sensible para deducir la existencia de la ley natural (e, incluso, a la inversa): ésta tiene su fuente en la naturaleza y el conocimiento racional de ella es suficiente para aprehender su existencia y deducir la idea de Dios¹⁵. Como dice Strauss, la contradicción en Locke llega a tal extremo, que:

“afirma y niega en la misma frase que la existencia de una deidad que dirige ‘este mundo’ pueda ser probada sobre la base del testimonio de la conciencia y la idea innata de Dios”¹⁶.

¹⁰ Leo STRAUSS, “La ley natural en la teoría de Locke”, pp. 274-275. Dice Wolfgang VON LEYDEN, “Introduction”, p. 46: “La Revelación sobrenatural y divina es omitida por Locke de esta lista [de los modos de conocimiento de la ley natural] porque su pregunta está limitada a los orígenes naturales del conocimiento”.

¹¹ El argumento de Locke se basa en la teología física tan cara al siglo XVII; Leopoldo José PRIETO LÓPEZ, “La ley natural y el orden político en Locke”, pp. 401-402.

¹² Michael P. ZUCKERT, *Natural rights and the new republicanism*, p. 189, colige correctamente que al ser independiente de la revelación divina, “la ley natural depende de la teología natural”. Incluso, es acertada la afirmación que Zuckert pone a continuación: Dios es necesario en el planteo lockeano porque Él es quien puede obligar, ya que la naturaleza no puede imponer una obligación.

¹³ LOCKE, *La ley...*, *op. cit.*, p. 68.

¹⁴ STRAUSS, “La ley...”, *op. cit.*, p. 276.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ *Op. cit.*, p. 279.

El análisis de esta materia que realizó Strauss muestra a las claras cuál es el procedimiento de Locke: en un comienzo, sus ideas giran en torno a una ley natural dependiente de Dios y de la revelación, pero como ésta es un asunto personal, no es medio eficaz suficiente para edificar la sociedad civil y aun puede ser contraria al orden político; por eso, en adelante, el esfuerzo de Locke se dirige a fundar de una manera puramente racional la ley de la naturaleza¹⁷. No es que Locke oscile entre una comprensión teológica de la ley natural y otra puramente secular y racionalista; más bien, escoge un camino que le permite pasar de la primera versión a la segunda.

En varios pasajes de textos posteriores de Locke¹⁸ se señala con nitidez que la conducta moral se funda en el conocimiento de la ley divina o eterna como voluntad de Dios, promulgada y revelada por Dios; pero que esta ley se mantiene siempre distinta de la ley natural como ley racional que la confirma, de modo que habría un doble sistema legal. Una ley divina, revelada, que obliga a los cristianos; y una ley natural, racional, que obliga a todo hombre en cuanto hombre¹⁹. Por cierto que esto no tiene nada de tradicional, como sabía bien Strauss, pues en Locke la distinción lleva a una separación y, consecuentemente, a una ley natural que no se funda en la divina, sino subjetivamente, a unas obligaciones morales que para un no creyente sólo se basan en su aceptación racional. En última instancia, creer en Dios es un asunto de fe que no compromete las cuestiones morales²⁰.

No pocas de estas dificultades provienen de la idea que de Dios tiene Locke, lo mismo que de la relación entre razón y revelación, puntos que escapan a esta exposición²¹.

¹⁷ Leo STRAUSS, *Natural right and history*, p. 211.

¹⁸ Se los menciona en *op. cit.*, p. 203, n. 48.

¹⁹ *Op. cit.*, p. 203. Lo que resulta compatible con la distinción lockeana entre conocimiento (*knowledge*) y creencia (*assent*), razón y fe, que domina toda su filosofía de la religión. John LOCKE, *An essay concerning human understanding*, vols. IV, XVII, §24, (vol. III, pp. 136-137) y Nicholas WOLFERSTORFF, "Locke's philosophy of religion", pp. 172 y ss.

²⁰ John LOCKE, "A Second Vindication of the Reasonableness of Christianity", p. 229: "Como hombres, tenemos a Dios para nuestro Rey y estamos bajo la ley de la razón; como Cristianos, tenemos a Jesús el Mesías por nuestro Rey y estamos bajo la ley revelada por él en el Evangelio. Y aunque cada Cristiano, igualmente un Deísta que un Cristiano, está obligado a estudiar la ley de la naturaleza y la ley revelada, ya que en ellas puede conocer la voluntad de Dios y de Jesucristo, a quien él ha enviado; no obstante, en ninguna de estas leyes encontrará un conjunto de fundamentos selectos, distintos de los demás, para hacerle un Deísta o un Cristiano. Sin embargo, el que cree en un Dios eterno, invisible, su Señor y Rey, deja por ello de ser ateo; y quien cree en Jesús como el Mesías, su Rey, ordenado por Dios, se vuelve un Cristiano".

²¹ Véase William T. BLUHM, Neil WINTFELD and Stuart H. TEGER, "Locke's idea of God: rational truth or political myth?", pp. 414-438; A., BOEHM, "Locke, John", col. 850-864; Vivienne BROWN, "The 'figure' of God and the limits to liberalism: a rereading of Locke's *Essay* and *Two Treatises*", pp. 83-100; etcétera.

II. Qué se debe entender por ley de la naturaleza

Casi al comienzo de su ensayo, Locke trata de aclarar lo que es la ley natural pasando revista a diversas opiniones²²: la ley que se refiere al bien o virtud moral, incluso al único y supremo bien; la recta razón de la cual surgen los principios de acción que llevan a la virtud (esto es, confundir la ley natural con la ciencia práctica que llamamos moral, si se entiende por recta razón la que rectifica la voluntad en orden al bien); la luz natural (*lumen naturale*) implantada en el hombre, al modo estoico (la ley racional universal enseñada por Cicerón). Su propio intento de conceptualización retoma los elementos ya dispuestos. Dice:

“De ahí que la ley de la naturaleza pueda describirse como un decreto de la voluntad divina, discernible por la luz natural, que nos indica qué está y qué no está en conformidad con la naturaleza racional, y, por esa razón, qué es lo obligatorio y qué es lo prohibido”²³.

Es un concepto cristiano, que tiene a Dios como autor de la ley natural; incluso tiene un ascendiente tomista (la conformidad con la naturaleza humana en lo que tiene de más elevado, es decir, la racionalidad); pero se aleja de esta tradición cuando afirma que su fundamento es la voluntad divina, es decir, lejos ya del intelectualismo de Santo Tomás²⁴, sigue el voluntarismo de Escoto y Ockham²⁵, de Lutero y Calvino²⁶.

²² LOCKE, *La ley .., op. cit.*, pp. 4-6.

²³ La armonía entre la voluntad divina que declara la ley y la razón humana que la descubre había sido anticipada en 1652 por Nathaniel CULVERWELL, *An elegant and learned discourse on the Law of nature*, c. 4 y 6. Sin embargo, para las diferencias entre Culverwell y Locke, véase Stephen DARWALL, *The British moralists and the internal 'ought': 1640-1740*, p. 23 y ss.

²⁴ Santo TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, I-II, q. 90, a. 4. VON LEYDEN, “Introduction”, *op. cit.*, p. 36, remite a Suárez en cuanto al voluntarismo. En efecto, FRANCISCO SUÁREZ, *Tratado de las leyes y de Dios legislador*, c. 24, afirma que la ley “es un acto de la voluntad justa y recta por el cual el superior quiere obligar al inferior a hacer esto o lo otro”.

²⁵ Su procedencia inmediata está en Culverwell y Pufendorf, quienes, a su vez, remiten directa o indirectamente a Hobbes CULVERWELL, *op. cit.*, c. 4 y Samuel PUFENDORF, *The elements of universal jurisprudence*, I, Def. XIII, 2 (refuta la confusión entre ley y pacto); 3 (critica la asimilación de ley a derecho); etc. En el N° 9, llega al concepto de ley: “la naturaleza de la ley consiste principalmente en esto, es decir, que es una norma intelectual [*notional norm*] para las acciones, mostrando hasta qué punto éstas deben ser conformadas a la voluntad de algún superior. Utilizo la expresión ‘una norma nocional’, porque afecta las acciones sólo a través del intelecto, al concebir al intelecto la voluntad de un superior relativa a hacer o evitar algo”.

²⁶ Jerome B. SCHNEEWIND, *The invention of autonomy: a history of modern moral philosophy*, pp. 26 y ss.

La ley natural es una ley en sentido estricto, pues reúne todos los requisitos de ésta²⁷. Primero, la “causa formal” (confundida con la causa eficiente) de la ley natural es “el decreto de una voluntad superior”. Segundo, tiene carácter prescriptivo, pues “prescribe lo que debe y lo que no debe hacerse”. Tercero, crea obligaciones, es una ley obligatoria a los seres humanos, “pues puede ser percibida por la sola luz de la razón”²⁸. Luego, la ley natural existe, ya que en ella se dan los requisitos de sanción-promulgación-conocimiento-publicidad; prescripción-mandato-prohibición; y obligación-racionalidad.

El eclecticismo de Locke es evidente, pues, sobre un trasfondo teológico y metafísico cristiano, se percibe la influencia del voluntarismo moderno. Si se quiere, hay un predominio de la tradición estoica y cristiana, pero con mutaciones destacadas: el voluntarismo, la confusión de causa eficiente con causa formal –propia del voluntarismo, que distingue Dios creador de Dios legislador²⁹–, la ausencia de la causa final, la confusión entre ley y obligación, etc. En la teoría de Locke, la voluntad de Dios es *the effective cause* de las obligaciones morales (esto es: la causa eficaz, en el sentido que es la que da vigor a la ley), en tanto que la naturaleza humana es su *terminate cause* (es decir, su causa final en el sentido de terminal o conclusiva). Como afirma Lenz,

“la voluntad de Dios y la naturaleza del hombre son facetas complementarias de una teoría unificada. La naturaleza del hombre revela sus obligaciones sólo porque Dios se la ha dado para indicar lo que se espera de él. Las potencialidades inherentes del hombre son la declaración de la voluntad de Dios, la ley de la naturaleza misma”³⁰.

LEY NATURAL Y DERECHO NATURAL

Expresamente Locke dice que la ley natural se distingue del derecho natural, pero el argumento al que recurre es del todo moderno: “pues el

²⁷ LOCKE, *La ley...*, *op. cit.*, pp. 6-7 y 43-44.

²⁸ *Op. cit.*, p. 7. William M. SPELLMAN, *John Locke and the problem of depravity*, pp. 56 y ss., señala que Locke, afirmando la voluntad divina como fuente de la moralidad, se separa de la moral natural de los platonistas de Cambridge; y postulando el papel central de la razón humana, censura a calvinistas y puritanos. Se libera así del dogma protestante de la *sola Scriptura*. Mas que de aquí se siga –como cree el autor– una fidelidad a la ética aristotélica, o a su método, hay mucho trecho.

²⁹ Para el voluntarismo la ley natural no es indicativa, sino prescriptiva. SUÁREZ, *op. cit.*, vols. II, VI, 2, 3 y 4: del hecho que Dios haya creado no se sigue que haya legislado; como creador da a conocer la ley, pero no necesariamente por ello la impone.

³⁰ John W. LENZ, “Locke’s Essays on the law of nature”, pp. 106-107.

derecho se basa en que tenemos uso libre de una cosa, mientras que la ley es lo que permite o prohíbe hacer una cosa”³¹. Locke, como Hobbes, adhiere a la idea del derecho como *potestas* (no como lo justo) y a la de ley como mandato³². Al distinguir ley natural de derecho natural, Locke abre la puerta a la fundamentación de los derechos naturales, que tienen como sostén la autopreservación, el propio interés³³. En este sentido, se aparta de la opinión tradicional que Santo Tomás asienta siguiendo a Aristóteles³⁴.

LEY NATURAL Y LEY POSITIVA

Por lo afirmado sobre el origen no revelado de la ley natural³⁵ y la crítica a la tradición como regla de segunda mano en el conocimiento de ésta³⁶, es evidente que Locke, en compañía del iusnaturalismo moderno, contrapone positivo a natural. Positivo es lo establecido de manera no racional; natural

³¹ LOCKE, *La ley...*, *op. cit.*, p. 6. LOCKE, *Essay...*, *op. cit.*, p. 111: right is grounded in the fact that we have the free use of a thing.

³² Ha sido señalado, entre otros, por HORWITZ, *op. cit.*, p. 254 y Leo STRAUSS, “Locke’s doctrine of natural law”, p. 491. Escribe Hobbes: “El derecho natural, lo que los escritores llaman comúnmente *jus naturale*, es la libertad que cada hombre tiene de usar su propio poder como quiera para la conservación de su propia naturaleza, es decir, de su propia vida; y, consiguientemente, para hacer todo aquello que su propio juicio y razón considere como los medios más aptos para conseguir ese fin”. Y agrega: “Porque quienes hablan de estos asuntos suelen confundir *jus* y *lex*, *derecho* y *ley*; se debe distinguir estos términos porque el DERECHO consiste en la libertad de hacer o de omitir, mientras que la LEY determina y obliga a una de ellas; luego, la ley y el derecho difieren tanto como la obligación y la libertad, que son incompatibles cuando se refieren a una misma materia”. Thomas HOBBS, *Leviathan*, pp. 116-117. Lo sigue Pufendorf: “Ya que la palabra *jus* (derecho) a menudo significa lo mismo que *lex* (ley), especialmente cuando se utiliza para un complejo de leyes, debemos entonces estar en guardia para no darle el sentido de ley cuando denota la autoridad para hacer algo; por ejemplo, cuando se dice que tenemos el derecho (*ius*) a esto o aquello por la ley divina (*lex*), no debemos imaginar que esto también ha sido ordenado por la ley divina y que precisamente así podemos hacerlo, aunque sea prohibido por las leyes humanas. Porque un hombre tiene la autoridad o el derecho de hacer todas aquellas cosas que pueden proceder de sus poderes naturales, excepto las que están prohibidas por la ley, surge de ahí la forma usual de expresión, es decir, que aquellas cosas que son permitidas o no son prohibidas por alguna ley, se dice que tenemos el derecho a hacer en base a esa ley”. PUFENDORF, *The elements...*, *op. cit.*, p. 204.

³³ Como sostiene ZUCKERT, *op. cit.*, pp. 209-210.

³⁴ Para Santo Tomás de Aquino la ley natural es la ley ética universal, que cubre todas las virtudes, en tanto que el derecho natural es la parte de la ley natural referida a la justicia. TOMÁS DE AQUINO, *op. cit.*, II-II, q. 57, a. 1. Michel BASTIT, *El nacimiento de la ley moderna. El pensamiento de la ley de Santo Tomás a Suárez*, primera parte; Juan VALLET DE GOYTISOLO, *Qué es el derecho natural*, *pássim*; Michel VILLEY, *El pensamiento jus-filosófico de Aristóteles y de Santo Tomás*, pp. 57-108; etcétera.

³⁵ LOCKE, *La ley...*, *op. cit.*, p. 25.

³⁶ *Op. cit.*, p. 28.

es lo que ganamos racionalmente. Positiva es la ley divina, la tradición y también la ley humana; natural es la ley a la que llegamos por el esfuerzo discursivo de la razón, partiendo de la experiencia sensible que es individual e intransferible. Luego, Locke distingue y separa la ley natural de la positiva, si bien en algún pasaje afirma que las disposiciones humanas para ser legítimas se han de fundar en la ley natural³⁷. Y las separa porque tiene, en este punto, una noción ideal de la ley natural³⁸.

LA LEY NATURAL Y EL DERECHO DE GENTES

Para Locke, el derecho de gentes no se confunde con la ley natural, pues su origen es voluntario o positivo: los consensos contractuales. Este consenso de los contratos no prueba que exista una ley natural, sino que hay

“un derecho de gentes, el cual no nos es impuesto por la ley de la naturaleza, sino que ha sido sugerido por los hombres por razones de común utilidad”³⁹.

De donde el derecho de gentes sale de la órbita de la ley natural.

VALORACIÓN

En todos los puntos aquí tocados, Locke se aleja de la concepción católica tradicional de Santo Tomás: el nominalismo concluye en el voluntarismo⁴⁰, el rasgo esencial de la moralidad es la coerción; no existe más derecho natural—sí, derechos naturales— sino sólo una ley producto de una voluntad superior; la ley natural se concibe como un todo moral aparte de la ley humana; el derecho de gentes es derecho positivo y no natural.

³⁷ LOCKE, *La ley...*, *op. cit.*, p. 15.

³⁸ *Op. cit.*, p. 55.

³⁹ *Op. cit.*, p. 54.

⁴⁰ VON LEYDEN, “Introduction”, *op. cit.*, pp. 40, 41, 43, 51. Para el autor, Locke continua la tradición voluntarista que, nacida del nominalismo medieval, pasó a los reformadores y de ahí a los filósofos modernos, aunque en cierto modo hay también elementos intelectualistas—provenientes de Culverwell— que pondrían a Locke en el mismo proyecto de Grotius de fundar una moral racionalista que armonice la ley natural como mandato divino y la naturaleza racional del hombre. Luego, la tesis tradicionalista aplicada a Locke es errónea. Tal el equívoco de Joaquín MIGLIORE, “John Locke y el problema de la ley natural”, pp. 185-224.

III. La racionalidad de la ley natural

Locke niega, en principio, que la ley natural sea el dictado de la razón: ésta no establece ni sanciona la ley natural, “sino que la busca y la descubre como ley promulgada e implantada en nuestros corazones por un ser superior”⁴¹. Tampoco compete a la razón interpretar sus dictados, porque sería tanto como violar “la dignidad del legislador supremo”; la razón sólo investiga la ley natural, de modo que no “podemos hacer responsable a la razón de esa ley recibida”⁴². En este sentido, la ley natural es una ley obligatoria a los seres humanos, “pues puede ser percibida por la sola luz de la razón”⁴³.

Sin embargo, que pueda ser conocida racionalmente no significa que todas las personas conozcan la ley, porque no todos hacen uso de la razón, ya por defectos o taras, ya por vicios; luego, son pocos los que en realidad están dispuestos a seguir “los dictados de la razón”⁴⁴. Si esto es así en los asuntos cotidianos, “¿no serán menos los que estén familiarizados con las secretas y escondidas leyes de la naturaleza?”⁴⁵. Aquí despunta un inesperado problema: el carácter misterioso y oculto de la ley natural no la hace cognoscible a todos los hombres, sino sólo a los más racionales, de lo que le viene un cierto dejo gnóstico. Y un nuevo problema, ahora en relación con el autor de la ley natural: ¿a qué juega Dios con los hombres escribiéndoles en sus corazones y, al mismo tiempo, escondiéndole en lo profundo de las cosas la ley de la virtud?

Es lo que trata, específicamente, la cuestión segunda: “¿Puede la ley de la naturaleza ser conocida por la luz natural?”. La respuesta de Locke es afirmativa, pero no sin antes dar un rodeo que, plagado de negaciones, lo lleva a fundar el conocimiento de la ley natural de una manera singular. En efecto, su intención es negar que la ley natural sea “una cierta luz interior”, “implantada en el hombre por la naturaleza” o que “permanece abierta en nuestros corazones”. ¿Cuál es el propósito de Locke? Lo dice tajantemente:

⁴¹ LOCKE, *La ley...*, *op. cit.*, p. 6.

⁴² *Op. cit.*, p. 6.

⁴³ *Op. cit.*, p. 7. Lo que también afirma PUFENDORF, *The elements...*, *op. cit.*, pp. 221 y 214-217: las leyes naturales son descubiertas por la razón que, por vía discursiva, lleva a las conclusiones. La expresión “*light of reason*”, luz de la razón, remite a CULVERWELL, *op. cit.*, p. 71: “la publicación y manifestación de esta Ley [la ley natural] que todo debe informarlo, fluye del rayo [*beame*] celestial que Dios ha lanzado al interior del alma humana; de la luz [*candle*] del Señor, que Dios ha encendido para el descubrimiento de sus propias leyes; de ese ojo intelectual que Dios ha concebido y hecho exactamente proporcional a aquella Luz”.

⁴⁴ LOCKE, *La ley...*, *op. cit.*, p. 9.

⁴⁵ *Op. cit.*, p. 10.

“Lo que queremos decir cuando afirmamos que algo puede ser conocido por la luz de la naturaleza es únicamente que hay un tipo de verdad a cuyo conocimiento puede llegar el hombre por sí mismo y sin ayuda de otro, si hace uso apropiado de las facultades de las que ha sido dotado por naturaleza”⁴⁶.

Bien leído el pasaje transcrito, es más importante lo que niega que lo que afirma: niega que Dios haya inscripto en el hombre la misma ley natural; luego, niega que la ley natural sea la que corresponde a la naturaleza humana. Afirma únicamente su conocimiento racional, es decir, por la sola luz de la razón.

LA RAZÓN, LA RECTA RAZÓN Y LA LUZ NATURAL

Si por luz de la razón se entendiera “con las solas luces de la razón natural”, es decir, sin el auxilio de la revelación o la fe, infundida por Dios, como tradicionalmente se ha afirmado, los inconvenientes no serían mayores. Pero Locke, como los nominalistas, entiende por razón una potencia meramente discursiva, innata al hombre, pues Dios lo ha dotado de ella; pero no se confunde con la recta razón (la razón moral, la norma de conducta), que sí es objeto de conocimiento⁴⁷. Esta materia es tratada en el comienzo de la cuestión IV: la reflexión y el razonamiento, afirma Locke, se basan en dos facultades:

“la percepción sensible procurando a la razón ideas de objetos sensibles particulares, y la razón, por su parte, guiando la facultad del sentido y componiendo las imágenes derivadas de la percepción sensible, formando así otras y deduciendo otras nuevas”⁴⁸.

⁴⁶ LOCKE, *La ley...*, *op. cit.*, p. 17.

⁴⁷ VON LEYDEN, “Introduction”, *op. cit.*, p. 45 y John W. YOLTON, “Locke on the law of nature”, pp. 482-483. Dice bien Bonilla que lo único innato que hay en el hombre es “su facultad potencial de razonar con sentido moral”; por tanto, en la moral hay necesidad de poner a trabajar esa potencia para conocer los preceptos morales, y eso lo hace la recta razón. “Locke transita de ‘la razón’ como mera facultad potencial innata, a una ‘recta razón’ que se presenta ya como una obligación moral, que no es innata, pero que termina siendo una suerte de ‘efecto’ del carácter innato de la ‘razón’”. Javier BONILLA SAUS, “La ley natural en Locke”, p. 153.

⁴⁸ LOCKE, *La ley...*, *op. cit.*, p. 40. El pasaje en inglés es más complejo y anticipa las tesis capitales del *Ensayo sobre el entendimiento humano*. Dice así: “sensation furnishing reason with the ideas of particular sense-objects and supplying the subject-matter of discourse, reason on the other hand guiding the faculty of sense, and arranging together the images of things derived from sense perception, thence forming others and composing new ones”. LOCKE, *Essays...*, *op. cit.*, p. 147

Luego la razón se distingue de la recta razón. La razón, a secas, es para Locke la:

“facultad discursiva de la mente, que avanza a partir de cosas conocidas para llegar a cosas desconocidas, y deduce una cosa de otra según un orden de proposiciones definido y fijo”⁴⁹.

La razón no consiste en disposiciones del alma o principios morales; éstos los determina la recta razón, por la que los hombres actúan en forma debida, pues la recta razón –afirma Locke–

“no es otra cosa que la ley de la naturaleza misma ya conocida, y no la manera en que, o la luz natural mediante la que, la ley de la naturaleza es conocida”⁵⁰.

La luz natural o de la razón, en cambio, ¿es, como dice Prieto López, la *sindéresis* o hábito de los primeros principios?⁵¹ No lo parece. Para comenzar, Locke no admite que esos principios sean evidentes; al contrario, la razón, alumbrada por la luz natural, ha de descubrirlos por el procedimiento normal de todo conocimiento. La razón para Locke es una máquina de calcular y relacionar las cosas que calcula, de deducir y encadenar las deducciones⁵². La razón es la facultad que nos permite discurrir sobre la ley natural a partir de los datos sensibles que proporcionan su conocimiento; la recta razón aparece como la razón ya esclarecida por el conocimiento de la ley natural. En consecuencia, Locke, al igual

⁴⁹ LOCKE, *La ley...*, *op. cit.*, p. 42. LOCKE, *Essays...*, *op. cit.*, p. 149, define el papel pasivo de la razón: “discursive faculty... which advances from things known to things unknown and argues from one thing to another in a definite and fixed order of propositions”. Como afirma WOLFERSTORFF, *op. cit.*, p. 184, “Locke toma la razón como una facultad, una facultad que proporciona una visión; más específicamente, la facultad de proporcionar información sobre las relaciones lógicas entre proposiciones –comprender una proposición teniendo conocimiento de tal y cual probabilidad sobre un cierto cuerpo de evidencias como una relación lógica entre la proposición y esa evidencia. Para Locke, decir que hay que dejar a la razón ser nuestra guía en la conducción de nuestras creencias es, por eso, decir que en tal gobierno haremos uso de los veredictos de nuestra facultad para hacernos una idea acerca de la vinculación y la probabilidad de las relaciones entre proposiciones”. Yerra, por tanto, James TULLY, *An approach to political philosophy: Locke in contexts*, p. 291, al decir que razón significa en Locke tanto la facultad humana como los principios morales racionales que la razón descubre (y que él identifica con la ley natural).

⁵⁰ LOCKE, *La ley...*, *op. cit.*, p. 41.

⁵¹ PRIETO LÓPEZ, *op. cit.*, pp. 404-405.

⁵² Luego, “la razón que trabaja con los datos obtenidos por observación es la única fuente de nuestro conocimiento de la naturaleza humana y del modo de vida que Dios proyecta para nosotros”. John COLMAN, “Locke’s empiricist theory of the law of nature”, p. 119.

que Hobbes, no cree que los primeros principios de la ley natural sean evidentes y, por tanto, indemostrables, como sostiene Santo Tomás, sino que son conclusiones que la razón elabora a partir de los datos sensibles⁵³.

La luz de la razón, por el contrario, es definida con dos términos: *reason and sense-perception*, es decir, lo que resulta del trabajo de la razón a partir de los datos de la percepción sensorial⁵⁴. En cambio, para Santo Tomás de Aquino la “luz de la razón” es el reflejo de la misma divinidad en el hombre, “no es otra cosa que la impresión de la luz divina en nosotros”, por la que discernimos entre el bien y el mal –que es el cometido de la ley–, de donde se concluye que “la ley natural no es otra cosa que la participación de la ley eterna en la criatura racional”⁵⁵. Doctrina inaceptable para Locke por su rechazo del innatismo, que es, por lo mismo, una denegación de la sindéresis.

Locke, en su tiempo, al apropiarse de esta distinción, tomó distancia tanto frente a los platónicos de Cambridge, que afirmaban que los seres humanos son racionales en virtud de la posesión de un conjunto innato de principios morales, como también ante los defensores clásicos y medievales de la ley natural, que creían que los seres humanos son racionales en la medida que participan en algún grado de la razón divina. Por eso fue preciso al distinguir entre la razón como la facultad discursiva y la “razón correcta”, es decir, el conjunto de principios morales que rigen las decisiones morales. Los seres humanos, según Locke, nacen con la primera, pero no con la segunda. Para Locke se debe partir del simple hecho biológico y tal vez psicológico de que los hombres están dotados de la capacidad de razonar y no en posesión de principios morales⁵⁶.

LA NATURALEZA OCULTA DE LA LEY NATURAL

La ley natural, podríamos concluir, en atención a las palabras de Locke⁵⁷, no es natural, es racional en el sentido de que ella se conoce solamente por los hombres más esforzados y cultos en estos menesteres. Locke insiste en ello:

⁵³ STRAUSS, “La ley...”, *op. cit.*, p. 272. TOMÁS DE AQUINO, *op. cit.*, I-II, q. 93, a. 2; q. 94, a. 2 y 4.

⁵⁴ LOCKE, *Essays...*, *op. cit.*, pp. 123 y 147. James O. HANCEY, “John Locke and the law of nature”, p. 442 y HORWITZ, *op. cit.*, p. 270.

⁵⁵ TOMÁS DE AQUINO, *op. cit.*, I-II, q. 94, a. 2 resp.

⁵⁶ Una exposición del debate a lo largo del siglo XVII en torno a ideas innatas, en Douglas GREENLEE, “Locke and the controversy over innate ideas”, pp. 251-264 y Samuel C. RICKLESS, “Locke’s polemic against nativism”, pp. 33-66.

⁵⁷ LOCKE, *La ley...*, *op. cit.*, p. 27: “Cuidadosa reflexión, pensamiento y atención de la mente son requeridos para que, mediante la argumentación y el razonamiento, podamos encontrar el camino a la naturaleza escondida, partiendo de cosas perceptibles y obvias”.

“es con gran trabajo como esas riquezas escondidas en la oscuridad pueden ser sacadas a la luz. No se ofrecen a los ociosos, no a los que se pasan en el día bostezando, y ni siquiera a todos los que la buscan”⁵⁸.

En esta última frase Locke ratifica esa cierta impronta gnóstica del saber de la ley natural: es saber precioso, accesible a pocos y esmerados buscadores de él, que por una gracia especial son liberados a través del conocimiento de la virtud. Por esto mismo, sin embargo, Locke debería valorar positivamente la tradición, pues siendo tan difícil y azaroso el conocimiento de la ley natural, a muchos se les abrevia el camino con la autoridad de la tradición. Pero Locke no lo cree así: los que se valen de la tradición son satisfechos que prefieren una “regla de segunda mano”⁵⁹.

Al comienzo de la cuestión tercera, en la que se pregunta: “¿Está la Ley de la Naturaleza inscrita en las mentes de los hombres?”, a la que responde negativamente, vuelve Locke sobre el carácter secreto, que ahora es también predicado de la luz natural, que “es en sí misma desconocida y su naturaleza permanece en lo oculto”⁶⁰. Y en otro lugar dice que “esta luz natural permanece escondida en las tinieblas”⁶¹, de modo que para Locke tanto la potencia o facultad que permite conocer la ley natural como la ley misma (pues ésta no es más que el resultado de lo que aquélla conoce), están ocultas, veladas.

La tesis de Locke está íntimamente vinculada a su afirmación de que en el alma humana no existen ideas innatas, que es una *rasa tabula*, que se va llenando “por la observación y el razonamiento”⁶². Lo que colisiona con la concepción cristiana que universalmente acepta que de la ley natural se tiene natural conocimiento al estar inscrita por Dios en el alma humana al crearla⁶³. Locke no aclara jamás qué mantiene oculta la ley natural. Según la explicación plausible de Strauss, Locke niega la virtud intelectual de la *synderesis*, el hábito de los primeros principios morales, por eso recalca la necesidad del estudio, del trabajo intelectual para conocer la ley natural⁶⁴.

Su concepción tiene como presupuesto que esa ley puede ser develada por la colaboración de percepción sensible y razón discursiva:

⁵⁸ LOCKE, *La ley...*, *op. cit.*, p. 28.

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ *Op. cit.*, p. 30. El pasaje en inglés es más gravoso: “it is itself unknown and its nature is concealed in darkness”. LOCKE, *Essays...*, *op. cit.*, p. 137. Es decir, la luz de la naturaleza es desconocida y su naturaleza está oculta en la oscuridad.

⁶¹ LOCKE, *La ley...*, *op. cit.*, pp. 39-40.

⁶² *Op. cit.*, p. 31.

⁶³ TOMÁS DE AQUINO, *op. cit.*, I-II, q. 90, a. 4, ad. 1.

⁶⁴ STRAUSS, *Natural...*, *op. cit.*, p. 225. Por lo tanto, la luz natural no puede asimilarse a la razón práctica, como quiere PRIETO LÓPEZ, *op. cit.*, pp. 391, 405.

“no hay nada que sea tan oscuro, tan escondido y tan alejado de todo sentido, que no pueda ser aprehendido por la reflexión y el razonamiento si se tiene el apoyo de estas facultades”⁶⁵.

Es cierto que en otro lugar, afirma que Dios,

“el autor de esta ley, ha querido que ella sea la regla de nuestra vida moral; y la ha hecho lo suficientemente conocida como para que pueda entenderla todo aquel que desee aplicarse diligentemente al estudio y dirigir su mente al conocimiento de ella”⁶⁶.

A pesar de lo terminante del pasaje, cuando dice que la ley natural es “suficientemente conocida”, está afirmando un carácter que él mismo ha puesto en duda al insistir que la ley natural es oscura, oculta, está velada.

Lo que hay que resaltar de la cita anterior es la última parte: la ley natural está accesible sólo al hombre que usa esforzadamente de la razón, lo que minoriza y reduce la autoridad divina, que necesita ser ratificada y explicitada por la autoridad racional humana. Por eso dice seguidamente que la ley natural

“es conocida por la luz y los principios naturales; su conocimiento no se le esconde a nadie, a menos que una persona ame la oscuridad y se aparte de la naturaleza con el fin de no cumplir con su deber”⁶⁷.

Otra afirmación que está contrapuesta a varios argumentos suyos, por caso, que esa misma luz natural está oculta en nuestra alma, mente o conciencia; que esos principios naturales (prácticos o especulativos) no son claros o bien no existen; que la mayor parte de la humanidad ha vivido o vive en la oscuridad, es incivilizada, inculta, incluso brutal, criminal. Sobre esto último, al inicio de la cuestión séptima dice: “Encontramos por todas partes, no sólo unos pocos individuos de condición particular, sino naciones enteras en las cuales no puede observarse el menor sentido de la ley ni de la rectitud moral.” Y abunda sobre el particular⁶⁸.

Mas una vez que Locke ha insistido en este asunto, parece que se vuelve en contra de su propia teoría. “Pues es difícil creer que los decre-

⁶⁵ LOCKE, *La ley...*, *op. cit.*, pp. 40-41.

⁶⁶ *Op. cit.*, p. 75.

⁶⁷ *Op. cit.*, p. 76. En inglés: a menos que ame la ceguera y la oscuridad, “unless he loves blindness and darkness”, Locke, *Essays...*, *op. cit.*, p. 189. Es decir, un obcecado. Para los racionalistas era imprescindible que la ley natural fuera accesible al hombre, que tenía el deber moral de conocerla y no podía disculparse su ignorancia. Samuel PUFENDORF, *Of the law of nature and nations*, pp. 53-54.

⁶⁸ LOCKE, *La ley...*, *op. cit.*, pp. 78-79.

tos de la naturaleza –añade– sean tan ocultos que se oculten a naciones enteras”⁶⁹. Descartado el pecado original y descansando toda la cuestión, al parecer, en un problema de conocimiento, ¿cómo se explica este desvarío de grandes masas de la humanidad?, ¿será que “la luz infundida en el corazón humano” no difiere en absoluto de la oscuridad?, ¿es tan injusta la naturaleza que exigiría a los hombres

“que observaran una ley que al mismo tiempo les estaría escondiendo, y que fuesen obedientes a una voluntad de la que no tuvieran conocimiento”?⁷⁰

Locke lo niega, y reafirma la universalidad y la perpetuidad de las obligaciones de la ley moral o natural. Luego, hay que lidiar con la aporía.

VALORACIÓN

La tesis de Locke –aquí anticipada y luego defendida en el *Ensayo*– de que no existen ideas innatas y que el hombre es una suerte de *tabula rasa* que se va llenando con las sensaciones que hacen trabajar a la razón, lo separa por completo de la tradición de la ley natural. Su crítica del innatismo puede ir dirigida preferentemente a Descartes y los platonistas de Cambridge, pero también contra toda la filosofía moral clásica.

No obstante que la concepción de Locke sobre la racionalidad de la ley natural se complementa con su teoría del conocimiento, se puede anticipar la impronta racionalista que permea todas las *Cuestiones*. La distinción entre luz natural y razón coloca a Locke de lleno en la filosofía moderna, próximo a Descartes y Hobbes, pues la razón es un instrumento de cálculo y de deducción a partir de las sensaciones o datos sensibles. La luz natural de la razón ha sido privada de su origen divino. En suma, empirismo racionalista.

Sin embargo, la insistencia, por un lado, en la no evidencia de la ley natural y la afirmación, por el otro, de que basta que los hombres salgan de la ignorancia y se dediquen a estudiarla, no salva a Locke de las contradicciones. ¿Cómo es que esta ley se ha mantenido oscura a naciones enteras? ¿Por qué es que esta ley permanece desconocida a los hombres aunque su naturaleza no se haya corrompido por la civilización? Es este un problema que Locke no resuelve, no explica por qué la humanidad difiere sobre lo que sea ley natural o no reconozca ninguna, manteniendo una idea oscura de ella. La causa no puede ser el pecado original, que

⁶⁹ LOCKE, *La ley...*, *op. cit.*, p. 79.

⁷⁰ *Op. cit.*, p. 80.

Locke ha descartado⁷¹, por lo que debe concluirse, con Strauss, que el motivo por el cual los hombres viven en la ignorancia de la ley natural o disputan acerca de ella, es la oscuridad de la ley misma⁷².

Como explica Zuckert, la ley natural en la doctrina tradicional requiere que ella sea promulgada (es decir, conocida) para que sea obligatoria; pero los modos propuestos por Locke para el conocimiento de esa ley –que se verán a continuación– no pueden demostrar que ella sea conocida y, por lo tanto, promulgada. Luego, la doctrina lockeana fracasa en este punto, y por los mismos motivos: el carácter oculto de la ley natural, al nublar su conocimiento y promulgación, no puede darle fuerza obligatoria⁷³.

IV. El conocimiento de la ley natural

Es este el tema central de las *Cuestiones*. Locke admite tres tipos de conocimiento: por inscripción, es decir, por naturaleza; por tradición, esto es, por privilegio de nacimiento; y por los sentidos⁷⁴.

CONTRA LA DIVINA REVELACIÓN

Descarta “la revelación sobrenatural y divina”, porque no se trata de la iluminación celestial

“sino [de] lo que un hombre que está dotado de entendimiento, razón y sentidos puede investigar y examinar con la ayuda de la naturaleza y de su propia sagacidad”⁷⁵.

Claramente Locke se coloca, desde el comienzo, fuera de la tradición católica, no tan sólo por el confuso concepto de Revelación (iluminación personal, de prosapia gnóstica y raíz protestante: *sola Scriptura* libremente entendida), sino también por su errónea y constrictiva teoría del conocimiento.

⁷¹ LOCKE, *La ley...*, *op. cit.*, pp. 30-32. LOCKE, “The Reasonableness...”, *op. cit.*, pp. 4 y ss. La posición de Locke tiene un claro eco pelagiano. El rechazo del pecado original se opone a la enseñanza católica según la cual éste no es causado por Dios, sino por la naturaleza humana, más exactamente por la corrupción del cuerpo a través de la generación carnal como causa instrumental, como dice TOMÁS DE AQUINO, *op. cit.*, I-II. q. 83, a. 1, ad 4. p.

⁷² STRAUSS, “La ley...”, *op. cit.*, pp. 289-290.

⁷³ ZUCKERT, *op. cit.*, pp. 209-210.

⁷⁴ LOCKE, *La ley...*, *op. cit.*, pp. 17-18.

⁷⁵ *Op. cit.*, p. 18.

Su posición es propia del empirismo apoyado en el nominalismo. Por eso excluye también que se conozca la ley natural por “la recta razón”, porque “los primeros principios y fuentes de toda clase de conocimientos”, esas nociones primarias y el modo como llegan a la mente humana, “no son apprehendidos por la razón”; la razón los usa, pero no los establece⁷⁶.

¿ES INNATA LA LEY NATURAL?

Se pregunta Locke si tenemos un conocimiento innato de la ley natural por estar ella inscrita en el corazón o en el alma de los hombres. La respuesta es negativa y la considera largamente en la cuestión III. Locke, sin embargo, sugiere que la impresión sería un método fácil si los hombres estuviesen bien informados y bien dotados por la naturaleza para no tener dudas acerca de lo conveniente. Esto es: aun estando inscrita la ley natural, sería necesario el uso de la razón individual para conocerla, “sin necesidad de maestro que le instruya acerca de sus deberes, sin necesidad de un monitor que le diga lo que tiene que hacer”. Luego, la ley natural la conoce cada uno por sí mismo, recurriendo a la luz natural y a los principios internos de cada sujeto⁷⁷.

De modo que se trata de probar la tesis “la ley de la naturaleza no existe como una marca impresa en nuestros corazones”⁷⁸. La afirmación se sostiene en los siguientes argumentos.

Primero,

“ha sido únicamente una afirmación gratuita, hasta ahora no probada por nadie (...), decir que las almas de los seres humanos son algo más que tablas vacías capaces de recibir toda clase de impresiones, pero sin tener ninguna grabada en ellas por naturaleza”⁷⁹.

Desgraciada afirmación, que pone a Locke fuera de la tradición cristiana, pues, entre otros inductos, se encontraría San Pablo y toda la doctrina creacionista cristiana que sostiene que el hombre es creatura divina, hecho a imagen y semejanza de su Creador.

Segundo: si los hombres tuvieran impresa la ley natural en el alma, debería haber acuerdo sobre su contenido y una recta disposición a obedecerla. Pero no es así. Y si la causa del desacuerdo fuese el pecado –como algunos arguyen–, nos saldríamos del camino racional, sería una cuestión

⁷⁶ LOCKE, *La ley...*, *op. cit.*, p. 19.

⁷⁷ *Op. cit.*, pp. 19-20.

⁷⁸ *Op. cit.*, p. 31.

⁷⁹ *Ibid.*

“que no concierne particularmente a los filósofos, en modo alguno resolvería la dificultad ni disiparía la duda”⁸⁰.

Observemos la línea argumental: primero, niega que el pecado original exista o que, aun existiendo, corrompa la naturaleza humana, no obstante que su empirismo racionalista le hace ver a cada paso esa corrupción⁸¹; afirma, en segundo lugar, que la Caída es un acontecimiento histórico, pasado, atribuible a Adán, pero que no se trasmite al género humano; tercero, al centrar la disputa en el plano del filósofo, rompe el vínculo con la teología, desgaja la razón de la fe. Luego, Locke, negado el pecado original, deberá concluir en el desconocimiento de la naturaleza caída del hombre. Sin embargo, no puede evitar la contradicción con otras afirmaciones posteriores, como cuando asegura que “pueblos enteros han sido piratas y ladrones *ex professo*”⁸².

Más aún, si el hombre pierde la ley natural en razón del pecado, sus preceptos deberían quedar parcialmente muertos o completamente desaparecidos⁸³; luego, no habría ley de la naturaleza alguna que pudiéramos conocer⁸⁴. Lo que supone un nuevo error, porque el pecado original no mata ni anula esos preceptos, sino que entorpece su conocimiento. ¿Cómo podrían morir –preguntamos a Locke– si Dios es su autor? Es un error teológico convertido en sofisma con el fin de justificar que la ley natural es sólo dependiente de la razón humana.

Tercero, arguye Locke que si la ley estuviera impresa en la mente humana, ¿cómo es que los niños, los analfabetos y las razas primitivas pueden vivir de acuerdo a ella si no la conocen?⁸⁵. El argumento es torpe y se vuelve en su contra: precisamente por estar inscrita en el alma humana es que se comportan de acuerdo con ella, no porque no la conozcan racionalmente. En realidad, Locke busca otra cosa: alegar que esos pueblos no viven de acuerdo a la ley natural, ya que la historia confirma “cuán lejos se hallan estas gentes de la virtud y de la moral, y qué ajenas son

⁸⁰ LOCKE, *La ley...*, *op. cit.*, p. 32.

⁸¹ En su interesante estudio SPELLMAN, *op. cit.*, *passim*, alega a favor de la tesis lockeana de la pervisión de la naturaleza, no obstante su rechazo del pecado original.

⁸² LOCKE, *La ley...*, *op. cit.*, p. 59.

⁸³ *Op. cit.*, pp. 32-33.

⁸⁴ *Op. cit.*, p. 33. Lo que se vincula, con toda evidencia, a la doctrina protestante de las consecuencias de la Caída, que bien discute Spellman en su libro citado. Es cierto que Locke no cree en el pecado original ni en una caída absoluta (al estilo de Lutero o Calvino) de la naturaleza humana; sin embargo, su naturalismo racionalista tiene algo de relajado luteranismo, pues confunde, en cierto modo, el pecado original con la concupiscencia o costumbres depravadas.

⁸⁵ *Op. cit.*, pp. 33-34.

a cualquier sentimiento humano”⁸⁶. Y tras el alegato viene la sentencia: debe negarse que la ley de la naturaleza esté inscrita en el corazón de los hombres, pues

“quienes no tienen otra guía que la naturaleza misma, y (...) están menos contaminados por arbitrarias costumbres morales, viven con tal ignorancia de las leyes y como si en absoluto hubiera principio alguno de rectitud y bondad”⁸⁷.

Es claro que Locke maliciosamente confunde la ley natural con el comportamiento rústico, es decir, lo natural con lo no civilizado o bárbaro, inculto o espontáneo⁸⁸.

Cuarto, si la ley natural estuviese grabada en el alma humana, “¿por qué los estúpidos y los débiles mentales no tienen conocimiento de ella?”⁸⁹. Luego, esto prueba que la ley natural depende de nuestro conocimiento. Locke arroja la afirmación sin demostrarla, pues, ¿quién dice que los débiles mentales no se comportan según la ley moral? En la doctrina católica la inteligencia y la voluntad del débil mental pueden ser educadas –salvo, claro está, casos extremos–, a pesar de la tara racional. Pero para Locke este argumento es de tradición.

Quinto y último,

“Si la ley de la naturaleza estuviera impresa en nuestros corazones, debería inferirse que los principios especulativos están también inscriptos, igual que los prácticos”⁹⁰.

Pero no es así, dice Locke, no hay ningún principio especulativo que no se obtenga sino “por inducción y mediante la observación de casos particulares”⁹¹. Por cierto que para la doctrina católica tradicional, tanto el primer principio especulativo (el de no contradicción) como el práctico (hacer el bien y evitar el mal) son evidentes.

⁸⁶ LOCKE, *La ley...*, *op. cit.*, p. 34.

⁸⁷ *Op. cit.*, p. 35.

⁸⁸ Para HORWITZ, *op. cit.*, p. 269, se trata de una deliberada caricatura, pues Locke no desconocía la tradición cristiana de ley natural. Pero si Locke se aparta conscientemente de esa tradición, la deliberada caricatura tiene menos de gracioso que más de gravoso.

⁸⁹ LOCKE, *La ley...*, *op. cit.*, p. 37.

⁹⁰ *Op. cit.*, p. 37.

⁹¹ *Op. cit.*, p. 38.

¿SE CONOCE LA LEY NATURAL POR LA TRADICIÓN?

Afirma Locke que, aunque algunos hombres reciben de sus padres y maestros los preceptos de la ley natural, no es por tradición que se la conoce⁹². Por lo tanto, “la tradición no es el modo primario y seguro de conocer la ley natural”, porque lo que se conoce por tradición “no será lo que nos dicta la razón, sino lo que nos dictan los hombres”⁹³. La posición de Locke es netamente individualista: el único conocimiento válido de la ley natural es el que cada persona acepta como dictado por su propia razón, de modo que sólo el asentimiento individual de la razón que escruta valida la ley natural. En el mejor de los casos, dado que la tradición no es verdadero conocimiento, se podría decir que no es más que la motivación de comportamientos morales, acordes con sus preceptos, como sostendrá más adelante⁹⁴. Seguir la tradición es la causa de una irreflexiva molicie⁹⁵.

