



Universidad del Desarrollo
Facultad de Derecho

DERECHO PÚBLICO IBEROAMERICANO
REVISTA DEL CENTRO DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Nº 11
OCTUBRE DE 2017

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

DIRECTOR
Dr. Julio Alvear Téllez

SUBDIRECTOR
Sr. Eduardo Andrades

SECRETARIO DE REDACCIÓN
Sr. José Tomás Herrera

CONSEJO CIENTÍFICO
Derecho Público Iberoamericano

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

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

REPRESENTANTE LEGAL
Sr. Federico Valdés Lafontaine

VERSIÓN IMPRESA: ISSN 0719-2959
VERSIÓN ONLINE: ISSN 0719-5354

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

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

DERECHO PÚBLICO IBEROAMERICANO
REVISTA DEL CENTRO DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL
AÑO 6 • N° 11 • OCTUBRE DE 2017
ISSN 0719-2959

PRESENTACIÓN

7

ESTUDIOS

ESTUDIOS SOBRE DERECHOS FUNDAMENTALES

Iván Aróstica Maldonado

Acceso a la justicia y tutela judicial efectiva

13

Andrea Rosario Iñiguez Manso – Marcela Inés Peredo Rojas

Propuestas de solución para los aparentes conflictos jurídicos que se pueden suscitar entre el derecho a la vida del que está por nacer y los derechos de la madre

35

ESTUDIOS SOBRE INSTITUCIONES POLÍTICAS Y ADMINISTRATIVAS

Catalina Salem Gesell

Integración del Tribunal Constitucional:
un análisis crítico al sistema de designación actual

69

Humberto Gosálbez Pequeño

Los contratistas de la administración pública española
en la legislación administrativa del siglo XIX

87

ESTUDIOS SOBRE PROCESOS HISTÓRICOS

Julio Alvear Ravanal

El proceso de reforma agraria en Chile:
un análisis crítico de la revolución

129

Carlos Augusto Casanova Guerra

La Constitución entendida como ley

153

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

- Francisco Zúñiga Urbina*
Contiendas de competencia de la Contraloría General de la República
y los tribunales del Poder Judicial.
Análisis de un caso de activismo judicial y de activismo contralor
174

RECENSIONES

- Julio Alvear Téllez*
Las sanciones administrativas: el problema de la proporcionalidad,
de Nicolás Enteiche Rosales
192
- Ignacio Covarrubias Cuevas*
Libertad económica, libre competencia y derecho del consumidor. Un panorama crítico.
Una visión integral de Julio Alvear Téllez
194

SIGLAS Y ABREVIATURAS

198

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

202

PRESENTACIÓN

Derecho Público Iberoamericano, en su número undécimo, ha convocado a especialistas de Chile y España.

Los estudios científicos se distribuyen en tres temáticas: derechos fundamentales, instituciones políticas y administrativas, y procesos históricos.

En el área de los derechos fundamentales, destacamos dos interesantes trabajos. El primero lleva la firma del profesor Iván Aróstica y se titula “Acceso a la justicia y tutela judicial efectiva. Constitución y legislación administrativa”. En él se analiza la posibilidad que han tenido y tienen los particulares de acceder a la justicia y obtener una tutela judicial efectiva en Chile cuando se ven enfrentados en un conflicto de relevancia jurídica contra el Estado administrador. El segundo artículo es de autoría de la profesora Andrea Rosario Ñíguez y de la profesora-doctora Marcela Inés Peredo, y adelanta propuestas de solución para los aparentes conflictos jurídicos que se suscitan entre el derecho a la vida del que está por nacer y los derechos de la madre.

En el campo de las instituciones políticas y administrativas damos a conocer dos estudios. Uno de la profesora Catalina Salem, en el que se analiza la integración del Tribunal Constitucional desde la teoría de los frenos y contrapesos y desde las exigencias de legitimidad, tanto de origen como de ejercicio. Otro del profesor español doctor Humberto Gosálvez, donde se revisa la situación de los contratistas de la administración pública española en la legislación administrativa del siglo XIX.