A partir de esta censura general vienen otros argumentos que amplían la crítica. En primer término, nota Locke la existencia de una gran variedad de tradiciones en torno a lo que es la ley natural⁹⁶; como ellas varían, se concluye o bien que la ley natural no existe o bien que no se puede conocer por tradición. Es éste un argumento especioso, porque la tradición ha sido reducida a meras opiniones apoyadas o no en antecedentes, carentes de autoridad, “pues cada opinión que aprendemos de otros –sostiene Locke– se convierte en tradición”⁹⁷. Como en esta materia se trata de “juzgar las cosas mismas” por uno mismo, se “elimina por completo la autoridad de la tradición”⁹⁸.

El segundo argumento dice así: si la ley natural se conoce por tradición, no es objeto de conocimiento, sino de “fe”, porque depende de la autoridad de quien la trasmite⁹⁹. Otro argumento objetable: más allá del reduccionismo de fe a tradición y el subsiguiente que separa la razón de la fe, Locke no acepta ninguna autoridad como no sea la de la propia razón, de modo que todo saber recibido debe ser escudriñado por la razón, sometido al cernidor de la propia racionalidad, de donde la moral y toda norma de conducta no es sino individual.

⁹² LOCKE, *La ley...*, *op. cit.*, p. 21.

⁹³ *Op. cit.*, p. 22. Es la tesis protestante, que está en CULVERWELL, *op. cit.*, c. 8 y en Richard HOOKER, “Of the law of ecclesiastical polity, eight books”, p. 265.

⁹⁴ LOCKE, *La ley...*, *op. cit.*, pp. 35-38.

⁹⁵ *Op. cit.*, pp. 22-23.

⁹⁶ *Op. cit.*, p. 23.

⁹⁷ *Ibid.*

⁹⁸ Similar argumento en LOCKE, “An essay...”, *op. cit.*, vols. IV, XVIII, § 4-8. Lo que pone en duda la misma de la revelación, que nos llega principalmente por tradición.

⁹⁹ LOCKE, *La ley...*, *op. cit.*, p. 24.

Tercer argumento: la autoridad de la tradición exige que sepamos de su origen, y en esta indagación, o bien llegamos a alguien que la inventó, o bien la descubriremos inscrita en los corazones, o bien la conoceremos “mediante razonamientos a partir de los hechos percibidos por los sentidos”¹⁰⁰. Luego, la tradición se vuelve innecesaria “siempre que cada uno tenga dentro de sí los mismos principios básicos de conocimiento”¹⁰¹. Es un camino circular: el argumento de la tradición nos devuelve al punto de partida, a preguntarnos nuevamente cómo se puede conocer la ley natural; de tanto ir y venir llegará el momento en que la razón comience su tarea crítica y se abra al conocimiento individual.

LA LEY NATURAL NO SE CONOCE POR EL CONSENSO HUMANO

Cuando trata de la cuestión quinta, Locke ataca el dicho *vox populi, vox Dei*, pues la muchedumbre está siempre dispuesta a aceptar cosas contrarias a la ley y al derecho¹⁰². De alguna manera, continúa por otro método la crítica de la tradición¹⁰³, ya que cualquier cosa que se nos imponga por la opinión es siempre una tradición, una autoridad extraña a nuestro consentimiento racional¹⁰⁴. Específicamente sobre el consenso, Locke lo divide en natural y positivo. El positivo es contractual, surge de un contrato expreso y formal o de uno tácito (como los que se dan por intereses comunes y en la convivencia humana). Para Locke, este consenso de los contratos no prueba que exista una ley natural, sino que hay

“un derecho de gentes, el cual no nos es impuesto por la ley de la naturaleza, sino que ha sido sugerido por los hombres por razones de común utilidad”¹⁰⁵.

El consenso natural (instintivo) es el que surge del “instinto natural sin intervención de pacto alguno”; éste puede ser de tres tipos: por la costumbre, es decir, la conformidad en la conducta moral de los hombres; por las opiniones que los hombres asienten de diversas maneras; y por los primeros principios, que suscitan el asentimiento de todo hombre en su sano juicio.

¹⁰⁰ LOCKE, *La ley...*, *op. cit.*, p. 25.

¹⁰¹ *Ibid.*

¹⁰² *Op. cit.*, pp. 51-52.

¹⁰³ Especialmente a Hugo GROTIUS, *De iure belli ac pacis libri tres*, pp. 42-44.

¹⁰⁴ Locke nunca varió esta postura crítica; JOHN LOCKE, *Of the conduct of understanding, The educational writings of John Locke*, N° 24, “Partiality”, pp. 222-223.

¹⁰⁵ LOCKE, *La ley...*, *op. cit.*, p. 54.

En conclusión, según Locke hay que decir que:

“el conocimiento precede al consenso. De otro modo, una misma cosa sería al mismo tiempo causa y efecto, y el consenso de todos daría lugar al consenso de todos, lo cual es obviamente absurdo”¹⁰⁶.

Al rechazar que la ley natural se conozca por consenso, insiste Locke en que “cada persona tiene que inferir la ley de la naturaleza partiendo de los primeros principios naturales, no de la creencia de otra persona”¹⁰⁷. La dificultad estriba en que esos «primeros principios naturales» nunca han sido expuestos.

LA LEY NATURAL SE PERCIBE PRIMERO SENSIBLEMENTE

La tesis que finalmente acepta Locke es que “la percepción sensible” constituye “la base de nuestro conocimiento de la ley de la naturaleza”¹⁰⁸. El problema será ampliamente tratado en la cuestión IV, pero en este lugar resume el alcance de la sentencia: todo conocimiento que tenemos de la ley natural

“se deriva de las cosas que conocemos mediante los sentidos. A partir de esas cosas, la razón y la facultad de argumentar –que son ambas propias del hombre– avanzan hacia la noción de un autor utilizando argumentos que surgen de la materia, del movimiento y de la estructura y economía visible de este mundo, hasta llegar finalmente a concluir y establecer como cierto que un Dios es el autor de todas estas cosas”¹⁰⁹.

No se trata de que tengamos un conocimiento especial de la ley natural, más bien se la conoce como todas las otras cosas, de modo que la teoría del conocimiento, que Locke detallará en su *Ensayo sobre el entendimiento humano*, se aplica sin restricciones al conocimiento de la moral¹¹⁰. Con un añadido específico: la ley natural, “como no puede ser conocida por

¹⁰⁶ LOCKE, *La ley...*, *op. cit.*, pp. 67-68.

¹⁰⁷ *Op. cit.*, p. 66.

¹⁰⁸ *Op. cit.*, p. 25. Coincide con CULVERWELL, *op. cit.*, c. 7 y 11.

¹⁰⁹ LOCKE, *La ley...*, *op. cit.*, p. 26. Hay una variación en la versión inglesa, pues Locke no escribe “un Dios” sino “some Deity”, cierta deidad. LOCKE, *Essays...*, *op. cit.*, p. 133. No se trata por cierto del Dios cristiano, conforme a la teología establecida, sino de “alguna deidad” indeterminada.

¹¹⁰ LOCKE, *La ley...*, *op. cit.*, p. 43, afirma que no hay diferencia entre el conocimiento especulativo y el práctico o moral. Y en “An essay...”, *op. cit.*, p. 175, Locke reduce todo conocimiento especulativo del ser a la Física. Bajo el concepto de ser incluye a Dios, los ángeles, los espíritus, los cuerpos y sus accidentes. STRAUSS, “La ley...”, *op. cit.*, pp. 286-287.

tradición, queda como algo que sólo puede ser conocido por los hombres mediante la luz natural¹¹¹.

Lo dicho demanda algunas observaciones. La primera es relativa a aquello que se conoce según este método. Locke no ha demostrado cómo a través de los sentidos descubrimos la ley natural y a Dios, su autor; simplemente lo ha afirmado. ¿Qué dato o elemento aportado por los sentidos, podemos preguntarnos, permite llegar al conocimiento racional de la ley natural? Porque está claro que los colores, el calor o el frío son accidentes sensibles diferentes de los morales, de lo bueno y lo malo, de las virtudes o los vicios¹¹².

Luego, si no se trata del conocimiento sensible de la naturaleza humana, deberá serlo de la naturaleza exterior, del mundo físico o de las cosas. ¿Es la ley de la naturaleza una legalidad arraigada en el mundo, pero no en el hombre? El hombre quedaría ligado a ella por la razón que descubre el orden, los fines y los preceptos en la naturaleza exterior. Pero no es esto lo que Locke pretende probar. Incluso, no puede hacerlo con su teoría sensitiva del conocimiento: los sentidos nada me dicen de la belleza y del orden del universo, porque ello supone un concepto intelectual, una elaboración de la razón.

La pista puede estar en el uso abundante de la expresión ‘luz natural’ que nos dice de su teoría del conocimiento. Ya hemos visto qué significado tiene en la escolástica, por lo que no es en ella donde debemos buscar el sentido que le concede Locke. En Descartes y en Culverwell subsiste el eco tradicional: la luz natural se refiere a la facultad cognitiva humana dada por Dios por la cual la mente percibe con claridad las verdades eternas y absolutamente indudables. Si fuera éste el caso de Locke, ¿cómo se concilia con sus afirmaciones constantes del carácter oscuro y escondido de la ley natural? No sería un conocimiento indudable de cosas claras.

Descartes identifica también la luz natural—según algunas interpretaciones¹¹³— con la intuición, con el acto de la mente que permite ver con claridad y distinción, de modo inmediato, la verdad de una proposición. De manera más general, la luz natural es la razón. Locke, en ocasiones, usa indistintamente las expresiones luz natural y razón¹¹⁴, de modo que

¹¹¹ LOCKE, *La ley...*, *op. cit.*, p. 26.

¹¹² Aunque él no los distinga; LOCKE, *La ley...*, *op. cit.*, p. 45. También es evidente que el movimiento de los cuerpos materiales no es idéntico al de los seres espirituales o de los hombres. Otras objeciones ha hecho HORWITZ, *op. cit.*, p. 272 y ss.

¹¹³ Roger ARIEW, Dennis DES CHENE, Douglas M. JESSEPH, Tad M. SCHMALTZ and Theo VERBEEK, *Historical dictionary of Descartes and Cartesian philosophy*, voz ‘Intuition’, pp. 143-145.

¹¹⁴ Richard I. AARON, *John Locke*, pp. 222-223, afirma que para Locke la luz natural indica el ideal del conocimiento, y que se identifica ya con la razón ya con el acto de conocer.

podría haber ascendiente en Descartes; pero no es así en cuanto a la primera acepción: en Locke la luz natural o de la razón es la consecuencia del conocimiento sensible y no una intuición racional al estilo cartesiano. Luego, el concepto de luz natural en Locke pareciera apuntar –aquí, en esta cuestión, mas no en otras– a la misma razón en tanto que potencia discursiva y calculadora, sumisa a las exigencias cognitivas del empirismo.

Locke plantea de inmediato una objeción a su teoría: por qué tantos hombres la ignoran y tantos otros no se ponen de acuerdo en ella. La respuesta es sabida: no todos los hombres, aunque posean facultades cognitivas, hacen uso apropiado de ellas.

“Cuidadosa reflexión, pensamiento y atención de la mente son requeridos para que, mediante la argumentación y el razonamiento, podamos encontrar el camino de la naturaleza escondida, partiendo de cosas perceptibles y obvias”¹¹⁵.

La consecuencia es obvia: la ley natural se demanda como un recóndito secreto que exige de una pericia intelectual notable para acceder a ella; por lo tanto, dado que lo racional no puede predicarse de todos por igual, la ley de la naturaleza no es accesible a todos; luego, no es tan natural. Es claro que Locke abandona cada vez más la doctrina católica tradicional, tanto por su reduccionismo empirista cuanto por el carácter oculto, escondido de la ley natural.

La afirmación de que la ley natural puede conocerse por la experiencia sensible es considerada abundantemente en la cuestión cuarta. En esta sección Locke recurre nuevamente a la expresión “luz natural”, de la que dice

“es, ciertamente, nuestra única guía cuando entramos en el itinerario de la vida, y la que de varias e intrincadas maneras, evitando los accidentados caminos del vicio, por un lado, y las desviaciones del error, por otro, nos llevan hasta esa cima de virtud y felicidad a la que nos invitan los dioses y a la que también tiende la naturaleza”¹¹⁶.

Es decir, lo que a primera vista se nos anuncia como un punto de partida empirista, no es sino un camino típicamente racionalista, pues una vez negados Dios y la tradición como fuentes del conocimiento de la ley natural, sólo quedan las facultades racionales para conocerla y llenarla de

¹¹⁵ LOCKE, *La ley...*, *op. cit.*, p. 27.

¹¹⁶ *Op. cit.*, p. 39. Ahora la luz natural pareciera ser la recta razón, identificación que había anteriormente objetado. Nótese, por otro lado, que Locke habla de dioses, *gods*, nota claramente politeísta.

sentido. Dios, en este supuesto y como se ha dicho, es el autor de la ley de la naturaleza, pero tan sólo como hipótesis filosófica, propia del deísmo e, incluso, del gnosticismo protestante.

Recordemos que para Locke la percepción sensible y el razonamiento se sirven mutuamente¹¹⁷; de modo que, establecida la colaboración, se hace la luz:

“no hay nada que sea tan oscuro, tan escondido y tan alejado de todo sentido, que no pueda ser aprehendido por la reflexión y el razonamiento si se tiene el apoyo de estas facultades”¹¹⁸.

Es así como la ley natural se vuelve racional y cognoscible, de la misma manera que el empirismo sensible deviene racionalismo o el intuicionismo sensitivo se convierte en intuición racional.

Distingue Locke la razón de la luz natural y dice cómo opera cada una, pero nunca señala la materia sensible sobre la que comienza la tarea del conocimiento. Todo lo más que puede sugerir son los presupuestos de su teoría del conocimiento, que se corresponden con los requisitos de la ley, de toda ley¹¹⁹, esto es: primero, “saber de antemano que hay un legislador, es decir, algún poder superior al que con razón está sujeto”; y segundo, “saber que hay, por parte de ese poder superior, una voluntad respecto a las cosas que han de ser hechas por nosotros”¹²⁰. Pero el razonamiento es falaz, como ha visto bien Strauss, porque Locke da por sentado que, probada la existencia de ambos presupuestos, se “supone ya la existencia de la ley natural”¹²¹. Habría que agregar que de la pura voluntad divina respecto de sus creaturas no se sigue que existe la ley natural en términos lockeanos, sino la ley divina positiva, con la que aquélla se confundiría.

*LEY NATURAL Y NATURALEZA HUMANA:
LA VÍA DE LAS INCLINACIONES NATURALES*

Insiste Locke en que:

“el fundamento sobre el que descansa todo ese conocimiento que la razón edifica y que llega tan alto como el cielo, lo constituyen los objetos de la experiencia sensible”¹²².

¹¹⁷ LOCKE, *La ley...*, *op. cit.*, p. 40.

¹¹⁸ *Op. cit.*, pp. 40-41.

¹¹⁹ *Op. cit.*, pp. 6-7.

¹²⁰ *Op. cit.*, p. 43.

¹²¹ STRAUSS, “La ley...”, *op. cit.*, p. 281.

¹²² LOCKE, *La ley...*, *op. cit.*, p. 42.

Sin cuestionar esta teoría del conocimiento, hay preguntas más próximas que se suscitan de inmediato. Por caso, ¿cuál es la materia sensible que hace a la ley natural? Locke nunca se plantea esta cuestión, pues, de haberlo hecho, debería haber afirmado que es la naturaleza humana y partir de las inclinaciones básicas o primarias del hombre para alcanzar el contenido de la ley natural¹²³.

Locke pareciera reproducir esta vía al final de la cuestión cuarta sugiere que

“podemos en parte colegir el principio y la regla de nuestro deber a partir de la constitución misma del hombre y de las facultades y atributos humanos”,

de lo que se seguiría que la función de tales facultades del hombre “parece ser aquella para la que la naturaleza le ha preparado”¹²⁴. Repárese, sin embargo, en dos expresiones usadas por Locke: como este argumento sólo nos sirve “en parte”, *partly*, no nos proporciona un conocimiento cierto, por eso afirma que “parece ser”, *appears to be*, así como dice¹²⁵. No obstante, cuando tiene que afirmar la universalidad de la ley natural, Locke recurre al argumento de la naturaleza humana creada: “de su constitución innata resultan necesariamente unos deberes para él, los cuales no pueden ser diferentes de los que son”¹²⁶.

Locke deriva de la constitución humana dos consecuencias. La primera, al advertir el hombre que está dotado de sentidos y razón, se verá dispuesto a contemplar la grandeza de Dios y a rendir alabanza, honor y gloria “a tan grande y benéfico autor”¹²⁷. Sin embargo, en cuanto se refiere a la tendencia de alabar y dar gloria a Dios, Locke la limita. En primer lugar porque la religión no es producto de la razón natural, sino de la revelación; luego, de acuerdo a su teoría, la religión no se incluiría dentro de los deberes de la ley natural. En segundo lugar porque la religión como virtud exigida por la ley natural no es incompatible con el politeísmo y lleva a la tolerancia, como bien apunta Strauss¹²⁸.

¹²³ La relación la advirtió también HORWITZ, *op. cit.*, pp. 274 y ss. Para Locke –observa Greg FORSTER, *John Locke's politics of moral consensus*, p. 92– la observación de los seres humanos no nos dice nada sobre su esencia, luego no nos da ningún conocimiento moral acerca de cómo tratar a los seres humanos de una manera apropiada a esa esencia. “Las ideas morales sobre los seres humanos son construcciones del pensamiento”. De ahí el consensualismo moral resultante de constructivismo gnoseológico, porque no existe un vocabulario verdadero de la moralidad comprobable empíricamente.

¹²⁴ LOCKE, *La ley...*, *op. cit.*, p. 49.

¹²⁵ LOCKE, *Essays...*, *op. cit.*, p. 157.

¹²⁶ LOCKE, *La ley...*, *op. cit.*, p. 87.

¹²⁷ *Op. cit.*, pp. 49-50.

¹²⁸ STRAUSS, “La ley...”, *op. cit.*, pp. 285-284.

La segunda consecuencia es que esa misma naturaleza le compele a:

“asociarse con otros por propensión natural, y a estar dispuesto a mantener ese trato mediante el don del lenguaje, en la misma medida en que se ve obligado a preservarse a sí mismo”¹²⁹.

El argumento tiene un eco aristotélico, pero con limitaciones; una de ellas surge de la visión de lo social más como instinto (*interno instinctu*) que como virtud¹³⁰; otra, en tanto tendencia social, tiene el mismo peso que la autopreservación, porque hay en el hombre una natural propensión hacia el bien personal. Y esto para Locke es tan evidente que no requiere ninguna explicación.

“Pero como es urgido en gran medida por un instinto interno a cumplir esta parte de su deber [la autopreservación], y no puede encontrarse a nadie que no se ocupe de sí o que renuncie a sí mismo, y todos dirigen a este punto más atención de la necesaria, no es preciso que en esto haga yo advertencia alguna”¹³¹.

Parece que hemos alcanzado el fundamento último en el que reposa la teoría lockeana de la ley natural: la autopreservación. Strauss ha indicado que el parecido con Santo Tomás no pasa de una semejanza que esconde profundas diferencias:

“donde Tomás de Aquino habla de la inclinación natural del hombre a conocer la verdad en relación con Dios, Locke habla de la propensión del hombre a contemplar el poder y la soberanía de Dios en su obra; donde el de Aquino habla de la inclinación natural del hombre a vivir en sociedad (...), Locke habla de cierta propensión natural (del hombre) a entrar en sociedad”¹³².

Es decir, lo que en el Aquinate son tendencias al bien arraigadas en la humana naturaleza, en Locke son solamente propensiones, aficiones, simpatías, instintos, intereses, preferencias, a las que tampoco se las califica como buenas. Cuando Santo Tomás señala la tendencia a la verdad y a Dios, inseparables de la religión, Locke admite nada más que el empeño racional a regodearse en la Divinidad según sus obras. Por último, si Santo

¹²⁹ LOCKE, *La ley...*, *op. cit.*, p. 50.

¹³⁰ LOCKE, *Essays...*, *op. cit.*, p. 159, usa la expresión *inward instinct*, en lugar de inclinaciones naturales.

¹³¹ LOCKE, *La ley...*, *op. cit.*, p. 50.

¹³² STRAUSS, “La ley...”, *op. cit.*, p. 270.

Tomás señala la naturaleza social del hombre como una inclinación virtuosa, Locke la describe como un interés del hombre en asociarse.

Luego, de las tres tendencias primarias de la naturaleza humana explicadas por Santo Tomás, Locke da más importancia a la básica y elemental de la preservación del propio ser, aunque el hombre conviva en sociedad y deba rendir culto a Dios. Éste es el punto del cual llama la atención Strauss: de las tres inclinaciones tomistas, Locke rescata el impulso interior o instinto íntimo a la autoconservación como el fundamental. En esto Hobbes y Locke se emparentan¹³³, pero como ya había admitido Hobbes, aun tomando la autoconservación como base suficiente de la moralidad, no se le puede considerar un mandato de la ley natural¹³⁴.

El resultado obvio y grave es que, una vez que se considera a la autoconservación como la fuente y el principio de la ley natural, antes que un precepto suyo, “el cumplimiento mismo de la propia ley natural dejará de ser la satisfacción de un deber para convertirse en un simple acto de conveniencia”¹³⁵. Y efectivamente es así, ya que el propio Locke admite que, sin cometer crimen, la ley natural podría ser desconocida y violada, siempre que deseáramos abandonar nuestro derecho, aunque ello supusiera un daño para nosotros¹³⁶. Locke no refuta, sino que aprueba elípticamente el utilitarismo moral hobbesiano.

Aludiendo a Hobbes, aunque sin citarlo, toca el tema en la cuestión quinta:

“Si hubiera una ley de la naturaleza santa en grado sumo para todos, la cual el género humano, impulsado por un cierto instinto natural y por su propio interés, parecería estar obligado a observar, sería la ley de la auto-preservación. Y es por eso por lo que algunos la establecen como la ley de la naturaleza más importante y fundamental. Pero, de hecho, es tal el poder de la costumbre y de la opinión basada en estilos tradicionales de vida, que llega a armar a los hombres contra sí mismos y hacer que éstos busquen sus propias muertes con la misma intensidad que otros la rehúyen”¹³⁷.

Más adelante, en la cuestión séptima, Locke afirma que la ley de la naturaleza “viene a ser algo inherente a los principios de la naturaleza

¹³³ STRAUSS, *Natural...*, *op. cit.*, pp. 220- 233.

¹³⁴ En Hobbes es a la inversa: el instinto de autoconservación es el que origina las leyes naturales que prohíben destruir la vida. HOBBS, *Leviathan*, *op. cit.*, pp. 116-117.

¹³⁵ STRAUSS, “La ley...”, *op. cit.*, p. 294.

¹³⁶ LOCKE, *La ley...*, *op. cit.*, pp. 96-97.

¹³⁷ *Op. cit.*, p. 62.

humana”¹³⁸, los que, se supone, a falta de otra determinación, son los explicados en el final de la cuestión cuarta. En consecuencia, no podría cambiarse la ley natural si no se mudase también la naturaleza del hombre¹³⁹, pues

“hay una armonía entre ambas, y lo que ahora conviene a la naturaleza racional en cuanto racional, debe convenirle necesariamente *in aeternum*; y la misma razón dictará en todas partes las mismas reglas morales”¹⁴⁰.

Este giro en la teoría de Locke responde al tema que considera: la perpetuidad y universalidad de la ley natural; sin embargo, supone, si se le toma aisladamente, una modificación y una confirmación. La confirmación es que el legislador del que proviene la ley es el hombre mismo, su razón, y no Dios, aunque sí mediatamente en la medida que el hombre es un ser creado. La modificación no es de menor trascendencia, pues si la ley natural es un dictamen racional acerca de lo apropiado a la naturaleza del hombre, no puede ser ya asunto de la voluntad, como insistió al definirla.

No obstante, en la cuestión sexta discutirá si la ley de la naturaleza obliga en virtud de que ella tiende a la autopreservación; y en la octava, si la base de la ley natural es el interés propio. Especialmente en la última es evidente que Locke confunde las tendencias primarias de la naturaleza humana con los apetitos egoístas, con el desmedido deseo de apropiación o la utilidad individual¹⁴¹, que más adelante compendiará en la hobbesiana tendencia de deseo de felicidad y aversión a la miseria¹⁴². Los que mantienen esta doctrina, dice Locke,

“buscan los principios de la acción moral y una norma de vida en los apetitos e inclinaciones naturales de los hombres, más que en la obligación impuesta por la ley, como si lo moralmente óptimo fuera lo que a la mayoría de la gente le apetece”¹⁴³.

Aquí, natural es opuesto a racional: natural es incivilizado, un principio de acción meramente apetitivo, instintivo, irracional, que no conduce a la morali-

¹³⁸ LOCKE, *La ley...*, *op. cit.*, p. 86.

¹³⁹ También lo dice en un texto posterior: LOCKE, “The Reasonableness...”, *op. cit.*, p. 112.

¹⁴⁰ LOCKE, *La ley...*, *op. cit.*, pp. 86-87.

¹⁴¹ Le asiste la razón a ZUCKERT, *op. cit.*, p. 202, cuando, al mostrar la incompatibilidad entre la doctrina tomista y la lockeana de la ley natural, afirma: “Las inclinaciones naturales no pueden ser la fuente de una ley del tipo que Tomás recomienda porque las inclinaciones naturales impelen únicamente hacia nuestro propio provecho, ventaja o beneficio”.

¹⁴² LOCKE, “An essay...”, *op. cit.*, p. 36: “Nature, I confess, has put into man a desire of happiness, and an aversion to misery”.

¹⁴³ LOCKE, *La ley...*, *op. cit.*, p. 101.

dad¹⁴⁴. Luego, las inclinaciones naturales, en sentido tradicional, son inmorales; lo moral es la obligación legal. Para Locke, naturaleza no significa la tendencia hacia un fin que se aprehende como bueno, sino una causa eficiente que siempre y en todos lados produce una regularidad en los comportamientos, un principio activo completamente inmanente¹⁴⁵, pasional y egocéntrico.

VALORACIÓN

El problema del conocimiento de la ley natural es la preocupación y la intención primarias de estas *Cuestiones*. Le ha dedicado Locke cinco estudios de los ocho. La inquietud de Locke radica en hallar un fundamento exclusivamente humano a la ley natural: la vía de acceso al conocimiento de ésta es independiente de Dios y de la Revelación; incluso, independiente de las tendencias de la naturaleza humana –engañosas–, porque se puede llegar a saber de ella por la observación sensible de las cosas y la reflexión racional. Luego, la ley natural es la ley que el hombre se da a sí mismo, que él mismo descubre. Pero, en esta interpretación, todavía estamos ante una ley vacía de contenido¹⁴⁶: al no hacer referencia sino secundaria y accidentalmente a las tendencias básicas de la naturaleza humana, la ley natural no tiene principios primarios ni secundarios o derivaciones. Recién podría empezar a llenarse con las pocas palabras que dedica Locke a la autoconservación, porque las indicaciones vagas y generales a la virtud o al vicio no pueden hacerse evidentes a falta de un primer principio práctico, que cree no demostrable.

Locke podría defenderse, sin embargo, aduciendo que no es ésta la cuestión de la que quiere tratar en los ensayos. Nos diría que su propósito es exclusivamente epistemológico, no obstante Locke no deja una impresión seria, pues esta teoría está plagada de contradicciones y aporías. Por caso, hemos visto que no hay materia sensible sobre la que la razón opere en el campo moral; que la distinción entre razón, recta razón y luz natural de la razón es abolida por numerosas confusiones que jamás son aclaradas; que la ley natural está guardada en un recinto oscuro al que sólo acceden los esforzados ilustrados; etcétera.

¹⁴⁴ LOCKE, "An essay...", *op. cit.*, p. 45: "Los principios de las acciones, por cierto, residen en los apetitos de los hombres, pero éstos están tan lejos de ser principios morales innatos que, si se les dejara en libertad de obrar, llevarían a los hombres a hacer zozobrar toda moralidad. Las leyes morales se han establecido como control y moderación de esos deseos exorbitantes, a través de recompensas y castigos que pesarán más que la satisfacción que cualquiera pueda prometerse a sí mismo con la violación de la ley".

¹⁴⁵ ZUCKERT, *op. cit.*, p. 203.

¹⁴⁶ HANCEY, *op. cit.*, p. 450; Jerome B. SCHNEEWIND, "Locke's moral philosophy", p. 216.

La clase de ley natural teorizada por Locke, por lo demás, se refiere a la felicidad natural del hombre antes que a la felicidad sobrenatural, como apunta Strauss¹⁴⁷, y esto, aunque la religión venga por revelación más que por esfuerzo racional; o precisamente por ello, agregamos. Asiste razón a Strauss en la inconsistencia de esta felicidad natural en los términos propios de la teoría lockeana, pues, aunque bastan para Locke las facultades naturales para discurrir acerca de la ley de la naturaleza¹⁴⁸, sigue siendo dudoso a la humanidad –salvo para el perito racionalista– la existencia de esa ley por su insuficiente promulgación, lo que torna dudoso que el hombre pueda alcanzar la felicidad prometida¹⁴⁹.

Tal como Locke dice incidentalmente en la cuestión octava, la ley natural no pareciera ser la de la felicidad humana, sino, más bien, la de los deberes morales. Por lo que, acompañando la tesis de Strauss, deberíamos añadir que en Locke –frente a la tradición escolástica de la ley natural– hay dos cuestiones contradictorias: primero, una desviación del concepto de felicidad hacia finalidades exclusivamente seculares e immanentes; segundo, una neta ambigüedad en el significado y alcance de lo que es natural, pues por un lado es lo humano (y lo que hace virtuoso al hombre) y por otro es lo contrario a la humanidad (lo que la hunde en la miseria)¹⁵⁰.

Concluyendo con este asunto, parece imposible negar que Locke o bien implícitamente condena a los hombres a vivir en el desconocimiento de la ley natural, o bien los convida a quebrantar sus férreas y miserables condiciones para volverse ricos o virtuosos, o a adaptarse al ambiente¹⁵¹. Lo último está indicado en el *Segundo Tratado* al considerar la propiedad privada y aquí, en las *Cuestiones*, podría ser inferido; lo primero, parece ser la conclusión de las *Cuestiones*: vivir éticamente a pesar de la resistencia de la naturaleza, que no es sino un rebrote de estoicismo.

Subsiste la impresión, no obstante, que siempre el filósofo puede usar de la razón para liberarse de las cadenas de la ignorancia –emerger de la cueva platónica– y, accediendo al saber de la ley de la naturaleza, descubrir el camino de una virtud que no tropiece con la pobreza y la

¹⁴⁷ STRAUSS, “La ley...”, *op. cit.*, p. 290.

¹⁴⁸ LOCKE, *La ley...*, *op. cit.*, pp. 40-41.

¹⁴⁹ STRAUSS, “La ley...”, *op. cit.*, pp. 290-291.

¹⁵⁰ Bien dice Strauss que la causa de esta infelicidad está en el aumento de la población y en el carácter constante o inalterable de los bienes a su disposición, según las indicaciones de LOCKE, *La ley...*, *op. cit.*, pp. 98-99; de modo tal que la ley de la naturaleza se muestra “extremadamente negativa”, lo que redundaría en la imposibilidad de su conocimiento para la mayoría del género humano que deberá pasar su vida yugando contra la pobreza, sin tiempo libre para salir de la ignorancia y sin que ésta le sea imputable. STRAUSS, “La ley...”, *op. cit.*, p. 292.

¹⁵¹ Esto último lo propone HORWITZ, *op. cit.*, p. 279.

miseria. Pero, a diferencia de Platón, el filósofo nunca podrá enseñar a los hombres el misterio que le ha sido revelado, pues la suya no sería más que una opinión, es decir, la vertiente de una tradición que desvía del uso de la razón¹⁵².

V. La ley natural y el interés propio

En la última de las cuestiones, Locke enfrenta el argumento del filósofo escéptico y cínico Carneades de Cirene (214-129/128 a. C.), que negó que existiese una ley de la naturaleza, pues todos los hombres no buscan más que su propia utilidad o interés propio¹⁵³, que parece ser también el criterio de Hobbes, aunque en el sentido de que la ley natural se reduce al interés personal¹⁵⁴. Sería, dice, Locke, el argumento de los anarquistas, que vindican la libertad natural contra el yugo de la autoridad, no reconociendo más ley que “el interés propio de cada persona”. Contra éstos, Locke recurre a la opinión del “sector más racional de hombres en quienes hay inherente un sentido humanitario y una preocupación a favor de la vida en sociedad”¹⁵⁵. Esto es, se trata de combatir a los locos libertarios con los sensatos racionalistas.

Para ello, es necesario, sostiene Locke, explicar dos conceptos clave. Primeramente, qué se entiende por “fundamento de la ley de la naturaleza”. Para Locke este concepto hace referencia a

“una suerte de cimiento sobre el que se edifican todos los otros preceptos menos patentes de dicha ley, y del cual pueden deducirse de algún modo, obteniendo de él toda la fuerza y poder de obligar, en cuanto que están de acuerdo con esa, por así decirlo, ley primaria y fundamental que es la norma y medida de todas las otras leyes dependientes de ella”¹⁵⁶.

¹⁵² En el *Ensayo sobre el entendimiento humano* Locke diseña esta solución con la invención de la ley de la opinión o de los filósofos, que no es más que la ley de la opinión pública.

¹⁵³ LOCKE, *La ley...*, *op. cit.*, pp. 92-94. GROTIUS, *op. cit.*, pp. 10-11. La importancia de la crítica a Carneades por el nuevo iusnaturalismo, en Richard TUCK, “The ‘modern’ theory of natural law”, p. 121 y ss.

¹⁵⁴ Apunta Strauss sobre el método de Locke en esta sección: “Locke ni siquiera se molesta en argumentar en contra de la afirmación de Carneades, según la cual cada hombre se ve movido por la naturaleza a perseguir su propio interés y no a actuar justamente. Se limita a refutar la aseveración de que el interés particular de cada uno es la base de la ley natural”. STRAUSS, “La ley...”, *op. cit.*, p. 295.

¹⁵⁵ LOCKE, *La ley...*, *op. cit.*, p. 93.

¹⁵⁶ *Op. cit.*, p. 94.

Digámoslo en términos de Santo Tomás: se trata del primer principio práctico, evidente por sí mismo, y que para el Aquinate es el de hacer el bien y evitar el mal. ¿Es el mismo para Locke? Ya se verá.

Una vez alcanzado ese fundamento, hay que precisar qué se entiende por “interés privado de cada hombre”, *each man's private interest*, que de acuerdo con Locke no es el fundamento de la ley natural, es decir, no es su primer principio práctico. Pero esto no quiere decir que la ley natural se oponga al interés privado de cada hombre; al contrario,

“la máxima protección de la propiedad privada de cada hombre es la ley de la naturaleza, sin observar la cual es imposible que nadie sea dueño de lo suyo y persiga su propio provecho”¹⁵⁷.

Luego, según Locke, es “evidente” que “nada contribuye tanto al interés de cada uno y a mantener las propiedades íntegras y seguras como la observancia de la ley de la naturaleza”¹⁵⁸; pero esto no significa que haya licencia para hacer lo que cada uno quiera.

Bien entendido, Locke dice que la protección de la propiedad personal “es” la misma ley de la naturaleza, es decir, su fundamento o principio primario; pero que ese fundamento no se confunde con el interés personal de sentirse o creerse libre para hacer cualquier cosa.

“En vano –afirma a continuación– se tratará de mantener que el interés de cada persona es la norma de lo equitativo y de lo justo, a menos que dejemos que cada hombre sea el juez de su propia causa y determine lo que a él le conviene”¹⁵⁹.

Es ésta precisamente la hipótesis de la constitución de la sociedad civil que desarrolla en el *Segundo Tratado*: en el estado de naturaleza, cada uno tiene el derecho natural de juzgar y condenar, *the executive power*, aplicando la ley natural según propio criterio; en la sociedad civil, constituida por el pacto social, quien legisla, juzga y condena es el representante de los asociados a quien éstos han cedido aquel derecho natural a fin de garantizarse los restantes, entre ellos, la propiedad privada¹⁶⁰.

Lo que nos lleva al meollo del problema:

“¿Es verdad –se pregunta Locke– que lo que cada individuo juzga que es útil para sí mismo y para sus negocios está de acuerdo con la ley de

¹⁵⁷ LOCKE, *La ley...*, *op. cit.*, p. 94.

¹⁵⁸ *Ibid.*

¹⁵⁹ *Op. cit.*, pp. 94-95.

¹⁶⁰ John LOCKE, *Two treatises of government*, pp. 307-310.

la naturaleza y por ello mismo le es lícito y necesario, y que nada obliga en la naturaleza excepto en la medida en que conlleva alguna ventaja inmediata para el interesado?”¹⁶¹.

Nótese que aquí Locke da un giro de tuerca: mientras que la propiedad privada parece ser el interés de cada persona entendido de modo sensato o, si se quiere, natural; el buscar una ventaja inmediata, queriendo y haciendo sólo lo que se considera útil para el agente, es, en cambio, una distorsión contraria a la ley natural. La propiedad privada se excluye de la cuestión de la utilidad, saliendo del ámbito de discusión propuesto por Carneades¹⁶².

Para ratificar que la utilidad no es el fundamento de la ley natural, Locke aduce tres argumentos. Según el primero, el fundamento de la ley natural debe, a su vez, ser el fundamento de lo dispuesto por leyes menos universales que aquélla; si el fundamento de éstas no es la utilidad, el fundamento de la ley natural tampoco puede reducirse a la utilidad¹⁶³. De todas las virtudes, afirma Locke, la más excelente parece ser “hacer el bien a otros a nuestra costa”, incluso si ello significa el sacrificio de nuestras propiedades¹⁶⁴.

De acuerdo con el segundo argumento, la primera ley de la naturaleza (esto es, su fundamento o principio primero) no puede ser violada; si fuese la utilidad, “dicha ley será quebrantada inevitablemente, pues es imposible tener en consideración la utilidad de todos a un mismo tiempo”¹⁶⁵. Es decir, como los intereses personales son contrapuestos, no podrán nunca tomarse por el fundamento de la ley natural. Pero también hay otra causa por la que no pueda atenderse al bien de todos: la naturaleza es limitada y pobre, no acrece ni derrocha sus beneficios¹⁶⁶.

Inicia aquí Locke uno de sus argumentos favoritos, que desarrollará largamente en el *Segundo Tratado*¹⁶⁷:

“Los alimentos, los vestidos, los adornos, las riquezas y todos los demás bienes de esta vida nos han sido dados en común. Y cuando un hombre

¹⁶¹ LOCKE, *La ley...*, *op. cit.*, p. 95. En inglés, no hay en el texto la palabra ‘lícito’, sino ‘unavoidable’, inevitable, forzoso. LOCKE, *Essays...*, *op. cit.*, p. 207.

¹⁶² Como ha visto ZUCKERT, *op. cit.*, p. 213, Locke cambió la proposición de Carneades, pues mientras éste sostenía que la naturaleza nos conduce a nuestro propio interés, Locke afirma ahora que la ley de la naturaleza nos obliga a perseguir nuestro interés personal.

¹⁶³ LOCKE, *La ley...*, *op. cit.*, p. 95.

¹⁶⁴ *Op. cit.*, pp. 96-97.

¹⁶⁵ *Op. cit.*, p. 98.

¹⁶⁶ *Op. cit.*, pp. 98-99.

¹⁶⁷ LOCKE, *Two...*, *op. cit.*, pp. 215-217, 220-221.

acapara para sí todo lo que puede, está quitando de otro lo que añade a su propio acervo, y no es posible que nadie se haga rico como no sea a expensas de otra persona”.

Incluso, esta afirmación debe sostenerse, continúa Locke, si el interés personal se interpreta de manera más limitada, como solamente relativo a que cada uno tiene que cuidar de sí mismo, porque aun en este supuesto se acumularía propiedad ilegítimamente, privando a los demás de ellas¹⁶⁸.

En cambio, si el fundamento de la ley natural se pone en la virtud, la situación cambia, porque “las virtudes no pugnan entre sí ni hacen que los hombres se enfrenten los unos a los otros, sino que se complementan y protegen mutuamente”. Lo contrario sería afirmar –dice Locke sin citar a Hobbes, al que se refiere elípticamente– que los hombres por la ley de la naturaleza viven en “un estado de guerra”, con lo que queda abolida toda asociación humana, “así como toda confianza mutua, la cual es el vínculo que mantiene la sociedad unida”¹⁶⁹. En efecto, según Hobbes si el hombre piensa más allá de los intereses actuales e inmediatos, si piensa en sus intereses a largo plazo, buscará la paz y se subordinará a ella, pues la ley natural establece las condiciones morales de la paz¹⁷⁰. Locke, en cambio, no admite tal posibilidad, pues aún calculando a futuro continuaría el estado de guerra por la apuntada razón de la escasez natural de los bienes que el hombre necesita para satisfacer sus necesidades ora presentes, ora futuras. ¿Cómo soluciona Locke el permanente estado de guerra a que llevan los intereses individuales insatisfechos?

Strauss nos propone la siguiente respuesta: existiendo una “armonía fundamental” entre el interés individual y la ley de la naturaleza¹⁷¹ (en tanto ésta dicta la conveniencia de la paz y de la obediencia al gobernante), no se concluye “que esa armonía sea completa”, asegura Strauss, pues a los fines prácticos “la base o el fin de la sociedad no reside en el interés particular de cada uno, sino en el interés público, o sea, en el interés de la gran mayoría”¹⁷². De modo que el interés público es fundado, maquiavélicamente, en el interés privado:

¹⁶⁸ LOCKE, *La ley...*, *op. cit.*, pp. 99-100.

¹⁶⁹ *Op. cit.*, p. 100; HOBBS, *Leviathan*, *op. cit.*, pp. 110 y ss.

¹⁷⁰ HOBBS, *Leviathan*, *op. cit.*, I, 14, p. 117.

¹⁷¹ LOCKE, *La ley...*, *op. cit.*, pp. 94-95 y 100.

¹⁷² La interpretación de Strauss se sustenta en su lectura personal de LOCKE, *Two...*, *op. cit.*, II, XVIII, § 208, Página sobre el derecho de resistencia. Aunque también lo dice oscuramente en las *Cuestiones*: “es imposible tener en consideración la utilidad de todos a un mismo tiempo”. LOCKE, *La ley...*, *op. cit.*, p. 98.

“la raíz del interés público arranca del interés particular de cada hombre. Exactamente como Maquiavelo lo hizo antes –afirma Strauss–, Locke habla en una ocasión del ‘interés común de cada uno’”¹⁷³.

De donde colige Strauss la supervivencia del maquiavelismo en Locke. Lo que conlleva una consecuencia impensada, que Strauss no vio: que en la sociedad civil continúa la injusticia que reina en el estado de naturaleza, por lo que el Estado lleva en sus propias entrañas la guerra civil, la anarquía, que su creación voluntaria procuró superar¹⁷⁴.

Vengamos al último argumento, que dice así:

“el fundamento de la ley de la naturaleza no puede ser algo que, una vez establecido, quite de la vida todo elemento de justicia, amistad y liberalidad”¹⁷⁵.

Es decir, no puede fundarse la ley natural en la utilidad, porque ésta inhibe la virtud. Pero, en las líneas siguientes, el razonamiento gira radicalmente:

“¿qué justicia podría existir donde no hay propiedad ni dominio, o qué propiedad podrá haber donde a un ciudadano no se le permite simplemente poseer lo suyo, sino que lo que posee es suyo porque es útil?”¹⁷⁶.

Luego, las virtudes recordadas (justicia, amistad, liberalidad) se sostienen en la propiedad privada, tanto como ésta es la que permite aquéllas, pues sin propiedad asegurada legalmente es imposible la práctica de esas virtudes. Efectivamente, si se toma a la utilidad como base de la ley natural, sería impracticable la rectitud, sería imposible “ayudar con largueza a un amigo, concederle donativos, gastar dinero en él o favorecerlo generosamente de algún otro modo, sin violar esta ley”¹⁷⁷.

Rectificando la teoría que critica, Locke concluye que la utilidad no es el fundamento de la ley natural, “sino la consecuencia que se sigue de obedecerla”. Que una acción rinda beneficios quiere decir que es útil porque está de acuerdo con la ley, porque la utilidad es un *plus*, la añadidura de la acción recta. La idea de Locke es que no hay nada más beneficioso en términos de utilidad que respetar y obedecer la ley de la

¹⁷³ STRAUSS, “La ley...”, *op. cit.*, p. 297.

¹⁷⁴ Danilo CASTELLANO, *La razionalità della politica*, pp. 125, 145, *passim*. Respecto de Locke, ya lo había visto Martin SELIGER, “Locke’s natural law and the foundation of politics”, p. 348.

¹⁷⁵ LOCKE, *La ley...*, *op. cit.*, p. 101.

¹⁷⁶ *Op. cit.*, p. 101.

¹⁷⁷ *Ibid.*

naturaleza; ésta no se funda en el interés personal, pero quien la obedece será beneficiado en sus intereses particulares. El hombre recto obtiene rendimientos útiles¹⁷⁸.

VALORACIÓN

En gran parte de la cuestión octava Locke confunde, mejor: reduce, el interés personal a la propiedad privada, dándole un sentido tan extenso como en el *Segundo Tratado*. Por ello, o a su pesar, no queda claro si la propiedad privada es o no el fundamento de la ley natural, pues tanto lo afirma como lo niega. Lo único evidente es que la propiedad privada es por naturaleza, es un derecho natural que hace a la autopreservación; que la conservación de sí mismo es el instinto natural primario en el que parece asentarse la ley de la naturaleza; y que si se cumple la ley natural, si se la obedece, habrá un rédito material para el individuo y la sociedad.

Empero, Locke no fue tan constante de miras en este asunto. En las *Cuestiones* virtud y bienestar parecen entrar en contradicción, poseen naturalezas opuestas. Strauss tiene razón cuando, acudiendo a otros textos de Locke, comprueba las dudas de éste respecto del vínculo entre virtud y felicidad, entre vida virtuosa y vida próspera¹⁷⁹. Si Locke admite la recomendación de la excelencia de la virtud de los filósofos clásicos paganos, le niega respaldo en cuanto a que la virtud produce el bienestar o la felicidad públicos. No obstante, Locke opina que ciertas reglas morales producen esa prosperidad, de modo que la humanidad puede aceptarlas sin un conocimiento ulterior de las verdaderas bases de la moralidad; y precisamente por tal distanciamiento, sostiene Strauss, esas reglas encuentran su verdadero fundamento¹⁸⁰.

Lo dicho da pie a una ingeniosa idea de Strauss: puede hablarse en Locke de una “ley parcial de la naturaleza”, una ley natural limitada a la felicidad política, al bien de la humanidad en este mundo, verdadera ley racional que no se identifica con los preceptos bíblicos o del Nuevo Testamento¹⁸¹. Una “ley natural plena”, explica Strauss, una ley natural que sea ley en sentido propio, debe saberse que ha sido dada por Dios; pero la “ley parcial de la naturaleza” no requiere que los ciudadanos crean en Dios, pues sus propósitos son más acotados, ella “determina las condiciones

¹⁷⁸ LOCKE, *La ley...*, *op. cit.*, p. 103.

¹⁷⁹ LOCKE, “An essay...”, *op. cit.*, I, III, § 5; II, XXVIII, § 10-12 y “The Reasonableness...”, *op. cit.*, pp. 148-149 (también pp. 139, 142-144 y 150-151).

¹⁸⁰ LOCKE, “An essay...”, *op. cit.*, I, III, § 4, 6, 10 y “The Reasonableness...”, *op. cit.*, pp. 144 y 139. STRAUSS, *Natural...*, *op. cit.*, p. 213.

¹⁸¹ STRAUSS, *Natural...*, *op. cit.*, pp. 213-214.

que una nación debe cumplir para ser civil o civilizada”; en ese sentido es parcial y, por lo mismo, no es propiamente una ley¹⁸².

Ahora bien, la astucia de Strauss llega al extremo de afirmar y negar a la misma vez que una tal ley lo es y no lo es. Lo que correspondería decir es que esa ley natural es una ley humana, es la misma razón reguladora de la organización y del funcionamiento de la sociedad civil. En este sentido, pues, hay que poner a Locke en sintonía con el iusnaturalismo racionalista antes que con el clásico (el pagano grecorromano) o con el católico. El invento de Strauss ayuda a Locke, pero no a Strauss. A él no le ayuda porque el propio Strauss recuerda que Locke en diversos pasajes de sus *Tratados* identifica la ley de la naturaleza con la misma razón, con la ley de la razón¹⁸³.

No estamos haciendo de esto una querrela de escuelas, sino tratando de poner las cosas en los términos en que son conocidas. Más todavía, poner las cosas en los mismos términos en los cuales Strauss explica la “ley parcial de la naturaleza”. Ésta tiene todos los rasgos de una ley constitucional, por lo que habría que considerar a Locke el padre del constitucionalismo, de la organización racionalista política moderna de los Estados nacionales. La ley de la naturaleza –afirma Strauss siguiendo los dichos de Locke en el *Segundo Tratado*– no es otra cosa que la suma de estipulaciones (*dictates*) de la razón en vista de la mutua seguridad entre los hombres o de la paz y la protección de la humanidad; es “una ley pública racional o una ley natural constitucional”¹⁸⁴.

Una última acotación. Tras la figura de Carneades, Locke está atacando también a Hobbes; mas la crítica vuelve borroso el fundamento de su ley natural. No siendo el interés de cada uno, el interés particular o individual, ¿será el bien común o el interés de la sociedad, como adujo Strauss? No puede extraerse esta conclusión, pues Locke tiene una visión individualista del hombre y una concepción avara y miserable de la naturaleza. Tendría razón Strauss en apuntar la influencia de la filosofía política nacida de Maquiavelo, siempre que notemos que la de Locke

¹⁸² STRAUSS, *Natural...*, *op. cit.*, pp. 219-220. Eco de la teoría straussiana es la distinción de Zuckert entre una “*immanent natural law*” y una “*transcendent natural law*”, pues aunque no se identifiquen con las establecidas por Strauss vienen a significar algo similar: la ley natural trascendente es como la ley natural ideal que nunca puede ser violada (y que, de alguna manera, sólo está al alcance del sabio o del santo), mientras que la ley natural immanente es la que conduce a vivir en una sociedad política pacífica.

¹⁸³ STRAUSS, *Natural...*, *op. cit.*, p. 220, n. 78. LOCKE, *Two...*, *op. cit.*, pp. 116-117 y 197-198, 201-203 y 359.

¹⁸⁴ STRAUSS, *Natural...*, *op. cit.*, p. 228; LOCKE, *Two...*, *op. cit.*, pp. 195-196 y 197-198, etcétera.

está escrita en términos de virtud, virtud individualista que redundan en el mejor orden social¹⁸⁵, por el aseguramiento de la propiedad¹⁸⁶.

VI. Colofón

Este primer ensayo de Locke sobre la ley natural es confuso y contradictorio. No son pocos los intérpretes que le niegan influencia en los escritos posteriores, sin embargo los temas centrales se repiten y muchas veces se confirman. Aunque exploratorio e inacabado, el texto de las *Cuestiones* expone a grandes trazos la doctrina lockeana. Varios ejes argumentales siempre lo acompañarán, entre ellos: el voluntarismo jurídico-político aunado al irrenunciable racionalismo; el vacilante reconocimiento del origen de la ley natural en Dios o la razón humana; la postulación de una ética jurídico-política en la que está ausente el concepto de bien; el empirismo gnoseológico opuesto a la ontología tradicional; el valor capital concedido a la propiedad, corazón de la ley natural; etcétera.

Ninguno de estos temas se encuentra en el iusnaturalismo clásico y Locke los tomó de los desarrollos protestantes que se nutrieron, en más o en menos, de la tardía escolástica española. Como sostiene Schneewind, en conclusión, Locke ha sentado las bases de la ley natural moderna en contraposición a la tradicional:

“nuestra antisocial psicología sociable causa problemas básicos que la ley empíricamente detectable nos muestra cómo resolver sin apelar a ninguna concepción sustantiva del bien supremo”¹⁸⁷.

Bibliografía

- AARON, Richard I., *John Locke*, 2nd ed., London, Oxford at Clarendon Press, 1965.
 ARIEW, Roger, DENNIS DES CHENE, DOUGLAS M. JESSEPH, TAD M. SCHMALTZ and THEO VERBEEK, *Historical dictionary of Descartes and Cartesian philosophy*, Lanham-Maryland, Toronto, Oxford, The Scarecrow Press, 2003.

¹⁸⁵ Y en este sentido, acierta ZUCKERT, *Natural...*, *op. cit.*, p. 213, cuando advierte que para Locke el interés personal, si bien no es el supremo mandato de la ley moral, es “a right, a morally permissible liberty”, un derecho, una libertad moralmente aceptable.

¹⁸⁶ Es éste justamente el argumento de HORWITZ, *op. cit.*, p. 299, para demostrar que Locke abandona la teoría cristiana de la ley natural. En todo caso, Strauss está en lo cierto cuando afirma el origen del capitalismo en la teoría de la ley de la naturaleza de Locke. STRAUSS, *Natural...*, *op. cit.*, p. 234 y ss.

¹⁸⁷ SCHNEEWIND, *The invention...*, *op. cit.*, p. 144.

- BASTIT, Michel, *El nacimiento de la ley moderna. El pensamiento de la ley de Santo Tomás a Suárez*, traducción de Nora Pereyro, Buenos Aires, Ed. de la UCA, 2005.
- BLUHM, William T., Neil WINTFELD and Stuart H. TEGER, , "Locke's idea of God: rational truth or political myth?", in *The Journal of Politics*, vol. 42, N° 2, Cambridge, 1980.
- BOEHM, Eugene, "Locke, John", in Alfred Vacant, Eugène Mangenot et Emile Amann (ed.), *Dictionnaire de théologie catholique*, Paris, Librairie Letouzey et Ané, 1926, tome IX, 1ª part, col. 850-864.
- BONILLA SAUS, Javier, "La ley natural en Locke", en *Revista Uruguaya de Ciencia Política*, vol. 20, N° 1, Montevideo, 2011.
- BROWN, Vivienne, "The 'figure' of God and the limits to liberalism: a rereading of Locke's *Essay* and *Two Treatises*", in *Journal of the History of Ideas*, vol. 60, N° 1, Philadelphia, 1999.
- CASTELLANO, Danilo, *La razionalità della politica*, Napoli, Edizione Scientifiche Italiane, 1993.
- COLMAN, John, "Locke's empiricist theory of the law of nature", in Peter R. ANSTEY, *The philosophy of John Locke. New perspectives*, London and New York, Routledge, 2004.
- CULVERWELL, Nathaniel, *An elegant and learned discourse on the Law of nature*, ed. by Robert A. Green and Hugh MacCallum, Indianapolis, Liberty Fund, 2001.
- DARWALL, Stephen, *The British moralists and the internal 'ought': 1640-1740*, New York and Melbourne, Cambridge University Press, Cambridge, 1995.
- DUNN, John, *The political thought of John Locke*, Cambridge, Cambridge University Press, 1969.
- FORSTER, Greg, *John Locke's politics of moral consensus*, New York, Cambridge University Press, 2005.
- GREENLEE, Douglas, "Locke and the controversy over innate ideas", in *Journal of the History of Ideas*, vol. 33, N° 2, Philadelphia, 1972.
- GROTIUS, Hugo, *De iure belli ac pacis libri tres*, London, Oxford, Clarendon Press, 1913 y 1925, vol. III.
- HANCEY, James O., "John Locke and the law of nature", in *Political Theory*, vol. 4, N° 4, 1976.
- HOBBS, Thomas, *Leviathan*, Marid, Alianza, 2009.
- HOBBS, Thomas, *The English works of Thomas Hobbes*, London, John Bond, 1839, vol. III.
- HOOKE, Richard, "Of the law of ecclesiastical polity books, eight books", in Richard Hooker, *The complete works of Richard Hooker*, 7th ed., Oxford, Clarendon Press, 1878.
- HORWITZ, Robert, "John Locke's *Questions concerning the law of nature*: a commentary", in *Interpretation*, vol. 19, N° 3, Flushing New York, 1992.
- LENZ, John W., "Locke's *Essays on the law of nature*", in *Philosophy and Phenomenological Research*, vol. 17, N° 1, Rhode Island, New York, 1956.

- LOCKE, John, “A Second Vindication of the Reasonableness of Christianity”, in John Locke, *The Works of John Locke in ten volumes*, London, Rivington, 1824, vol. VII.
- LOCKE, John, “An essay concerning human understanding”, in John Locke, *The Works of John Locke in ten volumes*, London, Rivington, 1824, vols. I, II and III.
- LOCKE, John, *Essays on the law of nature*, New York, Oxford at The Clarendon Press, 1970.
- LOCKE, John, *La ley de la naturaleza*, traducción de Carlos Mellizo, Madrid, Tecnos, 2007.
- LOCKE, John, *Of the conduct of understanding, The educational writings of John Locke*, 2nd ed., Cambridge, Cambridge at The University Press, 1922.
- LOCKE, John, *Questions concerning to the law of nature*, New York, Cornell University Press, 1990.
- LOCKE, John, “The Reasonableness of Christianity, as delivered in the Scriptures”, in *The Works of John Locke*, vol. VII, London, Rivington, 1824.
- LOCKE, John, *Two treatises of government*, London, Thomas Hollis ed., 1768.
- MIGLIORE, Joaquín, “John Locke y el problema de la ley natural”, en *Libertas*, N° 32, Ciudad de México, 2000.
- PRIETO LÓPEZ, Leopoldo José, “Ley natural, fundamento del orden político en John Locke. A propósito de una sugerencia de Benedicto XVI”, en *Toletiana*, N° 18, Toledo, 2008.
- PUFENDORF, Samuel, *Of the law of nature and nations*, Oxford, L. Lichfield, 1703.
- PUFENDORF, Samuel, *The elements of universal jurisprudence*, Indianapolis, Liberty Found, 2009.
- RICKLESS, Samuel C., “Locke’s polemic against nativism”, in Lex NEWMAN, *Locke’s Essay concerning human understanding*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.
- Santo TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, 3^a ed., Madrid, BAC, 1964, 16 volúmenes.
- SCHNEEWIND, Jerome B., “Locke’s moral philosophy”, in Vere CHAPPELL, *The Cambridge companion to Locke*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999.
- SCHNEEWIND, Jerome B., *The invention of autonomy: a history of modern moral philosophy*, New York, Cambridge University Press, 1998.
- SELIGER, Martin, “Locke’s natural law and the foundation of politics”, in *Journal of the History of Ideas*, vol. 24, N° 3, Philadelphia, 1963.
- SPELLMAN, William M., *John Locke and the problem of depravity*, Oxford, Clarendon Press, 1988.
- STRAUSS, Leo, *Natural right and history*, Chicago & London, The University of Chicago Press, 1971.
- STRAUSS, Leo, “Locke’s doctrine of natural law”, in *The American Political Science Review*, vol. 52, N° 2, Texas, 1958.

- STRAUSS, Leo, "La ley natural en la teoría de Locke", en Leo Strauss, *¿Qué es filosofía política?*, traducción de Amando A. de la Cruz, Madrid, Guadarrama, 1970.
- SUÁREZ, Francisco, *Tratado de las leyes y de Dios legislador*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1967, 6 volúmenes.
- TUCK, Richard, "The 'modern' theory of natural law", in Anthony PAGDEN, *The languages of political theory in the early modern Europe*, London, Cambridge University Press, 1987.
- TULLY, James, *An approach to political philosophy: Locke in contexts*, Cambridge, Cambridge University Press, 1993.
- VALLET DE GOYTISOLO, Juan, *Qué es el derecho natural*, Madrid, Speiro, 1997.
- VILLEY, Michel, *El pensamiento jus-filosófico de Aristóteles y de Santo Tomás*, traducción de Carlos Ignacio Massini, Buenos Aires, Gherzi Ed., 1981.
- VON LEYDEN, Wolfgang, "Introduction", in Wolfgang VON LEYDEN, *John Locke Essays on the law of nature*, Oxford, Oxford University Press, 2002.
- VON LEYDEN, Wolfgang, *John Locke Essays on the law of nature*, Oxford, Oxford University Press, 2002.
- WOLFERSTORFF, Nicholas, "Locke's philosophy of religion", in Vere CHAPPELL, *The Cambridge companion to Locke*, Cambridge, Cambridge University Press, 1994.
- YOLTON, John W., "Locke on the law of nature", in *The Philosophical Review*, vol. 67, N° 4, 1958.
- ZUCKERT, Michael P., *Natural rights and the new republicanism*, Princeton, New Jersey, Princeton University Press, 1994.

BIEN COMÚN Y CRISTIANISMO: UNA PERSPECTIVA “NO MODERNA” DE UN PROBLEMA MODERNO

COMMON GOOD AND CHRISTIANITY: A “NON MODERN” PERSPECTIVE OF A MODERN PROBLEM

*Joaquín Alonso Reyes Barros**

Resumen

En el presente artículo se realiza una síntesis de las relaciones entre el bien común y el cristianismo desde la perspectiva del Derecho Público cristiano en general, y del pensamiento de Santo Tomás de Aquino, en particular. Desde esta perspectiva, el fin último del hombre posee no sólo una dimensión natural sino, también, otra sobrenatural, a la cual la primera se subordina. Dicho fin sobrenatural, al constituirse como verdadero fin último de la vida humana, no puede quedar excluido del orden propio de la sociedad, por cuanto la sociedad debe orientarse a que los hombres sean plenamente felices. Dicho de otro modo: no es lícito a la sociedad política, después de la Redención, excluir el cristianismo del orden social. En orden a evidenciar el sentido y alcances de la afirmación anterior, se muestra en las páginas siguientes qué es el bien común, qué relación existe entre éste y el fin sobrenatural, y cómo el cristianismo –en cuanto es participación de la vida divina en la creatura racional– influye en la vida política, es decir, en el orden propio de la sociedad.

Palabras claves: Fin último, bien común, cristianismo, orden político, doctrina social.

Abstract

This article makes a summary of the relationship between common good and christianism, from the perspective of Christian Public Law, in

* Licenciado en Derecho y Filosofía por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesor de Fundamentos Filosóficos del Derecho y Derecho Natural en la misma universidad. Artículo recibido el 14 de noviembre de 2013 y aceptado para su publicación el 3 de marzo de 2014. Correo electrónico: jsreyes@uc.cl.

general, and from the doctrine of Thomas Aquinas, in particular. From this perspective, the ultimate end of human being includes not only a natural dimension, but also another supernatural, to which the first subordinates. Such supernatural end, as it constitutes the true ultimate end of human life, cannot be excluded of the proper order of society, for society must be oriented towards real happiness of men. Saying it with another terms: it is not licit to political society, after Redemption, to exclude christianism of social order. In order to make the meaning and consequences of the precedent affirmation clear, it is shown in the next pages what is common good, what relation exists between common good and the supernatural end, and how Christianity –as it is participation of divine life in the rational creature– influences political life, i. e., in the proper order of society.

Key words: Ultimate end, common good, christianism, political order, social doctrine

I. Introducción

La discusión en torno a las relaciones entre el poder temporal y el poder espiritual suele suscitar acaloradas reacciones entre partidarios de diversas tendencias. Las opiniones al respecto son, por lo demás, variadísimas. Desde aquellos que propugnan una separación completa del poder temporal respecto de toda autoridad religiosa, hasta los que sostienen una unión tal entre ambos que resulta difícil distinguir uno de otro, pasando por diversas teorías intermedias.

En nuestros días, la discusión suele darse en términos de *laicismo o laicidad*. Así, el *laicismo* –o *laicidad negativa*, como también se le denomina– consistiría en aquella doctrina que ve a la religión como un hecho negativo que impide un adecuado desarrollo de la sociedad política.

Cosa distinta ocurre con la doctrina de la *laicidad del Estado* –llamada también *laicidad positiva*–, la cual ve como un fenómeno positivo las manifestaciones de la religión en el ámbito público, quedando ellas recogidas dentro de la libertad de conciencia de cada individuo, libertad que, en la mayor parte de las Constituciones modernas, es reconocida y protegida, al menos en el papel, por el ordenamiento jurídico¹.

Pues bien, las líneas que siguen consisten en una exposición sintética de la posición clásica católica acerca de las relaciones entre poder temporal y poder espiritual, que no razona en términos de *laicismo* o *laicidad*, ni

¹ Así, por lo demás, ocurre en Chile. El artículo 19 N° 6 de la Constitución Política de la República.

tampoco en términos de *confesionalidad*, sino, más bien, en términos de *bien común*².

En efecto, lo importante, bajo esta perspectiva, no es que la sociedad política asegure ciertas libertades a los ciudadanos, ni tampoco que se asegure una suerte de religión estatal, sino cuál es la naturaleza del bien común y del cristianismo, qué exigencias llevan consigo y si son estas exigencias compatibles entre sí o no.

En este orden de cosas, esperamos que este trabajo sea un aporte al debate contemporáneo acerca de las relaciones que deben existir entre el bien común de la sociedad y el cristianismo.

II. Unidad y bien común

Suele hablarse de la unidad como un valor fundamental. Y es cierto, lo es. Por ello es que la aspiración por la unidad resulta un lugar común en los discursos políticos y religiosos de todas las tendencias. En efecto, resultaría extraño que un político declarara que no quiere la unidad nacional, que desea desunir, separar. Un candidato a algún puesto político que dijera que en su gestión se promoverá la desunión entre ciudadanos seguramente sería tenido por un déspota o, simplemente, como un loco.

Sin embargo, la unidad pierde su sentido si se desliga de su fin. "Unidos, ¿para qué?", resulta la pregunta obvia a la hora de enjuiciar una unión, cualquiera que sea. Y es que la unidad la da siempre el fin, pues el fin especifica la unión de que se trate. Así, por ejemplo, un grupo de once personas sólo se transforma en un equipo de fútbol cuando la unión tiene por fin practicar dicho deporte. Sin el fin la unión se extingue; con un fin distinto, se desnaturaliza y pasa a ser otra cosa. Si esos once jugadores se reúnen para jugar póker, difícilmente alguien podría decir que son un equipo de fútbol, por más que ellos se sigan llamando de ese modo.

Lo que acabamos de señalar tiene proyecciones y consecuencias en todo orden. Y es que en todo orden se da la unidad, y toda unidad requiere un fin. Sólo atendiendo a esta necesaria dependencia de toda unión con respecto al fin que le es propio –y, en general, de todo lo que es, pues todo lo que es posee unidad: de ahí el *unum* trascendental–,

² Conviene hacer presente desde ya que una cosa es la exposición de los principios que informan la posición católica clásica –a modo de *tesis*– y otra cosa muy distinta es la posibilidad de una realización concreta de dichos principios –*hipótesis*–, realización que, en muchos casos, no podrá ser sino imperfecta y que podría llevar a aceptar como exigible una situación que, si bien dista del ideal, es la única posible atendidas las circunstancias.

podrían resolverse fácilmente un sinnúmero de problemas que hoy en día se discuten públicamente. Así, por ejemplo, resulta fácil señalar que el matrimonio debe ser entre un hombre y una mujer, debido a que la unión conyugal se encuentra especificada por su fin principal, que es la procreación, crianza y educación de los hijos, que sólo es posible debido a la mutua complementariedad entre ambos. El fin unitivo, es decir, la ayuda mutua entre los cónyuges, fruto de la donación radical de cada uno al otro, si bien no puede decirse que sea simplemente “medio” para la procreación –puesto que es querida por sí y, por lo tanto, es fin–, sólo adquiere su razón de fin en virtud de la especificación que recibe del fin primario, esto es, de la finalidad de la misma unión, que es la procreación, crianza y educación de la prole. Si un hombre y una mujer se juntan para otra cosa, no puede decirse que haya allí matrimonio. Es cosa de pensar en las diversas relaciones que tenemos con nuestros amigos y amigas para darse cuenta que están especificadas por diversos fines, aunque todos sean amigos verdaderos y queramos por sí misma dicha amistad. Pues bien, la “amistad conyugal”, siendo verdadera amistad y, por lo tanto, querida por sí misma, se encuentra especificada por su ordenación a la prole, que le es connatural. Al fin especificativo de las sociedades, incluida la familiar, se le llama *bien común*, ya que es un bien cuya posesión no es excluyente ni se agota en alguno de sus miembros, sino que es comunicable a todos³. De ahí que cuando la familia está bien, todos sus miembros están bien. De ahí que cuando gana el equipo, ganan también los jugadores individualmente considerados, porque la victoria del equipo es también un bien para ellos.

Lo que ocurre en las sociedades intermedias –como la familia, a la que acabamos de hacer mención– ocurre asimismo en la sociedad política: La sociedad política también tiene un fin que la especifica, que es el *bien común político*. Dicho bien es el más alto que puede alcanzar el hombre. Al respecto, dice Santo Tomás:

“El bien particular se ordena al bien común como a su fin, pues el ser de la parte es para el ser del todo; por eso, el bien común de la nación es más divino que el bien de un solo hombre”⁴.

En esta ponencia se intentará mostrar, en primer lugar, cuál es el fin último de la vida humana, para luego mostrar cómo tal fin especifica necesariamente a la sociedad política, por constituirse éste en el bien común por antonomasia.

³ Más adelante se profundizará en la específica naturaleza del bien común.

⁴ TOMÁS DE AQUINO, *Summa Contra Gentiles*, p. 17.

Para ello, será necesario profundizar en la noción de bien común, lo que implica, en primer lugar, definir qué es un bien, para luego ver qué significa que tal bien sea común.

III. El fin último de la vida humana

El bien, como dice Aristóteles, es aquello que todos apetecen⁵. Y, como dice Santo Tomás, "si el bien es lo que todas las cosas apetecen, y lo que se apetece tiene razón de fin, es evidente que el bien tiene razón de fin"⁶. Por ejemplo: comerse un plato de comida es ciertamente un bien. Si tal bien es apetecido por un sujeto, si es querido por la voluntad, se constituirá en fin. Ahora bien, es imposible proceder hacia el infinito en una cadena de fines subordinados entre sí, pues –como enseña santo Tomás– los fines intermedios no poseen la razón de fin por sí mismos, sino que la reciben del fin primero, de modo que quitado el primer fin, se quitan los intermedios⁷.

⁵ ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, p. 1.

⁶ TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, I pars, q. 5, a. 4 in c.: "Respondeo dicendum quod, cum bonum sit quod omnia appetunt, hoc autem habet rationem finis; manifestum est quod bonum rationem finis importat". Véase, además, I-II q. 1, a. 1, in c.: "De las acciones que el hombre ejecuta, solamente pueden llamarse *humanas* aquellas que son propias del hombre como tal. El hombre difiere de las criaturas irracionales en tener dominio de sus actos. Por lo tanto, solamente aquellas acciones de las cuales el hombre es dueño pueden llamarse propiamente humanas. Este dominio de sus actos lo tiene por la razón y la voluntad; por eso el libre albedrío se llama *facultad de la voluntad y de la razón*. En consecuencia, sólo se podrán considerar como acciones propiamente humanas las que proceden de una voluntad deliberada. Y si algunas otras acciones hay en el hombre, pueden llamarse acciones del hombre; pero no propiamente humanas, porque no son del hombre en cuanto tal. Pero es evidente que todas las acciones que proceden de una potencia son hechas por ella bajo el motivo e impulso causal de su objeto. Este objeto de la voluntad es el fin y el bien. *Luego es menester que todas las acciones humanas sean por un fin*" (el destacado es nuestro). [Respondeo dicendum quod actionum quae ab homine aguntur, illae solae proprie dicuntur "humanae", quae sunt propriae hominis in quantum est homo. Differt autem homo ab aliis irrationalibus creaturis in hoc, quod est suorum actuum dominus. Unde illae solae actiones vocantur proprie humanae, quarum homo est dominus. Est autem homo dominus suorum actuum per rationem et voluntatem: unde et liberum arbitrium esse dicitur "facultas voluntatis et rationis". Illae ergo actiones proprie humanae dicuntur, quae ex voluntate deliberata procedunt. Si quae autem aliae actiones homini conveniant, possunt dici quidem "hominis" actiones; sed non proprie humanae, cum non sint hominis in quantum est homo. –Manifestum est autem quod omnes actiones quae procedunt ab aliqua potential, causantur ab ea secundum rationem sui obiecti. Obiectum autem voluntatis est finis et bonum. Unde oportet quod omnes actiones humanae propter finem sint].

⁷ *Op. cit.*, I-II, q. 1, a. 4, in c.: "Hablando en rigor, es imposible en los fines proceder hasta el infinito, bajo cualquier concepto. Porque en todas las cosas ordenadas entre sí por exigencia de su naturaleza, quitada la primera, necesariamente desaparecen todas las que

Es necesario, entonces, admitir un fin primero –o último, si es que se mira desde el orden de la ejecución– de nuestro obrar. ¿En qué consiste dicho fin último? Para responder a esta pregunta, hay que tener en cuenta que sólo puede tener carácter de fin último de la vida humana un bien capaz de perfeccionar la vida humana en su totalidad –*simpliciter*– y no sólo bajo un respecto determinado –*secundum quid*–, como podría hacerlo un bien corporal o una verdad particular. Y puesto que la vida humana es, propiamente hablando, vida intelectual, resulta que el único bien capaz de convertirse en fin último de la vida humana es Dios, la suma Verdad y el sumo Bien. Es decir, es sólo Dios quien puede constituirse como fin último objetivo de la vida intelectual. La razón de ello estriba en que el ente intelectual, por su propia naturaleza, está abierto a poseer

de ella dependen. De donde el filósofo prueba, en el libro VIII de la *Física*, que no es posible proseguir en las causas motoras hasta el infinito, porque no habría primer motor, y, faltando éste, no podrían moverse los demás, ya que sólo del primer motor reciben el movimiento. Ahora bien, dentro de los fines se distinguen dos órdenes: el orden de la intención y el orden de la ejecución, y en ambos debe darse algo que sea lo primero; porque lo que es primero en el orden de la intención es como el principio motor del apetito; y si se subtrae este principio, no hay quien mueva el apetito. Por otra parte, lo primero en la ejecución es aquello de donde parte la operación; por eso, quitado este principio, nadie comenzaría a obrar. El principio de la intención es el último fin; el de la ejecución es lo primero de aquellas cosas que son para fin. Así, pues, por ambos aspectos es imposible el proceso al infinito, porque, si no hubiera último fin, no habría apetencia de nada, ni se terminaría acción alguna, ni tampoco reposaría la intención del agente. Y si no hubiese algo primero en aquellas cosas que son para el fin, ninguno comenzaría a obrar nada ni se terminaría deliberación alguna, sino que se procedería al infinito. En cuanto a las cosas que no están *per se* ordenadas, sino *per accidens*, nada impide que sean infinitas, porque las causas accidentales son indeterminadas. Y de este modo puede existir un infinito accidental en los fines y en aquellas cosas que son para el fin”. [Respondeo dicendum quod, per se loquendo, impossibile est in finibus procedere in infinitum, ex quacumque parte. In omnibus enim quae per se habent ordinem ad invicem, oportet quod, remoto primo, removeantur ea quae sunt ad primum. Unde philosophus probat, in VIII Physic., quod non est possibile in causis moventibus procedere in infinitum, quia iam non esset primum movens, quo subtracto alia movere non possunt, cum non moveant nisi per hoc quod moventur a primo movente. In finibus autem invenitur duplex ordo, scilicet ordo intentionis, et ordo executionis, et in utroque ordine oportet esse aliquid primum. Id enim quod est primum in ordine intentionis est quasi principium movens appetitum, unde, subtracto principio, appetitus a nullo moveretur. Id autem quod est principium in executione, est unde incipit operatio, unde, isto principio subtracto, nullus inciperet aliquid operari. Principium autem intentionis est ultimus finis, principium autem executionis est primum eorum quae sunt ad finem. Sic ergo ex neutra parte possibile est in infinitum procedere, quia si non esset ultimus finis, nihil appeteretur, nec aliqua actio terminaretur, nec etiam quiesceret intentio agentis; si autem non esset primum in his quae sunt ad finem, nullus inciperet aliquid operari, nec terminaretur consilium, sed in infinitum procederet. Ea vero quae non habent ordinem per se, sed per accidens sibi invicem coniunguntur, nihil prohibet infinitatem habere, causae enim per accidens indeterminatae sunt. Et hoc etiam modo contingit esse infinitatem per accidens in finibus, et in his quae sunt ad finem.]

la totalidad de la perfección. Dios, que es su mismo ser subsistente, posee actualmente la totalidad del ser. El hombre, en cambio, en razón de su finitud, la posee potencialmente. Esta apertura del ente intelectual a la totalidad de la perfección, y el hecho de que tal perfección no se posea actualmente en el caso de la vida humana, redundan en que el hombre sea un ente *inclinado* a la totalidad de la perfección. Esta inclinación es lo que santo Tomás llama *voluntas ut natura*, voluntad como naturaleza. Y es que la naturaleza de la voluntad no es otra que la de ser inclinación a la totalidad del ser, y por ello fundamento de toda otra petición en el hombre –fundamento, en definitiva, de la *voluntas ut ratio*–.

Dios es, por consiguiente, el fin objetivo (*finis cuius*) de la vida humana. El fin subjetivo (*finis quo*) será, obviamente, la posesión de dicho bien, que es lo que se llama felicidad o bienaventuranza. Vale citar *in extenso* el siguiente pasaje de la *Summa Theologiae*:

“La última y perfecta bienaventuranza no puede estar sino en la visión de Dios. Para evidenciarlo deben considerarse dos cosas: primera, que el hombre no es perfectamente feliz mientras le quede algo que desear y buscar; segunda, que la perfección de cada facultad debe apreciarse por la naturaleza de su objeto. Ahora bien, el objeto del entendimiento es *lo que es*, es decir, la esencia de las cosas, como se dice en el libro III *Acerca del alma*. Por lo cual la perfección intelectual se mide por el conocimiento de la esencia de una cosa. Si, pues, un entendimiento conoce la esencia de algún efecto, mas no puede percibir por él la esencia de la causa y saber de ella ‘qué es’, no cabe decir entonces que tal inteligencia alcance *simpliciter* la causa, aunque por el efecto pueda conocer de la causa *que es*. De ahí que en el hombre quede, después de haber conocido el efecto y la existencia de su causa, un deseo natural de saber también *qué es* la causa; deseo que es de admiración y provoca la investigación, como se dice al principio de la *Metafísica*. Por ejemplo, cuando uno, al ver un eclipse de sol, entiende que debe tener una causa, la cual ignora, y por ello se admira; ante tal extrañeza y admiración, indaga, y no descansa en su investigación hasta llegar a conocer la esencia de la causa.

Si, pues, el entendimiento humano, al conocer la esencia de un objeto creado, no sabe de Dios sino *que es*, su perfección no se ha elevado aún a alcanzar *simpliciter* la causa primera, sino que permanece todavía el deseo natural de indagar sobre la causa, de donde se sigue que todavía no es perfectamente bienaventurado. Por consiguiente, para la perfecta bienaventuranza se requiere que el entendimiento alcance la misma esencia de la causa primera. De esta manera logrará la perfección por la unión con Dios como su objeto, en el cual solamente consiste la bienaventuranza del hombre, según ya se dijo⁸.

⁸ TOMÁS DE AQUINO, *op. cit.*, I-II q. 3, a. 8, in c.: “Respondeo dicendum quod ultima et perfecta beatitudo non potest esse nisi in visione divinae essentiae. Ad cuius evidentiam,

Sólo en la visión de Dios cara a cara, es decir, en el conocimiento inmediato de Dios por el entendimiento especulativo, se satisface de modo pleno el sentido de la vida humana. Ahora bien, que la visión de la esencia divina colme el deseo natural de la inteligencia no prueba que tal visión *de hecho* se dé. Sólo por fe sabemos que tal visión existe⁹. La razón natural alcanza, por cierto, a afirmar una felicidad última natural que consistiría en la contemplación de Dios, mas no llega a considerar dicha contemplación como un conocimiento *inmediato*, como lo hace la fe sobrenatural. Como bien aclara santo Tomás, “toda la consideración de las ciencias especulativas no puede ir más allá de donde conduce el conocimiento de las cosas sensibles”¹⁰. Por eso a tal felicidad natural no le compete el verdadero nombre de felicidad, sino una “imperfecta semejanza de la beatitud verdadera”¹¹, reconociendo, eso sí, que *la contemplación de las ciencias especulativas contiene cierta participación de la verdadera y perfecta beatitud*¹². Añádase

duo considerata sunt. Primo quidem, quod homo non est perfecte beatus, quandiu restat sibi aliquid desiderandum et quaerendum. Secundum est, quod uniuscuiusque potentiae perfectio attenditur secundum rationem sui obiecti. Obiectum autem intellectus est quod quid est, idest essentia rei, ut dicitur in *III de anima*. Unde intantum procedit perfectio intellectus, in quantum cognoscit essentiam alicuius rei. Si ergo intellectus aliquis cognoscat essentiam alicuius effectus, per quam non possit cognosci essentia causae, ut scilicet sciatur de causa quid est; non dicitur intellectus attingere ad causam simpliciter, quamvis per effectum cognoscere possit de causa an sit. Et ideo remanet naturaliter homini desiderium, cum cognoscit effectum, et scit eum habere causam, ut etiam sciat de causa quid est. Et illud desiderium est admirationis, et causat inquisitionem, ut dicitur in principio *Metaphys*. Puta si aliquis cognoscens eclipsim solis, considerat quod ex aliqua causa procedit, de qua, quia nescit quid sit, admiratur, et admirando inquirat. Nec ista inquisitio quiescit quousque perveniat ad cognoscendum essentiam causae. Si igitur intellectus humanus, cognoscens essentiam alicuius effectus creati, non cognoscat de Deo nisi an est; nondum perfectio eius attingit simpliciter ad causam primam, sed remanet ei adhuc naturale desiderium inquirendi causam. Unde nondum est perfecte beatus. Ad perfectam igitur beatitudinem requiritur quod intellectus pertingat ad ipsam essentiam primae causae. Et sic perfectionem suam habebit per unionem ad Deum sicut ad obiectum, in quo solo beatitudo hominis consistit, ut supra dictum est”.

⁹ *Sagrada Biblia*, Mt 5, 8: “Bienaventurados los limpios de corazón, porque ellos verán a Dios”. 18, 10: “Mirad que no despreciéis a uno de esos pequeños, porque en verdad os digo que sus ángeles ven de continuo en el cielo la faz de mi Padre, que está en los cielos”. 2 Cor 5, 7: “Caminamos en fe y no en visión”.

¹⁰ TOMÁS DE AQUINO, *Suma...*, *op. cit.*, I-II q. 3, a. 6, in c.: “Unde tota consideratio scientiarum speculativarum non potest ultra extendi quam sensibilibus cognitio ducere potest”.

¹¹ *Op. cit.*, I-II q. 3, a. 6, in c.: “Duplex est hominis beatitudo: una perfecta et alia imperfecta. Oportet autem intelligere perfectam beatitudinem, quae attingit ad veram beatitudinis rationem: beatitudinem autem imperfectam, quae non attingit sed participat quandam particularem beatitudinis similitudinem”.

¹² TOMÁS DE AQUINO, *Suma...*, *op. cit.* I-II, q. 3, a. 6, in c.: “Sed sicut in formis sensibilibus participatur aliqua similitudo superiorum substantiarum, ita consideratio scientiarum speculativarum est quaedam participatio verae et perfectae beatitudinis”.

a esto que, en el estado de naturaleza caída –dato que es imprescindible tener presente¹³– tal felicidad natural sólo puede tener una realización imperfecta y en pocos casos. Como dice el padre Santiago Ramírez, tal felicidad es un *ideal de beatitud* humana, válido sólo en el orden abstracto de naturaleza pura¹⁴.

Para conocer la esencia divina de modo inmediato se requiere una elevación sobrenatural del intelecto que se da, no por la fe, ni por ningún tipo de conocimiento profético, ni de ciencia teológica –todos ellos suponen conocimiento oscuro e imperfecto–, ni por los dones del Espíritu Santo –pues no implican la actividad cognoscitiva más perfecta–, sino por el hábito sobrenatural de la *luz de la gloria (lumen gloriae)*. Por ello, la felicidad sobrenatural no puede darse en esta vida sino imperfectamente. Como dice San Pablo en la primera epístola a los Corintios:

“ahora vemos como en un espejo y oscuramente, entonces veremos cara a cara. Al presente conozco sólo en parte, entonces conoceré como soy conocido. Ahora permanecen estas tres cosas: la fe, la esperanza y la caridad; pero la más excelente de ellas es la caridad”¹⁵.

Y en la segunda epístola a los Corintios, “caminamos en fe y no en visión”¹⁶.

¹³ “A veces, el hombre moderno tiene la errónea convicción de ser el único autor de sí mismo, de su vida y de la sociedad. Es una presunción fruto de la cerrazón egoísta en sí mismo, que procede –por decirlo con una expresión creyente– del pecado de los orígenes. La sabiduría de la Iglesia ha invitado siempre a no olvidar la realidad del pecado original, ni siquiera en la interpretación de los fenómenos sociales y en la construcción de la sociedad: ‘Ignorar que el hombre posee una naturaleza herida, inclinada al mal, da lugar a graves errores en el dominio de la educación, de la política, de la acción social y de las costumbres’”. JUAN PABLO II, *Catecismo de la Iglesia Católica*, p. 407; JUAN PABLO II, Carta encíclica *Centesimus annus*, p. 25: *l.c.*, 822-824. Benedicto XVI, *Caritas in Veritate*, 34.

¹⁴ Santiago RAMÍREZ, *De hominis beatitudine*, p. 268. Citado en Teófilo URDÁNOZ, *Introducción a la cuestión 3*, p. 159. Téngase, además, presente el siguiente párrafo de dicho estudio preliminar: “Aun en ese estado hipotético de naturaleza pura no aplacaría *del todo* la sed de felicidad ni la absoluta capacidad de conocer del entendimiento humano. Se precisaría para ello el tránsito a la otra vida y el paso del alma a la condición de puro espíritu, con una resurrección corporal que la reintegrara a un estado de naturaleza íntegra semejante a la condición angélica, para conseguir la *última y perfecta felicidad natural*. He ahí *una prueba más de la inmortalidad* del alma, contenida en estas exigencias de nuestra naturaleza espiritual, que reclaman posesión perfecta y permanente de la Verdad y Bien infinitos, los cuales no pueden conseguirse en esta vida. Y una conveniencia más en favor de la *beatitud perfecta sobrenatural* de la otra vida, que viene a colmar sobre toda exigencia la capacidad de actuación de la inteligencia y ansia ilimitada de felicidad de nuestro ser.” p. 159.

¹⁵ *Sagrada Biblia*, 1 Cor 13, 12-13.

¹⁶ *Op. cit.*, 2 Cor 5, 7.

Que esta visión intuitiva o facial de la esencia divina no sea proporcionada a nuestra naturaleza no significa –y es necesario precisarlo– que tal visión no sea posible. Como dice Millán Puelles:

“Dicha visión intuitiva, aunque no proporcionada a la mera naturaleza humana ni, por tanto, exigible a ella, es, sin embargo, algo que –supuesto el estado de elevación sobrenatural– puede alcanzar nuestro entendimiento, porque este es, en principio y en tanto que entendimiento, apto para captar cualquier ser”¹⁷.

Según llevamos dicho, la felicidad sobrenatural perfecta se da en la otra vida, en la visión cara a cara de Dios. En esta vida, sin embargo, se da una participación de dicha felicidad última sobrenatural en la medida en que el hombre vive de la gracia, que no es otra cosa que la participación de la vida divina en el hombre. Luego, la fe y la vida de gracia son necesarias, en el estado actual de la vida –es decir, después de la Redención operada por Cristo–, para conseguir la felicidad. Esta necesidad de la vida sobrenatural –que, como se verá, adquiere relevancia social– es lo que el actual Pontífice ha recordado al señalar –en su encíclica *Caritas in Veritate*–:

“vivir la caridad en la verdad lleva a comprender que *la adhesión a los valores del cristianismo no es sólo un elemento útil, sino indispensable* para la construcción de una buena sociedad y un verdadero desarrollo humano integral”¹⁸.

El filósofo que se contenta con el orden natural y presenta al orden sobrenatural como un orden facultativo de aceptar o no –mención aparte del ultraje que se le hace a nuestro Señor Jesucristo por la ingratitud que esto supone para con su sacrificio redentor–, desconoce el estado actual de nuestra naturaleza y, por consiguiente, intenta razonar como si el fin de la vida humana fuese una felicidad natural alcanzable por las fuerzas humanas que, a todas luces, es imposible¹⁹.

¹⁷ Antonio MILLÁN PUELLES, *Fundamentos de Filosofía*, pp. 626-627.

¹⁸ BENEDICTO XVI, *Caritas...*, *op. cit.*, p. 4. Las cursivas son nuestras.

¹⁹ Que el orden sobrenatural es obligatorio y no meramente facultativo es algo que está en la base de todo el cristianismo. En efecto, si no fuese así, toda predicación del Evangelio sería vana. A mayor abundamiento, santo Tomás de Aquino señala que el pecado de Satanás no fue otro que el de *naturalismo*, es decir, el intentar alcanzar la beatitud con sus solas fuerzas, sin la ayuda de la gracia. “El crimen del demonio –señala el Doctor Angélico– fue o bien poner su fin último en lo que él podía obtener por las solas fuerzas de la naturaleza, o bien querer llegar a la beatitud gloriosa por sus facultades naturales sin la gracia”. TOMÁS DE AQUINO, *Suma...*, *op. cit.*, I pars, q. 63, a. 3 in c.

No se trata, entiéndase bien, de fundar la filosofía en principios revelados: la filosofía debe partir sus razonamientos de principios de orden natural, y el propio santo Tomás, en la *Summa Contra Gentiles*, escribe fundándose exclusivamente en principios de orden natural, teniendo en cuenta a aquellos que no aceptan la autoridad de la Revelación. Pero el propio santo Tomás muestra, en la *Summa contra Gentiles*, que esos mismos principios de orden natural obligan a aceptar una apertura radical del filósofo a un orden que supera la propia naturaleza: el orden sobrenatural. Ambos órdenes, por provenir de un mismo principio, que es Dios, aunque son distintos, no son dos órdenes separados entre sí, sino que se implican mutuamente, teniendo primacía, por cierto, el sobrenatural. En resumidas cuentas, no es que la razón tome sus principios del orden sobrenatural (si así fuera, dicho orden ya no sería sobrenatural, o la razón ya no sería natural), sino que la misma razón, si quiere ser fiel a la realidad de las cosas, exige aceptar la Revelación²⁰. Una razón que no acepte la posibilidad de un orden sobrenatural es una razón que ha dejado de serlo. El Papa lo explica así en su última encíclica:

“La cerrazón a la trascendencia tropieza con la dificultad de pensar cómo es posible que de la nada haya surgido el ser y de la casualidad la inteligencia²¹. Ante estos problemas tan dramáticos, razón y fe se ayudan mutuamente. Sólo juntas salvarán al hombre. *Atraída por el puro quehacer técnico, la razón sin la fe se ve avocada a perderse en la ilusión de su propia omnipotencia. La fe sin la razón corre el riesgo de alejarse de la vida concreta de las personas*”²²⁻²³.

Por el contrario,

“en el laicismo y en el fundamentalismo se pierde la posibilidad de un diálogo fecundo y de una provechosa colaboración entre la razón y la fe religiosa. *La razón necesita siempre ser purificada por la fe*, y esto vale también para la razón política, que no debe creerse omnipotente. A su vez, *la religión tiene siempre necesidad de ser purificada por la razón* para mostrar su auténtico rostro humano. La ruptura de este diálogo comporta un coste muy gravoso para el desarrollo de la humanidad”²⁴⁻²⁵.

²⁰ JUAN PABLO II, *Fides et Ratio; Veritatis Splendor*; BENEDICTO XVI, *Caritas...*, *op. cit.*

²¹ BENEDICTO XVI, *Discurso a los participantes en la IV Asamblea Eclesial Nacional Italiana*, (19 de octubre de 2006): *l.c.*, 8-10; BENEDICTO XVI, *Homilía durante la Santa Misa en la explanada de "Isling" de Ratisbona* (12 de septiembre de 2006): *l.c.*, 9-10.

²² CONGREGACIÓN PARA LA DOCTRINA DE LA FE, *Instrucción Dignitas personae* sobre algunas cuestiones de bioética (8 de septiembre de 2008): AAS 100 (2008), 858-887.

²³ BENEDICTO XVI, *Caritas...*, *op. cit.*, p. 74.

²⁴ *Op. cit.*, p. 56.

²⁵ *Op. cit.*, p. 74.

IV. Bien común y cristianismo

Hasta aquí llevamos expuesto que hay un fin último de la vida humana, y que tal fin posee una dimensión natural y otra sobrenatural. Ahora bien, ¿significa esto que el orden sobrenatural es parte del bien común de la sociedad, o es algo que, aun siendo necesario para el hombre en la condición actual, no corresponde a un bien que sea propiamente común? ¿No es la fe, en definitiva, una virtud que requiere de una aceptación personal y no social? En síntesis, ¿debe la sociedad, considerada como un todo, ser cristiana?

Contestar esta pregunta exige, en primer lugar, precisar los términos. Aunque ya se ha dicho algo al respecto, vale la pena profundizar ahora sobre qué significa que un bien sea común. Luego se expondrá qué se entiende por cristianismo²⁶.

Como más atrás se expuso, llamamos bien a aquello que, bajo algún aspecto, es apetecible. Sin embargo, no todo bien es común. Para que un bien sea común es necesario que sea comunicable, es decir, que la posesión de dicho bien por parte de un sujeto no sea excluyente de la posesión de otros. Así, por ejemplo, la sabiduría es un bien común en cuanto el sabio no pierde la posesión de la misma al enseñarla. Se opone a la noción de bien común la de bien privado, que es aquel bien cuya posesión sí es excluyente y que, por consiguiente, se pierde si otro llega a poseer el mismo bien.