En el ámbito de los procesos históricos publicamos dos artículos. El historiador Julio Alvear Ravanal se hace cargo del proceso de Reforma Agraria en Chile, mediante un análisis crítico de la Revolución, como categoría política. Por su parte, el profesor-doctor Carlos Casanova explora la naturaleza de la Constitución desde el punto de vista de la filosofía clásica, llegando a la conclusión de que no es ni puede ser más que una ley, en el significado histórico doctrinario del término.

En la sección “Comentarios de jurisprudencia” se publica, del profesor Francisco Zúñiga, que destaca el caso de contienda de competencia planteada por la Contraloría General de la República en relación con tribunales del Poder Judicial ante el Tribunal Constitucional y ante el Senado por la decisión sobre el régimen previsional del personal de la Dirección General de Aeronáutica Civil. El autor revisa críticamente el caso desde los supuestos del activismo judicial y del activismo contralor. En segundo lugar, los profesores Nicolás Rodríguez Rioseco y Alejandro Gómez Sotomayor exploran una sentencia de protección en la que se aplicaría incorrectamente el test de Proporcionalidad ante la vulneración del art. 19 N°4 por cámaras de seguridad.

Concluimos con las reseñas de las obras de: Julio Alvear, *Libertad económica, libre competencia y derechos del consumidor. Un panorama crítico. Una visión integral*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017 y Nicolás Enteiche *Las sanciones administrativas: el problema de la proporcionalidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.

Dr. Julio Alvear Téllez
Director

Estudios

Derecho Público Iberoamericano

Universidad del Desarrollo

N° 11 | 2017

Estudios
sobre derechos fundamentales

ACCESO A LA JUSTICIA
Y TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.
CONSTITUCIÓN Y LEGISLACIÓN ADMINISTRATIVA

ACCESS TO JUSTICE
AND EFFECTIVE REMEDY.
CONSTITUTION AND ADMINISTRATIVE LAW

*Iván Aróstica Maldonado**

Resumen

En este trabajo se lleva a cabo un análisis histórico de la posibilidad que han tenido y tienen los particulares de acceder a la justicia y obtener una tutela judicial efectiva en Chile cuando se ven enfrentados en un conflicto de relevancia jurídica contra el Estado, especialmente el Estado administrador. Para finalizar, se realiza un diagnóstico de la situación actual. Lo anterior permite entender, desde este especial punto de vista, la manera en que ha sido consagrado el Estado de derecho en nuestro país.

Palabras clave: Estado de derecho, acceso a la justicia, tutela judicial efectiva.

Abstract

This work consists of an historical analysis regarding the prospect that the individuals have had and currently have in accessing to justice and obtaining effective remedies in Chile when confronted in a dispute of legal importance against the government, specially the Administration. It concludes with a diagnostic of the *status quo*. This allows to understand, from this special standpoint, the way in which in our country the Rule of Law has been enshrined.

Key words: Rule of Law, access to justice, effective remedies.

* Profesor de Derecho Administrativo, Universidad del Desarrollo. Presidente del Tribunal Constitucional de Chile. Artículo recibido el 22 de junio de 2017 y aceptado a publicación el 24 de agosto de 2017. Correo electrónico: iarostica@tcchile.cl

Todo poder tiende a corromper
y el poder absoluto corrompe absolutamente.
Dictum de lord John Acton (1887)

Introducción

Se dice que hay una *crisis* cuando dos actores encontrados reconocen la existencia de un tercero que decide o dirime (principio del tercero incluido). Y que la confrontación escala a un rango superior llamado *conflicto* cuando esa estructura ternaria se hace binaria, porque no se admite la presencia de un tercero a quien recurrir (principio del tercero excluido).