Pues bien, los únicos bienes propiamente comunicables son los bienes inmateriales, ya que sólo ellos, por carecer de los límites propios de la

²⁶ No se discutirá aquí, sino que lo damos por sentado, que el hombre es un *animal político* (*zoon politikón*), es decir, que es por naturaleza social. Respecto de este punto, dice Santo Tomás: “Hay que tener en cuenta, por otra parte, que, puesto que el hombre por naturaleza es animal social, debido a que requiere para su vida de muchas cosas que él solo no puede preparar, naturalmente sea el hombre, en consecuencia, parte de alguna multitud, por la cual alcance auxilio para vivir bien. Este auxilio lo requiere para dos propósitos. Primero, para aquello que es necesario para la vida, sin lo cual la vida presente no puede ser sobrellevada: para esto el hombre es auxiliado por la *multitud doméstica* de la cual es parte. Todo hombre, en efecto, tiene de sus padres la generación, el alimento y la disciplina. Y en esto cada uno de los que son parte de la familia doméstica se ayudan entre sí en lo necesario para la vida. Segundo, el hombre es también ayudado por la multitud de la cual es parte en orden a la suficiencia perfecta de la vida; es decir, en orden a que el hombre no sólo viva, sino que viva bien, disponiendo de todo aquello que le da suficiencia a la vida: y así el hombre es auxiliado por la *multitud civil*, de la cual él mismo es parte, no sólo en lo que respecta a las necesidades de la vida del cuerpo, para lo cual en la ciudad existen muchos medios que no pueden ser provistos por una sola casa, sino también en lo que tiene relación con la vida moral, en la medida en que, por ejemplo, por la pública potestad se ejerce coerción, por el miedo a la pena, sobre los jóvenes insolentes a quienes la amonestación paterna no puede corregir”. Santo TOMÁS DE AQUINO, *Exposición sobre los diez libros Éticos a Nicómaco de Aristóteles*, pp. 350-351.

materia y, en particular, de los límites propios del accidente de cantidad, pueden ser poseídos en común sin agotarse en un individuo particular.

Y resulta que los bienes propiamente inmateriales son aquellos que especifican y perfeccionan a las potencias propiamente inmateriales, que son la inteligencia y la voluntad. Por ello, los bienes propiamente comunes serán la verdad (el ser en cuanto inteligible) y el bien (el ser en cuanto apetecible), objetos de la inteligencia y la voluntad respectivamente. Los bienes materiales formarán también parte del bien común, aunque no sean ellos mismos comunes, en cuanto, por ser el hombre un ser corpóreo, requiere de bienes materiales que perfeccionen a sus potencias orgánicas inferiores para alcanzar el fin que le es propio. En todo caso, la medida de los bienes materiales estará dada siempre por los bienes inmateriales, ya que aquéllos se subordinan a éstos. En efecto, la utilización de los bienes materiales sólo tiene sentido en cuanto posibilita la adquisición de los bienes inmateriales. Así, por ejemplo, la medida en la comida y la bebida estará dada por la amistad: será bueno comer y tomar mientras tales bienes no impidan la conversación amena con los amigos. Por lo demás, la posesión de bienes materiales puesta como fin principal de la vida en sociedad implica dar primacía al *habitus* predicamental –el de menor entidad entre todos los accidentes– por sobre la substancia. Como afirma Juan Pablo II,

“no es malo el deseo de vivir mejor, pero es equivocado el estilo de vida que se presume como mejor, cuando está orientado a tener y no a ser, y que quiere tener más no para ser más, sino para consumir la existencia en un goce que se propone como fin en sí mismo”²⁷.

Y es que, como señala el Concilio Vaticano II, “el hombre vale más por lo que es que por lo que tiene”²⁸.

El bien común es, además, lo especificativo de la sociedad política, es la causa final. Como dice el profesor Félix Lamas,

²⁷ JUAN PABLO II, *Centesimus...*, *op. cit.*, p. 36. Con todo, ha de precisarse –contra ciertas corrientes personalistas– que el hombre no sólo vale por lo que es, sino, también, por lo que hace. El obrar del hombre –que constituye su dignidad moral– debe ser acorde a su dignidad ontológica. Dicho de otro modo: no basta con ser hombre, hay que comportarse como tal.

²⁸ CONCILIO VATICANO II, Constitución *Gaudium et Spes*, p. 35. Sobre el carácter instrumental de los bienes materiales con respecto a los espirituales el Magisterio de la Iglesia se ha pronunciado en diversas ocasiones. Cfr., además del documento citado, LEÓN XII, *Rerum Novarum*, p. 16; PÍO XI, *Quadragesimo Anno*, p. 136; JUAN XXIII, *Mater et Magistra*, pp. 246 y 247; PAULO VI, *Populorum Progressio*, pp. 14 y 19; JUAN PABLO II, *Sollicitudo Rei Socialis*, p. 27; JUAN PABLO II, *Centesimus...*, *op. cit.*, p. 36; BENEDICTO XVI, *Caritas...*, *op. cit.*, pp. 10 y ss.

“el orden social, en tanto forma del grupo, encuentra su principio de ordenación en el fin social, que es siempre un bien común. La forma o estructura social está constitutivamente referida a dicho fin. En otras palabras, el fin (social) es el principio formal del orden y, reductivamente, el principio de especificación del grupo; lo cual es una consecuencia del carácter práctico propio de lo social”²⁹

Y explica:

“Lo bueno, porque perfecto, es difusivo de sí mismo, principalmente como causa final. Esta capacidad perfectiva crece en intensidad y extensión proporcionalmente al rango de la perfección del bien dentro de un orden jerárquico de perfecciones cuyo ápice es el Absoluto. Dicho rango es lo que propiamente cabe denominar *dignidad*. Ahora bien, en tanto lo bueno implica siempre totalidad, su virtualidad perfectiva o causal se ejerce sobre un todo y, consiguientemente, sobre sus partes. Cuando éstas son subjetivas, entonces el bien recibe el calificativo de *general* o *común*. Tales “todos” pueden ser cada una de las especies –consideradas no en su sentido meramente lógico como totalidades reales³⁰– y las unidades de orden (*v.gr.* el universo y las comunidades angélicas y humanas). A su vez el bien común, como perfección última de un todo, puede ser inmanente o trascendente respecto del mismo; aunque, en rigor, sólo de Dios puede decirse que sea el Bien Común Trascendente, no sólo porque es el bien absoluto, sino porque en razón de su absoluta simplicidad Él no es un todo y ni forma parte de ninguno; sólo Él es trascendente a cualquier forma de totalidad, por la misma razón que lo es respecto de toda composición. Todos los demás bienes comunes lo son por participación en una medida (intensiva) finita. De ahí la analogicidad no sólo de la noción de *bien* en general (al igual que la de los demás trascendentales como *ens*, *verum* y *unum*), sino, en especial, la de *bien común*, según la intensidad mayor o menor de la participación constitutiva; analogicidad que también surge del hecho de la diversidad esencial de “todos” y, más profundamente, de la diversidad de los planos o géneros perfectivos de los entes que componen las diversas totalidades. Con todas las salvedades indicadas, pues, *el bien común puede definirse como el bien o la perfección de un todo integrado por partes subjetivas y, en tanto tal, participable por éstas*”³¹.

Baste lo dicho acerca del bien común. Resta ahora precisar qué se entiende por fe cristiana o, de un modo más general, por cristianismo, para saber si es obligación de las sociedades promoverlo o no.

Pues bien, lo primero que hay que decir es que el cristianismo no es sólo una religión; ni siquiera lo es de modo principal. Por lo tanto, no se trata

²⁹ Félix Adolfo LAMAS, *Ensayo sobre el orden social*, pp. 185-186.

³⁰ Comelio FABRO, *La nozione Metafisica di Partecipazione secondo S. Tommaso D'Aquino*, p. 177.

³¹ LAMAS, *op. cit.*, pp. 185-186.

aquí de saber si la autoridad política debe o no realizar y promover la realización de actos específicos de culto, aunque ciertamente si debe promover el cristianismo no podrá obviar dicha obligación. Lo que ocurre con el cristianismo es que es más que una religión. Tampoco es un "modelo" de vida, como si se tratara de una forma de vivir según ciertos parámetros morales. Indudablemente el cristiano vive de acuerdo con ciertas normas y cree ciertas verdades, pero estos aspectos no constituyen la esencia del cristianismo, sino que son, más bien, una manifestación de un principio más radical y primario. Y es que, ciertamente, no puede definirse al cristianismo por sus operaciones, sino que, siguiendo el principio *operari sequitur esse*, hay que tomar dichas manifestaciones externas como provenientes de un modo de ser.

El cristianismo es, efectivamente, un modo de ser. El cristianismo es vida, y vida divina. La vida cristiana –la vida en gracia– es vida divina participada en la creatura racional. El cristiano, por la gracia, conoce como Dios conoce y quiere como Dios quiere: sus potencias naturales son elevadas a un ámbito vital diferente, como si pertenecieran a un existente cualitativamente –*existencialmente*, valga la redundancia– distinto. Y es que la gracia no modifica tanto la esencia del hombre como su existencia. De ahí que sea imposible distinguir a alguien en gracia de alguien que no lo está, pues de los entes sólo captamos qué son, mas no llegamos a comprender su mismo existir. Como afirma el padre Osvaldo Lira,

“la actualización sobrenaturalizante producida por la Gracia en el sujeto racional no pertenece al *orden de las formas* sino al del *existir*, y es esta circunstancia la que ponen de relieve los teólogos católicos cuando atribuyen a este *habitus* divinizador la condición no de *operativo*, sino de *entitativo*. Dicho de otro modo, la Gracia no constituye un principio próximo de *acción*, sino un principio de *existir*”³².

Dicho esto, resulta claro que el cristianismo no se reducirá, en una sociedad, meramente a dar forma a ciertos actos de culto público, sino que será un principio o fuerza vital de donde arranque toda empresa que se realice, sea directamente relacionada con el orden sobrenatural, sea relacionada, de modo más directo, con el natural. Y es que, así como en la vida del hombre particular la gracia de Dios se proyecta en cada acto particular del

³² Osvaldo LIRA, *El orden político*, p. 21. El padre Lira distingue entre el influjo objetivo y subjetivo del catolicismo en política. Si bien subjetivamente este influjo se identifica con las *vivencias* del sujeto –y en este sentido la gracia deiformante influye directamente sobre la política, en cuanto la política es un saber *accidental* que inhiere en una substancia racional–, objetivamente el influjo del cristianismo se limita a lo que *la gracia trae consigo*, que son las verdades reveladas. Y es que, así como se puede creer las verdades reveladas aun estando privado de vida sobrenatural, lo mismo puede ocurrir al gobernante y a la sociedad toda. LIRA, *op. cit.*, pp. 20-32.

individuo, aun en los más insignificantes –haciéndolos todos, por el hecho de ser actos en gracia, meritorios–, también en la vida social el cristianismo se expresará en todos los ámbitos y no sólo en aquellos expresamente religiosos. El cristianismo, al ser vida, se trasluce en la vida social, haciendo de raíz civilizadora que se compenetra con el alma de la sociedad concreta.

No se trata, por consiguiente, de que el Estado deba hacer *propaganda* cristiana, ni que imponga ciertas formas cristianas a sus súbditos por medio de la educación estatal, al modo como lo hacen los Estados totalitarios, sean democráticos o no. Como dice el ilustre Rafael Gambra:

“Tampoco debe entenderse que una organización totalitaria del Estado deba tomar la religión como instrumento de gobierno e imponerla con los medios educativos, propagandísticos y coactivos a su alcance. La estructuración política de los regímenes totalitarios no es, como tal estructura política, cristiana ni aun religiosa, sino precisamente eso: totalitaria. Su dios, como para el socialismo, es el Estado centralista, y el ideal que le guía, la creación de un instrumento organizador perfecto por medios puramente humanos o técnicos. Y su conjunción, en algunos casos, con una confesionalidad, no puede traer más consecuencias que un proteccionismo estatal a medios religiosos que más escandaliza que aprovecha”³³.

Así como todo individuo requiere del bautismo para salvarse, del mismo modo toda sociedad tiene la obligación de facilitar que sus miembros alcancen el fin último de su vida, no promoviéndolo directamente –pues no le compete a la autoridad política hacer las veces de sociedad sobrenatural³⁴–, sino removiendo los obstáculos para que la Iglesia pueda ejercer su labor. Como dice el profesor Rafael Gambra, a modo de conclusión luego de analizar la sociedad humana y el hecho religioso, la religión

“ejerce, en la génesis de la sociedad, del Estado y del Derecho, una influencia negativa al oponerse a determinadas realizaciones, y otra positiva al inspirar una estructura fundamental propiamente humana –en cuanto recta o natural– y un espíritu en quien gobierna, legisla o administra justicia”³⁵.

Lo que llevamos dicho no es una teoría abstracta sin aplicaciones en la realidad. Más bien, es una reflexión acerca de algo que *de hecho* ya ha

³³ Rafael GAMBRA, *La unidad religiosa y el derrotismo católico*, p. 102.

³⁴ Cuando no se acepta la soberanía de la Iglesia sobre el orden sobrenatural, el Estado termina siendo, inevitablemente, el juez religioso. Negando la obediencia al Romano Pontífice sobre fe y moral, termina siempre el mismo Estado pontificando sobre los mismos temas, pues termina siendo él quien define, a su arbitrio, qué es bueno y qué es malo, y qué debe creerse y qué no.

³⁵ GAMBRA, *op. cit.*, p. 61.

ocurrido en las sociedades allí donde el cristianismo se ha constituido en principio rector. El caso más emblemático de sociedad cristiana –y el que más nos afecta a nosotros en cuanto pertenecemos a la misma raíz política– es el de la sociedad española. Para ilustrar este modo que tiene el cristianismo de repercutir en lo más hondo de la vida social, y para mostrar de paso cómo efectivamente repercutió en la vida de la sociedad española, vale citar el ejemplo de la empresa más grande realizada por España: la conquista española. Dice al respecto el profesor Rafael Gamba, anteriormente citado:

“La conquista y colonización de América fue una obra extraordinaria de formación política y civilizadora que los españoles realizaron proyectando sobre aquellas tierras lo que ellos mismos eran y poseían. Muchos interpretan esta empresa como una ejecución sabia y minuciosa de nuestros reyes: algo así como una ocupación realizada según un plan previsto. Otros quieren ver en los conquistadores y colonizadores una misión de hombres providenciales –legiones de santos y héroes– que fueron movidos por un aliento sobrenatural y generoso. En realidad, ni la Corona podía *controlar*, como hoy decimos, las avanzadas donde realmente se ganaban las batallas decisivas y perdurables, ni los españoles que tomaron parte en aquella empresa fueron impulsados por motivos muy diferentes del deseo de aventura o de fortuna, que son normales en estos casos. Lo que sucedió es que aquellos hombres, aun obrando generalmente por fines puramente humanos e improvisando los medios de dominio y captación que les inspiraba su ingenio y las circunstancias, por ser íntimamente cristianos en su educación y en su herencia, realizaron una obra que, en su conjunto y en sus consecuencias, resultó profundamente cristiana y civilizadora, esto es, hispanizadora”³⁶.

Aclarados los términos, ya se deja entrever la respuesta a las preguntas expuestas al comienzo de este apartado. En efecto, el cristianismo, al constituirse en principio vital de las sociedades donde arraiga –pues constituye verdadero principio vital del hombre, y las sociedades están compuestas por hombres como su materia remota³⁷–, no puede ser suprimido sin suprimir también la vitalidad propia de la sociedad cristiana. En el plano social, la supresión del cristianismo equivale a la muerte espiritual, tal y como ocurre en el individuo cuando comete un pecado mortal. Y es que, así como en el individuo la gracia sobrenatural se constituye en fin último de su vida –fin sobrenatural imperfecto, que encuentra su perfección en la visión beatífica, como se dijo–, lo mismo ocurre con la sociedad cristiana: el principio vital se constituye, por el mismo hecho de ser principio, en fin

³⁶ GAMBRA, *op. cit.*, pp. 102-103.

³⁷ Ciertamente, la materia próxima de la sociedad política son las sociedades intermedias. De ahí que la sociedad política sea *sociedad de sociedades*, a la cual sólo se puede pertenecer de modo indirecto, en cuanto se pertenece, directamente, a una sociedad incluida en ella.

último de la vida social. De ahí que la sociedad deba ser fiel a sus raíces cristianas si no quiere ver suprimida toda su energía vital.

No es que no haya naturalmente una unidad política sin el cristianismo: tal aseveración implicaría negar el orden natural de la sociedad, nada más lejos del espíritu cristiano. Lo que ocurre es que, tal y como el hombre al ser elevado por la gracia sobrenatural se ve obligado a ser fiel a su nueva vocación –pues de no hacerlo, no puede alcanzar la perfección que le compete en el estado actual de la naturaleza humana–, la sociedad cristiana no puede olvidar su cristianismo sin olvidar asimismo su nueva vocación, que le es estrictamente obligatoria³⁸.

No significa esto, entiéndase bien, que el poder civil no tenga su esfera propia de acción independiente del poder eclesiástico, ni mucho menos que la Iglesia deba ocuparse de asuntos civiles³⁹. Como recuerda el Concilio Vaticano II, existe una justa autonomía de la realidad terrena que responde a la voluntad del Creador⁴⁰, y la misión de la Iglesia no es de orden político, económico o social, sino religioso⁴¹,

“pero precisamente de esta misma misión religiosa derivan funciones, luces y energías que pueden servir para establecer y consolidar la comunidad humana según la ley divina”⁴².

Y es que la relación entre la sociedad política y la Iglesia no es la que posee una causa instrumental con respecto a la causa principal –en cuyo caso habría un solo influjo causal, pues el influjo del instrumento es el mismo que el de la causa principal–, sino que concuerda más bien con la relación dada entre dos causas principales, siendo una más universal que la otra, donde la causa menos universal –en este caso, la sociedad política– se ordena a la más universal sin perder el influjo causal que le es propio, así como la familia se ordena a la sociedad política sin ser absorbida por ella⁴³.

³⁸ Para un análisis sobre este punto, puede consultarse el ameno libro del cardenal PIE, *El orden sobrenatural*, pássim, donde hace frente a la herejía naturalista. Véase, además, la n. 17 de este trabajo.

³⁹ “Porque la perfección de toda sociedad está en buscar y conseguir aquello para que fue instituida, de modo que sea causa de los movimientos y actos sociales la misma causa que originó la sociedad. Por lo cual, apartarse de lo estatuido es corrupción, tornar a ello es curación”. LEÓN XIII, *Rerum...*, *op. cit.*, p. 21.

⁴⁰ CONCILIO VATICANO II, Constitución..., *op. cit.*, p. 36. La expresión “justa autonomía” que utiliza el Concilio no parece ser la más feliz, pues, *stricto sensu*, no hay autonomía del orden político con respecto al religioso, sino más bien subordinación.

⁴¹ *Op. cit.*, p. 42.

⁴² *Ibid.*

⁴³ LEÓN XIII, Encíclica *Inmortale Dei*, 1885.

Santo Tomás resume magníficamente la relación existente entre ambos órdenes:

“Si el fin supremo y último del hombre fuera asequible por las fuerzas humanas puramente naturales, sería misión propia del rey el conducir a los hombres a ese fin último. Pero la unión eterna con Dios no ha de ser alcanzada por las solas fuerzas humanas, sino con ayuda de la Gracia. Por consiguiente, el guiar a los hombres a ese fin no es empresa de una realeza humana, sino más bien de una soberanía divina”⁴⁴.

Este equilibrio entre el poder temporal y el poder religioso es lo que nuestro Señor Jesucristo expresa al decir *dad al César lo que es del César, y a Dios lo que es de Dios*⁴⁵. Mantener la distinción entre ambos poderes, sin que uno absorba al otro, e impedir su separación –pues separados, no cabe sino que el poder civil asuma lo que le compete por su propia naturaleza al religioso, y que la Iglesia vea seriamente comprometido su apostolado– es el único modo de impedir que demos la misma respuesta de Caifás a Pilato: *No tenemos más rey que el César*⁴⁶.

V. Conclusiones

Tal y como el fin de estas páginas determina su unidad y cohesión, del mismo modo el fin del hombre en su dimensión sobrenatural sirve de fundamento a la unidad política, no en el sentido de que no haya un orden natural al cual se ordene –naturalmente, valga la redundancia– la sociedad, sino en cuanto tal naturaleza ha sido elevada por Dios a un orden que no puede alcanzar por sus propias fuerzas. Tal fin último –imposible de conseguir en esta vida más que imperfectamente, por medio del conocimiento oscuro que da la fe sobrenatural–, en cuanto es verdadero fin del hombre, *lo atrae todo hacia sí*⁴⁷, de modo que así como la persona humana no puede sustraerse a dicho influjo, tampoco pueden hacerlo las sociedades. Y es que, como se dijo, la vida en gracia es la misma vida divina participada en la creatura racional, es decir, la gracia se constituye en principio entitativo del cristiano, de modo que su influjo se hace sentir en todos los ámbitos de su vida y no sólo en los directamente religiosos. No podría ser de otra manera, toda vez que –como dice el conocido adagio escolástico– *finis causa formae*, el fin es causa de la forma. Y la forma es lo que especifica,

⁴⁴ TOMÁS DE AQUINO, *De regimine principum*, I, p. 14.

⁴⁵ *Sagrada Biblia*, Mt 22, 21.

⁴⁶ *Op. cit.*, Jn 19, 15.

⁴⁷ *Y Yo, una vez levantado de la tierra, lo atraeré todo hacia Mí. Sagrada Biblia*, Jn 12, 31

lo que da el perfil a una determinada realidad. Por consiguiente, la forma de la sociedad se verá, asimismo, transformada y renovada por dicho fin, pues el bien de la persona humana –esto y no otra cosa puede ser el bien común *sensu stricto*– ha sido también transformado y renovado, por cuanto Dios, haciéndose hombre, nos ha divinizado⁴⁸.

La enseñanza de la Iglesia sobre el deber de las sociedades –no sólo de los individuos particulares, sino de la sociedad como un todo– de reconocer el soberano dominio de Dios en orden a alcanzar el fin que les es propio ha sido repetida en innumerables ocasiones por el Magisterio eclesiástico⁴⁹, aunque silenciada y oscurecida en nuestros días⁵⁰.

⁴⁸ Así lo dice magníficamente el Ofertorio de la Misa al momento del ofrecimiento de la hostia: Deus, qui humanae substantiae dignatem mirabiliter condisti, et mirabilis reformasti: da nobis per huius aquae et vini mysterium, eius divinitatis esse consortes, qui humanitatis nostrae fieri dignatus est particeps, Jesus Christus, Filius Tuus, Dominus noster. Qui tecum vivit et regnat in unitate Spiritu Sancti Deus, per omnia saecula saeculorum. Amen. [Oh Dios, que maravillosamente formaste la naturaleza humana y más maravillosamente la reformaste: haznos, por el misterio de esta agua y vino, participar de la divinidad de Aquel que se dignó hacerse partícipe de nuestra humanidad, Jesucristo, Tu Hijo Señor nuestro, que Dios como es, contigo vive y reina en la unidad del Espíritu Santo, por todos los siglos de los siglos. Amén.]

⁴⁹ Entre otros documentos, Pío VII, Carta apostólica *Post tam diuturnas*, dirigida a monseñor Boulogne, sobre la Constitución Francesa de 1814. GREGORIO XVI, *Mirari Vos Arbitramur*; Pío IX, *Quanta Cura*; Pío IX, *Syllabus* (en especial proposiciones 24, 55, 77, 78, 79, 80); LEÓN XIII, *Inescrutabili Dei*; LEÓN XIII, *Inmortale...*, *op. cit.*; LEÓN XIII, *Libertas Praestantissimum*; LEÓN XIII, Carta *Egiunto*, al emperador de Brasil; SAN Pío X, *E Supremi Apostolatus*; SAN Pío X, *Vehementer Nos*; SAN Pío X, *Pascendi Dominici Gregis*; SAN Pío X, *Notre Charge Apostolique*, sobre los errores de *Le Sillon* y la democracia cristiana; Pío XI, *Ubi Arcano*; Pío XI, *Quas Primas*; Pío XI, *Mortalium Animos*; Pío XI, *Dilectissima Nobis*; Pío XII, *Discurso a Congreso de juristas católicos italianos*; Pío XII, *Miranda Prorsus*; PAULO VI, *Ecclesia 24*; PAULO VI, *L'Osservatore Romano*. Por todos, la doctrina eclesiástica ha sido admirablemente resumida en la siguiente cita de LEÓN XIII: “Cuando un ser orgánico se corrompe y decae, esto proviene de que cesó el influjo de las causas que le daban forma y consistencia; y no puede dudarse de que para curarlo y revitalizarlo es necesario devolverle las influencias vitales de aquellas mismas causas. Pues bien, la sociedad civil, en su insano intento de emanciparse de Dios, rechazó lo sobrenatural y la Revelación divina, sustrayéndose de ese modo a la eficacia vivificante del cristianismo, esto es, a la más sólida garantía de orden, al más poderoso vínculo de hermandad, a la fuente inagotable de las virtudes individuales y públicas; así, de esta separación entre el Estado y la Religión resultó una gran perturbación de la vida y de las costumbres. Debe, pues, la sociedad así extraviada retornar al seno del Cristianismo si pretende el bienestar, el reposo y la salvación. (...) Si el Cristianismo transformó a los pueblos paganos, y esta transformación fue una verdadera resurrección de la muerte para la vida de modo tal que la barbarie cesó en la medida en que se extendió el cristianismo, sabrá él igualmente restaurar el orden de los Estados después de los modernos ataques de la incredulidad. Sin embargo, no está todo dicho: el retorno al Cristianismo no será remedio verdadero y completo si no significa un retorno a la unidad de la Iglesia Santa, Católica y Apostólica”. LEÓN XIII, Encíclica *Annum ingressi* III, p. 2.

⁵⁰ No poco ha contribuido a ello la declaración conciliar *Dignitatis Humanae* (1965) y los constantes y repetidos llamados de la jerarquía a promover la “sana laicidad”. Con

Bibliografía

DERECHO PÚBLICO CRISTIANO

Salvo indicación distinta, los documentos que a continuación se citan se encuentran disponibles en www.vatican.va/holy_father/index_sp.htm

- BENEDICTO XVI, Carta encíclica *Caritas in Veritate*. 2009.
- BENEDICTO XVI, *Discurso a los participantes en la IV Asamblea Eclesial Nacional Italiana*, 19 de octubre de 2006.
- BENEDICTO XVI, *Homilía durante la Santa Misa en la explanada de "Isling" de Ratisbona*, 12 de septiembre de 2006.
- CONCILIO VATICANO II, Constitución *Gaudium et Spes*, 1965.
- CONCILIO VATICANO II, Declaración conciliar *Dignitatis Humanae* 1965. Disponible en www.vatican.va/archive/hist_councils/ii_vatican_council/index_sp.htm
- CONGREGACIÓN PARA LA DOCTRINA DE LA FE, *Instrucción Dignitas Personae sobre algunas cuestiones de bioética*, 2008.
- CONGREGACIÓN PARA LA DOCTRINA DE LA FE, Declaración *Dominus Iesus*. 2000. Disponible en www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/doc_doc_index_sp.htm
- GREGORIO XVI, *Mirari Vos Arbitramur*. 1832.
- JUAN XXIII, Carta encíclica *Mater et Magistra*, 1961.
- JUAN XXIII, *Missale Romanum*, 1962.
- JUAN PABLO II, Carta encíclica *Sollicitudo Rei Socialis*, 1987.
- JUAN PABLO II, Carta encíclica *Centesimus Annus*. 1991.
- JUAN PABLO II, *Catecismo de la Iglesia Católica*, 1992.
- JUAN PABLO II, Carta encíclica *Veritatis Splendor*, 1993.
- JUAN PABLO II, Carta encíclica *Fides et Ratio*, 1998.

todo, la propia Declaración, en su primer párrafo, expresa que en ella se *deja íntegra la doctrina tradicional católica acerca del deber moral de los hombres y de las sociedades para con la verdadera religión y la única Iglesia de Cristo*, por lo que éste debe ser el criterio según el cual debe leerse dicha declaración: en conformidad con el Magisterio ordinario, es decir, según lo que ha sido enseñado *ubique, semper et ab omnibus: en todo lugar, siempre y por todos*. Más recientemente, la declaración *Dominus Iesus*, del 6 de agosto de 2000, interpretando dicha Declaración, manifiesta que *el perenne anuncio misionero de la Iglesia es puesto hoy en peligro por teorías de tipo relativista, que tratan de justificar el pluralismo religioso, no sólo de facto sino también de iure*.

El problema de la interpretación de los documentos posteriores de la Iglesia sobre el tema y su interpretación a la luz del Magisterio ordinario es lo que Benedicto XVI ha llamado "hermenéutica de la continuidad". *Discurso a la Curia Romana con motivo de las felicitaciones navideñas (22 diciembre 2005): L'Osservatore Romano*, edición en lengua española (30 de diciembre de 2005), pp. 9-12.

- LEÓN XIII, *Inescrutabili Dei*, 1878.
 LEÓN XIII, Carta encíclica *Inmortale Dei*, 1885.
 LEÓN XIII, *Libertas Praestantissimum*, 1888.
 LEÓN XIII, Carta *Egiunto* al emperador de Brasil, 1889.
 LEÓN XIII, Carta encíclica *Rerum Novarum*, 1891.
 LEÓN XIII, Encíclica *Annum ingressi*, 1902.
 PAULO VI, *Ecclesia* 24, 1964.
 PAULO VI, *L'Osservatore Romano*, 13-14 de julio de 1964.
 PAULO VI, Carta encíclica *Populorum Progressio*, 1967.
 PIO VII, Carta apostólica *Post tam diuturnas*, 1814.
 PIO IX, *Quanta Cura*, 1864.
 PIO IX, *Syllabus*, 1864.
 PIO X, *E Supremi Apostolatus*, 1903.
 PIO X, *Vehementer Nos*, 1906.
 PIO X, Encíclica *Pascendi Dominici Gregis*, 1907.
 PIO X, *Notre Charge Apostolique* sobre los errores de *Le Sillon* y la democracia cristiana, 1910.
 PIO XI, *Ubi Arcano*, 1922.
 PIO XI, *Quas Primas*, 1925.
 PIO XI, *Mortalium Animos*, 1928.
 PIO XI, Carta encíclica *Quadragesimo Anno*, 1931.
 PIO XI, *Dilectissima Nobis*, 1933.
 PIO XII, *Discurso a Congreso de juristas católicos italianos*, 6 de diciembre de 1953.
 PIO XII, *Miranda Prorsus*, 1957.

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

- ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, Introducción y notas de Julián Marías, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.
 CARDENAL PIE, *El orden sobrenatural*, Buenos Aires, Iction, 1981.
 FABRO, Cornelio, *La nozione Metafisica di Partecipazione (secondo S. Tommaso D'Aquino)*, Milan, Vita e Pensiero, 1939.
 GAMBRA, Rafael, *La unidad religiosa y el derrotismo católico*, Buenos Aires, Nueva Hispanidad, 2002.
 LAMAS, Félix Adolfo, *Ensayo sobre el orden social*, Buenos Aires, Instituto de Estudios Filosóficos Santo Tomás de Aquino, 1985.
 Lira Osvaldo, *El orden político*, Santiago de Chile, Covadonga, 1985.
 MILLÁN PUELLES, Antonio, *Fundamentos de Filosofía*, 14ª ed., Madrid, Rialp, 2001.
 RAMÍREZ SANTIAGO, *De hominis beatitudine*, Salamanticae, Editorial San Esteban, 1942.

- Santo TOMÁS DE AQUINO, *De regimine principum*, Buenos Aires, Losada, 1964.
- SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Summa Contra Gentiles*, Buenos Aires, Club de Lectores, 1951.
- SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Summa contra Gentiles*, Taurini-Romae, Marietti, 1961.
- SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, versión bilingüe, Madrid, B.A.C. 1960.
- SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Exposición sobre los diez libros Éticos a Nicómaco de Aristóteles*, Pamplona, EUNSA, 1995.
- URDÁNOZ, Teófilo, *Introducción a la cuestión 3 de la I-IIae*, en SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, Madrid, B.A.C. 1967, vol. VI.
- Widow, Juan Antonio, "Escritos Políticos de Santo Tomás de Aquino" en *Revista Estudios Públicos*, N° 57, Santiago, 1995.
- STRAUBINGER, Juan, *La Santa Biblia*, La Plata, Editorial de la Universidad Católica de la Plata, 2007.

Ensayos

Derecho Público Iberoamericano

Universidad del Desarrollo

N° 4 | 2014

LA OBLIGATORIEDAD HORIZONTAL DE LOS FALLOS DE LA CORTE SUPREMA ARGENTINA Y EL *STARE DECISIS*

THE HORIZONTAL MANDATORY POWER OF THE ARGENTINIAN SUPREME COURT DECISIONS AND THE *STARE DECISIS*

*Santiago Legarre**

Resumen

El presente trabajo constituye un estudio sobre el *stare decisis* horizontal. En la primera parte se examina el *stare decisis* horizontal en el *Common Law* y se concluye, a partir del análisis del voto de Justice Brandeis en *Burnet v. Colorado Oil*, que: i) el *stare decisis* horizontal, a diferencia del vertical, no es una regla jurídica (mandato obligatorio e inexorable); ii) en casos constitucionales, el *stare decisis* horizontal pierde aun más su fuerza. En la segunda parte, se aplican tales reflexiones a la realidad jurídica argentina, mediante su cotejo con la jurisprudencia de la Corte Suprema. Se advierte que dicha jurisprudencia es errática: muchas veces la Corte ha seguido sus propios precedentes, mas otras tantas se ha apartado de ellos, sin un argumento específico. Se concluye por tanto que no existe *stare decisis* horizontal en la Corte Suprema argentina, aunque sí algunas manifestaciones de seguimiento.

Palabras claves: *Stare decisis*, Corte Suprema de Justicia de Argentina

Abstract

This paper studies the horizontal *stare decisis*. First, it examines the horizontal *stare decisis* in the *common law* system and concludes that, following the particular judicial opinion of Justice Brandeis in *Burnet v. Colorado Oil*: i) the horizontal *stare decisis* is not a mandatory juri-

* Profesor titular de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho, UCA e investigador del CONICET. Ensayo recibido el 5 de noviembre de 2013 y aceptado el 4 de marzo de 2014. Correo electrónico: salegarre@yahoo.com.

dical rule; ii) in constitutional cases the horizontal *stare decisis* is even less stronger. In the second part, the paper compares those conclusions with the Argentinian Supreme Court case law. The author argues that the Argentinian case law is erratic: sometimes the Court has followed its own prior precedents, but in other cases the Court has not followed them, without giving a specific argument. He concludes that there is no horizontal *stare decisis* in the Argentinian Supreme Court, although it is possible to find some exceptions.

Key Words: Stare decisis, Argentinian Supreme Court.

I. Introducción

Comencemos por recordar que el precedente judicial puede y debe desdoblarse según que se considere su faceta horizontal o su faceta vertical. O, en otras palabras, que el *stare decisis* tiene dos dimensiones, correspondientes a esas dos facetas. Se trata de una distinción racionalmente sostenible a la manera de una teoría general de derecho comparado, que luego uno eventualmente aplica a una u otra jurisdicción, con las adaptaciones del caso. Puede y debe, entonces, hablarse de precedente horizontal y de precedente vertical¹.

Constituye, ergo, una simplificación hablar meramente de “precedente”, y conviene aclarar, cada vez que corresponda, de qué se habla: si de precedente horizontal o vertical. Pocos trabajos académicos escapan del olvido de la explicitación de esta distinción, lo cual puede conducir a equívocos y equivocaciones².

Ambas dimensiones del precedente rigen, con distintos matices, en Inglaterra, Estados Unidos y los demás países del *Common Law*. La finalidad de este trabajo es confrontar la faceta horizontal del *stare decisis* con el modo en que los precedentes de la Corte Suprema argentina funcionan en su pareja dimensión horizontal. Acaso este ejercicio comparatista pueda tener algún servicio, *mutatis mutandis*, en otras jurisdicciones latinoamericanas, como la chilena.

¹ En el texto me refiero a “precedentes” en sentido amplio. En un sentido estricto, solo en el *Common Law* hay precedentes. Hemos explicado, con un amigo, esta idea de las dos facetas del precedente (y de los sentidos amplio y estricto del concepto de precedente) en el primero de una serie de trabajos sobre la obligatoriedad de la jurisprudencia, Santiago LEGARRE y Julio César RIVERA, “Naturaleza y dimensiones del *stare decisis*”, pp. 109-124.

² Alberto F. GARAY, *La doctrina del precedente en la Corte Suprema*, pp. 16 y 205. Véase asimismo, en el mundo angloamericano, el también flamante trabajo de Randy KOZEL, “Settled Versus Right: Constitutional Method and the Path of Precedent”, pp. 1843-1896.

Antes de comenzar, cabe extender al *stare decisis* horizontal en la Corte argentina una conclusión a la que habíamos arribado con un coautor amigo en un trabajo anterior respecto del *stare decisis* vertical: no hay, en el Derecho argentino, norma alguna en la Constitución Nacional que establezca la obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte Suprema para la propia Corte³. Tampoco existe (ni ha existido), hasta donde yo sé, una norma de jerarquía legal que establezca la obligatoriedad de los fallos de la Corte para el propio Tribunal.

Es decir que en nuestro país no se encuentra previsto el *stare decisis* horizontal en el ámbito del Tribunal Supremo por una norma escrita: ni de rango constitucional ni de rango legal. Nos preguntaremos, entonces, si acaso se encuentra prescripto jurídicamente por una norma no escrita, a la manera de la convención constitucional que en los países del *Common Law* establece la obligatoriedad horizontal de las sentencias de los tribunales máximos. Pero antes de proceder, quizás convenga visitar esa norma consuetudinaria de jerarquía suprema, para poder entender mejor el *statu quo* argentino.

II. El *stare decisis* horizontal en el *Common Law*

A modo de repaso, refresquemos que en el *Common Law* la costumbre obligatoria del precedente horizontal implica el deber de los jueces de resolver los casos que se encuentran pendientes de decisión ateniéndose a lo resuelto por sentencias anteriores dictadas en casos similares⁴ por magistrados de la misma jurisdicción, de jerarquía coordinada, incluidos ellos mismos⁵. Esas sentencias precedentes son, justamente, lo que aquí llamamos “precedente horizontal”.

La terminología en boga llama a esa costumbre la “regla del precedente” (lo cual podría sustituirse aquí por “regla del *stare decisis*”) y engloba en ella las dos dimensiones que ya he identificado. Un nuevo estudio del asunto me ha llevado a afinar un poco más la punta del lápiz. Mientras que encuentro que el concepto de regla (y el término consiguiente) re-

³ Santiago LEGARRE y Julio César RIVERA, “La obligatoriedad atenuada de los fallos de la Corte Suprema y el *stare decisis* vertical”, pp. 820-821, también María Angélica GELLI, *Constitución de la Nación Argentina comentada*, p. 826; GARAY, *La doctrina...*, *op. cit.*, pp. 197-198.

⁴ Sobre el papel de la analogía en el *stare decisis*, véase Julio GOTTHEIL, *Common Law y Civil Law*, pp. 29-31; 87-90.

⁵ Julio César CUETO RÚA, *El Common Law*, pp. 89 y 91. Aclaro que ni el autor ni Julio Gottheil usan la expresión “precedente horizontal” (ni tampoco “vertical”).

flejan bien el fenómeno del precedente vertical, encuentro también que ello no es cierto (o no es tan cierto) respecto del precedente horizontal, al menos a nivel de los tribunales supremos.

El *stare decisis* vertical entraña verdaderamente una regla jurídica: un mandato obligatorio con la consiguiente consecuencia de que si el inferior se aparta del precedente del superior, su sentencia será revocada. Por supuesto que la revocación no *es* la regla, sino solo un indicio de ella: no debe confundirse la obligación jurídica con la sanción que corresponde a su incumplimiento. Como afirma H.L.A. Hart, “reprobamos o sancionamos a un hombre *porque* ha quebrado la regla”⁶. Esto supone que la regla *no es* la sanción, y así se ocupa Hart de explicarlo largamente en *El Concepto de Derecho*. De hecho, todo este libro puede leerse como una crítica a la(s) teoría(s) que equipara(n) derecho y sanciones⁷.

Mientras que, por lo visto, el precedente vertical entraña una regla, el *stare decisis* horizontal, en cambio, es “habitualmente la política judicial sabia”⁸, como afirmaba célebramente Justice Brandeis en la Corte Suprema de Estados Unidos. “Habitualmente”, pero –como surge de esa misma palabra– no siempre; ya que, como también escribió Brandeis, no se trata de “un mandato inexorable”⁹.

Estas frases –entresacadas de un fallo norteamericano de 1932– requieren una explicación. Pues tradicionalmente quienes las hemos invocado lo hemos hecho para justificar una proposición distinta de la apenas insinuada. En efecto, según P1 (la proposición resumida en el párrafo anterior) el *stare decisis* horizontal, en el ámbito de la Corte Suprema, es habitualmente la política judicial sabia, pero no constituye un mandato inexorable. En otras palabras, no se trata en rigor de una regla *en general* –es decir, con independencia de la materia de que se trate–.

Según P2 (la proposición que resume el pensamiento tradicional), en cambio, las frases entresacadas de Justice Brandeis se refieren solamente a los “casos constitucionales” que, a tenor de P2, quedan excluidos del *stare decisis* horizontal¹⁰. O, también según P2, el *stare decisis* horizontal no se

⁶ H.L.A. HART, *The Concept of Law*, p. 11, énfasis en el original. En el ya citado trabajo con RIVERA, “Naturaleza...”, *op. cit.*, p. 854. esp. n. 26, ampliamos esta cuestión, con referencias adicionales a la obra de John Finnis y de Joseph Raz.

⁷ Véanse, solamente a título de ejemplo, los siguientes lugares: HART, *op. cit.*, pp. 10-11; 16; 213; 217-218.

⁸ *Burnet v. Coronado Oil and Gas Co.*, 285 U.S. 393, 406 (1932), disidencia de Brandeis, J.

⁹ Justice Brandeis, *Burnet*, p. 405.

¹⁰ Como surge de un emblemático trabajo de Chamberlain, no debe confundirse P2 con la otrora vigente *Briscoe Policy*, según la cual “excepto en casos de absoluta necesidad, la práctica de esta Corte es la de no resolver *casos que involucren cuestiones constitucionales*”

aplica, en sentido estricto, a los casos constitucionales a nivel de la Corte Suprema¹¹. Por contraste, nada dice P2 del *stare decisis* horizontal *en general*.

En un trabajo anterior, me incliné –junto con la mayoría de los autores¹²– por la interpretación P2, y expliqué las razones por las cuales la dimensión horizontal del precedente se halla debilitada, en el ámbito de la Corte Suprema, en los casos constitucionales¹³. En esta ocasión, luego de un mayor estudio y de una relectura del fallo en el que *Justice* Brandeis pronunció esas frases, me inclino por P1, sin por eso renunciar a la verdad de P2. O: extendiendo la validez del *dictum* de Brandeis de las cuestiones constitucionales al *stare decisis* horizontal *en general*, con independencia de la materia.

III. El voto de *Justice Brandeis* en *Burnet v. Coronado Oil*

El aludido voto disidente del célebre juez estadounidense ha sido considerado una fuente máxima de autoridad en esta materia, tanto por la

si no hay cuatro jueces que voten concurrentemente, de modo que la decisión sea la de una mayoría de la totalidad de la Corte”. 33 U.S. (8 Pet.) 118, 122 (1834), énfasis agregado. D.H. CHAMBERLAIN, “The Doctrine of *Stare Decisis* as applied to Decisions of Constitutional Questions”, pp. 128-131. Por si al lector le sirviera, he explicado en castellano la *Briscoe Policy*: Santiago LEGARRE, “Redescubriendo el quórum en la Corte Suprema: la ley 27 y su antecedente estadounidense”, pp. 145, 170-173.

¹¹ Véase, Santiago LEGARRE, “Precedent in Argentine Law”, p. 784, n. 14. El profesor Sagüés muestra cómo esta relajación de la obligatoriedad horizontal en materias constitucionales a nivel supremo también se da en otras expresiones del Derecho Comparado, como, por ejemplo, en el ordenamiento de Costa Rica. Néstor P. SAGÜÉS, *Derecho Procesal Constitucional. Recurso extraordinario*, pp. 205-206.

¹² Alberto Garay, en su libro *La doctrina del precedente*, en el cual argumenta a favor de la obligatoriedad horizontal de las sentencias de la Corte Suprema (tanto de los Estados Unidos como de la Argentina), reconoce que “contrariamente a lo que uno podría inferir de un país de la órbita del *Common Law*, la doctrina del *stare decisis* no está firmemente establecida cuando se trata de la Corte Suprema federal de los Estados Unidos”, p. 207. Más adelante, precisa con relación a lo que aquí se llama P2: “a pesar de que el *stare decisis* es una teoría propia de los países pertenecientes al *Common Law*, en Estados Unidos y en temas constitucionales que involucran a la Corte Suprema, ella no está claramente delineada y existen fuertes controversias en cuanto a su alcance”, p. 213.

¹³ LEGARRE y RIVERA, “Naturaleza...”, *op. cit.*, pp. 857-858, y los autores allí citados. Respecto de estas razones, véanse también las interesantes consideraciones de Justice BRANDEIS, *Burnet*, pp. 410-412. Así como también el *dictum* de la Corte estadounidense, muchos años después, en Patterson: “Las consideraciones de *stare decisis* tienen una fuerza especial en el área de interpretación de leyes [*statutory interpretation*] porque allí, a diferencia de lo que ocurre en el contexto de la interpretación constitucional, se halla implicado el poder legislativo, y el Congreso permanece libre de alterar lo que hemos hecho”. Patterson v. McLean Credit Union, 491 U.S. 164, 172-173, 1989, énfasis agregado.

propia Corte Suprema de Estados Unidos como por los tratadistas. Por ello, se justifica su disección. Y, para llevarla a cabo, conviene situar el voto en cuestión dentro del contexto del caso en el cual fue emitido.

Burnet v. Coronado Oil & Gas Co. fue decidido por la Corte Suprema estadounidense por cinco votos contra cuatro. No hace falta, a mi fin, adentrarme en las minucias fácticas y técnicas del fallo, que versa sobre un problema de inmunidad fiscal de ciertos bienes. Basta decir que, según el voto mayoritario, el precedente Gillespie v. Oklahoma, de 1922, controlaba la situación que había que decidir, diez años después, en Burnet¹⁴. En efecto, si bien la mayoría en 1932 entendió que Gillespie debía interpretarse restrictivamente, consideró también que los hechos de Burnet no podían distinguirse de los del caso anterior. Por lo tanto, aplicó Gillespie –aunque entendido estrictamente– a la situación presentada en Burnet¹⁵.

En cambio, Justice Brandeis consideró en Burnet que Gillespie debía ser lisa y llanamente dejado de lado, sin que fuese suficiente con interpretarlo estrictamente –lo cual no debería sorprender mucho si se tiene en cuenta que Brandeis había disentido diez años antes en aquel precedente¹⁶–. Para volver a disidir, Brandeis ensayó una argumentación que disecaré a continuación, distinguiendo entre las ya aludidas proposiciones (P1) y (P2).

(P1)

En primer lugar, observemos el razonamiento que sostiene la proposición que he caratulado P1. En esta parte del voto se incluye una serie de consideraciones sobre el *stare decisis* en general. Sin embargo, adelanto ya

¹⁴ Burnet vs. Logan 283 U.S. 404, 51 S.Ct. 550, 75 L. Ed. 1143, 1931 U.S. voto mayoritario escrito por Justice McReynolds. Dicho sea de paso, el uso un tanto inusual del verbo ‘controlar’, realizado en el texto, es típico del *Common Law*. Es habitual que un tribunal anglosajón afirme: “the controlling precedent is...”; o “[such and such precedent] controls here”.

¹⁵ “We are disposed to apply the doctrine of Gillespie v. Oklahoma strictly and only in circumstances closely analogous to those which it disclosed. In principle, however, the present claim of exemption cannot be distinguished from the one presented in the earlier cause, and we adhere to the rule there approved”. Burnet, p. 398.

¹⁶ Según Justice Brandeis, Gillespie “was wrongly decided and should now be frankly overruled. Merely to construe strictly its doctrine will not adequately protect the public revenues”. Burnet, p. 405. Otros tres jueces acompañaron este criterio: Stone, Roberts y Cardozo, JJ., quienes adhirieron a la disidencia propuesta por Brandeis. Uno de esos tres jueces, Justice Stone, formuló, además, una disidencia separada, a la que adhirieron también Brandeis, Roberts y Cardozo. Burnet, p. 402. Tanto la disidencia de Stone como la de Brandeis llegan a igual conclusión: Gillespie debe ser revocado (overruled). Pero solo Brandeis realiza el desarrollo que pasó a la historia.

mismo que estas consideraciones deben circunscribirse (y están implícitamente circunscriptas en el voto de Brandeis) al *stare decisis horizontal* (y así lo aclaro entre corchetes cuando corresponde). Esta salvedad es tributaria tanto de que el razonamiento P1 fue expuesto en un caso en el que sólo estaba en juego la faceta horizontal del precedente, como de que las consideraciones del Justice cobran pleno sentido solamente si se las limita a esa dimensión del *stare decisis*.

Veamos, entonces, qué sostuvo Brandeis en esta parte de su disidencia:

- (i) “A diferencia de la regla de la cosa juzgada, el *stare decisis* [horizontal] no es un mandato universal e inexorable”¹⁷.
- (ii) “La regla del *stare decisis* [horizontal] no es inflexible, aun cuando tienda a la consistencia y uniformidad de decisión. Si la regla [del *stare decisis* horizontal] va o no a ser seguida por la Corte Suprema es una cuestión enteramente sujeta a la discreción del propio Tribunal, cuando es llamado a considerar otra vez una cuestión decidida anteriormente”¹⁸.
- (iii) “Estar a lo decidido [*stare decisis* horizontal] es habitualmente la política judicial sabia, porque en la mayor parte de las materias resulta más importante que la norma de derecho se encuentre establecida, y no tanto que se encuentre establecida correctamente”¹⁹.

Las consideraciones precedentes tienen, a mi juicio, el siguiente corolario: el precedente horizontal no es una cuestión jurídica, sino política (en el sentido de “policy”); es más una guía moral que una obligación legal²⁰. Por contraste, y dramatizando un poco, la regla del precedente vertical se parece más a un “mandato inexorable”, en palabras de Justice Brandeis; no es una mera política judicial sabia: el juez inferior no tiene más opción que seguir el precedente vertical *on point*, si quiere actuar dentro de la legalidad.

¹⁷ “*Stare decisis* is not, like the rule of *res judicata*, a universal, inexorable command”. Burnet, p. 405.

¹⁸ “The rule of *stare decisis*, though one tending to consistency and uniformity of decision, is not inflexible. Whether it shall be followed or departed from is a question entirely within the discretion of the court, which is again called upon to consider a question once decided”. Burnet, pp. 405-406. En este tramo del fallo, Brandeis transcribe literalmente el precedente *Hertz v. Woodman* 218 U.S. 205, 212 (1910). Nótese que aquí el Justice usa la palabra regla para referirse –según nuestra interpretación– al *stare decisis* horizontal. En el texto, sugerimos una terminología alternativa: hablar de principio, para referirse a la faceta horizontal del precedente; y de regla para referirse a la dimensión vertical.

¹⁹ “*Stare decisis* is usually the wise policy, because in most matters it is more important that the applicable rule of law be settled than that it be settled right”. Burnet, p. 406.

²⁰ Para esta idea, véase LEGARRE, “Precedent...”, *op. cit.*, p. 785.

La distinción que viene de hacerse puede acaso capturarse mejor utilizando el término ‘principio’ para describir el precedente horizontal y la palabra ‘regla’ para describir el precedente vertical. Uno y otro término (‘principio’ y ‘regla’) reflejan más ajustadamente –a pesar de la vaguedad de sus contornos– la inexistencia en el primer caso y la existencia en el segundo de una obligación jurídica de seguimiento del precedente y de una sanción (revocación eventual de la sentencia del inferior) para el caso de su incumplimiento.

(P2)

En segundo lugar, observemos ahora el razonamiento que sostiene la proposición que he caratulado P2 –la interpretación convencional del *dictum* de Justice Brandeis en *Burnet*–. En esta parte del voto se incluye una serie de consideraciones sobre el *stare decisis* en materias o casos constitucionales. Aunque, como ya lo hiciera antes, aclaro también ahora que estas consideraciones deben circunscribirse (y están implícitamente circunscriptas en el voto de Brandeis) al *stare decisis* horizontal. En efecto, la constitucionalidad de la materia de un caso debería ser irrelevante en el *stare decisis* vertical. Constituiría un error extender P2 del precedente horizontal al vertical: un olvido de que los tribunales inferiores están obligados por las decisiones de sus superiores jerárquicos con independencia de la materia de la que traten; y, por tanto, también son obligatorias cuando tratan sobre materias constitucionales.

Veamos:

- (i) “En los casos en que se encuentra involucrada la Constitución Federal, en los que la corrección a través de la acción legislativa es prácticamente imposible, este tribunal ha modificado *a menudo* sus sentencias anteriores. La Corte se inclina ante las lecciones de la experiencia y la fuerza de un mejor razonamiento, reconociendo que el proceso de prueba y error, tan fructífero en las ciencias físicas, también es apropiado en la función judicial”²¹.

²¹ “But in cases involving the Federal Constitution, where correction through legislative action is practically impossible, this court has *often* overruled its earlier decisions. The court bows to the lessons of experience and the force of better reasoning, recognizing that the process of trial and error, so fruitful in the physical sciences, is appropriate also in the judicial function”. *Burnet*, p. 407, énfasis agregado. La cita incluye una nota al pie (número 2) que enumera una larga lista de casos de *overruling* en materias constitucionales. También incluye otra nota (número 3) de la que, por su importancia, nos ocuparemos más adelante.

Anotemos, antes de proseguir, un contraste significativo con P1: mientras que cuando se trata de materias constitucionales el *stare decisis* horizontal, en el ámbito de la Corte Suprema, se relaja “a menudo” (*often*²²), respecto del precedente horizontal en general el *overruling* –expresión de dicho relajamiento– ocurre en ocasión (*occasionally*)²³. Esto último es, seguramente, resultado de que no se trata de “un mandato universal e inexorable” ni tampoco “inflexible”, sino de una “política judicial sabia”. Características estas del *stare decisis* horizontal (ausentes en el vertical), que me inclinaron por llamarlo un principio (y no una regla), ya que no existe un estándar claro que permita prever la excepción: la “ocasión” del oportuno *overruling*, por parafrasear a la Corte estadounidense. En todo caso, estas características de P1 se acentúan significativamente en los casos constitucionales (P2), en los cuales el principio del *stare decisis* horizontal se encuentra en su nivel más bajo.

(ii) “En casos relacionados con la Constitución Federal, la posición de esta Corte es distinta de la del máximo tribunal de Inglaterra, donde la política de *stare decisis* fue formulada, y es estrictamente aplicada, para toda clase de casos”²⁴. “En este tipo de casos [constitucionales], para alcanzar conclusiones sólidas la Corte debe sentirse libre de alinear sus opiniones con la experiencia y con los nuevos hechos”²⁵.

Para entender mejor este segmento del *dictum* de Justice Brandeis, conviene recordar que en 1932, cuando el caso *Burnet* fue resuelto en Estados Unidos, la House of Lords del Reino Unido seguía, en materia horizontal, una doctrina de la obligatoriedad rígida²⁶, sin excepción alguna en atención a la materia. Recién en 1966 esto cambió, cuando en su famoso

²² P2 (i) supra.

²³ Especialmente la nota al pie número 1 de la disidencia de Justice Brandeis: “This Court has, in matters deemed important, occasionally overruled its earlier decisions although correction might have been secured by legislation”. A continuación el magistrado ofrece una enumeración de ocasiones de *overruling* en materias no constitucionales.

²⁴ “In cases involving the Federal Constitution the position of this court is unlike that of the highest court of England, where the policy of *stare decisis* was formulated and is strictly applied to all classes of cases”. *Burnet*, pp. 409-410. Véase también la n. 6 del voto, en la que el Justice cita los fallos ingleses relevantes, incluido el famoso caso de la House of Lords en *London Tramways v. London County Council* [1898] AC 375 (*per Lord Halsbury*), que sería dejado sin efecto recién en 1966 por el *practice statement* al que aludo seguidamente en el texto.

²⁵ “In cases involving constitutional issues of the character discussed, this court must, in order to reach sound conclusions, feel free to bring its opinions into agreement with experience and with facts newly ascertained [...]”. *Burnet*, pp. 412-413.

²⁶ El caso *London Tramways*, de la House of Lords, apenas citado.

practice statement [declaración de práctica] el entonces máximo tribunal inglés estableció que el *principio general* seguiría siendo lo que he llamado la obligatoriedad horizontal. Sin embargo, para evitar que una adhesión demasiado rígida al precedente pudiera conducir a injusticias o restringir indebidamente el desarrollo del derecho, la House of Lords reconoció el poder de apartarse de una decisión previa cuando ello fuera juzgado correcto²⁷. Nada de esto era cierto cuando Justice Brandeis escribió su voto.

(iii) De resultas de lo dicho, en los casos constitucionales la autoridad judicial de la Corte Suprema “dependerá enteramente de la fuerza del razonamiento que brinda apoyo a dicha autoridad”²⁸.

Dicho de otra forma, en cuestiones constitucionales no hay deber jurídico de seguir el precedente, sino que la “Corte actual” deberá valorar el razonamiento formulado por la “Corte anterior”. Aquí entrarán en juego, como hace notar Justice Brandeis, ideas en materias económicas y sociales, que cambian con el tiempo²⁹. Como ya adelantamos, esto lleva a su umbral mínimo al *stare decisis* horizontal, que ya de por sí tiene una tonalidad inferior al vertical.

Para reforzar su conclusión, Justice Brandeis se apoya en un *dictum* formulado por su colega Taney en 1849, en los famosos *Passenger Cases*. Allí, el Chief Justice, en disidencia, había sugerido que las decisiones de la Corte en materia constitucional siempre deberían estar abiertas a discusión (por la propia Corte), cuando se supusiera que habían sido fundadas en error; y, consiguientemente, que en los casos constitucionales la autoridad

²⁷ El *practice statement* fue anunciado el 26 de julio de 1966 y dice así:

“Los Lores consideran el uso del precedente como un fundamento indispensable sobre el cual decidir qué es el derecho y su aplicación a los casos individuales. Otorga al menos algún grado de certeza en el cual se pueden apoyar los individuos en la administración de sus asuntos, así como una base para el desarrollo ordenado de reglas jurídicas. Los Lores reconocen, sin embargo, que una adhesión demasiado rígida al precedente puede conducir a la injusticia en un caso particular y también a restringir indebidamente el apropiado desarrollo del derecho. Por ello proponen modificar su presente práctica y, aunque seguirán tratando decisiones pasadas de esta *House* como normalmente obligatorias, [proponen] apartarse de una decisión previa cuando ello parezca correcto. En conexión con esto tendrán presente el peligro de perturbar retroactivamente la base que sirvió como fundamento para contratos y arreglos de propiedad y fiscales, y también la especial necesidad de certeza en el derecho criminal. Este anuncio no está concebido para afectar el uso del precedente en otros tribunales distintos de esta *House*”. [1966] 1 WLR 1234.

²⁸ “[So] that its judicial authority may [...] depend altogether on the force of the reasoning by which it is supported”. Burnet, p. 412, cita intermedia de Taney, C.J., omitida.

²⁹ Ello es así pues “the judgment of the court in the earlier decision [*Gillespie*] may have been influenced by prevailing views as to economic or social policy which have since been abandoned”. Burnet, p. 412. Mucha agua había pasado abajo del puente entre 1922 y 1932.

judicial de la Corte Suprema debería depender enteramente de la fuerza de su razonamiento³⁰.

Insisto en que las consideraciones precedentes tienen este corolario aparentemente paradójico: la fuerza del precedente horizontal a nivel supremo es más débil cuando se trata de casos constitucionales. Quizá ayude a despejar la sorpresa el señalamiento de que este menor peso del principio del *stare decisis* horizontal en cuestiones de tipo constitucional ya había sido sostenido, por voces autorizadas, con anterioridad al voto de Justice Brandeis en *Burnet*. Así, por ejemplo, en 1924 Robert Moschzisker escribía en las páginas de la *Harvard Law Review*:

“Puede decirse mucho a favor del punto de vista que sostiene que en casos constitucionales la doctrina del *stare decisis* no debe aplicarse con indebida severidad”³¹.

Pues, como sostenía el predecesor de H.L.A. Hart en la cátedra de *Jurisprudence* de Oxford, Arthur L. Goodhart –por lo demás, un gran experto en estos temas–,

“tratándose de cuestiones constitucionales se ha visto que es esencial mantener el derecho todo lo flexible que se pueda. En última instancia, estas cuestiones son primariamente cuestiones de política pública [*public policy*], y en este terreno la doctrina del *stare decisis* es menos exitosa”³².

En este contexto, el voto de Brandeis, emitido un par de años después del célebre artículo de Goodhart que acabo de citar, no hace más que condensar la sabiduría aceptada. Pero su significado práctico fue mucho mayor que el de sus antecedentes doctrinarios, ya que de 1932 en adelante

³⁰ La n. 3 de la disidencia de Brandeis, prenunciada en la oración final de la disidencia misma, que parafraseo en el texto bajo el número (P2) (iii), termina con estas palabras del Chief Justice Taney: “[I am] quite willing that it be regarded hereafter as the law of this court, that its opinion upon the construction of the Constitution is always open to discussion when it is supposed to have been founded in error, and that its judicial authority should hereafter depend altogether on the force of the reasoning by which it is supported”. *Burnet*, p. 408, n. 3.

³¹ Robert MOSCHZISKER, “Stare Decisis in Courts of Last Resort”, pp. 409, 424. Conviene notar, sin embargo, que la relevancia de la materia constitucional a los efectos del *stare decisis* (horizontal) había sido severamente cuestionada en 1889 en las mismas páginas de la *Harvard Law Review*: Véase el interesante trabajo de CHAMBERLAIN, *op. cit.*, pássim.

³² Arthur L. GOODHART, “Case Law in England and America”, pp. 173, 188. Este trabajo seminal del profesor estadounidense radicado en Oxford es citado expresamente por Justice Brandeis en su voto en *Burnet* (en la n. 6).

la recordada disidencia en *Burnet v. Coronado* fue citada una y otra vez para justificar la proposición que aquí he llamado P2³³.

En suma, entiendo que el *dictum* de Brandeis, con toda su autoridad en Estados Unidos, engloba –como quien da “dos por el precio de uno”– un par de ideas verdaderas, parcialmente distintas. Por un lado, el *stare decisis* se relaja a nivel horizontal. Por otro, cuando –siempre en esa dimensión horizontal– se trata de cuestiones constitucionales, el *stare decisis* se relaja aun más.

El hecho de que el Tribunal Supremo pueda abusar de su autoridad cuando evalúa discrecionalmente si se dan las circunstancias que autorizan el abandono de un precedente propio, mediante *overruling*, tienta a pensar que en el plano horizontal en realidad no hay obligatoriedad³⁴, y mucho menos si se trata de cuestiones constitucionales. Sin embargo, tan cierto como lo ya afirmado es que en la mayoría de los casos el Tribunal Supremo de Estados Unidos sigue su propia jurisprudencia. Y, cuando no lo hace, realiza un acto derogatorio expreso, prueba de que el principio general sigue siendo la obligatoriedad. Los litigantes pueden confiar en que, en principio, la Corte va a aplicar sus propios precedentes; solo en casos excepcionales, y no sin una previa y completa discusión, se dará el supuesto de *overruling*.

En resolución, pienso que la interpretación propuesta del voto de Justice Brandeis en *Burnet v. Coronado Oil* es la que mejor permite comprender el *stare decisis* a nivel de la Corte Suprema, en Estados Unidos. Bien entendido –como lo entendió Brandeis–, el *stare decisis* genéricamente considerado encuentra una relajación en su dimensión horizontal (P1) –por contraste con la vertical–, especialmente en los asuntos constitucionales (P2). Toca ahora comparar este panorama con el Derecho Constitucional argentino en materia de precedente horizontal, para cuya comprensión el voto de Brandeis, así interpretado, puede aportar una interesante clave

³³ Véanse, por ejemplo, los siguientes casos (que no incluyen muchos otros supuestos en que el criterio de Justice Brandeis fue aprobado en votos disidentes): *Smith v. Allwright*, 321 U.S. 649, 665-666 (1944); *Glidden Co. v. Zdanok*, 370 U.S. 530, 543 (1962); *Edelman v. Jordan*, 415 U.S. 651, 671 (1974); *Illinois Brick Co. v. Illinois*, 431 U.S. 720, 736 (1977); *Monell v. Department of Soc. Svcs.*, 436 U.S. 658, 695 (1978); *Thomas v. Washington Gas Light Co.*, 448 U.S. 261, 273, nota 18 (1980); *Payne v. Tennessee*, 501 U.S. 808, 827-828 (1991); *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833, 854 (1992); *Hubbard v. United States*, 513 U.S. 695, 712, nota 11 (1995); *Seminole Tribe of Florida v. Florida*, 571 U.S. 44, 63 (1996); *Agostini v. Felton*, 521 U.S. 203, 235-236 (1997).

³⁴ Autorizadas voces han sostenido que la mera posibilidad de *overruling* implica la desaparición de la obligatoriedad horizontal: si en ciertas circunstancias el tribunal puede desligarse de un precedente, quiere decir que en definitiva no está obligado por él. Rupert CROSS y Jim W. HARRIS, *Precedent in English Law*, pp. 6 and 107.

de bóveda, dado que tiene un valor que trasciende las fronteras estadounidenses para erigirse en parámetro comparativo de inspiración. Ello es así en la medida en que sus ideas acerca de la estabilidad horizontal del precedente supremo, sin ser en sí mismas universales o generalizables, están dotadas de una significativa sensatez intrínseca –sensatez que lo proyecta, asimismo, como un interesante parámetro para el ejercicio del derecho constitucional comparado–.

IV *La obligatoriedad horizontal en la Corte Suprema argentina*

A diferencia de lo que ocurre en el *Common Law*, y en particular en la Corte Suprema de Estados Unidos, en Argentina no existe una clara respuesta a las preguntas: ¿obligan horizontalmente los precedentes de la Corte Suprema (P1)?, ¿obligan menos (o más, o igual) cuando se trata de asuntos constitucionales (P2)?

Esto es tanto como afirmar que en mi país no existe una clara prescripción jurídica –siquiera no escrita³⁵– de obligatoriedad de la jurisprudencia del tribunal máximo en su dimensión horizontal, sea como principio (a la manera de P1 y P2) o, menos aún, como regla. Ello es así, a diferencia de la ya explicada convención constitucional que rige –aun cuando no escrita– en los países angloamericanos. Quizá esta circunstancia se deba a la filiación continental, al menos parcialmente, de nuestro sistema jurídico³⁶.

En cambio, sí encontramos en la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina algunas manifestaciones aisladas de seguimiento de precedentes que, si bien no expresan el acatamiento de una norma de obligatoriedad horizontal, aportan, de todos modos, elementos de juicio importantes. No me extenderé aquí en demasía, pues un colega ha dado cuenta reciente de estas manifestaciones en un trabajo académico exhaustivo (en el cual concluyó, por cierto, que en esta materia “la Corte Suprema no ha sostenido una línea coherente”)³⁷.

Una primera manifestación de seguimiento se expresa en el hecho de que ya “a poco de su establecimiento en el año 1863 [la Corte], adoptó

³⁵ Ya he explicado que no hay regla escrita en Argentina que establezca la obligatoriedad horizontal de los precedentes de la Corte Suprema.

³⁶ Véase la insinuación de Alberto Garay, en la sección de su libro sugerentemente titulada “Una cuestión de actitud ante un problema jurídico”. GARAY, *La doctrina...*, *op. cit.*, pp. 17-18.

³⁷ GARAY, *La doctrina...*, *op. cit.*, p. 215. Véase también, del mismo autor, “El precedente judicial en la Corte Suprema”, pp. 57-59; 76-77.

la costumbre de citar en sus sentencias otras propias anteriores”³⁸. Esta costumbre prosiguió hasta el día de hoy, en que podemos afirmar –sin temor a errar ni necesidad de fundar la afirmación con una investigación de campo– que la Corte Suprema argentina, antes de fallar, busca sus propios antecedentes sobre la materia acerca de la cual versa un caso determinado y, cuando corresponde, los cita aprobatoriamente³⁹. Así, son multitud los fallos en los que el Tribunal afirma cosas del tenor siguiente: “Como se ha afirmado en *Fallos* x...” o “Tal como se sostuvo en *Fallos* y...”. Está claro que de esta manifestación de seguimiento no se sigue de por sí la obligatoriedad de los precedentes citados, pero está igualmente claro que alguna relevancia tienen, al menos ilustrativa o confirmatoria.

En segundo lugar, existen casos en los que la Corte Suprema decide por remisión a lo ya resuelto en fallos análogos⁴⁰. A veces, al hacerlo, muestra cómo los hechos en el caso anterior son parecidos a los del caso presente⁴¹, aunque en la mayoría de las ocasiones el esfuerzo de concentración en los aspectos fácticos es mínimo, a diferencia de lo que ocurriría con un tribunal del *Common Law*. De todos modos, el hecho de que en algunas oportunidades el Tribunal remita a sus precedentes para resolver tampoco indica de por sí la existencia de una convención constitucional de obligatoriedad horizontal. Aunque algo distinto podría ocurrir, eventualmente, si la señalada práctica se generalizara.

En tercer lugar, la Corte Suprema argentina se aparta de su propia jurisprudencia cada vez que lo juzga oportuno. Y ello sin contar lo que podríamos denominar apartamientos inconscientes, fruto de la falta de

³⁸ GARAY, *La doctrina...*, *op. cit.*, p. 19.

³⁹ La sabiduría convencional está resumida en el reciente caso Barreto: “es deseable y conveniente que los pronunciamientos de esta Corte sean debidamente considerados y consecuentemente seguidos en los casos ulteriores, a fin de preservar la seguridad jurídica”. C.S. Argentina, 2006, 329:759, 765, considerando 4°. En este caso, por cierto, se cita el antecedente Baretta, de 1939, al cual me referiré seguidamente. La sentencia de 2006 también remite a la disidencia del juez Petracchi en Montalvo (1990), de la cual me he ocupado en otra oportunidad.

⁴⁰ GARAY, *La doctrina...*, *op. cit.*, pp. 215-224. El autor recuerda, entre otros, el caso Baretta, en el cual la Corte remitió a un caso resuelto por el propio Tribunal dos años antes, señalando que “no podría [...] apartarse de su doctrina, sino sobre la base de causas suficientemente graves, como para hacer ineludible tal cambio de criterio”. C.S. Argentina, 1939, 183:409, 413. Pero esta manifestación parece una golondrina que no hace verano, más que otra cosa.

⁴¹ Un ejemplo de esfuerzo de concentración en los aspectos fácticos comunes con los precedentes puede hallarse en el voto del juez Boggiano en la causa *Viaña, Roberto s/ habeas corpus*, *Fallos* 318: 2348 (1995). Para otros ejemplos, véase Alberto F. GARAY, “El valor de los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la Argentina”, pp. 357-364.

reflexión sistemática acerca de sus propios precedentes –ya he dicho que dicha reflexión existe, pero no siempre–, que puede llevarla a separarse de alguno de ellos sin saberlo, como quien pisa a alguien en el autobús sin darse cuenta.

Cuando el apartamiento es consciente, a veces se lo realiza de una manera medianamente deliberada (aunque nunca tan solemne como en el *overruling* del *Common Law*): en ocasiones, se alega tan solo una nueva composición del Tribunal⁴²; en otras, se realiza un esfuerzo por justificar el cambio jurisprudencial, con base en distinto tipo de razones⁴³. Entre estas, no se ha perfilado nunca, que yo sepa, una razón basada en la naturaleza “constitucional” del asunto tratado, a la manera de P2 en el derecho de la Corte estadounidense (es decir, de modo de atenuar la obligatoriedad del *stare decisis* horizontal). Aunque sí cabe notar, en línea afín, que las manifestaciones de seguimiento precedentemente examinadas se encuentran en su punto más bajo –y, por consiguiente, la poca obligatoriedad horizontal existente, más atenuada todavía– cuando un caso está sujeto a interferencias políticas⁴⁴.

Por poner un par de ejemplos en sintonía con lo recién expresado, la jurisprudencia de la Corte en materia de tenencia de estupefacientes para uso personal y la jurisprudencia en materia de restricción del uso de depósitos bancarios durante emergencias económicas muestran cómo cualesquiera consideraciones relacionadas con la obligatoriedad horizontal del precedente tienen poca cabida cuando hay jueces nuevos y fuertes demandas sociales. Para no ser reiterativo en esta ocasión, remito al lector interesado a trabajos anteriores en los que se ha abordado esta temática⁴⁵.

Dicho sea de paso, y en aparente contraste con el principio P2, en la Argentina pareciera ser que cuando se trata de asuntos constitucionales es cuando más se espera que la Corte Suprema se atenga a su propia ju-

⁴² Esto ha despertado encendidas críticas de GARAY, “El valor...”, *op. cit.*, pp. 380 y 392.

⁴³ GARAY, *La doctrina...*, *op. cit.*, pp. 235-250.

⁴⁴ Véase LEGARRE, “Precedent...”, *op. cit.*, acápite IV, titulado “Political interferences”. La situación no es ajena a Estados Unidos, donde ya hace años se sostuvo en la Corte Suprema: “[w]here the decision is recent, and is only made by a bare majority of the court, and during a time of public excitement on the subject, when the question has largely entered into the political discussions of the day, I consider it our right and duty to subject it to a further examination, if a majority of the court are dissatisfied with the former decision”. Voto concurrente de Justice Bradley en los segundos “Legal Tender Cases”, 79 U.S. 457, 570 (1870), énfasis agregado.

⁴⁵ Respecto del tema de los depósitos bancarios, véase el trabajo de J. Sebastián ELIAS, “Massa y la saga de la ‘pesificación’: lo bueno, lo malo y lo feo”, pp. 6-79. Respecto del tema de las drogas, pueden verse, Santiago LEGARRE “La Corte, las drogas y una mayoría dudosa”, p. 213.

risprudencia⁴⁶. Este reclamo se encuentra en tensión con la flexibilización propiciada por Justice Brandeis en el voto examinado en este trabajo (cuya doctrina pasó a formar parte, como ya sabemos, del derecho constitucional estadounidense)⁴⁷.

*V. Conclusión:
la obligatoriedad horizontal argentina
es distinta del stare decisis*

De esta manera, podemos concluir que la jurisprudencia de la Corte Suprema no reconoce la existencia del principio del precedente horizontal en el Derecho argentino. Hay, más allá de ciertas manifestaciones de seguimiento de la jurisprudencia, una diferencia significativa entre la práctica de la Corte nacional y el *stare decisis* horizontal del *Common Law*. Parte de esta diferencia proviene del mismo hecho de que la práctica argentina en la materia es poco clara, sinuosa y, por momentos, incoherente. Por consiguiente, tampoco tiene sentido preguntarse con éxito si en nuestro país las cuestiones constitucionales reciben el tratamiento especial que se les otorga en Estados Unidos, pues ello presupone la existencia de una doctrina de *stare decisis* horizontal.

Lo cual me lleva, si considero las investigaciones anteriores realizadas con mi coautor, a una conclusión rotunda: ni precedente horizontal ni precedente vertical. El sistema argentino es un híbrido interesante, que va camino, lenta y erráticamente, de delinear sus contornos. Si este híbrido es funcionalmente plausible y racionalmente justificable, en un Estado con un sistema de control de constitucionalidad descentralizado (como el nuestro), es un interrogante merecedor de la atención de un futuro trabajo.

⁴⁶ Por ejemplo, véase la nota de Alberto Garay al caso Montalvo, que trata sobre materia constitucional: “La Corte Suprema debe sentirse obligada a fallar conforme a sus propios precedentes”, *Jurisprudencia Argentina* 1991-II-870. Este reclamo parece surgir también, implícitamente, del pensamiento de Gargarella sobre el mismo fallo: Roberto GARGARELLA, “In Search of a Democratic Justice—What Courts Should not Do: Argentina, 1983-2002”, p. 139.

⁴⁷ Sin perjuicio de lo señalado en el texto, es cierto que dicho reclamo de mayor (o al menos igual) rigidez del *stare decisis* en asuntos constitucionales también fue propiciado en el país del norte. El trabajo de CHAMBERLAIN, *op. cit.*, pp. 128-131.

Bibliografía

- CHAMBERLAIN, D.H., “The Doctrine of Stare Decisis as applied to Decisions of Constitutional Questions”, in *Harvard Law Review*, vol. 3, N° 3, Massachusetts, Cambridge, 1889.
- CROSS, Rupert & Jim W. HARRIS, *Precedent in English Law*, 4ª ed., Oxford, Clarendon Press, 1991.
- CUETO RÚA, Julio César, *El Common Law*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997 (reimpresión de la edición de 1957, publicada por editorial La Ley).
- ELIAS, José Sebastián, “Massa y la saga de la ‘pesificación’: lo bueno, lo malo y lo feo”, en *Jurisprudencia Argentina*, Suplemento de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, 30 de abril de 2008, LexisNexis, Buenos Aires, tomo 2008-II-1326.
- GARAY, Alberto F. “El precedente judicial en la Corte Suprema”, en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 2, vol. 1, N°s 1 y 2, Buenos Aires, 1997.
- GARAY, Alberto F., “El valor de los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la Argentina”, en Daniel A. SABSAY y Pablo L. MANILI, *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 2010.
- GARAY, Alberto F. *La doctrina del precedente en la Corte Suprema*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013.
- GARGARELLA, Roberto, “In Search of a Democratic Justice—What Courts Should not Do: Argentina, 1983-2002”, in Roberto GARGARELLA, *Democratization and the Judiciary*, London, Frank Cass, 2005.
- GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina comentada*, 2ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2003.
- GOODHART, Arthur L. “Case Law in England and America”, in *Cornell Law Quarterly*, vol. 15, New York, 1930.
- GOTTHEIL, Julio, *Common Law y Civil Law*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1960.
- HART, H.L.A., *The Concept of Law*, 2ª ed., Oxford, Clarendon Press, 1994.
- KOZEL, Randy, “Settled Versus Right: Constitutional Method and the Path of Precedent”, in *Texas Law Review*, vol. 91, N° 7, Texas, 2013.
- LEGARRE, Santiago y Julio César RIVERA, “Naturaleza y dimensiones del *stare decisis*”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 33, N° 1, Santiago, 2006.
- LEGARRE, Santiago, “Redescubriendo el quórum en la Corte Suprema: la ley 27 y su antecedente estadounidense”, en *Revista de Historia del Derecho*, vol. 36, Buenos Aires, 2008.
- LEGARRE, Santiago y Julio César RIVERA, “La obligatoriedad atenuada de los fallos de la Corte Suprema y el *stare decisis* vertical”, en *Revista Jurídica la Ley*, N° 4, Buenos Aires, 2009.
- LEGARRE, Santiago, “La Corte, las drogas y una mayoría dudosa”, en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, N° 1, Buenos Aires, 2009.

- LEGARRE, Santiago, "Precedent in Argentine Law", in *Loyola Law Review*, vol. 57, N° 4, New Orleans, 2011.
- MOSCHZISKER, Robert, "Stare Decisis in Courts of Last Resort", in *Harvard Law Review*, vol. 37, Harvard, 1924.
- SAGÜES, Néstor P., *Derecho Procesal Constitucional. Recurso extraordinario*, 4ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2002, tomo 1.

JURISPRUDENCIA CITADA DE LA SUPREMA CORTE DE ESTADOS UNIDOS

- Agostini v. Felton*, 521 U.S. 203, 235-236 (1997).
- Burnet v. Coronado Oil and Gas Co.*, 285 U.S. 393, 406 (1932)
- Edelman v. Jordan*, 415 U.S. 651, 671 (1974)
- Glidden Co. v. Zdanok*, 370 U.S. 530, 543 (1962)
- Hertz v. Woodman* 218 U.S.205, 212 (1910).
- Hubbard v. United States*, 513 U.S. 695, 712, nota 11 (1995)
- Illinois Brick Co. v. Illinois*, 431 U.S. 720, 736 (1977).
- Monell v. Department of Soc. Svcs.*, 436 U.S. 658, 695 (1978).
- Patterson v. McLean Credit Union*, 491 U.S. 164, 172-173 (1989).
- Payne v. Tennessee*, 501 U.S. 808, 827-828 (1991); *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833, 854 (1992).
- Seminole Tribe of Florida v. Florida*, 571 U.S. 44, 63 (1996)
- Smith v. Allwright*, 321 U.S. 649, 665-666 (1944).
- Thomas v. Washington Gas Light Co.*, 448 U.S. 261, 273, n. 18 (1980).

Comentarios de jurisprudencia

Derecho Público Iberoamericano

Universidad del Desarrollo

N° 4 | 2014

CASO “DIALIZADOS”

COMENTARIO A LA SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA, OBREGÓN DEL CAMINO Y OTROS CON FONASA, ROL 12.700-2013, DEL 23 DE DICIEMBRE DEL 2013 (ACCIÓN DE PROTECCIÓN)

*Eduardo Soto Kloss**.

Ciento setenta y cinco dializados ven suspendida, por resolución de FONASA, la recurrida, la atención que dos o tres veces por semana les presta una institución de salud privada (Centro de diálisis Obregón, Subiabre y Morales Ltda.), con domicilio en Coquimbo, cobertura a la cual se encuentra obligada aquélla siendo amparada la enfermedad (insuficiencia renal crónica terminal) por el llamado AUGE-GES; dicha resolución tenía por fundamento el haber sido bloqueado ese Centro por haber sido condenado en juicio laboral por práctica antisindical¹.

El tribunal de primer grado² rechaza la protección deducida por estimar que la norma referida permite ese bloqueo, puesto que excluye de la posibilidad contratar con la administración –y a través del sistema llamado de “compras públicas”– a quienes

“hayan sido condenados por prácticas antisindicales o infracción a los derechos fundamentales del trabajador, dentro de los anteriores dos años”.

Dicho Centro había recibido una condena por esas prácticas en juicio incoado en el Juzgado del Trabajo de La Serena, habiéndose comunicado ello a la Dirección del Trabajo, por oficio de 6.8.2013, lo que lleva a la Dirección de Compras Públicas referida a inhabilitarlo en el portal ChileCompras caducando, por ende, todo contrato en ejecución que tenga con la administración, en este caso con FONASA.

Los actores sostenían que esa disposición consagra tal inhabilidad cuando dicha condena existe “al momento de la presentación de la oferta,

* Doctor en Derecho, Universidad de París/Panthéon- Sorbonne. Profesor titular de Derecho Administrativo Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile. Correo electrónico: sotokloss.ust.cl

¹ Ley 19.886, art. 4° inc. 2°.

² Corte de Apelaciones de La Serena, sentencia del 30 de octubre del 2013.

de la formulación de la propuesta o de la suscripción de la convención”, lo que no ocurría en el caso, dado que dicho Centro había sido adjudicado desde el año 2009³ en un contrato o convenio marco.

El tribunal de alzada entiende que el convenio marco no incorpora derecho alguno al patrimonio de su titular, siguiendo la alegación de la mencionada Dirección, sino que sólo le habilita para aparecer en un catálogo electrónico (ChileComprasExpress) para que los órganos de la administración del Estado –aquí FONASA– contraten directamente con los prestadores o proveedores adjudicados el servicio que requieran. Sería ese convenio marco un acto jurídico de habilitación para contratar, nada más.

Y es que el sistema significaría que la relación jurídica nacería entre el órgano administrativo y el prestador sólo en el momento de emitir el primero una “orden de compra”, produciéndose allí la formación del contrato y es en ese momento en que no debe encontrarse afectado el proveedor por la condena que la Ley 19.886, art. 4° inc. 2° prevé como hecho que lo excluye del referido sistema.

Debe tenerse presente lo informado por el Servicio de Salud de Coquimbo, el cual hacía notar el “grave peligro para los pacientes” aquejados por la enfermedad renal que exigía hemodiálisis, que implicaba el hecho de impedir el funcionamiento del Centro mencionado, puesto que el sistema público de salud podía atender solamente catorce pacientes, lo que significaba que el resto de más de un centenar y medio de pacientes tendrían que ser trasladados fuera de la Región, desde que no hay otro que preste el servicio. La Corte de Apelaciones de La Serena no encuentra que el citado bloqueo e inhabilidad del Centro afectado sea ilegal o arbitrario, ya que se encontraría debidamente fundamentado en la referida Ley 19.886, lo que la lleva al rechazo de la pretensión deducida.

Lo que parece no haber visto la Corte es que ante la inexistencia de otro prestador de los servicios de hemodiálisis en el lugar, se afectaba con dicha suspensión del servicio nada menos que la vida de ciento setenta y cinco actores pacientes de esa insuficiencia renal crónica terminal (art. 19 N° 1) y también su derecho a la igualdad (art. 19 N° 2), desde que se veían impedidos de recibir esa atención médica que FONASA se encuentra por ley obligada a efectuar (AUGE-GES). Y no advierte que esa suspensión del prestador no sólo les es enteramente ajena a los pacientes, sino que constituye una evidente “amenaza”, cierta, actual, seria y concreta, a su derecho a la integridad física y síquica (19 N° 1) “amenaza” que también

³ Resolución exenta 07208/1°.7. 2009, de la Dirección de Compras y Contratación Pública.

procede ser amparada (anuncio de un mal futuro/la muerte) por este arbitrio constitucional de protección de los derechos fundamentales.

La Corte Suprema (3ª Sala), en un fallo que la prestigia, no cuestiona la interpretación del tribunal de alzada de la disposición aplicable en el caso⁴, interpretación que es más que discutible, por no decir errónea, ni tampoco entra –porque no venía a cuento– en la patente inconstitucionalidad de la norma misma [en cuanto afecta el “contenido esencial” del derecho a la libre iniciativa económica de las personas/art. 19 N° 21 inc. 1°, que jamás puede ser afectado por la ley sin caer en la inconstitucionalidad *ipso iure*⁵. En efecto, admite la procedencia del bloqueo citado, pero señala que con él se produce *una afectación directa a la vida de los ciento setenta y cinco recurrentes*, tanto más que así lo ha hecho presente de modo expreso el Servicio de Salud de Coquimbo (“constituye un grave peligro para la vida de los pacientes”, informe en vistos de fallo de primer grado y consid. 6° del fallo supremo).

Ante tal situación y estando obligado el Estado a garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas, el juez supremo señala que sus órganos (aquí los de la administración) deben atender

“a cada situación en función de las particulares necesidades de protección de las personas, por la situación específica de salud en que se encuentran” (consid. 7°),

y existiendo “una situación de riesgo real e inmediata para la vida de un grupo determinado de individuos”, que está en conocimiento de las autoridades sanitarias, éstas “deben tomar las medidas necesarias, dentro del ámbito de sus atribuciones, para prevenir o evitar ese riesgo” y “*el no hacerlo así importa una arbitrariedad*” (consid. 9°, cursivas nuestras).

Vemos aquí una argumentación muy certera, y nos alegra, ya que se inserta en la línea o perspectiva que desde hace tantísimos años hemos venido insistiendo en cuanto la autoridad administrativa del Estado no cumple la ley sólo apoyándose en su letra, sino cuando en su virtud *cumple efectivamente* en la realidad la finalidad para la cual existe la ley que le atribuye potestades, que es *satisfacer las necesidades públicas de las personas concretas*, que han sido puestas bajo su satisfacción, y si actúa y no las satisface, por negligencia o torpeza o, simplemente, no actúa, está violando la ley y, obviamente, antes la propia Constitución.

⁴ Ley 19.886, art. 4° inc. 2°.

⁵ Ciertamente es que el Tribunal Constitucional lo declaró conforme a derecho, con tres votos en contra (Bertelsen, Navarro y Aróstica), *vid.* rol 1968-2001, de 15 de mayo de 2012.

Nada se dice en los fallos aludidos si la condena pronunciada por el Juzgado del Trabajo de La Serena estaba ejecutoriada, pero atendida la muy grave situación ante la ausencia de otro prestador de los servicios de diálisis en la ciudad y en la Región, aparecía obvio que la autoridad de Salud no podía permanecer inactiva frente al riesgo de muerte de no efectuarse esas diálisis a los ciento setenta y cinco pacientes mencionados. Esa “inactividad” aparece no razonable, o sea, “arbitraria”, para la Corte Suprema, pues a tales autoridades la Constitución y la ley⁶ les impone la obligación jurídica de efectuar las prestaciones de salud a quienes se lo requirieran. Debo señalar que disiento de lo afirmado por el fallo supremo en este aspecto por cuanto esa inactividad es arbitraria por ser “ilegal” desde que la ley le impone ese deber positivo de actuar y al no cumplirlo incurre en “ilegalidad” y, por lo tanto, en “arbitrariedad”, ya que no es “razonable” violar la ley.

Cabría aquí recordar tres fallos, también recaídos en acciones de protección, que sobre el particular son bien gráficos: me refiere a Segovia Campillay⁷, Seguel Rebolledo⁸ y Crisóstomo Cáceres⁹, cuyas expresiones al respecto son bien claras;

“de todo el sistema jurídico nacional se desprende que es deber imperativo de las autoridades públicas velar por la salud y por la vida de las personas”,

expresa Seguel, ya citado, y corresponde a la organización de salud del Estado “hacer posible de modo auténtico, efectivo y real la protección de la vida y de la integridad física y síquica y la salud de todas las personas” establece Segovia (ya citado), y, por último Crisóstomo Cáceres recuerda un principio fundamental como es “Si el Estado presta un servicio público, tiene la obligación de prestarlo bien”, consid. 6° (ya citado).

Pues bien, el fallo supremo (consid. 9°) concluye:

“que en virtud de lo expuesto mientras no existan otros proveedores en la zona que otorguen completa, suficiente y cabal atención a quienes piden la protección de esta Corte, y careciendo –por ahora– el Estado

⁶ DFS/Salud N° 1/2006.

⁷ Corte de Apelaciones de Santiago, 3 de diciembre de 1999, en *RDJ*, tomo 96, Santiago, 1999, 2.5, 31-36, acogida y no apelada; *vid.* consid. 5° letra a.

⁸ Corte Suprema, 28 de noviembre de 2000, *RDJ*, tomo 97, Santiago, 2000, 2.5, 256-259, que confirma protección acogida de Corte de Apelaciones de Concepción, 20 de octubre de 2000, consid. 3°.

⁹ Corte de Apelaciones de Concepción, consid. 6°, en proceso de responsabilidad municipal; Corte Suprema rechaza casación de fondo de demandada, en *RDJ*, tomo 97, Santiago, 2000, 2.5, 132-140.

de los medios para entregarla, se concede un plazo de seis meses para que el Servicio de Salud de Coquimbo solucione cada uno de los casos de pacientes afectados por insuficiencia renal crónica que no tengan la apropiada cobertura dentro de la región...”,

tiempo durante el cual la asistencia médica de dichos pacientes “será proporcionada por la sociedad contratista...” que ha sido inhabilitada.

En otros términos, el acto en virtud del cual la sociedad indicada ha sido bloqueada sería “legal”, pero “arbitrario” (algo propiamente insostenible por su evidente incoherencia: un actuar conforme a lo dispuesto por la ley no sería razonable, sería caprichoso e injusto...), lo que afectaría el derecho a la integridad física y síquica de los actores¹⁰, por lo cual se revoca la sentencia apelada y se acoge la protección deducida en los términos que establece el considerando 9° referido.. Una solución justa, sin duda, pero ciertamente deficiente en su fundamentación lógica y jurídica.

De mayor interés resulta la prevención del ministro Muñoz, que tiene además presente la violación del *derecho a la igualdad ante la ley*¹¹. Hace al respecto un *interesante excursus sobre este derecho fundamental en cuanto a que se ha aplicado una norma* “que en principio es neutral”¹², pero se vuelve discriminatoria para los recurrentes al no haberse considerado “las circunstancias particulares que les afectan” (o sea, no existir otro prestador en la región que les atiendan) (consid. 2°). Agrega muy pertinentemente que el principio de la igualdad establece una prohibición especial respecto a la discriminación, la cual puede ser directa o indirecta, siendo esta última la que se ha producido en el caso Obregón y otros, esto es

“cuando una norma o medida en apariencia neutral produce un efecto perjudicial que impacta de manera exclusiva o desproporcionada sobre personas que forman parte de un grupo determinado, sin que pueda justificarse dicha medida de manera objetiva y razonable” (consid. 2°).

Y es que (como ya lo señalaba la Corte Suprema en Segovia Campillay, Seguel Rebolledo, y Crisóstomo Cáceres antes citados) “la obligación del Estado de garantizar los derechos fundamentales” que la Constitución reconoce a toda persona

¹⁰ Art. 19 N° 1 de la CP.

¹¹ *Ibid.*

¹² Ley 19.886.

“debe atender a cada situación en función de las particulares necesidades de protección de las personas, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentran”,

lo que

“puede obligar al Estado a adoptar medidas especiales para garantizar el pleno goce y ejercicio de estos derechos en condiciones de igualdad” (consid. 3°).

Interesante, sin duda, lo señalado por el previniente, pero debe reconocerse que la interpretación errónea de la norma aplicada (que no es de manera alguna “neutral”, como se dice si es aplicable a contratación en ejecución, como el caso Obregón y otros) es la que lleva a la solución incoherente de la Corte Suprema, de sostener que la aplicación de la norma es conforme a Derecho, que el acto de inhabilitación y bloqueo referidos era “legal” pero “arbitrario”. No, *la aplicación de esa norma en el caso es contraria a Derecho*, porque se la aplica a una contratación vigente, en plena ejecución, en circunstancias que la disposición de marras¹³ prevé la inhabilitación para el futuro, por cuanto hacerla aplicable a una contratación en ejecución significa afectar “contratos válidamente convenidos”, viola el principio de que ellos son una “ley para las partes” (lo que también es enteramente aplicable a los contratos administrativos, como es el caso), y altera el principio de la “estabilidad” y “permanencia” de estos contratos, principios todos que son esenciales en este tipo de contratos, los cuales tienen una finalidad pública, de satisfacer necesidades de las personas, en este caso usuarios de FONASA, necesidades que aquí se vieron gravemente perturbadas en su satisfacción poniendo en peligro nada menos que la vida de ciento setenta y cinco personas, como eran los recurrentes de protección. Obregón y otros es un claro ejemplo que el Derecho requiere ir al fondo de los temas que se ven ante los tribunales y no quedarse en la hojarasca, aunque debe reconocerse que la Corte Suprema decidió el asunto con un criterio de justicia; como tantas veces lo he observado, el ideal en que los jueces –sobre todos los supremos– no sólo resuelvan los casos sometidos a su conocimiento con justicia, sino, también, con argumentaciones coherentes, razonadas y sobre la base del Derecho vigente debidamente aplicado, ya que vemos en el fallo analizado que ha habido un claro ejemplo –y muy didáctico para la cátedra– de errada interpretación del Derecho aplicable, dándole una extensión que no contempla.

¹³ Art. 4° inc. 2° Ley 18.996.

Para concluir diré que Obregón y otros muestra muy bien en lo que los jueces difieren en su entendimiento de lo que es el Derecho y lo que significa la función de la Constitución en su aplicación concreta. El fallo de primer grado revela un "legalismo" que no va más allá de la literalidad de la norma y su apego formal sin ni siquiera atisbar la injusticia flagrante que ello conllevaba para los recurrentes, que veían con esa solución –rechazo de la pretensión proteccional– un muy grave peligro para sus vidas y una "amenaza" cierta, actual, seria y concreta para esas vidas, de personas concretas, de "carne y hueso", para la cual precisamente fue creada la acción constitucional deducida por ellos. Muestra también cierta reverencia acrítica frente a un informe de un organismo público, que describe el procedimiento de la Ley 19.886, pero calla respecto de sus efectos en los contratos en vigente ejecución, elemento fundamental que el tribunal debía haber tenido en cuenta al decidir. Dicho tribunal hace suyo el adagio romano *summa ius summa iniura*, que nada tiene de justo como textualmente expresa, ya que constituye una aplicación muy "ruda" (y uso un término suave) de disposiciones de una ley, aplicación que significa un muy grave perjuicio a los recurrentes afectados, porque no tiene en cuenta todas las circunstancias del caso y, especialmente, de las personas involucradas; de allí que ese fallo de primer grado haya sido notoriamente injusto, ya que como enseñaban sabiamente los romanos "es en razón de las personas que existe el Derecho"¹⁴ y no para engolosinamiento (o desidia) de quienes deben aplicarlo y es que "no existe razón alguna para hacer más gravoso aquello que ha sido establecido para bien de las personas"¹⁵.

Por el contrario, en el fallo de apelación la Corte Suprema entiende muy bien su función de tribunal de "justicia", aunque hay que reconocer que su fundamentación dista de ser técnicamente acertada (para no decir francamente incoherente), pero hace justicia con una "medida de protección" del más elemental sentido común y, por tanto, muy acertada a fin de no dejar sin atención a enfermos terminales de insuficiencia renal crónica, que sin la diálisis frecuente verían sus vidas expiradas en corto tiempo. De mayor precisión técnica y justicia material resulta la prevención del ministro Muñoz, quien una vez más insiste muy claramente que la función del máximo tribunal es dar ejemplo a los tribunales inferiores para que comprendan que su función es *hacer justicia* y no ser meros "aplicadores" inertes de una legislación que existe para bien de las personas y no para su escarnio

¹⁴ Hermogeniano, *Digesto*, 1.5.2.

¹⁵ Modestino, *Digesto*, 1.3.25.

Recuerdo a este efecto una observación leída en un clásico salmantino (aunque segoviano de origen) del siglo de oro español, gran jurista y teólogo consumado, fray Domingo de Soto, consultor de Carlos V, que en su *De Iustitia et Iure* escribía: “las leyes más sacrosantas sin jueces dignos son frutos cadavéricos de una razón difunta”¹⁶.

¹⁶ Libro III, cuestión VI, artículo IV.

ABUSO DE MENOR EN COLEGIO MUNICIPAL

COMENTARIO A LA SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA,
NN Y OTROS CON MUNICIPALIDAD
DE SAN PEDRO DE LA PAZ, ROL 3071-2013,
DEL 21 DE NOVIEMBRE DEL 2013
(RESPONSABILIDAD MUNICIPAL ART. 142 LEY 18.695)

Eduardo Soto Kloss.*

No suelen ser infrecuentes los casos de responsabilidad de las municipalidades por accidentes en las vías públicas en razón de la omisión de señalización de peligros en ellas y de la omisión en la mantención de aceras o calzadas, o, incluso, de mantención de piscinas o balnearios municipales y que dan cuenta las revistas de jurisprudencias y ahora la página web del Poder Judicial y otras semejantes.

Pero este caso que comentamos sí que es –afortunadamente– insólito, de allí que nos refiramos a él.

En efecto, un niño de “kínder” de un colegio municipal (colegio San Pedro de la Costa) es abusado sexualmente por un paradocente, dentro del establecimiento sin que nadie se percate de ello. Solamente al volver de las vacaciones de invierno, fines de julio de 2008, el niño le cuenta a su madre el hecho al ver al actor del ilícito; la madre hace las denuncias correspondiente y el paradocente es condenado penalmente por sentencia de junio de 2010.

La demanda de indemnización de perjuicios la deducen sus padres y el niño, sobre la base de la responsabilidad contractual del municipio en cuanto éste no cumplió sus obligaciones emanadas del contrato de prestación de servicios educacionales acordado con él¹ debiendo presumirse la culpa según el art. 1547 de dicho *Código*); en subsidio, demandan la responsabilidad extracontractual. Lo que demandan es el “daño moral”, pero en realidad más que eso –que es una concepción civilista– es la “alteración en las condiciones normales de vida” tanto del niño como de sus padres.

* Doctor en Derecho, Universidad de París/Panthéon- Sorbonne. Profesor titular de Derecho Administrativo Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile. Correo electrónico: sotokloss.ust.cl

¹ Arts. 1545, 1546, 1547 y 1556 del *Código Civil*.

El fallo de primera instancia² acogió la demanda condenando a la Municipalidad indicada al pago de veinte millones de pesos al niño, ocho millones a la madre y cinco millones al padre. La Corte de Apelaciones de Concepción, al conocer de la apelación de la demandada, lo confirma; en contra de este fallo ella deduce casación de forma y de fondo. La nulidad formal alegada –ausencia de consideraciones de hecho y de derecho– es rechazada, ya que el fallo de primer grado sí las formuló debidamente y el de apelación las hizo suyas al confirmar. La nulidad de fondo presenta mayor interés tanto en el fallo como en la prevención del ministro Muñoz, quien, como es su costumbre, ataca el fondo del asunto.

Alega la Municipalidad demandada que hay error en la sentencia que se casa, porque no es posible aplicar el *Código Civil* a la responsabilidad de las municipalidades, órganos del Estado, tema que está regulado por la Ley Orgánica Constitucional de ellas³, además que su relación con los alumnos de los colegios que administran no es una relación contractual desde que se encuentran obligados a admitirlos y es un régimen legal⁴.

Respecto de lo primero, la Corte Suprema reconoce que hay error en calificar los hechos acreditados como un “incumplimiento de una obligación contractual”, ya que la indemnización que los actores han demandado se origina en un ilícito, como ha sido el delito del cual es víctima el hijo de los actores, pero dicho error no lleva a la nulidad del fallo impugnado, dado que ellos también han demandado en subsidio la responsabilidad civil extracontractual de la Municipalidad fundados en el deber de cuidado infringido por ésta, por el “daño moral” que les ha sido causado, sobre la base del artículo 2329 y siguientes del *Código Civil*. Ciertamente también resulta equivocado dicho fundamento, pero tampoco ello perjudica la pretensión indemnizatoria deducida, puesto que en virtud del principio *iura novit curia* es al tribunal a quien toca “decir el Derecho” respecto de las pretensiones del justiciable, y aquí lo que es aplicable es la “falta de servicio” del órgano administrativo que es la demandada, llegándose al mismo resultado (consid. 9°).

Antes de continuar debe señalarse que hay en este considerando 9° una afirmación que merece atención: si bien es cierto que la llamada “falta de servicio” (introducida en la Ley de Municipalidades Decreto Ley N° 1.289, de 1976 y reiterada en la Ley 18.695/1989) “es diferente de la responsabilidad regulada en el *Código Civil*” –se agrega–, y es erróneo “aun que haya tenido su origen en ella”. Es errado porque la “falta de ser-

² Primer Juzgado Civil de Concepción, 29 de octubre de 2012.

³ Art. 142 Ley 18.695.

⁴ Ley General de Educación.

vicio”, como lo hemos mostrado desde hace tiempo⁵, no es “culpa” como pretenden algunos, siguiendo su origen en Francia, que no en Chile, sino “omisión”, tal como reconoce este mismo fallo y en el mismo considerando 9° al añadir que en este caso *sub lite* lo que ha habido es

“no cuidarse [esto es, haberse incurrido en una ‘omisión’] al menor agredido en la forma como se esperaba por parte de la Administración y ello porque el artículo 142 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades que hace responsable al municipio demandado”⁶.

Siguiendo el análisis, cabe indicar que se agrega que, si bien aquí hay un hecho/delito producido por un funcionario de la Municipalidad y, por ende, una falta personal, ello no la desliga o exonera de la propia responsabilidad en atención a su ausencia de cuidado y vigilancia en su actuar permitiendo que se produjera el hecho dañoso respecto de un menor de kínder (consid. 10°). Todo lo cual lleva a desestimar la nulidad de fondo deducida, quedando, así, firme el fallo impugnado.

La prevención del ministro Muñoz tiene su fundamento directo en la Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza, vigente al tiempo de los hechos⁷, que estatuye los principios que sustentan el llamado proceso educativo (art. 2°), los cuales serían más desarrollados, con posterioridad, en la nueva Ley del ramo 20.370/2009⁸. Según dicha normación, complementaria de la Constitución (art. 19 N° 10), sobre los establecimientos educacionales recae

“el deber de velar por la seguridad de los alumnos, empleando el cuidado necesario para prevenir eficazmente que quedaren expuestos y sin vigilancia ante sujetos que pudieren atacarlos en su intimidad sexual, como ocurrió en la especie” (consid. 2°),

más aún en este caso

“en que un paradocente que ninguna vinculación tenía con el curso del menor lo retiró de donde se encontraba... más en un kínder donde los niños son aun dependientes de los adultos”.

⁵ Eduardo SOTO KLOSS, *Derecho Administrativo. Temas fundamentales*, pp. 833-843, 844-854 y para municipalidades, pp. 870-871 y casos de pp. 876-888.

⁶ En la misma historia fidedigna de la Ley 18.695 quedó expresa constancia que se sigue la idea de falta de servicio de la Ley 18.575, de 1986, en cuanto se trata de una responsabilidad “objetiva”, como por lo demás lo ha entendido la misma Corte Suprema al conocer casos de responsabilidad de las municipalidades: *vid.* SOTO KLOSS, *op. cit.*, pp. 869-875, en especial p. 871.

⁷ Ley 18.962, texto refundido DFL/Educ. N°1/2005.

⁸ Texto refundido DFL/Educ. N° 2/2009.

Como bien se agrega en su consid. 3°, la Municipalidad demandada

“incurrió en falta de servicio, por cuanto no adoptó las medidas de resguardo, protección y prevención necesarias atendida la edad del menor afectado, pese a que se encontraba obligada a hacerlo”.

Es decir, *ella ha incurrido en una “omisión” del deber que la ley le ha impuesto de actuar*, idea de “omisión” en la que consiste la llamada “falta de servicio” y lo cual reiterará el ministro Muñoz en los considerandos 4° al 6° de su prevención:

“falta en la adopción de medidas de seguridad proporcionales al riesgo y a un mecanismo de supervisión adecuado. En efecto, esa *omisión* es una causa jurídicamente idónea para imputar responsabilidad, en la medida que es razonable deducir que el cumplimiento de la misma habría evitado la producción del resultado dañoso” (consid. 4°);

“*La no adopción de medidas* mínimas de prevención o la insuficiencia de las mismas es constitutiva de falta de servicio... (consid. 5°) y termina señalándose con extrema claridad: “genéricamente toda responsabilidad de los órganos públicos tiene por antecedente el incumplimiento de un deber legal” y “la omisión... es constitutiva de una falta de servicio” (consid. 6°).

Estas afirmaciones son muy relevantes para el tema porque significan un vuelco bastante radical de una jurisprudencia anterior, de los últimos tres a cuatro años, en que la tercera sala (anterior a la integración y presidencia del ministro Muñoz, hoy presidente del supremo tribunal) llegó, en que la responsabilidad del Estado fue adquiriendo un carácter esotérico (para ser diplomático...) influido por injertos extranjerizantes, ajenos a nuestro ordenamiento y con la pretensión casi folklórica de que la responsabilidad del Estado está regida por el *Código Civil* y que la falta de servicio está en el propio texto de su artículo 2314...

Al concluir este comentario puede decirse que es importante este caso NN y otros con Municipalidad de San Pedro de La Paz en cuanto se condena a la demandada en un caso de abuso sexual de un alumno de “kínder” de un colegio municipal por su “*omisión* en el debido cuidado” que debe poner respecto de los alumnos para prevenir riesgos a su integridad física y síquica y proveer a su seguridad adoptando las medidas adecuadas y efectivas para ello.

En este caso el ilícito está probado por la condena penal del funcionario paradocente autor del delito, lo que evitó toda prueba al respecto del hecho, si bien debió probarse el “daño moral”, esa alteración en las

condiciones normales de vida de los demandantes, esto es del niño y de sus padres (*vid.* consid. 6°).

De interés, aunque errado, es el predicamento del tribunal de apelación (1°.4.2013) que dice la pretensión formulada siguiendo la fundamentación de los demandantes, que la plantean sobre la base de las normas del *Código Civil*, sea por la responsabilidad contractual (incumplimiento del contrato de prestación de servicios educacionales), sea, en subsidio, por la responsabilidad extracontractual del municipio, posición que aparece contradictoria y sobre lo cual no se dice palabra. Digo de interés –no para que sea ejemplo– porque la Corte de Apelaciones de Concepción parece no advertir que la demandada es un organismo por esencia, intrínsecamente, público que tiene un estatuto constitucional propio⁹ y una legislación complementaria bastante completa, incluida su actividad educacional; sin embargo, pasó de largo... De allí que la Corte Suprema con muy buen criterio (dada la justicia evidente de la pretensión indemnizatoria de los actores ante un hecho tan deleznable como el sufrido por un menor de kínder, tan pequeño), no obstante la equivocada fundamentación de ambos fallos de la instancia, aplica el antiquísimo principio del *iura novit curia*, o sea, precisa el estatuto jurídico que regula el caso, que no es otro que el que establece la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, art. 142 Ley 18.695, sobre la base de la falta de servicio en que ha incurrido la demandada al omitir el deber exigido por la Ley General de Educación, de velar por la seguridad e integridad de los alumnos, más aún en este caso de un menor de corta edad de un curso de kínder.

La prevención del ministro Muñoz –directa y al fondo del tema– centra el asunto en el incumplimiento de la autoridad educacional pública/municipal de sus “deberes” referentes a la seguridad de los alumnos y en la omisión en la adopción de las medidas correspondientes para evitar hechos como los de este caso, particularmente lamentable y ante lo cual dicha autoridad habría debido extremar esas medidas para evitarlos, prevención a través de la cual se insiste en que la falta de servicio en que ha incurrido la demandada es “omisión” de sus deberes que la ley le impone en la actividad que desarrolla.

Advertimos en el caso comentado una responsabilidad de las municipalidades diferente a la que vemos usualmente por accidentes en las vías públicas o en el uso de bienes nacionales de uso público o bienes municipales, y en que aparece que los alumnos víctimas de daños producidos en los colegios municipales, incluso por golpizas ejecutadas por

⁹ *Vid.* cap. XIII/XIV, arts. 107 a 111/118 a 122.

otros alumnos, casos de “matonaje” escolar¹⁰, acuden a los tribunales para que se les indemnicen los perjuicios allí sufridos.

Bibliografía citada

SOTO KLOSS, Eduardo, *Derecho Administrativo. Temas fundamentales*, 3ª ed., Santiago, Abeledo Perrot-Thomson Reuters, 2012.

¹⁰ *Vid.* Briones y otros c/Municipalidad de Talcahuano, muerte de un escolar de octavo básico por golpiza dada por compañeros, Corte Suprema, 21 de junio de 2011, rol 2227-2009, en SOTO KLOSS, *op. cit.*, p. 906.

EL PEOR LEVIATÁN:
EL PODER IMPERCEPTIBLE
Y, POR TANTO, INCONTROLABLE
DE LAS CÁMARAS OCULTAS
EN LA ESFERA PRIVADA
SO PRETEXTO DE INTERÉS PÚBLICO.

UN COMENTARIO A PROPÓSITO
DE LA SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA
QUE ABSOLVIÓ A PERIODISTAS QUE EMPLEARON
CÁMARAS OCULTAS PARA GRABAR Y DIFUNDIR CONDUCTAS
PRIVADAS QUE ESTIMABAN ERAN DE INTERÉS PÚBLICO

*Ignacio Covarrubias Cuevas**

Introducción

Con el fin de denunciar la práctica de algunos médicos de otorgar licencias médicas falsas, dos periodistas, simulando estar enfermos, concurren a una consulta psiquiátrica para solicitar el aludido permiso. Los periodistas, provistos de cámaras ocultas, grabaron la entrevista en que los profesionales otorgaban lo solicitado y posteriormente emitieron en un programa de televisión las imágenes y el audio de la conversación sostenida con los psiquiatras, sin que ellos hubieran consentido en la grabación de lo ocurrido ni tampoco en su difusión.

Una de las profesionales afectadas en su vida privada interpuso querrela criminal en contra de los periodistas que ingresaron a la entrevista, el editor y el productor periodístico del programa que difundió las aludidas imágenes, además de una acción de responsabilidad civil por daño moral a la honra.

Los querrelados fueron condenados por los delitos contemplados en los incisos primero y segundo del artículo 161-A del *Código Penal* –que sanciona la intrusión y difusión de la vida privada– además del pago de una indemnización por cinco millones de pesos. Una vez apelada la sentencia, fue confirmada por la Corte de Santiago. Contra ésta, los condenados

* Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad del Desarrollo. Correo electrónico: icovarrubias@udd.cl

interpusieron un recurso de casación en el fondo. La Corte Suprema (segunda sala) por tres votos contra dos acogió el recurso y absolvió a los querellados, tanto de la responsabilidad penal como de la civil.

Dos argumentos principalmente sostienen el fallo de casación: el primero afirma que las dos conductas sancionadas por el artículo 161-A del *Código Penal* se aplican únicamente cuando un tercero, ajeno a una conversación privada, la graba y luego la difunde. Para el máximo tribunal esto no habría ocurrido, toda vez que quienes incurrieron en las conductas sancionadas no fueron terceros, sino que partícipes de una conversación privada. En segundo término, el fallo esgrime que la conversación no habría sido privada atendido el interés público involucrado en difundir el tipo de irregularidades constatadas (otorgamiento irregular de una licencia médica) y cuya difusión pública es un modo de prevenir la reiteración de este tipo de conductas.

En este comentario centraremos nuestra atención exclusivamente en el segundo argumento aducido por la sentencia, por la injusticia ínsita que trae aparejada la decisión misma del fallo como también por las nocivas consecuencias individuales y sociales que, a nuestro juicio, se seguirían de la aplicación futura de dicho fundamento. Previo a ello, exhibiremos suscintamente los hechos principales del caso y los principales argumentos esgrimidos por las partes, como aquellos sustentados por el tribunal en primera y segunda instancia.

I. El caso: antecedentes de hecho y fundamentos de derecho esgrimidos por las partes

1. DE LA LECTURA DE LAS SENTENCIAS DE PRIMERA Y SEGUNDA INSTANCIA APARECEN COMO HECHOS INCONTESTADOS DEL CASO LOS SIGUIENTES:

- a) Cuatro periodistas de Chilevisión fueron condenados por infracción al delito contemplado en el artículo 161-A, incisos 1° y 2°, del *Código Penal*.
- b) Dicha norma en su inciso primero castiga al que

“sin autorización del afectado y por cualquier medio (...) grabe o reproduzca conversaciones o comunicaciones de carácter privado; o capte, grabe, filme imágenes o hechos de carácter privado que se produzcan, realicen, ocurran o existan en recintos particulares o lugares que no sean de libre acceso al público”¹.

¹ *Código Penal*, artículo 161-A, inc. 1°.

- c) El inciso segundo de la citada disposición legal sanciona, asimismo, “a quien difunda las conversaciones, comunicaciones, documentos, instrumentos, imágenes y hechos a que se refiere el inciso anterior”².
- d) Los aludidos profesionales

“ingresaron al despacho de la doctora María Luisa Cordero, ubicado en el Instituto Psiquiátrico José Horwitz Barak (...) el cual constituye un lugar que no es de libre acceso al público, y luego uno de ellos, simulando ser un paciente, solicitó una licencia médica, la que le fue concedida previo pago de una suma de dinero”³.

- e) La entrevista entre los médicos y los supuestos enfermos fue grabada por éstos sin autorización de la primera, grabación que fue posteriormente difundida en el programa periodístico denominado “En la mira” de Chilevisión.

2. *LOS PRINCIPALES ARGUMENTOS ESGRIMIDOS POR LAS PARTES, COMO, ASIMISMO, LOS SOSTENIDOS POR LAS SENTENCIAS DE CADA INSTANCIA, PUEDEN SINTETIZARSE ASÍ*

- a) En lo pertinente, la parte querellante sostuvo la infracción al artículo 161-A, incisos 1° y 2° del *Código Penal*, habida consideración de las circunstancias precedentemente expuestas.
- b) Los querellados sostuvieron que la conducta desplegada se encuentra amparada por la causal de justificación del artículo 10 N° 10 del *Código Penal*, toda vez que concurre la eximente de responsabilidad del que obra en ejercicio legítimo de un derecho –el de la libertad de expresión consagrado en el artículo 19 N° 12 de la Constitución Política– y de un oficio –el de periodista–, y en cuanto a la supuesta colisión de derechos que refiere la sentencia con aquel consagrado en el artículo 19 N° 4 de la Carta Fundamental, asegura que el fallo yerra al preferir el derecho a la privacidad y a la honra sin justificación, en circunstancias de que existen factores que se inclinan por el derecho a la in-

² *Código Penal*, artículo 161-A, inc. 2°.

³ Corte de Apelaciones de Santiago, (2002), rol N° 1781-2011, n 1 parte expositiva. Asimismo, la sentencia del Juzgado del Crimen (ex 22), (2011): Rol N° 3.913- 2003, n 9 parte expositiva: “Se determinó que el equipo periodístico ingresó a las consultas de los médicos sin autorización o consentimiento de los mismos, como tampoco de ninguna autoridad competente o encargado de los recintos, con el claro fin de filmarlos emitiendo licencias médicas, para posteriormente realizar el reportaje periodístico”.

formación, como el interés público, la calidad de las personas involucradas y la veracidad de lo revelado, criterios que debían considerarse al momento de decidir los efectos penales de los hechos comprobados⁴.

c) El fallo de primera instancia sostuvo:

“aun cuando los encartados aducen un interés público comprometido para llevar a efecto la grabación o difusión, argumentando que la Ley N° 19.733 (...) habría obrado, en su concepto, como causal de justificación (...), la propia ley limita el ejercicio de ese derecho, límites que no resguardan sino las otras garantías constitucionales de igual envergadura, como son la intimidad, el honor y la propia imagen, y en presencia de un concepto jurídico indeterminado como es el llamado ‘interés público comprometido’, sólo el eventual afectado, la ley o la autoridad judicial pueden justificar la conculcación de esos derechos por bienes jurídicos que el ordenamiento cautele con mayor celo, el que en la especie (el correcto uso de los beneficios de la seguridad social) no tiene la entidad de las garantías constitucionales cuya colusión se sopesa en el caso de autos”⁵.

d) La Corte de Santiago, al confirmar la sentencia de primera instancia, señaló que a pesar del notorio interés público que pudiera tener dicha noticia, no ha podido ser difundida por impedirlo la norma constitucional contemplada en el N° 4° del artículo 19 de la Carta Fundamental (vida privada), garantía constitucional que encuentra su necesario respaldo en la norma penal antes señalada, y que constituye, a su vez, un límite a la libertad de expresión, reconocida en el N° 12 del artículo 19 de la Constitución⁶.

II. El argumento de la sentencia de reemplazo del que nos haremos cargo críticamente, está desarrollado en el considerando 5° y sostiene lo siguiente

“Sí puede afirmarse que el carácter privado desaparece cuando se trata de conductas que revisten un interés público. En el caso en análisis si bien no se ha demostrado la comisión de un ilícito por los presuntos perjudicados, lo cierto es que su conducta importa al menos una transgresión a la ética por parte de profesionales de la salud que otorgaban licencias

⁴ Corte Suprema (2013), rol N° 8393-12, considerando 1°.

⁵ Juzgado del Crimen (ex 22), (2011), rol N° 3.913- 2003, considerando 11°.

⁶ Corte de Apelaciones de Santiago (2012), rol N° 1781-2011, considerando 3°.

médicas falsas en desmedro de los demás cotizantes de los sistemas de salud, cuestión que reviste un interés público con mérito suficiente para ser socializada lo que permitirá en último término el fin de una situación reprobable e inconveniente”.

“Como advierte el recurso no ha podido estimarse que la conversación de los periodistas con la profesional sea de carácter privado, pues se refiere a hechos que revelan irregularidades de la praxis médica verificables para ante la opinión pública”⁷.

III. Comentarios críticos a la decisión y su fundamento

1. EL PROBLEMA NO SÓLO RESIDE EN LO QUE EL FALLO DICE, SINO, TAMBIÉN, EN LO QUE DEJA DE DECIR SOBRE ASUNTOS CUYO ALCANCE SON DE RELEVANCIA JURÍDICA

En el presente comentario sostendremos no sólo nuestra opinión negativa acerca de lo que la sentencia resuelve y cómo lo fundamenta, aunque también se advertirá que muchos de los aspectos críticos del mismo son atribuibles a los flancos que el fallo deja abiertos en algunos temas de suyo bastante relevantes como para no haberse hecho cargo mínimamente de ellos.

Cuando una sentencia le reconoce a alguien un tremendo poder de intervención en los derechos más fundamentales de las personas, no es suficiente haberlo hecho en el entendido que dicha potestad se otorgó bajo el supuesto de que el tribunal decidió para ese caso particular y no otro, de conformidad con el efecto relativo de las sentencias.

Y no basta asilarse en dicha cómoda posición formalista, porque, si bien es cierto que el efecto relativo de las sentencias sólo alcanza a la específica decisión adoptada –darle a Cayo y a Ticio lo suyo– no es realista suponer que la relatividad de la decisión del caso concreto también alcanzará necesariamente a los fundamentos de la misma. Aunque lo resuelto es único e irrepetible; sus premisas racionales son *de suyo* extensibles y aplicables a situaciones análogas. Qué duda cabe que las ideas tienen consecuencias. El problema está en que muchas veces quienes las proclaman no advierten o no se hacen cargo de todos los efectos que lógicamente se derivan de su aplicación. Este fallo es un buen ejemplo de ello.

⁷ Corte Suprema (2013), rol N° 8393-12, considerando 5°.

2. LA COMPLEJIDAD DE LAS ORACIONES EQUÍVOCAS:

“EL CARÁCTER PRIVADO DESAPARECE CUANDO SE TRATA DE CONDUCTAS QUE REVISTEN UN INTERÉS PÚBLICO”

Existen tantas y contrapuestas concepciones sobre el alcance que una premisa como la citada puede irradiar⁸ que no es recomendable sostener este tipo de razones si al mismo tiempo no se explica precisamente lo que se quiere significar con ella. Si ello no se aborda adecuadamente, la omisión explicativa no sólo se prestará para diversas manipulaciones, sino que cada intérprete le atribuirá el sentido y alcance que quiere, debilitándose así el sentido clarificador y referencial que toda decisión definitiva de un tribunal debe poseer, máxime cuando se trata de una materia de suyo polémica y que, paralelamente, representa un cambio sustantivo respecto de un pronunciamiento que este mismo tribunal había tenido sobre la misma materia algunos años atrás⁹.

Podría pensarse que esto no pasaba de ser una oración desafortunada del fallo, pero cuando se advierte a renglón seguido:

“no ha podido estimarse que la conversación de los periodistas con la profesional sea de carácter privado, pues se refiere a hechos que revelan irregularidades de la praxis médica verificables para ante la opinión pública”¹⁰,

parece despejarse toda sospecha de desliz terminológico, el reiterarse la idea de que el interés público tendría la aptitud de mudar lo privado en público.

Más allá de la contradicción que encierra la expresión en sí misma, creemos jurídicamente errado sostener algo así. Lo que es privado no deja

⁸ Al menos existen tres modalidades de aproximación en la tipología de lo público como categoría separada y confrontada a lo privado: una de carácter espacial o física; otra relativa a la accesibilidad o develación de actos o datos personales, y aquella que se refiere a la imposición de límites normativos, por parte de la autoridad, al ejercicio de la conducta humana. Una mirada bastante difundida en la filosofía política contemporánea, lamentablemente observa *lo público* y *lo privado* como categorías binarias y contrapuestas donde lo único común entre ambas sería la frontera que separa una categoría de la otra. Este abordaje liberal-colectivista no es satisfactorio, ya que al estar enraizado en la lógica confrontacional de lo colectivo (público) *versus* lo individual (privado) le resulta difícil avizorar la existencia de un interés compartido por ambas esferas: el bien común, que si bien comprende el bien particular, privado o individual, lo rebasa por cuanto lo encauza o condiciona por bienes mayores aunque sin anularlo o sacrificarlo del todo.

⁹ Nos referimos al caso de cámaras ocultas que afectó al entonces ministro de la Corte de Apelaciones, Daniel Calvo.

¹⁰ Corte Suprema (2013), rol N° 8393-12, considerando 5°.

de serlo por estimarse que hay un interés público en los hechos o conductas resguardadas por la intimidad. No es que el interés público posea la aptitud de transformar, ontológicamente hablando, lo privado en público.

“Lo privado” –en tanto jurídicamente resguardado del conocimiento público– no “desaparece”, esto es, no deja de encontrarse en la esfera del derecho a la vida privada cuando hay un interés público. Lo que sí puede ocurrir es que las conductas o hechos ordinariamente protegidos por la vida privada pueden ser *difundidos* si revisten interés público. De ese modo, lo que hace el interés público es justificar y legitimar la develación pública de lo privado.

Subyace aquí el sano principio de que lo privado no puede mantenerse en reserva cuando lo llevado a cabo bajo su resguardo pone en peligro el bien común. Con todo, sostendremos que este principio filosófico-jurídico es desvirtuado no sólo por la decisión misma adoptada por la Corte, sino, también, por el fundamento que la sostiene.

En primer lugar, la injusticia contenida en la regla de que el interés público no sólo justifica la difusión de lo privado, sino su intrusión in-consentida, desproporcionada y obtenida por vía de engaño. De este último punto deriva, en segundo término, la injusticia de lo que la decisión proyecta hacia adelante: sería lícito preservar la moralidad pública promoviendo la inmoralidad privada.

3. LA CORRUPCIÓN DEL PRINCIPIO DE QUE EL INTERÉS PÚBLICO JUSTIFICA LA DEVELACIÓN DE LO PRIVADO

Es correcto sostener –como lo hace la sentencia– que una “cuestión que reviste un interés público” posee “mérito suficiente para ser socializada”¹¹. Este sano principio no sólo tiene enraizados fundamentos filosófico-políticos sino que se desprende con solidez de nuestro ordenamiento constitucional y legal.

En el orden de los principios puede ser ilustrativo recordar que ya Tomás de Aquino afirmaba: “contra el bien común no es lícito guardar ningún secreto”¹², de donde se sigue que no cabe invocar el ejercicio de un derecho para lesionar el bien público. En cuanto a la legislación, el artículo 30 de la Ley 19.733 (Ley de Prensa) contempla varios ejemplos de hechos que revisten interés público para los efectos de liberarse de la responsabilidad de la comisión de los delitos de injuria y calumnia cometidos por un medio de comunicación social o por terceros a través de éstos.

¹¹ Corte Suprema (2013), rol N° 8393-12, considerando 5°.

¹² SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, II-II, q. 68, a I ad 3.

Conforme a la citada disposición legal, “se considerarán como hechos de interés público de una persona los siguientes”, mencionando allí seis circunstancias, entre las cuales cabe destacar los hechos

“referentes al desempeño de funciones públicas”, “[l]os acontecimientos o manifestaciones de que el interesado haya dejado testimonio en registros o archivos públicos, y (...) [l]os consistentes en la comisión de delitos o participación culpable en los mismos”,

entre otras situaciones que señala a modo meramente ejemplar¹³.

Al respecto, el fallo expresa:

“Los hechos que se atribuyen a los inculpados se ajustan a tales circunstancias, lo que acredita la legitimidad de su actuación inserta en el ejercicio de la función periodística en aras de un interés social prevalente”¹⁴.

Asumiendo que los hechos develados por el programa de televisión revestirían interés público en su *difusión*, surgen algunos problemas difíciles de encarar para el fallo: lo que el fallo resuelve y pretende justificar no es únicamente la *difusión* de asuntos de interés público, sino específicamente la intromisión no autorizada por medios *intrusivos* de asuntos privados.

Pues bien, aquí el problema es bastante insoluble, ya que tanto el principio en juego como también lo dispuesto por el artículo 30 de la Ley de Prensa, ambos invocados por el fallo, justifican la difusión pública de los asuntos privados por motivos de bien común, pero en caso alguno autorizan la *intrusión* in-consentida (por terceros o partícipes) en dicha esfera de intimidad, que es precisamente lo que el fallo quiso legitimar. Una decisión judicial como la aquí expuesta contraviene abiertamente el principio de orden social en que dice fundarse y además favorece una interpretación forzada de la citada disposición legal de la Ley de Prensa.

¹³ Ley N° 19.733 de 2001, art. 30, inciso tercero: “Para lo dispuesto en el presente artículo se considerarán como hechos de interés público de una persona los siguientes:

- a) Los referentes al desempeño de funciones públicas;
- b) Los realizados en el ejercicio de una profesión u oficio y cuyo conocimiento tenga interés público real;
- c) Los que consistieren en actividades a las cuales haya tenido libre acceso el público, a título gratuito u oneroso;
- d) Las actuaciones que, con el consentimiento del interesado, hubieren sido captadas o difundidas por algún medio de comunicación social;
- e) Los acontecimientos o manifestaciones de que el interesado haya dejado testimonio en registros o archivos públicos, y
- f) Los consistentes en la comisión de delitos o participación culpable en los mismos”.

¹⁴ Corte Suprema (2013), rol N° 8393-12, considerando 6°.

En efecto, así como nadie puede reclamar legítimamente para sí un interés o derecho cuando su despliegue pone en peligro el bien común o parte del mismo, tampoco la autoridad puede lícitamente en nombre del bien público promoverlo sin respetar las garantías básicas de las personas, entre ellas, el derecho a no padecer invasiones en su persona ni bienes sin un proceso imparcial y justo. Lo mínimo que un Estado puede garantizarle a todos es que su intimidad no sea violada sin autorización previa por parte de una autoridad imparcial.

Por otro lado, es un mal aliado para el fallo invocar el artículo de la Ley de Prensa. Esto no sólo porque difícilmente lo llevado a cabo por Chilevisión cumple con los estándares del aludido artículo 30 para liberarse de responsabilidad¹⁵, sino, también, porque lo previsto por el legislador para el caso de concurrir un interés público fue derechamente en la línea de justificar la afectación de la honra y de la vida privada por instrumentos de *difusión* antes que por medios de *intrusión*, que es lo que el fallo pretende legitimar¹⁶.

Se advierte en esta disposición legal el mismo espíritu que infunde al principio en juego que ha sido aquí desconocido. En efecto, conforme al artículo 30 nadie puede legítimamente escudarse en su vida privada para impedir que se revele el delito cometido, como tampoco el gobernante puede impedirlo, si una conducta o decisión suya incide negativamente la función pública que desempeña.

Pero de ahí a justificar que el interés público puede obtenerse y/promoverse por vía de medios cognoscitivos intrusivos, aparte de contrariar nuestro ordenamiento jurídico, corroe las misma validez de algunas de las premisas en las que el fallo pretende erigirse.

¹⁵ A propósito de la específica regulación de los delitos de injuria y calumnia, el artículo 30, inciso primero, de la Ley de Prensa establece que el inculpado de haber causado dichos delitos a través de un medio de comunicación “no le será admitida prueba de verdad acerca de sus expresiones, sino cuando hubiere imputado hechos determinados y concurrieren a lo menos una de las siguientes circunstancias” que luego pasa a enumerar. Así, la indicada disposición permite al acusado por tales delitos liberarse de responsabilidad penal, a condición que, en primer término, “se probare la verdad de la imputación”, luego, que ésta aludiere a “hechos determinados” y, en tercer lugar, que “se produjere con motivo de defender un interés público real” o, alternativamente, que “el afectado ejerciere funciones públicas y la imputación se refiriere a hechos propios de tal ejercicio”.

¹⁶ De ninguna de las hipótesis que el artículo 30, inciso tercero, señala por vía ejemplar se podría desprender algo así como una autorización a las personas o a los medios de comunicación para incursionar en la vida privada para luego difundir. Por lo demás, todas las normas de responsabilidad de la Ley de Prensa se construyen sobre el supuesto de lo que los medios de comunicación o las personas a través de ellos pueden “comunicar” o “transmitir”.

4. EL INTERÉS PÚBLICO PREVALENTE:

¿EL BIEN DE TODOS O EL DE UNOS POR SOBRE EL DE OTROS?

Como lo hemos señalado, la sentencia en buena medida funda su decisión en la necesidad de reconocer “un interés social prevalente” por la vía de admitir la legitimidad de denunciar por vías invasivas las conductas privadas que incidan en un asunto de interés público. Así se entiende que lo privado deba desaparecer frente a la primacía de lo público. Sin embargo, este modo de aproximarse a la relación entre lo público y lo privado deja muchos flancos abiertos sin una explicación que, en este caso, el fallo omite.

Es correcto plantear la primacía del bien general por sobre el bien particular. Ello explica que la privacidad de una persona (figura pública o no) sea inversamente proporcional a su involucramiento en asuntos que conciernen a la vida en común. Hasta aquí todo bien. Sin embargo la sentencia olvida que la misma promoción del bien de todos –lo que incluye a las personas individualmente consideradas– exige que la aludida prevalencia no sea absoluta, sino que proporcionada a fin de respetar ciertos requerimientos mínimos de justicia que representan bienes que no están sujetos a sacrificios en vistas a un fin ulterior.

En este caso, dichas exigencias básicas de justicia se encuentran representadas, al menos, por:

- a) la seguridad de que las personas no padecerán intrusiones cognitivas en su intimidad más sensible y
- b) la garantía de que un tercero imparcial verifique previamente si concurren las condiciones para autorizar las intromisiones justificadas (salvo en caso de flagrancia, en cuyo caso las exigencias han de operar a posteriori).

Las razones de bien común que justifican el levantamiento del velo de la intimidad en ciertos casos son las mismas que apoyan la idea de que dicha intervención deba ser acotada, proporcionada y adoptada con los mínimos resguardos. Sin estas exigencias básicas de justicia, el bien común no sería el bien de todos, sino el de una mayoría contra el de una minoría o el de los más poderosos en contra de los más débiles, en fin, el de unos contra otros.

Precisamente la desatención a este principio ha podido constatarse en los recientes sucesos de escuchas telefónicas padecidas por varios dignatarios y líderes extranjeros. En tales circunstancias lo que se ha esgrimido para justificarlas es que dichas invasiones en la vida privada son los costos que debemos soportar para asegurar el interés *prevalente* de la seguridad nacional y hemisférica frente a las amenazas del terrorismo internacional.

En fin, un interés público que se impone incondicionadamente y abusivamente sobre el interés particular no sólo deja de ser un *interés público real*, sino que traiciona los mismos principios en cuyo nombre suele invocarse.

5. LA INJUSTICIA ÍNSITA DE FALLO:

LA PARADÓJICA LEGITIMACIÓN DEL ENGAÑO Y DEL FRAUDE CUYA DENUNCIA Y TÉRMINO SE PRETENDE LOGRAR

A lo anteriormente señalado, creemos que la injusticia del fallo se agrava de modo patente cuando pretende promover la denuncia pública de conductas reñidas con la moral por medio de legitimar paralelamente la realización de conductas que desconocen los mismos principios éticos cuya obtención se pretende.

En efecto, por una parte, la sentencia sostiene que existe un interés público en denunciar

“una transgresión a la ética por parte de profesionales de la salud que otorgaban licencias médicas falsas en desmedro de los demás cotizantes de los sistemas de salud”,

situación cuya socialización, dice el fallo, “permitirá en último término el fin de una situación reprobable e inconveniente”¹⁷.

Por otra parte, constituye un hecho probado en el proceso, y también reconocido por los propios periodistas absueltos,

“que los integrantes del equipo periodístico asumieron el rol de pacientes con el claro fin de obtener una licencia médica que les permitiera tomar vacaciones, siguiendo el procedimiento usual para acceder al documento, ingresando como una persona más a las consultas psiquiátricas”¹⁸.

De este modo la sentencia pretende justificar la denuncia pública de “conductas o situaciones moralmente reprobables” por la vía de legitimar que se acceda a dicha información por medio de conductas igualmente reprochables desde el punto de vista moral, como son el engaño y la mentira a la que habitualmente se recurre –y se acudió en este caso– para acceder a ese mínimo umbral de confianza que se necesita para acceder tanto a compartir un espacio como a conversación reservada.

La sentencia acomete así la paradójica tarea de promover la práctica de conductas fraudulentas similares a aquellas cuya denuncia pública la misma resolución judicial quiere promover.

¹⁷ Corte Suprema (2013), rol N° 8393-12, considerando 5°.

¹⁸ Juzgado del Crimen (ex 22), (2011), rol N° 3.913- 2003, n 9 parte expositiva.

Curiosa es aquella moralidad (pública) que pretende construirse a través del engaño (privado).

6. *EL MUNDO AL REVÉS: RECONOCIENDO A PARTICULARES POTESTADES DE INVASIÓN MÁS INTENSAS QUE LAS OTORGADAS A CIERTAS AUTORIDADES Y CON MENORES RESGUARDOS QUE FRENTE A ÉSTAS*

Cuando el ordenamiento jurídico ha dispuesto que determinadas autoridades se encuentren premunidas de la sensible aunque indispensable facultad de investigar la intimidad de las personas (*v.gr.*, Ministerio Público) o algunos específicos aspectos de su esfera privada (*v.gr.*, Servicio de Impuestos Internos) lo ha previsto con todos los resguardos para que lo lleven a cabo con las justas garantías del caso.

Así como el Ministerio Público requiere de autorización del juez de garantía para investigar la comisión de un delito en cuya pesquisa a través de medios tecnológicos intrusivos puedan producirse injerencias en los derechos de las personas, entre ellos la intimidad¹⁹, la Dirección Nacional del Servicio de Impuestos Internos, por su parte, está obligada a solicitar similar autorización judicial para levantar el secreto que protege a determinadas operaciones de naturaleza bancaria²⁰. Existen ejemplos similares de potestades de intervención en la vida privada que deben solicitar autorización judicial previa a su ejercicio²¹.

¹⁹ El art. 226 del *Código Procesal Penal*, a propósito de los instrumentos tecnológicos de investigación, dispone que “cuando el procedimiento tuviere por objeto la investigación de un hecho punible que mereciere pena de crimen, el juez de garantía podrá ordenar, a petición del Ministerio Público, la fotografía, filmación u otros medios de reproducción de imágenes conducentes al esclarecimiento de los hechos”.

²⁰ La Ley 20.406 (2009) amplió a la Dirección Nacional del ente fiscalizador en materia tributaria, la facultad para acceder, previa autorización del juez de garantía, a la información bancaria protegida con secreto o reserva de conformidad al artículo 154 del DFL N°3 de 1997, sobre Ley General de Bancos.

²¹ El artículo 39, inciso 2°, letra f) del texto refundido (2009) del Decreto Ley 211, exige al Fiscal Nacional Económico autorización ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia cuando quiera imponerse “de antecedentes se encuentren calificados como secretos o reservados, de conformidad a la legislación vigente”. Del mismo modo, la letra n) exige “petición fundada”, previamente aprobada por el TDLC, y con “autorización al Ministro de la Corte de Apelaciones”, para la adopción de una serie de medidas, entre ellas, la facilitación de “copias y registros de las comunicaciones transmitidas o recibidas” por una empresa de comunicaciones. Por su parte, la Ley 19.913 (2003), que creó la Unidad de Análisis Financiero, obliga, en su artículo segundo, inciso 2° de la letra b), a este organismo a solicitar la autorización de un ministro de la Corte de Santiago para requerir los antecedentes “amparados por el secreto o reserva” o cuando “deban requerirse a una persona no contemplada por el artículo 3° de esta Ley”.

En cualquier caso, dichas potestades públicas se encuentran expresamente otorgadas e invisten de modo singularizado a una autoridad (o categoría determinable de éstas) para ejecutarlas, de conformidad con el procedimiento que la misma ley ha contemplado, y en caso de no atenerse a estas garantías, la potestad deviene en ilícita (art. 7° de la CPR) sin perjuicio de las sanciones previstas en caso de incumplimiento, siendo una de ellas en materia procesal penal, la exclusión de la prueba que se haya obtenido con infracción a los derechos fundamentales.

Atendido lo anterior es curioso, por decir lo menos, que de conformidad al fallo en cuestión, los periodistas puedan, sin atribución explícita, incurrir en incursiones en la intimidad similares o más intensas que aquellas que podrían acometer los funcionarios públicos expresamente facultados para ello, pero esto sin los resguardos que habitualmente el ordenamiento jurídico brinda en aquellas hipótesis en que un órgano que no es judicial pueda, en virtud de sus potestades, acceder a información personal.

Éste es el peor de los mundos para la vida privada: potestades exorbitantes, invasivas y sin los más mínimos resguardos. Lo anterior equivale a reconocerles a los medios de comunicación una facultad que ni siquiera la policía y el poder judicial ostentan.

7. *EL PEOR LEVIATÁN:*

LA INVASIÓN INCONTENIBLE E IMPERCEPTIBLE EN LA VIDA PRIVADA CON FINES DE INTERÉS PÚBLICO

Si al otorgamiento de un poder de invasión en la intimidad de las personas, sin los indispensables resguardos reconocidos por el ordenamiento jurídico para situaciones análogas, se suma la posibilidad de incursionar preventivamente en la esfera privada, aunque sea para acceder a información de interés público, todas las condiciones están dadas para que dicho poder se convierta en un Leviatán incontenible y –lo peor de todo– imperceptible.

Es evidente que la interpretación judicial admite que la simple sospecha o conjetura de un interés público autorizaría a los profesionales de la prensa a inmiscuirse subrepticamente y por medios invasivos en la vida privada de cualquier persona. Esto en sí mismo constituye una amenaza grave que se cierne sobre la intimidad de todos. Pero el asunto es todavía más complejo.

Un interés público interpretado laxamente por la prensa incentivará a muchos a autorizar la grabación clandestina tanto de imágenes como de conversaciones privadas de personas con la firme esperanza de captar y luego difundir lo que en dicha esfera podría revestir interés público.

¿Qué sucede si en ese afán intrusivo no encuentran nada que tenga dicho interés? Es probable que nada, porque dicho poder, además de incontenible, será imperceptible. Muchos o pocos –no sabremos cuántos– y respecto de quienes nada se encontró, habrán padecido invasiones no consentidas en su vida privada, sin siquiera haberlo sospechado.

Un poder incontenible, precisamente por ser a la vez imperceptible, deviene en poder incontrolable y, por esto mismo, en poder desatado, digno del peor Leviatán.

Bibliografía

SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, Madrid, BAC, 1965.

JURISPRUDENCIA CITADA

Corte de Apelaciones de Santiago (2012): rol 1781-2011, disponible en www.poderjudicial.cl

Juzgado del Crimen (ex 22) (2011): rol N° 3.913-2003, disponible en www.poderjudicial.cl

Corte Suprema (2013): rol N° 8393-12, disponible en www.poderjudicial.cl

Juzgado del Crimen (ex 22) (2011): rol N° 3.913- 2003, disponible en: www.poderjudicial.cl

CASO MÉMOLI VS. ARGENTINA

SENTENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

*Jaime Elgueta**

Introducción

Con fecha 22 de agosto de 2013, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (“Corte”) dictó sentencia en el caso “Mémoli vs. Argentina” (“sentencia”), en el que se debatieron temas altamente controvertidos en materia constitucional, tales como el estatuto de la libertad de expresión y de opinión; la aplicación de los principios de legalidad y retroactividad (en materia penal); algunas exigencias del derecho al debido proceso (“plazo razonable”); y el derecho de propiedad; entre otros.

En su sentencia, la Corte declaró que la República de Argentina no es responsable por la violación de los derechos a la libertad de pensamiento y expresión, consagrado en el artículo 13 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos (“Convención”), y de legalidad y retroactividad (artículo 9), en perjuicio de Carlos y Pablo Mémoli (“Mémoli” o “víctimas”), por la condena penal impuesta en su contra por las denuncias públicas en relación a la venta supuestamente irregular de nichos del cementerio local de la ciudad de San Andrés de Giles.

No obstante, la Corte concluyó que Argentina es responsable por la violación del derecho a la garantía judicial de “plazo razonable” (artículo 8.1), y de propiedad privada (artículo 21), en perjuicio de los señores Mémoli, en el marco del proceso civil que se sigue en su contra por más de quince años, y en el que se dictó la medida cautelar de “inhibición general para enajenar y gravar bienes” con el fin de garantizar el eventual pago que resultara del proceso civil.

El fallo en cuestión fue resuelto en votación cuatro contra tres en lo que concierne a los dos focos de discusión más controvertidos del caso (libertad de expresión y la aplicación de los principios de legalidad y

* Profesor ayudante de la Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile. Correo electrónico: jnelguet@uc.cl

retroactividad)¹, y por unanimidad en lo que concierne al derecho a un “plazo razonable” (debido proceso) y derecho de propiedad.

Las críticas al fallo no se hicieron esperar. En efecto, se lo ha calificado como un “gravísimo retroceso”² en la jurisprudencia de la Corte en materia de libertad de expresión, y que con él se afecta a “cientos de periodistas regionales que se encuentran en la mayor indefensión”³. Incluso, se han insinuado motivaciones políticas para explicar el contenido de la sentencia⁴.

El presente comentario de jurisprudencia comenzará describiendo los hechos del caso y el contenido de la sentencia, para luego analizarlos críticamente.

*Los hechos*⁵

I. ANTECEDENTES

El señor Carlos Mémoli era miembro, en 1990, de la Comisión Directiva de la Asociación Italiana de Socorros Mutuos, Cultural y Creativa “Porvenir de Italia” (“la Asociación”) ubicada en la ciudad de San Andrés de Giles, provincia de Buenos Aires. Pablo Carlos Mémoli, hijo del primero, es periodista y abogado, director del periódico *La Libertad*, fundado en 1945 en la misma ciudad.

En 1984 la Municipalidad de San Andrés de Giles otorgó a la Asociación una fracción de terreno del Cementerio Municipal en arrendamiento para la construcción de nichos. La Asociación ofreció estos nichos a sus asociados bajo la forma de contratos de compraventa.

Posteriormente, en 1990, Carlos Mémoli denunció penalmente a tres de los miembros de la Comisión Directiva de la Asociación ante los tribunales penales, indicando que el

¹ Componen el voto de mayoría los jueces: Diego García-Sayán, Alberto Pérez Pérez, Roberto F. Caldas y Humberto Antonio Sierra Porto. El voto de minoría lo componen: Manuel E. Ventura Robles, Eduardo Vio Grossi y Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot.

² Carta publicada en el diario *El Mercurio*, de fecha 12 de noviembre de 2013.

³ Así lo sostuvo, durante la audiencia pública de fecha 8 de febrero de 2013, Catalina Botero, relatora especial para la libertad de expresión de la OEA.

⁴ Puede consultarse la entrevista realizada al entonces presidente de la Corte, Sr. Diego García-Sayán, por el periódico *El País* (existe versión en línea de ella).

⁵ Mayor detalle de los hechos puede consultarse en el capítulo VII de la sentencia Mémoli vs. Argentina, párrs. 63-112.

“ofrecimiento de los nichos constituía “el delito de estafa”, porque los terrenos donde se asienta el panteón de [la Sociedad Italiana] se encuentra[n] ubicado[s] en terrenos pertenecientes al dominio público”⁶⁻⁷.

No obstante la denuncia, el tribunal decidió sobreseer provisionalmente la causa por falta de méritos suficientes. Según el juez de la causa, a partir del conjunto de antecedentes se debía presumir que los imputados

“incurrieron en error jurídico excusable al instrumentar la tradición de nichos [...a través de contratos de compraventa] a causa de un asesoramiento equivocado”

y que por tanto “actuaron de buena fe, o sea, sin que mediara ardid o engaño o cualquier otra maquinación fraudulenta”. No obstante ello, el juez reconoció que “a principios se acordó sobre un contrato de objeto imposible, naturalmente inválido”⁸. La apelación interpuesta contra esta decisión fue rechazada ese mismo año.

En paralelo a ello, los señores Mémoli interpusieron una denuncia ante el Instituto Nacional de Acción Mutua para que se investigara a la Asociación y a sus directivos por supuestas irregularidades contables en el manejo de los fondos. Dicha solicitud también fue rechazada⁹.

Conviene destacar que durante y después de los hechos narrados los Mémoli participaron de emisiones radiales y realizaron varias publicaciones en *La Libertad* en las que denunciaron estos hechos, las que calificaron como “irregularidades o incumplimientos de la normativa vigente por parte de dicha directiva”¹⁰.

II. EL PROCESO PENAL CONTRA LOS MÉMOLI

En abril de 1992 los tres directivos denunciados por Carlos Mémoli interpusieron una querrela por injurias y calumnias en contra de los Mémoli, a quienes acusaron de haber iniciado una “campana de desprestigio” en su contra. Dicha campana se habría plasmado en más de veinte documentos (artículos de periódico, cartas, etc.) y en intervenciones radiales donde

⁶ Caso Mémoli vs. Argentina, párr. 69.

⁷ Conviene mencionar que para ese entonces Carlos Mémoli se encontraba suspendido de su calidad de miembro de la Asociación tras un altercado entre él y su señora y otros miembros de ella.

⁸ Caso Mémoli vs. Argentina,, párr. 70.

⁹ Para esas alturas Carlos Mémoli y su señora ya habían renunciado a su calidad de socios de la Asociación.

¹⁰ Caso Mémoli vs. Argentina, párr. 73.

los Mémoli se refirieron a la dirección de la Asociación y al caso de los nichos.

En primera instancia el juzgado decidió condenar a los Mémoli por el delito de injuria, argumentando que se estaba “desacreditando por medio de conjeturas a los querellantes” y que existió

“*animus injuriandi* [porque] hubo intención y comprensión de decir lo que se dijo y en la forma en que quedó expresado, lo cual sirve para, por lo menos, intentar el descrédito de los nombrados ante la sociedad. Fundamentalmente porque se puede opinar sin llegar a estos extremos”,

entre otras varias consideraciones¹¹.

En vista de lo anterior el tribunal condenó a Carlos Mémoli y a Pablo Carlos Mémoli a la pena de uno y cinco meses de prisión en suspenso respectivamente. El tribunal de apelación confirmó esta sentencia en todos sus términos (diciembre de 1995).

Menester es señalar que tanto el tribunal de primera como el de segunda instancia rechazaron los argumentos presentados por los imputados en orden a que sus expresiones estarían protegidas por la “libertad de prensa” (en el caso de Pablo Carlos Mémoli) y que versarían sobre materias de “interés público”.

Además, todos los recursos interpuestos por los Mémoli con posterioridad fueron desechados¹².

III. EL PROCESO CIVIL CONTRA LOS MÉMOLI Y LA MEDIDA CAUTELAR

En diciembre de 1997 los querellantes en el proceso penal interpusieron acción de indemnización por daños y perjuicios en contra de los Mémoli en base a las condenas penales antes aludidas.

Si bien durante dicho proceso se arribó a un acuerdo extrajudicial con dos de los tres querellantes, lo verdaderamente característico del proceso ha sido su inusual extensión (al menos quince años de tramitación en primera instancia). En efecto, y a modo ejemplar, podemos señalar que el proceso estuvo detenido por casi cuatro años, en los que se discutió la forma en que la demanda fue presentada, y que sólo en 2003 se pudo recibir la causa a prueba. Es más, hasta la fecha de la dictación de la sentencia por la Corte no se había concluido el término probatorio en el proceso civil¹³.

¹¹ Caso Mémoli vs. Argentina, párr. 77 y siguientes de la sentencia. También se puede consultar la sentencia del Juzgado en lo Criminal y Correccional N° 7 del Departamento Judicial de Mercedes de 29 de diciembre de 1994, causa N° 71.114.

¹² *Op. cit.*, párrs. 89 y 90.

¹³ *Op. cit.*, párr. 108.

En otro orden de ideas conviene destacar que, desde 1996, pende sobre los Mémoli una “inhibición general para vender o gravar bienes” de su patrimonio. Dicha prohibición fue dictada durante el proceso penal en contra de los Mémoli, y si bien fue suspendida durante un breve periodo de tiempo, fue decretada nuevamente en 2001 y se mantuvo vigente hasta la fecha de la sentencia.

IV. REFORMA A LOS DELITOS DE INJURIA Y CALUMNIA

El 18 de noviembre de 2009 se sancionó en Argentina la ley 26.551, mediante la cual se reformaron los artículos del Código Penal relativos a los delitos de injurias y calumnias. Dicha reforma tuvo como antecedente la sentencia de la Corte Interamericana en el caso *Kimel vs. Argentina* de fecha 2 de mayo de 2008, en la cual la Corte ordenó al estado trasandino corregir la falta de precisión con la cual se tipificaban los delitos de injuria y calumnias¹⁴. Además, dicha ley eliminó la pena privativa de libertad por la perpetración de estos delitos, y excluyó de toda sanción penal las expresiones relacionadas a asuntos de interés público o que no sean asertivas¹⁵.

En vista de lo anterior, los Mémoli interpusieron sendos recursos ante la justicia argentina para que se los absolviera de sus condenas, y para que se remitiera dicha absolución al juez que estaba conociendo del juicio

¹⁴ Corte IDH, *Kimel vs. Argentina* (2008) párr. 63.: “La Corte ha señalado que “es la ley la que debe establecer las restricciones a la libertad de información”. En este sentido, cualquier limitación o restricción debe estar prevista en la ley, tanto en sentido formal como material. Ahora bien, si la restricción o limitación proviene del derecho penal, es preciso observar los estrictos requerimientos característicos de la tipificación penal para satisfacer en este ámbito el principio de legalidad. Así, deben formularse en forma expresa, precisa, taxativa y previa. El marco legal debe brindar seguridad jurídica al ciudadano”. Para más adelante señalar: “En razón de lo anterior y teniendo en cuenta las manifestaciones formuladas por el Estado acerca de la deficiente regulación penal de esta materia, la Corte considera que la tipificación penal correspondiente contraviene los artículos 9 y 13.1 de la Convención, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma” (*op. cit.*, párr. 67).

¹⁵ El artículo 1° de la ley en comento señala: Sustitúyase el artículo 109 del Código Penal de la Nación, por el siguiente: Artículo 109: La calumnia o falsa imputación a una persona física determinada de la comisión de un delito concreto y circunstanciado que dé lugar a la acción pública, será reprimida con multa de pesos tres mil (\$ 3.000.-) a pesos treinta mil (\$ 30.000.-). En ningún caso configurarán delito de calumnia las expresiones referidas a asuntos de interés público o las que no sean asertivas. Por su parte, el artículo 2° dispone: Sustitúyese el artículo 110 del Código Penal de la Nación, por el siguiente: Artículo 110: El que intencionalmente deshonorare o desacreditare a una persona física determinada será reprimido con multa de pesos mil quinientos (\$ 1.500.-) a pesos veinte mil (\$ 20.000.-). En ningún caso configurarán delito de injurias las expresiones referidas a asuntos de interés público o las que no sean asertivas. Tampoco configurarán delito de injurias los calificativos lesivos del honor cuando guardasen relación con un asunto de interés público.

civil. No obstante ello, dichos recursos fueron desestimados en razón de que las penas ya se habrían cumplido, encontrándose “agotadas”, y porque tampoco se habría probado la causal de “interés público”.

La sentencia

I. PROCEDIMIENTO ANTE LA COMISIÓN Y EXCEPCIONES PRELIMINARES

La sentencia tiene como antecedente la petición que presentaron los Mé-moli a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (“Comisión”) en febrero de 1998. Ella fue declarada admisible en junio de 2008, emitiendo la Comisión su *Informe de Fondo* en julio de 2011. En dicha oportunidad, la Comisión estimó que Argentina había violado los derechos contenidos en los artículos 8.1 (“plazo razonable”)¹⁶ y 13 (libertad de expresión y pensamiento)¹⁷ de la Convención en perjuicio de las víctimas¹⁸.

Posteriormente, y tras haber recibido el informe respectivo del Estado argentino, la Comisión decidió remitir el asunto a la Corte.

Lo primero que tuvo que hacer la Corte fue analizar las excepciones preliminares interpuestas por Argentina¹⁹. Dichas excepciones fueron:

¹⁶ Dispone la norma citada: Artículo 8. Garantías Judiciales: 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

¹⁷ Artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión: 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir, y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

¹⁸ La Comisión recomendó al Estado de Argentina: (i) dejar sin efecto las condenas penales impuestas contra las víctimas y todas las consecuencias que de ellas se deriven; (ii) levantar inmediatamente la inhibición general de bienes contra las víctimas; (iii) adoptar todas las medidas necesarias para resolver el caso civil contra las víctimas de forma expedita e imparcial, salvaguardando los derechos consagrados en la Convención Americana; (iv) indemnizar a las víctimas por los daños pecuniarios y no pecuniarios causados; y (v) adoptar las medidas necesarias para impedir la repetición de situaciones similares respecto a la duración desproporcionada de los procesos civiles y medidas cautelares en las condiciones anotadas.

¹⁹ La Corte también desechó algunos “comentarios preliminares” esbozados por Argentina. Véanse párrafos 12 y siguientes.

i) la violación del debido proceso en el procedimiento ante la Comisión, ya que hubo un

“abuso inexcusable de la Comisión en relación al plazo de casi cuatro años que pasaron entre la presentación de la petición y la notificación al Estado”²⁰ y

ii) la falta de agotamiento de recursos internos, ya que se encontraba pendiente de decisión un recurso interpuesto por los Mémoli en Argentina con ocasión de la sanción de la ley 26.551.

La primera de las excepciones fue desechada por la Corte en atención a que ni la Convención ni el Reglamento de la Comisión contemplan un plazo explícito en esta materia. Además, la Corte señaló que si se aceptara la argumentación del Estado se

“estaría poniendo en juego el derecho de petición de las presuntas víctimas, establecido en el artículo 44 de la Convención, por acciones u omisiones de la Comisión Interamericana sobre las cuales las presuntas víctimas no tienen ningún tipo de control”²¹.

Por último, la Corte señaló que Argentina no habría probado de qué modo esta demora habría afectado su derecho de defensa²².

Respecto de la “falta de agotamiento de recursos internos”, la Corte desechó la postura del Estado en atención a que la interposición del recurso por los Mémoli constituía un hecho posterior a la petición inicial ante la Comisión, y porque la excepción no habría sido alegada oportunamente²³.

II. LIBERTAD DE EXPRESIÓN

No obstante que el análisis de la libertad de expresión en éste y en otros casos ante la Corte será efectuado con mayor detenimiento en el punto IV de este comentario, conviene por el momento decir algunas breves palabras sobre lo que sentenció la Corte en fallo que estudiamos, a fin de tener un panorama completo sobre la sentencia y su estructura.

En lo que respecta a la libertad de pensamiento y expresión, la Comisión y las víctimas señalaron que Argentina habría violado este derecho en, al menos, dos sentidos. En primer lugar, porque tras el caso Kimel queda en evidencia que el delito de injurias existente al momento de sancionar a los Mémoli era incompatible con la Convención. En efecto, debemos

²⁰ Caso *Mémoli vs. Argentina*, párr. 20.

²¹ *Op. cit.*, párr. 32.

²² *Op. cit.*, párrs. 38-42.

²³ *Op. cit.*, párrs. 43-51.

recordar que los Mémoli fueron sancionados con penas privativas de libertad por sus expresiones, cuestión que la Corte declaró incompatible con la Convención en el caso Kimel. Según la Comisión y las víctimas, aquí no se cumpliría con lo dispuesto en el artículo 13.2 de la Convención. Conforme dicha disposición la libertad de expresión puede ser limitada, entre otros supuestos, cuando las sanciones están “expresamente fijadas por la ley”, requisito que no se cumpliría en el caso en cuestión.

En segundo lugar, la Comisión y las víctimas señalaron que la pena impuesta violaba la libertad de expresión, por cuanto los hechos denunciados sí trataban sobre asuntos de “interés público”, razón por la cual las expresiones vertidas no eran condenables. Según su opinión, el hecho de que fueran particulares quienes administraban los nichos del cementerio “de ninguna manera disminuye el genuino interés de la sociedad en saber si tales bienes están siendo administrados adecuadamente”²⁴. Además, el carácter “público” de los hechos se evidenciaría en el hecho de que las expresiones versaban sobre la eventual comisión de delitos.

Tras resaltar el valor que posee la libertad de expresión en una sociedad democrática, y al fijar la controversia como un conflicto entre el derecho a la honra y la libertad de opinión, la Corte señala:

“lo que corresponde a este Tribunal es examinar si al establecerse responsabilidades ulteriores a los señores Mémoli por el ejercicio de su libertad de expresión, el Estado respetó y garantizó los requisitos convencionales al respecto”²⁵.

Para ello, la Corte señala:

“el artículo 13.2 de la Convención Americana establece que las responsabilidades ulteriores por el ejercicio de la libertad de expresión, deben cumplir con los siguientes requisitos de forma concurrente: (i) estar previamente fijadas por ley, en sentido formal y material; (ii) responder a un objetivo permitido por la Convención Americana (“el respeto a los derechos o a la reputación de los demás” o “la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”), y (iii) ser necesaria en una sociedad democrática (para lo cual deben cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad)”²⁶.

Luego se aboca a analizar cada uno de estos requisitos.

Respecto de los dos primeros requisitos, que la Corte analiza conjuntamente, ella señala que los Mémoli fueron condenados por un delito

²⁴ Caso Mémoli vs. Argentina, párr. 114.

²⁵ *Op. cit.*, párr. 129.

²⁶ *Op. cit.*, párr. 130.

que sí estaba tipificado en la legislación argentina, y que en oposición a lo señalado por la Comisión “en el caso Kimel este Tribunal no consideró incompatible con la Convención Americana los delitos de injuria y calumnia en sentido general”²⁷, sino que sencillamente impugnó la falta de precisión con que dichos delitos se encontraban tipificados en dicho país, imprecisión que no afectaría a los Mémoli en el caso concreto. En relación con el “fin legítimo” exigido por el artículo 13.2, la Corte se limita a señalar que las penas impuestas “obedecían a un objetivo permitido en la Convención (la protección de la reputación de los demás)”²⁸.

Respecto del requisito de *necesidad*, la Corte señala que su labor es

“verificar si las autoridades estatales han realizado una ponderación razonable y suficiente entre ambos derechos en conflicto [libertad de expresión y derecho a la honra], sin necesariamente realizar una ponderación autónoma e independiente, salvo que las circunstancias particulares del caso lo requieran”²⁹.

Para ello, la Corte se remite al examen que habrían efectuado los tribunales locales en el caso en cuestión, afirmando que ellos se encontraban en mejor posición que ella para efectuar el análisis, concluyendo que aquellos habrían cumplido exitosamente su labor de ponderar los derechos en juego³⁰⁻³¹.

²⁷ Caso *Mémoli vs. Argentina*, párr. 133.

²⁸ *Op. cit.*, párr. 139.

²⁹ *Op. cit.*, párr. 140.

³⁰ “Al respecto, la Corte toma nota que las autoridades judiciales argentinas actuantes en el presente caso realizaron un examen de las expresiones de los señores Mémoli y su incidencia en el honor y la reputación de terceras personas. A juicio de este Tribunal, dicho examen constituyó una ponderación razonable y suficiente entre ambos derechos en conflicto, que justificaba el establecimiento de responsabilidades ulteriores en su perjuicio. Dada la naturaleza del procedimiento ante la Corte, los particulares cuyo honor y reputación habrían sido afectados no han tenido participación en el mismo. Por tanto, este Tribunal considera que en el presente caso las autoridades judiciales internas estaban en mejor posición para valorar el mayor grado de afectación en un derecho u otro. Este Tribunal resalta que las expresiones calificadas como injuriosas fueron publicadas en un medio que llegaba a muchas más personas que a los miembros de la Asociación Mutual, por lo cual el honor y la reputación de los querellantes se vio posiblemente afectado ante una audiencia mucho mayor a aquella que podía verse beneficiada por dicha información. Además, teniendo en cuenta que las autoridades judiciales internas concluyeron que ciertos calificativos empleados por los señores Mémoli lesionaron innecesariamente la reputación de los querellantes, la Corte observa que el establecimiento de responsabilidades ulteriores en el presente caso constituye el cumplimiento por parte del Estado de la obligación establecida en el artículo 11.3 de la Convención (...).” (*Op. cit.*, párr. 143).

³¹ “En el presente caso, Carlos y Pablo Mémoli fueron condenados a un mes y cinco meses de prisión en suspenso, respectivamente. Es decir, el señor Carlos Mémoli fue condenado a la pena mínima de prisión que establecía la norma interna, mientras que el señor Pablo Mémoli

Finalmente, la Corte rechaza que las expresiones vertidas por los Mémoli constituyan supuestos de “interés público”, argumentando que los hechos en cuestión concernían a conflictos entre privados que sólo afectarían potencialmente a los miembros de la Asociación³². Además, la Corte vuelve a aplicar un criterio de deferencia a la hora de juzgar la labor de los tribunales argentinos³³.

Por todas estas consideraciones la Corte descarta que el Estado de Argentina haya violado el derecho a la libertad de pensamiento y expresión en perjuicio de las víctimas.

III. PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y RETROACTIVIDAD

Las víctimas alegaron que tras la modificación legislativa del año 2009 (caso Kimel), el Estado argentino habría violado el artículo 9 de la Convención al no aplicar la ley más benigna en su favor³⁴. Además, señalaron que Argentina habría obviado que la sentencia absolutoria que pedían era relevante por cuanto aún estaba pendiente el juicio de indemnización de perjuicios, el cual dependía “exclusivamente” de la sentencia penal dictada en su contra.

La Corte decidió rechazar los argumentos de las víctimas apoyándose en su razonamiento sobre la libertad de expresión. En efecto, como hemos tenido oportunidad de señalar, la Corte determinó que en el caso en cuestión no estaba involucrado el “interés público”, razón por lo cual la modificación de 2009 en nada alteraba la situación de las víctimas. Es por ello que la Corte declara:

fue condenado a menos de la mitad de la pena de prisión permitida (supra párrs. 131 y 132). En el presente caso, esta Corte observa que las sanciones impuestas a los señores Mémoli no fueron desmedidas ni manifiestamente desproporcionadas de manera que se afectara su derecho a la libertad de expresión”. (Caso Mémoli vs. Argentina, párr. 144).

³² “(...) este Tribunal nota que las denuncias y expresiones por las cuales fueron condenados los señores Mémoli se habrían producido en el contexto de un conflicto entre personas particulares sobre asuntos que, eventualmente, solo afectarían a los miembros de una Asociación Mutual de carácter privado, sin que conste que el contenido de dicha información tuviera una relevancia o impacto tal como para trascender a la sola Asociación y ser de notorio interés para el resto de la población de San Andrés de Giles”. (Mémoli vs. Argentina, párr. 146).

³³ “(...) Si bien es posible que determinada información sobre personas particulares u organizaciones privadas sea calificada como información de interés público, en el presente caso dos instancias judiciales internas analizaron y rechazaron este alegato, no considerándolo una razón suficiente para justificar las expresiones deshonrosas o desacreditantes contra la reputación de los querellantes”. (Op. cit., párr. 147).

³⁴ Recordemos que dicha ley eliminó las penas privativas de libertad para los delitos de injurias y calumnias. Los tribunales locales rechazaron aplicar el principio de retroactividad en favor de las víctimas por considerar que las penas se encontraban “agotadas”.

“la despenalización de las expresiones relativas a asuntos de interés público no aplicaría a la condena impuesta en contra de los señores Mémoli, en tanto las expresiones de estos no “guarda[rian] relación con un asunto de interés público”, como contempla el nuevo artículo 110 del Código Penal de Argentina”³⁵.

Curiosamente, la Corte nada dice sobre la relación entre el juicio civil y la sentencia penal, y la consecuente importancia de declarar a los Mémoli absueltos.

IV. GARANTÍA DE “PLAZO RAZONABLE” Y DERECHO DE PROPIEDAD

Tanto la Comisión como las víctimas alegaron que el plazo de quince años que ha demorado el juicio civil supone una afectación a la garantía del artículo 8.1 de la Convención. Si bien reconocieron que dicha demora se debe en parte a la actividad de las propias partes, argumentaron que las autoridades argentinas también han contribuido a dicha situación. En opinión de las víctimas, la extensión del plazo sumado a la existencia de una medida cautelar implican, también, una afectación a su derecho de propiedad.

La Corte acogió la argumentación de la Comisión y de las víctimas³⁶. En efecto, en su sentencia señala que es efectivo que el proceso civil lleva más de quince años de tramitación, y que desde antes de dicho proceso pesa sobre los Mémoli una medida cautelar de inhibición general para enajenar y gravar bienes. Si bien la Corte “reconoce que la cantidad de recursos intentados por las partes pudo haber dificultado el trabajo de las autoridades judiciales a cargo del caso”, lo cierto es que

“la naturaleza del proceso civil en el presente caso no involucra aspectos o debates jurídicos o probatorios que permitan considerar que el mismo es per se complejo”³⁷,

y que las partes

“estaban haciendo uso de medios de impugnación reconocidos por la legislación aplicable para la defensa de sus intereses en el proceso civil, lo cual per se no puede ser utilizado en su contra”³⁸.

³⁵ Caso *Mémoli vs. Argentina*, párr. 158.

³⁶ “La Corte usualmente ha considerado los siguientes elementos para determinar la razonabilidad del plazo del proceso judicial: a) complejidad del asunto; b) actividad procesal del interesado; c) conducta de las autoridades judiciales, y d) afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso”. (*Op. cit.*, párr. 172).

³⁷ *Op. cit.*, párr. 172.

³⁸ *Op. cit.*, párr. 174.

A lo anterior se debe agregar que, según la legislación argentina, el juicio de indemnización por delitos o cuasidelitos se tramita en procedimiento sumario³⁹, que “es el Estado, a través de sus autoridades judiciales, quien debe conducir el proceso”⁴⁰, y que

“las autoridades judiciales internas no previeron la posibilidad de moderar el impacto de la duración del proceso civil en la facultad de las presuntas víctimas de disponer sus bienes, ni tomaron en cuenta que, según la legislación argentina el juez, para evitar perjuicios o gravámenes innecesarios al titular de los bienes, podrá disponer una medida precautoria distinta de la solicitada, o limitarla, teniendo en cuenta la importancia del derecho que se intentare proteger”⁴¹.

Por estas razones la Corte declara que Argentina ha violado la garantía de plazo razonable y el derecho de propiedad de los Mémoli⁴².

V. REPARACIONES

En vista de todo lo anterior la Corte:

- i) declara que no corresponde indemnización por la supuesta transgresión a la libertad de expresión de las víctimas, por cuanto no se ha verificado violación a dicho derecho;
- ii) ordena que se levante la medida cautelar impuesta a los Mémoli y que se tomen todas las medidas necesarias para resolver el juicio civil de la forma más expedita e imparcial posible;
- iii) ordenó al Estado de Argentina la publicación de la sentencia;
- iv) concedió una indemnización de US\$ 15.000 a cada uno de los Mémoli por concepto de daño inmaterial por la violación de las garantías de “plazo razonable” y derecho de propiedad⁴³; y
- v) ordenó al Estado cancelar la suma de US\$ 8.000 por concepto de costas y gastos en el litigio.

³⁹ Caso Mémoli vs. Argentina, Párr. 172.

⁴⁰ *Op. cit.*, párr. 176.

⁴¹ *Op. cit.*, párr. 180.

⁴² “En definitiva, para la Corte la duración por más de quince años de un proceso civil de daños y perjuicios de naturaleza sumaria, fundamentado en una sentencia penal por un delito de injurias, aunado a la vigencia durante todo ese tiempo de una inhibición general de enajenar y gravar bienes, sobrepasa excesivamente el plazo que pudiera considerarse razonable para que el Estado resolviese un caso de esta naturaleza y afecta, de una manera desproporcionada, el derecho a la propiedad de los señores Mémoli”. (*Op. cit.*, párr. 183).

⁴³ La Corte declara que los Mémoli no han acreditado ningún daño “material” verificable que pueda ser indemnizado.

VI. CONCURRENCIAS Y DISIDENCIAS

El fallo cuenta con dos votos concurrentes, uno del presidente de la Corte, Diego García-Sayán, y otro del juez Alberto Pérez Pérez. Dichos votos se limitan a reiterar los argumentos esgrimidos por la Corte, y a hacer pequeñas acotaciones adicionales. Lo anterior se debe, pensamos, a que los jueces estaban conscientes de que se trataba de un fallo polémico y complejo, lo que motivaría la redacción de estas defensas “adicionales” para darle mayor sustento a lo resuelto por la mayoría.

Adicionalmente, el fallo cuenta con el voto disidente de los jueces Manuel E. Ventura Robles, Eduardo Vio Grossi y Eduardo Ferrer MacGregor Poisot. La importancia de este voto es doble: en primer lugar, refleja la falta de consenso al interior de la Corte (la mayoría gana por la más estrecha votación); y, en segundo lugar, sirve de apoyo a todos quienes quieran criticar el fallo, puesto que la minoría sí consideró conculcadas las garantías de libertad de expresión y de legalidad y retroactividad. El voto minoritario será analizado en el apartado siguiente.

IV. Comentario

En el presente apartado nos concentraremos en el estudio de lo resuelto por la Corte en materia de libertad de expresión y pensamiento. Lo anterior, puesto que ha sido éste el punto que ha encendido mayor polémica en los momentos posteriores al fallo, además de ser el que ofrece mayores posibilidades de análisis por su extensión y profundidad. Apoyaremos nuestra opinión en fallos de la propia Corte, así como en los de otros tribunales cuando sea pertinente. Además, haremos referencia al voto de minoría cuando lo amerite.

I. ¿RETROCESO PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN?

Como hemos señalado en la introducción, el fallo “Mémoli” ha abierto un debate acerca de la situación de la libertad de expresión en la región. Algunos han manifestado que con él la Corte echó pie atrás en lo que venía siendo su jurisprudencia en estas materias, mientras que otros han apuntado a las diferencias que existirían entre este fallo y la sentencia Kimel de la misma Corte.

A continuación intentaremos dilucidar si dichas imputaciones son efectivas, sobre todo teniendo en mente que de la lectura del fallo –así como de los fallos concurrentes– se advierte un intento consciente de la

Corte por enmarcar la sentencia de modo coherente con la jurisprudencia favorable que ha venido teniendo la libertad de expresión en el sistema interamericano de derechos humanos, así como de demarcar nítidamente las diferencias entre este fallo y la sentencia Kimel. Para ello, nos centraremos en los puntos más importantes de la sentencia.

a. Breve comentario sobre la importancia de la libertad de expresión en una sociedad democrática

Lo primero que conviene señalar es que, desde su más temprana jurisprudencia, los órganos del sistema interamericano de derechos humanos han reconocido el valor que tiene la libertad de expresión en las sociedades democráticas. En efecto, ya en 1987 la Comisión había declarado que: “la libertad de expresión y difusión del pensamiento es una de las más sólidas garantías de la democracia moderna”⁴⁴. Esta afirmación aparece reflejada, también, en varios pronunciamientos de la Corte⁴⁵.

El papel fundamental de esta garantía en el desarrollo democrático de los pueblos aparece explícitamente consagrado en diversos instrumentos internacionales. Es así como la Carta Democrática Interamericana establece que:

“Son componentes fundamentales del ejercicio de la democracia la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, el respeto por los derechos sociales y la *libertad de expresión y de prensa*” (destacados son nuestros).⁴⁶

A mayor abundamiento, la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión señala:

“La libertad de expresión, en todas sus formas y manifestaciones, es un derecho fundamental e inalienable, inherente a todas las personas. Es, además, un requisito indispensable para la existencia misma de una sociedad democrática”⁴⁷.

⁴⁴ Resolución N° 14/87 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Caso 9642, de fecha 28 de marzo de 1987.

⁴⁵ Corte IDH, Caso Perozo y otros vs. Venezuela (2009) párr. 116 y Olmedo Bustos y otros vs. Chile (2001) párr. 68.

⁴⁶ Artículo 4 de la Carta, firmada en septiembre de 2001, en Lima, Perú.

⁴⁷ Aprobada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos durante su 108° período ordinario de sesiones en octubre del año 2001.

No es de extrañar, entonces, que uno de los votos concurrentes –si bien no la sentencia misma– vuelva sobre esta idea⁴⁸, a fin de reforzar la estrecha vinculación que existiría entre estas dos ideas.

b. Libertad de expresión vs. honra

Como ya hemos tenido oportunidad de señalar más atrás, la Corte no titubea en calificar el asunto sometido a su conocimiento como un conflicto entre la libertad de expresión de los Mémoli y el derecho a la honra de los directivos de la Asociación. Además, la Corte señala que este conflicto se deberá solucionar acudiendo al test de proporcionalidad⁴⁹. Lo que uno esperaría, por tanto, es que la Corte intentara describir cómo el derecho a la honra de los directivos, en el caso concreto y a la luz de los principios y artículos de la Convención, prima por sobre la libertad de expresión de los Mémoli, todo ello según las exigencias del test ya aludido. La lectura del fallo, sin embargo, conduce a concluir que la Corte no realiza esta tarea.

En efecto, prueba de lo que aquí hemos denunciado es que la Corte, al contrario de lo que promete, no efectúa ningún análisis ponderativo entre la libertad de expresión y la honra, sino que conduce su examen a una verificación sobre el cumplimiento de los requisitos contemplados en el artículo 13.2 de la Convención. El análisis, por lo tanto, no consiste en sopesar ambos derechos, sino que en realidad supuso revisar si la medida impuesta por el Estado (sanción penal) era o no legítima a la luz de los requisitos contemplados en la norma ya aludida.

Sólo teniendo ello en mente se entiende por qué, a pesar de describir el asunto como un supuesto conflicto de derechos, la Corte señala:

⁴⁸ El voto concurrente del presidente de la Corte señala: “En su jurisprudencia constante, la Corte ha reafirmado que la libertad de expresión es un derecho fundamental en una sociedad democrática”.

⁴⁹ “Tanto la libertad de expresión como el derecho a la honra, derechos ambos protegidos por la Convención, revisten suma importancia, por lo cual es necesario garantizar ambos derechos, de forma que coexistan de manera armoniosa. El ejercicio de cada derecho fundamental tiene que hacerse con respeto y salvaguarda de los demás derechos fundamentales. En ese proceso de armonización le cabe un papel medular al Estado buscando establecer las responsabilidades y sanciones que fueren necesarias para obtener tal propósito. La necesidad de proteger los derechos que pudieran verse afectados por un ejercicio abusivo de la libertad de expresión, requiere la debida observancia de los límites fijados a este respecto por la propia Convención. La solución del conflicto que se presenta entre ambos derechos requiere de una ponderación entre los mismos, a través de un juicio de proporcionalidad, para lo cual deberá examinarse cada caso, conforme a sus características y circunstancias, a fin de apreciar la existencia e intensidad de los elementos en que se sustenta dicho juicio”. Caso *Mémoli vs. Argentina*, párr. 127.

“lo que corresponde a este Tribunal es examinar si al establecerse responsabilidades ulteriores a los señores Mémoli por el ejercicio de su libertad de expresión, el Estado respetó y garantizó los requisitos convencionales al respecto”⁵⁰.

Y que:

“el artículo 13.2 de la Convención Americana establece que las responsabilidades ulteriores por el ejercicio de la libertad de expresión deben cumplir con los siguientes requisitos de forma concurrente: (i) estar previamente fijadas por ley, en sentido formal y material; (ii) responder a un objetivo permitido por la Convención Americana (“el respeto a los derechos o a la reputación de los demás” o “la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”), y (iii) ser necesaria en una sociedad democrática (para lo cual deben cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad)”⁵¹.

A mayor abundamiento, es por estas razones que la honra es escasamente mencionada en la sentencia. En efecto, la Corte alude a ella sólo dos veces; una para señalar de modo abstracto qué entiende por este derecho⁵², y otra para afirmar que el requisito de “fin legítimo” exigido por el artículo 13.2 se cumple cuando el Estado busca limitar la libertad de expresión en miras a la protección de la honra de terceros.

Pensamos que el error denunciado es precisamente el que tuvo en mente el voto de disidencia. En su voto, los jueces que componen la minoría declaran expresamente que la Corte habría entendido mal el verdadero objeto del conflicto. A su entender,

“en este litigio no se trata (...) de resolver un conflicto entre el derecho previsto en el citado artículo 11 y el contemplado en el artículo 13 de la Convención”,

⁵⁰ Caso Mémoli vs. Argentina, párr. 129.

⁵¹ *Op. cit.*, párr. 130.

⁵² La Corte declara: “El artículo 11 de la Convención establece, en efecto, que toda persona tiene derecho a la protección de su honra y al reconocimiento de su dignidad. La Corte ha señalado que el derecho a la honra “reconoce que toda persona tiene derecho al respeto de su honra, prohíbe todo ataque ilegal contra la honra o reputación e impone a los Estados el deber de brindar la protección de la ley contra tales ataques. En términos generales, este Tribunal ha indicado que el derecho a la honra se relaciona con la estima y valía propia, mientras que la reputación se refiere a la opinión que otros tienen de una persona”. *Op. cit.*, párr. 124.

ni “tampoco el objeto del presente caso es determinar si los tribunales internos competentes podían imponer responsabilidades o sanciones ulteriores a los Mémoli”,

sino que en realidad se trata de determinar si dichas sanciones

“eran o fueron necesarias, a juicio de la Corte y conforme a la Convención, para asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de sus querellantes”.

Como podemos apreciar, una primera observación que puede formularse a la sentencia en estudio es que ella no precisa bien su objeto. En efecto, la Corte presenta el litigio como un supuesto conflicto entre derechos, pero termina analizando la legalidad de la medida impuesta por el Estado a la luz de la Convención, prescindiendo casi por completo de cualquier referencia a uno de los derechos en conflicto (honra). Más grave aun es que, como demostraremos en el siguiente punto, la Corte tampoco es clara al momento de ejecutar este último ejercicio.

c. Proporcionalidad y necesidad

Ya hemos dicho que el análisis principal de la Corte consiste en revisar si la medida impuesta por el Estado argentino a los Mémoli cumple o no con los requisitos establecidos en el artículo 13.2 de la Convención. Hemos dicho, además, que la Corte da por cumplidos los dos primeros requisitos simplemente afirmando que el delito de injurias por el cual fueron sancionadas las víctimas sí estaba contemplado en la legislación de ese país, y que dicha restricción perseguía una finalidad amparada por el sistema interamericano (protección de la honra).

Lo verdaderamente interesante, sin embargo, es analizar cómo la Corte examina el cumplimiento del último de los requisitos contemplados en el artículo aludido: “necesidad para una sociedad democrática de la medida restrictiva de la libertad de expresión”. En palabras de dicho tribunal, el examen de este requisito supone verificar si se cumplen los requisitos de “idoneidad”, “necesidad” y “proporcionalidad”.

Previo a entrar en dicho análisis, la Corte afirma la compatibilidad “teórica” de las medidas penales con la Convención. Es así como señala:

“la Corte reitera su jurisprudencia constante en el sentido de que no estima contraria a la Convención cualquier medida penal a propósito de la expresión de informaciones u opiniones”⁵³

⁵³ Caso *Mémoli vs. Argentina*, párr. 126.

y que: “en el caso Kimel este Tribunal no consideró incompatibles con la Convención Americana los delitos de injuria y calumnia en sentido general”⁵⁴. Lo anterior determina que lo verdaderamente incompatible con la Convención no es la pena misma, sino su falta de “necesidad”.

Sin embargo, y al igual que en el caso analizado en el punto anterior, la Corte no realiza por sí misma el examen del asunto que indica. En efecto, ella simplemente se remite a lo resuelto y reflexionado por los tribunales argentinos, dando por cumplido el requisito en cuestión, sin efectuar un estudio autónomo a la luz de la Convención y los principios que la inspiran.

Manifestación clara de lo anterior es que la Corte señala que en el caso en estudio ella

“debe verificar si las autoridades estatales han realizado una ponderación razonable y suficiente entre ambos derechos en conflicto, sin necesariamente realizar una ponderación autónoma e independiente, salvo que las circunstancias particulares del caso lo requieran”,

concluyendo:

“la Corte constata que las expresiones de los señores Mémoli fueron examinadas en detalle por las autoridades judiciales internas al momento de establecerse la condena penal en su contra”⁵⁵.

Pensamos que posiblemente, al obrar de este modo, la Corte pasó por inadvertidas ciertas consideraciones que quizás habrían modificado su juicio sobre el caso.

En primer lugar, si la Corte hubiera verificado por sí misma la “proporcionalidad” de la medida impuesta a los Mémoli quizás habría notado que no necesariamente se cumplen en el caso todos los requisitos del “test de proporcionalidad”. Como es bien sabido, para que una afectación a un derecho fundamental pueda estimarse “legítima” (proporcional) es necesario que ella satisfaga las siguientes condiciones:

- a) debe perseguir una finalidad legítima;
 - b) debe ser adecuada o idónea para la promoción de dicho objetivo legítimo;
 - c) debe ser necesaria, y entre varias alternativas de intervención debe preferirse la que afecte menos a los derechos involucrados
- y

⁵⁴ Caso Mémoli vs. Argentina, párr. 133.

⁵⁵ *Op. cit.*, párrs. 140-141.

d) debe ser proporcional en sentido estricto, es decir, la gravedad de la intervención ha de ser la adecuada al objetivo de la intervención⁵⁶⁻⁵⁷.

Si bien la medida adoptada por Argentina (sanción penal) cumple en principio con los dos primeros requisitos del “test”, no es tan claro que satisfaga el tercero de ellos. Como ha señalado un autor,

“el principio de necesidad atiende a la relación entre medios empleados y fines perseguidos. Una medida no es necesaria si el mismo fin perseguido con ella pudo haberse logrado a través de una alternativa menos gravosa”⁵⁸.

Pues bien, en este caso cabe preguntarse, ¿podría el Estado argentino haber conseguido el fin que se proponía (protección de la honra) empleando medios menos drásticos que la pena privativa de libertad? ¿Existen alternativas menos gravosas?

Pensamos que sí. En efecto, la protección de la honra y los derechos de terceros se puede conseguir fácilmente acudiendo a otras medidas de prevención o reparación, como lo es, por ejemplo, la sanción civil (pecuniaria). Esta sola alternativa es menos gravosa que la pena privativa de libertad. Sin embargo, la Corte no parece reparar en este hecho.

A lo anterior debemos agregar que incluso fue el propio Estado argentino quien determinó, mediante la sanción de la ley 26.551, que la sola imposición de multas civiles basta para proteger la honra y otros derechos de terceros. Ello es coherente, además, con lo que han manifestado los propios órganos del sistema interamericano. Si se revisa la Declaración de Principios Sobre la Libertad de Expresión, se advierte que su principio décimo declara:

“Las leyes de privacidad no deben inhibir ni restringir la investigación y difusión de información de interés público. La protección a la reputación debe estar garantizada sólo a través de sanciones civiles, en los casos en que la persona ofendida sea un funcionario público o persona pública o particular que se haya involucrado voluntariamente en asuntos de interés público (...)”.

A mayor abundamiento la Comisión, interpretando lo dispuesto en el principio recién transcrito, ha dicho:

⁵⁶ Eduardo ALDUNATE L, *Derechos fundamentales*, p. 264.

⁵⁷ Rainer ARNOLD, “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, p. 71.

⁵⁸ ALDUNATE L, *op. cit.*, p. 265.

“(…) la obligación del Estado de proteger los derechos de los demás se cumple estableciendo una protección estatutaria contra los ataques intencionales al honor y a la reputación mediante acciones civiles y promulgando leyes que garanticen el derecho de rectificación o respuesta. En este sentido, el Estado garantiza la protección de la vida privada de todos los individuos sin hacer un uso abusivo de sus poderes coactivos para reprimir la libertad individual de formar opinión y expresarla”⁵⁹.

Como podemos apreciar, no es tan claro que la medida impuesta por Argentina satisfaga el “test de proporcionalidad” que la propia Corte declaró aplicable al caso.

En segundo lugar, al remitirse en términos casi absolutos a lo resuelto por la justicia local la Corte ha olvidado que su papel no es revisar si la ponderación efectuada por los tribunales argentinos es o no compatible con la legislación de dicho país, sino si ella lo es con la Convención. Esto es precisamente lo que reprocha el voto disidente al señalar:

“sin embargo, esa ponderación no es realizada de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 13 de la Convención, sino evidentemente acorde al derecho interno del Estado. A este respecto, es necesario reiterar que el asunto a resolver en autos es si el juez penal nacional, al conocer y fallar en este asunto, realizó un correcto control de convencionalidad sobre la necesidad de las responsabilidades para asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, es decir, no si se aplicó correctamente la sanción penal conforme al derecho interno del Estado, sino si lo hizo de acuerdo con lo previsto en el artículo 13 de la Convención. Y ello no ocurrió así”.

Como vemos, al apoyarse en lo resuelto al interior del Estado la Corte ha olvidado analizar la situación conforme a su propia normativa, lo que sí ha hecho en otros casos sometidos su conocimiento⁶⁰.

Finalmente, pensamos que la remisión a la que hemos estado aludiendo impidió que la Corte incorporara en su razonamiento algunas consideraciones que ha utilizado en otros casos de conflictos entre la libertad de expresión y honra, y que ahora, sin embargo, omite por completo. Sólo a modo ejemplar podemos señalar que la Corte ha manifestado, en varias oportunidades y apoyándose en lo resuelto por la Corte Europea de Derechos Humanos⁶¹, que la libertad de expresión no sólo protege aquellas expresiones que son reputadas como “inofensivas” o “indiferentes”, sino

⁵⁹ La interpretación de los principios de la Declaración pueden encontrarse en www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=132&lID=2.

⁶⁰ Corte IDH, *Kimel vs. Argentina* (2008), párrs. 81-95.

⁶¹ Véase, a modo ejemplar, Corte Europea de Derechos Humanos, 1992, N° 11798/85.

que también aquellas que “ofenden”, “resultan chocantes” o “perturban”. Dicho razonamiento, no obstante estar presente en varias sentencias de la Corte⁶², es absolutamente prescindido en el caso que estudiamos.

d. Interés público

Ya hemos señalado que la Corte no consideró involucrado el interés público en el caso que estudiamos. Para ello, el tribunal tuvo en mente que sólo se trataría de un conflicto entre “privados” (los Mémoli y los directivos de la Asociación), y que las consecuencias de dicha disputa sólo afectarían potencialmente a los miembros de dicha Asociación (mas no a la comunidad de San Andrés de Giles). Respaldó su opinión en el hecho de que los tribunales locales tampoco habrían visto envuelto el interés público.

Hemos señalado, además, que a partir de esta consideración la Corte decide no aplicar el principio de retroactividad en materia penal, ya que a su juicio las modificaciones introducidas por la ley 26.551 no serían aplicables a los Mémoli, por cuanto las expresiones por ellos emitidas no concernirían asuntos de interés público, no siéndoles aplicable, por tanto, la exoneración introducida por dicha ley.

A nuestro juicio, la opinión de la Corte no resulta del todo satisfactoria. En efecto, no es tan claro que las opiniones vertidas por las víctimas carezcan de cualquier interés social. En primer lugar, porque se trataba de un asunto que concernía al municipio de la ciudad de San Andrés de Giles (cosa que la Corte parece descartar por completo); en segundo lugar, porque los nichos cuya venta se impugnaba se encontraban radicados en el cementerio municipal (bien comunal); en tercer lugar, porque a la fecha en que se efectuaron las declaraciones cuestionadas la Asociación tenía más de trescientos socios (lo que descarta la tesis de que se trataría de un grupo reducido de personas las potencialmente interesadas)⁶³ y, finalmente, porque la Corte ha definido con bastante amplitud qué debe entenderse por interés público, como veremos a continuación.

Tratando de describir lo que ella entiende por interés público, la Corte ha señalado que dicho concepto no se limita únicamente a aquellos asuntos que involucren a agentes u órganos del Estado, sino que también recoge aquellos hechos o circunstancias respecto de los cuales la sociedad tenga un “legítimo interés” o que “afecten derechos o intereses generales”. Concordante con ello, la Corte nos señala:

⁶² Corte IDH, *Kimel vs. Argentina* (2008) párr. 88; y Corte IDH *Olmedo Bustos y otros vs. Chile*, (2001), párr. 69.

⁶³ Según el voto disidente, al momento de los hechos la ciudad de San Andrés de Giles tenía una población de dieciocho mil habitantes.

“a efectos de la protección de la libertad de expresión, la Corte ha considerado de interés público aquellas opiniones o informaciones sobre asuntos en los cuales la sociedad tiene un legítimo interés de mantenerse informada, de conocer lo que incide sobre el funcionamiento del Estado, o afecta derechos o intereses generales o le acarrea consecuencias importantes”⁶⁴.

Es por ello que parece ilógico que la Corte no considere involucrado el interés público en el caso que estudiamos simplemente porque las expresiones “no involucraban a funcionarios o figuras públicas ni versaban sobre el funcionamiento de las instituciones del Estado”⁶⁵. Como vemos, ello supone efectuar una interpretación restrictiva (sino incoherente) de lo que la propia Corte ha entendido por interés público, todo ello en perjuicio de las víctimas.

e. Sentencia Kimel

Durante el proceso la Comisión y las víctimas señalaron que el caso que estaba siendo remitido a la Corte ofrecía una serie de similitudes con el caso Kimel, del año 2008, en que la Corte tuvo oportunidad de revisar la compatibilidad de los delitos de injuria y calumnia de la legislación argentina con los estándares impuestos por la Convención. Según ellas, las mismas razones que justificaron la sentencia en dicho caso deberían servir para fallar el asunto que ahora se remitía a la Corte.

Es precisamente este intento de equiparación el que explica por qué la Corte, en reiteradas ocasiones a lo largo del fallo, se preocupa de trazar con nitidez las diferencias que existirían entre ambos casos (Mémoli y Kimel). A continuación analizaremos brevemente si la Corte logró o no dicho objetivo.

En el caso Kimel la Corte tuvo que analizar si la pena impuesta por el Estado argentino al señor Eduardo Kimel por la publicación del libro *La masacre de San Patricio* se ajustaba o no a la Convención. Dicho libro estudiaba y analizaba las gestiones judiciales desarrolladas con ocasión del asesinato de cinco religiosos pertenecientes a la orden palotina, ocurrido en Argentina el 4 de julio de 1976, durante la última dictadura militar vivida en dicho país. Tras la publicación del libro, el juez de la causa entabló una acción penal en contra del señor Kimel por el delito de calumnia. Tras un largo proceso judicial, el señor Kimel fue condenado a una pena privativa de libertad más una pena de multa.

⁶⁴ Caso Mémoli vs. Argentina, párr. 146.

⁶⁵ *Ibid.*

En su análisis del caso, la Corte determinó que “la falta de precisiones suficientes en el marco de la normativa penal que sanciona las calumnias y las injurias” supone una afectación a las garantías establecidas en la Convención. La falta de precisión en la tipificación de estos delitos se habría evidenciado en que no hubo consenso entre los distintos tribunales que intervinieron en el proceso dirigido contra el señor Kimel en orden a si las expresiones por él vertidas eran constitutivas del delito de injuria o de calumnia. En efecto, en dicho proceso fue normal que los tribunales cambiaran la calificación de los hechos, unos señalando que constituirían el delito de injuria, y otros señalando que importaban el delito de calumnias.

No obstante, la Corte señaló que ella “no estima contraria a la Convención cualquier medida penal a propósito de la expresión de informaciones u opiniones”, aunque advirtió:

“esta posibilidad se debe analizar con especial cautela, ponderando al respecto la extrema gravedad de la conducta desplegada por el emisor de aquéllas, el dolo con que actuó, las características del daño injustamente causado y otros datos que pongan de manifiesto la absoluta necesidad de utilizar, en forma verdaderamente excepcional, medidas penales”⁶⁶.

En su razonamiento, la Corte tuvo en mente:

“el Derecho Penal es el medio más restrictivo y severo para establecer responsabilidades respecto de una conducta ilícita. La tipificación amplia de delitos de calumnia e injurias puede resultar contraria al principio de intervención mínima y de ultima ratio del derecho penal”⁶⁷.

Además señaló:

“el empleo de la vía penal debe corresponder a la necesidad de tutelar bienes jurídicos fundamentales frente a conductas que impliquen graves lesiones a dichos bienes, y guarden relación con la magnitud del daño inferido. La tipificación penal de una conducta debe ser clara y precisa, como lo ha determinado la jurisprudencia de este Tribunal en el examen del artículo 9 de la Convención Americana”⁶⁸.

Como podemos ver, en dicha sentencia la Corte no estimó contrarias a la Convención las penas privativas de libertad para los delitos de injuria y calumnia *per se*, sino que optó por sujetarlas a estrictos criterios

⁶⁶ Caso Kimel vs. Argentina, párr. 78.

⁶⁷ *Op. cit.*, párr. 76.

⁶⁸ *Op. cit.*, párr. 77.

de procedencia y de interpretación.

Es por ello que nos parece correcto que la Corte, en la sentencia que ocupa el objeto de nuestro estudio, haya declarado:

“contrario a lo alegado por la Comisión, en el caso Kimel este Tribunal no consideró incompatible con la Convención Americana los delitos de injuria y calumnia en sentido general. (...) En el caso Kimel la Corte se pronunció específicamente en relación a los entonces vigentes artículos 109 y 110 del Código Penal estableciendo que no cumplían con los estándares de estricta legalidad exigibles en materia penal por ‘la falta de precisiones suficientes en el marco de la normativa penal que sanciona las calumnias y las injurias’ (...) Sobre esa base es que la Corte Interamericana dispuso, específicamente, que se corrigieran tales ‘imprecisiones’”⁶⁹.

Además, la Corte descarta que dichas “imprecisiones” pudieran afectar a los Mémoli, por cuanto:

“en el presente caso no se presenta una situación similar a la del caso Kimel, ya que era suficientemente previsible que ciertas expresiones y calificaciones utilizadas por los señores Mémoli (en las que acusan a los querellantes como posibles autores o encubridores del delito de estafa, los califican como ‘delincuentes’, ‘inescrupulosos’, ‘corruptos’ o que ‘se manejan con tretas y manganetas’, entre otras) podrían dar lugar a una acción judicial por alegada afectación al honor o la reputación de los querellantes”⁷⁰.

Como vemos, a juicio de la Corte, las expresiones vertidas por los Mémoli eran, por sí mismas, capaces de gatillar la acción penal, o al menos de generar la expectativa de que ellas podrían iniciarse. En otras palabras, los Mémoli no podrían haberse sorprendido –sensatamente– de las acciones interpuestas por los directivos de la Asociación, ya que ellas eran lo suficientemente graves como para justificar por sí solas dichas acciones. Y esto, a juicio de la Corte, es una diferencia sustancial entre ambos casos. En efecto, las expresiones vertidas por el señor Kimel no eran lo suficientemente claras como para justificar en sí mismas la sanción penal. Prueba de ello es que los propios tribunales argentinos se debatieron en torno a su naturaleza y consecuencias. Esto no sucedió en el caso de los Mémoli, lo que impediría que se identifiquen ambos casos.

Si bien concordamos con la Corte en que en el juicio contra los Mémoli la falta de “precisión” con el que se tipificaban los delitos de injuria

⁶⁹ Caso Mémoli vs. Argentina, párr. 133.

⁷⁰ *Op. cit.*, párr. 137.

y calumnia no fue un asunto controvertido por ninguno de los tribunales intervinientes; pensamos que las consideraciones de la Corte en el caso *Kimel* relativas a la naturaleza de las sanciones penales pudo haber tenido repercusiones en el caso *Mémoli*.

Como hemos tenido oportunidad de señalar, en el caso *Kimel* la Corte señaló que el las sanciones penales sólo deben proceder de manera subsidiaria, y siempre teniendo en mente

“la extrema gravedad de la conducta desplegada por el emisor de aquéllas, el dolo con que actuó, las características del daño injustamente causado y otros datos que pongan de manifiesto la absoluta necesidad de utilizar, en forma verdaderamente excepcional, medidas penales”.

Estas consideraciones, no obstante su importancia, no aparecen en ninguna parte de la sentencia *Mémoli*.

No creemos aventurado suponer que, si la Corte hubiera traído a colación en este caso sus consideraciones en materia de sanciones penales, quizá habría interpretado de manera distinta las penas impuestas a las víctimas. En efecto, no queda claro si la Corte ponderó el “dolo con que actuaron” los *Mémoli*, las “características del daño” por ellos causados, y la “absoluta necesidad” de aplicar las penas privativas de libertad. Pensamos que estas reflexiones, atendidas las exigencias que irroga la aplicación de sanciones penales, no debieron haber faltado en el razonamiento de la Corte.

Conclusiones

De nuestro análisis podemos aventurar las siguientes conclusiones:

1. El sistema interamericano de protección de derechos fundamentales ha manifestado desde sus inicios la estrecha vinculación que existe entre un estado democrático y el respeto a la libertad de expresión y pensamiento.
2. Si bien la Corte calificó el caso como un supuesto conflicto entre libertad de expresión y derecho a la honra, lo que ella terminó analizando fue la necesidad de la medida impuesta a las víctimas, sin presentar un desarrollo jurídico-dogmático del derecho a la honra.
3. La Corte se apoyó excesivamente en lo reflexionado y resuelto por los tribunales argentinos. Esta “delegación” le impidió analizar en detalle los requisitos del test de proporcionalidad (en particular el requisito de “necesidad”); fue un obstáculo a que

- la Corte analizara el asunto a la luz de la propia Convención; y la imposibilitó de incorporar otro tipo de consideraciones a su razonamiento.
4. La Corte realizó una interpretación restrictiva de lo que debe entenderse por “interés público”. En efecto, y contrariando su propia jurisprudencia al respecto, en este caso entendió que sólo existe interés público cuando está comprometido alguna institución o agente del Estado.
 5. La Corte acertó en distinguir entre este caso y el juicio Kimel en algunos puntos. Sin embargo, en esta sentencia omitió importantes consideraciones que sí aparecen en dicho fallo, y que posiblemente podrían haber cambiado el modo de razonar del tribunal.
 6. El voto de disidencia es doblemente importante: en primer lugar, porque es suscrito por cuatro jueces, lo que determina que la mayoría se impuso por la más estrecha de las votaciones; y en segundo lugar, porque ahí aparecen consignadas importantes observaciones al voto de la mayoría, lo que justifica varias de las críticas que se le han formulado a la sentencia.

Bibliografía

JURISPRUDENCIA CITADA

- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Resolución N° 14/87, caso 9642, de fecha 28 de marzo de 1987.
- CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, Castells vs. España, 1992.
- CORTE IDH, Kimel vs. Argentina, 2008.
- CORTE IDH, Mémoli vs. Argentina, 2013.
- CORTE IDH, Olmedo Bustos y otros vs. Chile, 2001.
- CORTE IDH, Perozo y otros vs. Venezual, 2009.

DOCUMENTOS INTERNACIONALES

- CONVENCIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, suscrita el 22 de noviembre de 1969.
- CARTA DEMOCRÁTICA INTERAMERICANA, firmada en septiembre de 2001, en Lima, Perú.
- DECLARACIÓN DE PRINCIPIOS SOBRE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN, Aprobada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos durante su 108° período ordinario de sesiones en octubre del año 2001.

DOCTRINA

- ALDUNATE, Eduardo, *Derechos fundamentales*, Santiago, Legal Publishing, 2008.
- ARNOLD, Rainer *et al.*, “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Estudios Constitucionales*, vol. 10, N° 1, Santiago, 2012.

Recensiones

Derecho Público Iberoamericano
Universidad del Desarrollo
N° 4 | 2014

RICHARD A. EPSTEIN, *THE CLASSICAL LIBERAL CONSTITUTION. THE UNCERTAIN QUEST FOR LIMITED GOVERNMENT (LA CONSTITUCIÓN LIBERAL CLÁSICA. LA BÚSQUEDA INCIERTA DEL GOBIERNO LIMITADO)*, CAMBRIDGE-MASSACHUSETTS-LONDON, ENGLAND, HARVARD UNIVERSITY PRESS, 2014. ISBN 978-0-674-72489-1

*Sergio Verdugo R.**

El profesor de la Escuela de Derecho de la Universidad de Chicago y de la Universidad de Nueva York, Richard A. Epstein, nos entrega un libro que muy probablemente constituirá su obra magna. Además de ser un buen resumen de sus ideas en materia de Derecho Público y teoría política y económica, este libro es una sistematización de una doctrina liberal sofisticada y simple, que nos presenta de manera inteligente y con argumentos persuasivos. Esta es, tal vez, la obra más ambiciosa del profesor Epstein, y llega en un momento de madurez de su carrera, profundizando líneas de investigación que viene desarrollando hace ya varios años, al menos desde que publicara su famoso *Takings*¹, probablemente su obra más influyente hasta el día de hoy.

Aunque casi siempre ha participado de posiciones minoritarias dentro del debate constitucional estadounidense (suele rechazar tanto a progresistas como a conservadores en sus doctrinas constitucionales), Epstein se ha caracterizado por ser un conocido defensor de las ideas liberales frente

* Máster en Derecho, Universidad de California, Berkeley. Magíster en Derecho Público, P. Universidad Católica. Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad del Desarrollo. Profesor de Derecho Constitucional e investigador del Centro de Justicia Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo. Correo electrónico: sverdugor@udd.cl.

¹ Richard A. EPSTEIN, *Takings: Private Property and the Power of Eminent Domain*.

a las regulaciones excesivas². Dentro de su trabajo, el profesor Epstein ha cuestionado la regulación del derecho a la salud³, ha criticado la forma en que los progresistas norteamericanos alteraron el sentido de la Constitución⁴, ha propuesto una doctrina constitucional sobre la propiedad y la libertad de contratación basada en una teoría política y económica liberal⁵, y ha teorizado en términos generales acerca de las razones por las cuales las instituciones del Estado de bienestar son insostenibles⁶. Sus ideas han sido influyentes no sólo en el ámbito jurídico, sino que, también, en el de la economía y las políticas públicas⁷.

Hoy, en su último libro, todas estas ideas están presentes no sólo como una suma de elementos que ha trabajado antes, sino que también como una verdadera doctrina constitucional coherente y unitaria, cuyo objetivo es la defensa de un sistema que promueva las libertades individuales mediante una estructura institucional asociada al liberalismo clásico. Por ello, bien podría decirse que Epstein, pese a sus continuos coqueteos con algunas ideas hobbesianas, pertenece a la tradición de grandes liberales como Locke, Madison y Mill.

Luego de explicar y sintetizar sus ideas liberales desde una perspectiva filosófica e histórica, y de contrastarlas con la respuesta progresista (parte 1), Epstein ataca la jurisprudencia moderna de la Corte Suprema de Estados Unidos revisando sus diversas etapas ordenadas temáticamente. Comienza este análisis con cuestiones orgánicas (parte 2): examina la forma en que los casos han lidiado con la relación de los tribunales y la política (incluyendo desde el *judicial review* hasta la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables); el poder del Congreso a través de diversas cláusulas de la Constitución como el *commerce clause*; y los poderes del

² El profesor Epstein tiene una larga carrera académica y hoy es un reconocido intelectual de la derecha libertaria estadounidense. Está asociado a importantes *think tanks* como el Cato Institute y el Hoover Institution de Stanford. Si bien sus opiniones son muy influyentes en áreas como comunicaciones, libre competencia, regulación económica, derecho constitucional y regulación de derechos sociales, su carrera académica también comprende cuestiones diversas, como cátedra en Derecho Romano y el estudio de la responsabilidad civil extracontractual (*torts*), donde es coautor de uno de los manuales más importantes en el área. Véase Richard A. EPSTEIN and Catherine M. SHARKEY, *Cases and Materials on Torts*.

³ Richard A. EPSTEIN, *Mortal Peril: Our Inalienable Right to Health Care?*.

⁴ Richard A. EPSTEIN, *How Progressives Rewrote the Constitution*.

⁵ Richard A. EPSTEIN, *Supreme Neglect: How to Revive Constitutional Protection For Private Property* y EPSTEIN, *Takings...*, *op. cit.*

⁶ Richard A. EPSTEIN, *Why Progressive Institutions are Unsustainable*.

⁷ Entre otras obras, ha sido de particular interés su Richard A. EPSTEIN, *Simple Rules for a Complex World*.

Ejecutivo, tanto desde la teoría crítica de las agencias independientes como otros poderes relevantes. En seguida, el autor dedica una sección (parte 3) a examinar los que para él fueron (y deben serlo hoy) los derechos fundamentales más importantes de la Constitución liberal clásica: la propiedad y la libertad de contratación (con ideas tomadas de varios de sus trabajos anteriores sobre este punto), la libertad de expresión, de religión y la igualdad. Finalmente, Epstein ofrece una síntesis de su “dogmática constitucional”, la que denomina *The Classical Liberal Alternative* (parte 4).

El texto pasa revista a las materias más fundamentales del Derecho Constitucional, desde una óptica unitaria que le permite volver a revisar sus ideas de libertad clásica. En este esfuerzo, profundiza algunos temas técnicos que probablemente no interesarán al lector chileno (como el alcance de algunos preceptos no replicables en nuestro sistema constitucional) y también muchas materias de enorme interés para nosotros. No sólo entrega recetas institucionales (en un tiempo en que nosotros comenzamos un debate constituyente), sino que profundiza y analiza los alcances de importantes derechos que, entre nosotros, todavía no han tenido un desarrollo muy denso.

Con todo, no debe olvidarse que la suya responde a una concepción de principios (*principled*), por lo que su lectura está condicionada por las doctrinas de economía y filosofía que el autor defiende y explicita. Atendidas las diversas materias que trata, y aunque no es necesario leer el libro en el orden que el autor propone (probablemente el lector estará más interesado en alguna materia más que en otra), lo más interesante es su capacidad para ofrecer una perspectiva coherente (aunque pueda tener defectos y ser criticable por lo pragmática) con explicaciones que se encuentran conectadas entre sí bajo principios unitarios. Y bajo ese prisma, el libro es provocador.

En efecto, el autor parece sugerir que casi todos los problemas de la vida moderna en Estados Unidos, desde el déficit fiscal hasta los problemas de salud pública, no habrían sucedido con la estructura constitucional original (p. 569, entre muchas otras), la que fue modificada por jueces progresistas en la primera mitad del siglo XX. Esta evolución interpretativa, asociada a teorías económicas keynesianas, a doctrinas constitucionales evolutivas (*living constitution*) y a una visión optimista del Estado, produjo un cambio constitucional que implicó abandonar la tradición liberal clásica que orientó el proceso de redacción de la Constitución.

Epstein rechaza esta aproximación progresista de la Constitución. Su posición implica una interpretación cercana al texto constitucional, al análisis histórico y a una teoría política y económica de Gobierno cercana a las ideas políticas de los redactores inspirados en la idea liberal

del gobierno limitado. Esta tesis del gobierno limitado, el federalismo, la separación de funciones, la protección de la propiedad y la libertad de contratación son parte de una tradición unitaria que ha perdido terreno desde que las recetas progresistas del *New Deal* triunfaron en la Corte Suprema federal, cuestión que hoy sirve de causa a muchos de los males que experimenta la sociedad norteamericana.

Las estructuras institucionales de la Constitución estaban diseñadas para proteger las libertades individuales, lo que impacta en la manera en que los debates actuales adquieren forma, desde la legislación que protege la salud de las personas hasta la crisis financiera. Para hacer frente a este tipo de problemas, la Constitución disponía de un plan que tenía sentido liberal en lo político y económico, y que el autor aborda desde una perspectiva múltiple (histórica, filosófica, jurídica y económica). Dicho plan de gobierno limitado, protector de la libertad política y económica mediante estructuras asociadas a la libertad de expresión, el control constitucional (*judicial review*), la atomización del poder político y el establecimiento de derechos de propiedad, disponía de las mejores recetas para eludir los problemas que hoy vive Estados Unidos. En el largo plazo, y esta es la tesis que el autor ha venido defendiendo desde hace muchos años, un régimen de libertad individual produce mejores condiciones para optimizar la protección de las personas que la regulación estatal excesiva.

Este libro es importante porque es capaz de ofrecer una teoría simple para explicar los ideales liberales de manera multidisciplinaria. Con él, no sólo se ofrece una alternativa a la doctrina constitucional de los intelectuales de la izquierda jurídica norteamericana y de algunos conservadores que participan de ideas contrapuestas, sino que se fortalece y sofisticada una tradición filosófica y económica de la cual el autor participa. Y ello tiene consecuencias concretas en cuestiones de mucho interés, como la manera en que los jueces deben revisar las regulaciones estatales, en la forma en que se organizan las agencias, los estándares de protección de la libertad de expresión, los *tests* para evaluar la aplicación de expropiaciones, la diferenciación de competencias normativas entre el Presidente y el Congreso, entre muchísimas otras.

Las explicaciones del libro serán útiles tanto para quienes estén interesados en la historia de las ideas políticas como para aquellos que buscan explicaciones económicas al diseño institucional de Estados Unidos. Pese a que el libro examina muchos casos de la Corte Suprema y ofrece explicaciones sistemáticas del ordenamiento constitucional norteamericano, la obra no reemplaza los manuales tradicionales que se usan en las escuelas de Derecho para estudiar Derecho Constitucional (los *casebooks*), debido a que ofrece una visión de principios liberales sin revisar todas las

aproximaciones doctrinarias disponibles, aunque rechaza explícitamente las más influyentes (como las del juez Breyer, por ejemplo).

Los constitucionalistas chilenos pueden extraer muchas lecciones de un libro como este. Recoger lo mejor de la tradición constitucional propia, ofrecer explicaciones sistemáticas *aplicadas*, polemizar con las distintas opiniones jurídicas disponibles e intentar analizar la Constitución bajo teorías que van mucho más allá del ordenamiento jurídico positivo, son elementos que hacen falta en el debate constitucional chileno actual.

Bibliografía

- EPSTEIN, Richard Allen, *Takings: Private Property and the Power of Eminent Domain*, Cambridge, Harvard University Press, 1985
- EPSTEIN, Richard Allen and Catherine M. SHARKEY, *Cases and Materials on Torts*, New York, Tenth ed., Wolters Kluwers Law and Business, 2012.
- EPSTEIN, Richard Allen, *Mortal Peril: Our Inalienable Right to Health Care*, Boston, Addison-Wesley Publishing Company Inc, 1997
- EPSTEIN, Richard Allen, *How Progressives Rewrote the Constitution*, Washington D.C., Cato Institute, 2007.
- EPSTEIN, Richard Allen, *Supreme Neglect: How to Revive Constitutional Protection for Private Property*, Oxford, Oxford University Press, 2008.
- EPSTEIN, Richard Allen, *Why Progressive Institutions are Unsustainable*, New York, Encounter Broadside, 2011
- EPSTEIN, Richard Allen, *Simple Rules for a Complex World*, Cambridge, Harvard University Press, 1997.

JULIO ALVEAR TÉLLEZ, *LA LIBERTAD MODERNA DE CONCIENCIA Y RELIGIÓN. EL PROBLEMA DE SU FUNDAMENTO*, MADRID-BARCELONA-BUENOS AIRES-SÃO PAULO, MARCIAL PONS, 2013 ISBN 978-84-15664-83-3*

Mario Correa Bascuñán **

El libro *La libertad moderna de conciencia y de religión. El problema de su fundamento*, del profesor Julio Alvear, es una obra imprescindible para cualquier persona que quiera comprender, tanto desde el punto de vista jurídico como teológico y filosófico, la época en que estamos viviendo, en que el relativismo moral se ha enseñoreado en el mundo, relegando al cristianismo y, muy especialmente al catolicismo, al fuero de lo estrictamente privado.

La metodología de nuestro autor es sumamente rigurosa y eso hace especialmente interesante la lectura de la obra, permitiendo seguir paso a paso la evolución de este proceso.

Comienza, explicando el concepto moderno de conciencia y de religión, señalando en definitiva que se trata de una expresión del naturalismo propio del liberalismo filosófico, para el cual existe el derecho a pensar lo que se quiera, prescindiendo de la verdad, porque ésta la hace el hombre y conlleva el derecho a prescindir de la religión tal como Dios la estableció y, por ende, a seguir la concepción subjetiva que cada cual quiera formarse de Dios, en lo que se incluye la incredulidad, afirmando la propia libertad frente a Dios, lo que es funcional al Estado laico, pretendido, pero falsamente neutro, por cuanto en definitiva permite violar los contenidos trascendentes de los derechos naturales de la persona humana.

* Este análisis ha sido publicado también en *El Mercurio Legal*.

** Doctor en Derecho UNED, España. Profesor titular de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

Ese Estado laico se contrapone a la confesionalidad del Estado, que incluye un juicio de verdad sobre la religión como punto de referencia de la organización jurídica; y que deriva de un juicio sobre la realidad histórico-sociológica de un pueblo en la que el Estado se encuentra a la cabeza, reconociendo esa realidad; pero no un juicio “oficial” sobre la verdad de las doctrinas enseñadas por la religión mayoritaria. En el caso de la Cristiandad, el poder político no estatalizaba la religión, sino que se sometía a la invariante moral del orden político, como ha enseñado el profesor Miguel Ayuso, limitándose a armonizar y regir las libertades de los distintos cuerpos sociales, cuya religiosidad partía desde la base, en el decir de Rafael Gambra.

Obviamente, ese Estado laico niega absolutamente el principio de trascendencia de la verdad revelada y del orden moral, toda vez que limita su jurisdicción y le impone un orden que los modernos no están dispuestos a acatar. Se cae así en un principio de inmanencia antiteísta, que lleva a organizar el Estado sobre la base de que no existe un orden divino-natural, trastocando el modo de ser de la sociedad, la naturaleza de lo político y la figura de la autoridad, transfiriendo su fundamento trascendente al interior de la voluntad humana subjetiva.

Seguidamente, el profesor Alvear estudia la génesis de la libertad moderna de conciencia y de religión, desde el Protestantismo a la Ilustración.

Explica que, revisando la historia del pensamiento occidental, se puede advertir que existe una continuidad profunda en la fundamentación de la libertad moderna de conciencia y de religión, que con el tiempo se va haciendo cada vez más explícita y extrema, manifestada en cinco momentos: el protestantismo y la protoilustración; la ilustración inglesa y francesa; el kantismo y el idealismo germano; el liberalismo constitucional; y el ateísmo postulatorio.

Caracteriza el momento protestante como el rompimiento con el principio de autoridad religiosa y moral, señalando que con el protestantismo la libertad de conciencia se funda en el rompimiento con la autoridad de la Iglesia y en la negación del carácter magisterial infalible de la verdad revelada; y, por ende, la conciencia subjetiva se yergue como criterio primario de la relación del hombre con Dios y de la interpretación de la Revelación cristiana y de la ley moral. Esto trae como consecuencia la secularización del orden político, afirmándose la libertad de conciencia y de religión contra la autoridad religiosa y moral trascendente.

Luego, el momento ilustrado lo caracteriza en la ruptura con la verdad cristiana y la moral trascendente. Señala al respecto que la Ilustración francesa llevó a cabo un proceso contra el cristianismo, como arma indispensable para “liberar” al orden político de todo referente a una verdad y una

normatividad trascendentes, para recomenzar desde la voluntad humana desligada de ellas, la creación desde la nada de la sociedad y el Estado. El resultado es una libertad de conciencia y de religión no sujeta al Dios cristiano y libre del Dios personal, trascendente, creador y redentor. Como consecuencia, la conciencia moral no es testimonio de una ley objetiva a la que debe someterse para ser realmente libre, sino que es expresión de la propia soberanía individual del hombre, atento a los impulsos de su naturaleza. Para esto, la Ilustración francesa se puso como objetivo negar toda verdad trascendente, pues con ella no hay libertad. Así, el escepticismo religioso sirve de base a la elaboración de una doctrina de la libertad de conciencia y de religión concebida, bajo apariencias neutrales, como voluntad de librarse de la conciencia cristiana y de la religión católica. Comienza a manipularse el lenguaje, de manera de vaciar de contenido ciertas palabras, para darles un significado más restringido del aparente. En este sentido, ser tolerante significa excluir la fe y la moral cristiana de la vida pública, postulándose la separación entre Iglesia y Estado y la reducción de la religión al nivel de una mera opinión o creencia.

Señala que la Ilustración francesa deja en pie la noción de ley moral, debilitada por la negación de su trascendencia. Kant, por su parte, va más allá y niega la noción misma de ley moral, intentando convertir al hombre en un ser moralmente autónomo. Por ello, continúa analizando el momento kantiano y la herencia de la *Aufklärung*. Estudiando a Kant y su proyecto fáustico de la modernidad, se refiere al proyecto de la autonomía de la ley moral, en que la conciencia moral ha devenido en autónoma por sistema, excluyendo a Dios como fundamento supremo de la moralidad humana y estableciendo la noción de persona como un fin en sí mismo. Kant llega a sostener que pretender la existencia de un ser trascendente que se manifieste por mediación de la conciencia y de la ley moral o a través de la moral cristiana significa renunciar a la razón. Por eso, rechaza la ley moral objetiva y elabora positivamente una doctrina para convertir al hombre en pleno y definitivo legislador de sí mismo, haciendo de la conciencia una instancia autónoma que no necesita de Dios ni de la naturaleza humana. Finalmente, traduce esto, desde el punto de vista político, en el ideal del Estado laico y republicano, sobre la base de la razón práctica y su justicia. Continúa el análisis de este momento con el estudio de Fichte, quien postula la expulsión definitiva de Dios y de su ley moral de la conciencia moral; y conceptualiza la libertad de pensamiento como manifestación de una dignidad humana fundada en la conciencia moral autocreadora. Termina este momento con el estudio de Hegel y su divinización del Estado, que acepta lo religioso, siempre que se presente como mero fenómeno, desarraigado de su pretensión de verdad

y siempre que no se oponga a la divinización ética del Estado, por lo que se trata de subyugar activamente a la iglesia, para que la trascendencia del Dios cristiano no vuelva a presentarse como orden, límite y fin de la vida pública.

Luego estudia el momento del liberalismo y la consagración constitucional de la libertad de conciencia y de religión, en que analiza a Constant, Tocqueville y Stuart Mill, representantes del liberalismo político-ideológico, que contiene presupuestos teológicos y filosóficos inmanentistas y antiteístas, que traen como consecuencia la descristianización del orden político y de la vida pública y su sustancia filosófica es el inmanentismo y el combate anticristiano. Para ellos, la libertad de conciencia y de religión, acompañada del laicismo del Estado, constituye la esencia del liberalismo.

Finalmente, analiza el momento del ateísmo postulatorio, que caracteriza como el adiós a la criatura y a la libertad humana. Se trata de un ateísmo que se postula a sí mismo como explicación, causa y necesidad del mundo que deben realizar los hombres, lo que requiere negar absolutamente la existencia de Dios. Niega el carácter de criatura del hombre y pretende convertirlo en un dios; y se encuentra en la raíz del concepto contemporáneo de libertad de conciencia y el derecho a la libertad religiosa. En este apartado, el profesor Alvear estudia a Nietzsche y a Sartre.

En el capítulo cuarto, el profesor Alvear se refiere a la Libertad de Conciencia y Religión y el Estado Moderno, explicando que el Estado necesita de la libertad moderna de conciencia y de religión para consolidarse y expandirse y, a su vez, la libertad moderna de conciencia y de religión requiere del Estado laico para subsistir y desarrollarse.

Entonces, es obra del Estado destruir el tejido de libertades concretas de la sociedad tradicional, orgánica y jerárquica, donde se hace presente la autoridad magisterial de la Iglesia que exige acatamiento a una normatividad trascendente; y también reducir ésta al ámbito privado y subjetivo, disolviendo su validez política y social.

En el proceso de desarrollo del Estado, la libertad religiosa, entendida como hija de la libertad moderna de conciencia, es fundamental. No hay Estado si no es laico, porque no hay rigurosa soberanía estatal donde se reconoce una legalidad trascendente y una autoridad religiosa que la interpreta con una potestad que se impone a la legalidad del derecho positivo. Por eso, los defensores del estado liberal pugnaron durante los siglos XIX y XX, como muy bien explica el autor al referirse a la libertad de conciencia y de religión como estrategia política para disolver la unidad religiosa de los países cristianos, e instar al advenimiento del poder estatal laico e irresistible; y al Estado como artificio secularizador, no como un sistema equivalente a la antigua tolerancia, sino como un principio de derecho

constitucional acompañado siempre de la pérdida de la unidad política religiosa y de la “licuefacción” de la fe y de la moral cristiana ambiental.

Expresa nuestro autor que en los vínculos entre Estado laico y libertad de conciencia y de religión se percibe una relación de retroalimentación durante la etapa de consolidación de ambas instituciones en el espacio político moderno; pero una vez que el Estado se ha consolidado, su lógica absolutista lo lleva a expandir ilimitadamente su poder soberano, ocasionando una situación de tensión con esa libertad que, por su parte, tiende a desvincularse de cualquier autoridad, incluida la estatal en el espacio público.

En el capítulo quinto, estudia la libertad religiosa y el Estado laico ante la mirada antimoderna de la Iglesia, que comienza antes de la Revolución Francesa y termina, a juicio del autor, con el Concilio Vaticano II.

En efecto, nos explica con gran claridad que el Magisterio Pontificio percibió desde sus inicios la esencia antinatural y anticristiana de la Revolución Francesa y del nuevo orden político a que daría origen. Se opuso a la construcción y expansión del Estado moderno, en cuanto poder soberano y laico fundado en el principio de la inmanencia y en la ruptura del principio de trascendencia; y rechazó con firmeza la consagración constitucional de la libertad de conciencia y de religión, sobre la base de los principios perennes de la libertad cristiana, la tesis de la relativa significación religiosa del orden político y social, que con tanta claridad expusiera nuestro distinguido amigo, ya fallecido, Rafael Gambra; y el ideal realizado de la Cristiandad.

El profesor Alvear nos va llevando por el Magisterio Pontificio, documento por documento, para demostrarnos que la modernidad política es un proceso revolucionario planificado, que no es obra del azar o fruto de la espontaneidad de antipatías dispersas y ocasionales; que los “errores modernos” no sólo son contrarios a aspectos parciales de la fe, sino que involucran la negación radical de la cosmovisión católica; que este proceso puede ser denominado “modernidad”, porque el mito del progreso le sirve de espólón, pretendiendo que sólo es obra del hombre; que desde los comienzos de la Revolución Francesa, Pío VI rechaza los dogmas de la Modernidad Política en lo que respecta a la consagración constitucional de la libertad moderna de conciencia, de pensamiento y de religión; al establecimiento de un poder laico que renuncia a la significación religiosa de lo político; y a la consecuente concentración del poder político y jurídico en el Estado soberano, que reivindica la definición última de los que es bueno y malo en la esfera pública.

Los pontífices tienen una visión teológico-política y teológico-histórica de la Modernidad que se explicita particularmente en León XIII, San Pío X, Benedicto XV, Pío XI y Pío XII.

Sostiene, asimismo, que el Magisterio expresa que el derecho constitucional moderno en cuanto se apoya en principios antiteístas debe ser repudiado doctrinariamente; y que el derecho público cristiano se funda en cuatro principios opuestos: subordinación de la sociedad y del poder político a la soberanía de Dios, concretada en el reconocimiento público de los derechos de Cristo-Rey, de su ley y de la autoridad de la Iglesia en materia de fe y moral; afirmación de la comunidad política y del régimen de concordia con la Iglesia; afirmación del poder político como un poder participado de Dios, esencialmente limitado y a la vez sagrado; y a las libertades modernas se oponen las libertades personales y sociales finalizadas, las virtudes naturales y cristianas, y los deberes individuales, domésticos, asociativos y políticos.

Concluye también que la libertad moderna de conciencia y de religión es esencialmente contraria a la fe cristiana y a sus exigencias políticas y sociales; que el laicismo del Estado y su soberanía absolutista son contrarios a los derechos de Dios y a las exigencias del recto orden social; que existe una contraposición teológica y filosófica entre la libertad cristiana y la libertad liberal y sus correlatos políticos; y que la Iglesia traicionaría su misión divina si renunciara a formar una cultura y una civilización cristianas.

Posteriormente, nuestro autor analiza el aporte de cada Pontífice a la postura antimoderna de la Iglesia: Pío VI, Pío VII, León XII, Gregorio XVI, Pío IX, León XIII, San Pío X, Pío XI y Pío XII. La Iglesia tolera la separación respecto del Estado; pero no la propugna.

Finalmente, advierte un cambio total en la postura del Magisterio con posterioridad al Concilio Vaticano II, en los documentos de Pablo VI, Juan Pablo II y Benedicto XVI, quienes habrían abandonado la doctrina tradicional, para introducir una nueva, que reconocería la legitimidad del derecho a la libertad religiosa de contenido positivo o afirmativo; que la separación entre la Iglesia y el Estado no sería un mal a tolerar, sino un bien a promover; que sería legítima la laicidad del Estado y de la vida pública, en cuanto permite en su interior el desarrollo de una libertad religiosa entendida como mero desenvolvimiento espiritual de los hombres; que habría una renuncia al derecho público cristiano, porque la Iglesia ya no tendría una doctrina específica en la esfera de sus relaciones con el Estado moderno; y la necesidad de un adelgazamiento teórico-práctico de la misión de la Iglesia sobre la sociedad temporal, de regenerar la Civilización Cristiana, la que sería sustituida por la Civilización del Amor.

Vuelvo a expresar mi admiración por la obra del profesor Alvear, que considero fundamental para entender el mundo actual, con su relativismo inmanentista que se aprecia en todo orden de cosas.

Es difícil contradecir al autor cuando, fruto de una tan exhaustiva investigación, llega a las conclusiones antes señaladas. No obstante, quiero creer que el giro copernicano que él refiere en el Magisterio de la Iglesia es más aparente que real o, en términos militares, más táctico que estratégico. Que la defensa de la libertad religiosa no ha cambiado la posición de sólo tolerar la laicidad, sino que tiene por objeto permitir la difusión de la Verdad en los lugares donde la Iglesia es perseguida y donde requiere que se le reconozca su libertad para misionar, enseñar y difundir la verdad.

Por todo lo anterior, invito a leer la obra aquí reseñada, pues, reitero, es imprescindible para quien quiera entender la realidad política del mundo actual. En suma, un libro que no puede faltar en ninguna biblioteca.

Siglas y abreviaturas

Derecho Público Iberoamericano
Universidad del Desarrollo
N° 4 | 2014

SIGLAS Y ABREVIATURAS

AA.VV.	autores varios
a.C.	antes de Cristo
ACP	Autoridad del Canal
ADI	Áreas de Desarrollo Indígena
<i>al.</i>	<i>alis</i> (otros)
ANAC	Administración Nacional de Aviación Civil
art.	artículo
arts.	artículos
AUGE	Acceso Universal de Garantías Explícitas
BOT	Build, Operate and Transfer
Cfr.	confróntese
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CONADI	Corporación Nacional de Desarrollo Indígena
CONICET	Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas
cons. <i>a veces</i>	consid.
Comisión	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
Corte IHD	Corte Interamericana de Derechos Humanos
<i>CP</i>	<i>Código Penal</i>
CPR	Constitución Política de la República
C.S	Core Suprema
DFL	decreto con fuerza de ley

DGAC	Dirección General de Aeronáutica Civil
DHS	Department of Homeland Security (departamento de Seguridad Nacional de Estados Unidos)
D.O.	<i>Diario Oficial</i>
Dr.	doctor
Dra.	doctora
DRBs	Dispute Review Board
ed.	edición, <i>a veces</i> editor
<i>et</i>	y
etc.	etcétera
FAA	Federal Aviation Administration (Administración Federal de Aviación)
FCE	Fondo de Cultura Económica
FONASA	Fondo Nacional de Salud
GES	Garantías Explícitas de Salud
GUPC	Consortio Grupo Unidos por el Canal
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i> (allí, en ese mismo lugar)
inc.	inciso
INTERNET	International Network of Computers
JAC	Junta de Aeronáutica Civil
LBMA	Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente
LOCBGAE	Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado N° 18.575
Ltda.	limitada
MOP	Ministerio de Obras Públicas
n.	nota
N°	número
OACI	Convenio de la Aviación Civil Internacional
OEA	Organización de Estados Americanos
OIT	Organización Internacional del Trabajo
ONU	Organización de Naciones Unidas
<i>op. cit.</i>	<i>opus citatis</i> (obra citada)
p.	página

párr.	párrafo
párrs.	párrafos
PIB	producto interno bruto
PIL	Public Interest Litigation
pp.	páginas
<i>RDJ</i>	<i>Revista de Derecho y Jurisprudencia</i>
S.A.	Sociedad Anónima
SEIA	Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental
SIL	Social Interest Litigation
ss.	siguientes
TDLC	Tribunal de Defensa de la Libre Competencia
UCA	Pontificia Universidad Católica Argentina
UF	unidad de fomento
UNED	Universidad de Educación a Distancia
US\$	dólares estadounidenses
USA	United States of America
<i>v.gr.</i>	<i>verbi gratia</i> (por ejemplo)
<i>vid.</i>	véase
vol.	volumen
<i>v. a veces</i> vs.	versus

Instrucciones a los autores

Derecho Público Iberoamericano

Universidad del Desarrollo

N° 4 | 2014

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”.

1. 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.

2. 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

3. 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.

4. 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 el título profesional, 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. Referencias bibliográficas

1. Las referencias bibliográficas a pie de página serán abreviadas, con la finalidad de no abultar en demasía el texto. Se indican sólo 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.

2. 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 extranjeros o internacionales, la referencia a pie de página podrá hacerse de acuerdo al 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.

3. 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 (nombre en letra redonda, apellidos en VERSALES), *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: Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, *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: Philippe LE TOURNEAU, *La responsabilidad civil*, traducción de Javier Tamayo Jaramillo, Bogotá, Editorial Legis, 2004.

Si se trata de un artículo dentro de un libro: AUTOR(ES) del artículo (nombre en letra redonda, apellidos en VERSALES) / “Título del artículo” (entre comillas) / seguido de la palabra ‘en’ indicación de nombre y APELLIDOS del editor (ed.), coordinador (coord.) o director (dir.)/ *Título del libro (en cursiva)* / Número de edición, si no es la primera, Lugar de publicación, Editorial, Año de publicación.

Ejemplo: Elena VICENTE DOMINGO, “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 (nombre en letra redonda, apellidos en VERSALES) /, “Título del artículo” (en redondas y entre comillas) / seguido de la palabra ‘en’ *Nombre de la revista (en cursivas)*, año, vol. y N° (cuando corresponda) / Ciudad /Año.

Ejemplo: Andrés BERNASCONI RAMIREZ, “El carácter científico de la dogmática jurídica”, en *Revista de Derecho*, año 2, vol. XX, N° 1, Valdivia, 2007.

En cuanto a las referencias ya citadas: por regla general se identifican por apellido del autor (en versales), las dos primeras palabras de la obra, puntos suspensivos (en cursivas si es *libro* o entre corchetes si es “artículo”), *op. cit.* y página, o simplemente apellido (en versales) y *op. cit.*, cuando corresponda.

Ejemplos: GONZÁLEZ PÉREZ, *El principio...*, *op. cit.*

BERNASCONI RAMIREZ, “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.* 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. Consultada el...

Si se trata de jurisprudencia: Tribunal / (Año de dictación): Rol / Fecha de la sentencia. Sede de edición o publicación y responsable de la misma, o la fuente electrónica donde se ubica.

6. Envío de los trabajos

Los trabajos deben ser enviados a *Derecho Público Iberoamericano*, correo electrónico rdpi@udd.cl, a nombre del director de la revista, Dr. Julio Alvear Téllez, o de la coordinadora de redacción, Srta. Tamara Eastman.

7. Proceso de selección de los trabajos

7. 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. 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 mil ejemplares,
se terminó de imprimir en el mes de abril de 2014
en Versión Producciones Gráficas
Santiago de Chile