Lo cual aplicado a la sempiterna cuestión entre las personas y la autoridad, entre derechos y potestades, raíz y razón del Estado de derecho, lleva a preguntarnos si tal vez no fue la negativa del Poder Judicial para conocer de aquellas acciones de nulidad dirigidas contra actos de la Administración, a pretexto de honrar el principio de separación de poderes y a que tal materia le competía a los tribunales administrativos, que la Carta de 1925 preveía en su texto (art. 87) pero que el legislador nunca creó, lo que a la postre desembocó en la ausencia de una salida jurídica al conflicto institucional de 1973¹.

Si no fue –cabe preguntarse– la excusa de que las buenas leyes son prueba de malas costumbres (Tácito), lo que explica la desidia de los legisladores para solucionar esta situación de indefensión, junto a la suposición generalizada, de la gente y las autoridades, de que el gobierno actúa dentro de los límites del marco jurídico. De aquí que hemos sugerido que en Chile imperó de manera tácita un régimen simplemente convencional de convivencia, de ritos y costumbres, hasta mediados de la década de 1960; que no un Estado de derecho formalizado. Lo que vino a ocurrir recién –y en frágil parte– con la Constitución de 1980, que estableció el recurso de protección (art. 20), y con la reforma de 1989 que entregó

¹ Momento en el que también otros órganos jurisdiccionales de origen constitucional adujeron su incompetencia para zanjar unos cruciales asuntos de relevancia jurídica institucional. El Tribunal Especial del Cobre, creado por la LRC N° 17.450 de 1971, sostuvo que carecía de atribuciones para conocer de las deducciones por rentabilidad excesiva dispuestas por el Presidente de la República, que afectaron a las empresas cupríferas nacionalizadas por esa reforma constitucional: sentencia de 11 de agosto de 1972, publicada en el *Diario Oficial* el 19 del mismo mes y año.

Por sentencia de 30 de mayo de 1973, en autos rol 15-73, el TC se declaró incompetente para dirimir la discusión habida entre el Presidente de la República y el Congreso Nacional, relativa a la controvertida reforma constitucional sobre las tres áreas de la economía.

lo contencioso administrativo a los tribunales ordinarios del Poder Judicial, sin perjuicio de lo que pudieren disponer leyes especiales (art. 38 inc. 2º).

Querriamos ahora repasar esta trayectoria, de forma muy esquemática, antes de adentrarnos en algunos problemas actuales.

Antecedentes

1) Una idea sobre la que volvemos siempre, es que si un Estado de derecho se caracteriza como tal cuando la autoridad respeta los derechos de las personas y la juridicidad, verazmente no se entiende completo si falta un juez neutral para velar por el cumplimiento de estos límites². Es la facultad de los súbditos para obtener la revisión judicial de los actos del poder, la piedra angular e imprescindible sostén de dicho régimen jurídico; cuyos orígenes arrancan en la separación entre gobierno y judicatura³.

Recordémoslo: viene del repudio al juez que deniega justicia, en la Carta Magna Leonesa de 1188⁴; continúa con el recurso *a gravamine* o de apelación contra los actos del gobierno de que conocían las reales audiencias indianas⁵. Sin perjuicio del recurso de suplicación y suspensión en su aplicación de los actos legislativos (“se obedece pero no se cumple”), que el ordenamiento hispano e indiano –desde las cortes de Burgos de

² Brian Z. TAMANAHA, *En torno al Estado de derecho. Historia, política y teoría*, pp. 45 y 60-64. La Carta Magna inglesa de 1215 (cláusula 39ª) es muy clara en esto: hay juicio justo cuando de él conocen los jueces comunes y con arreglo al Derecho Común (no mediado por las normas del Rey ni por los jueces del Rey).

Sobre el *rule of law*, César LANDA ARROYO, “Estudio preliminar”, p. 22. Más ampliamente: Antonio-Carlos PEREIRA MENAUT, *Rule of Law o Estado de Derecho*, p. 127.

³ Bernardino BRAVO LIRA, “El más antiguo Estado de derecho en Europa y en América (siglos XI al XXI)”, pp. 457-459 y “Derechos políticos y civiles en España, Portugal y América Hispana. Apuntes para una historia por hacer”, pp. 73-112.

Para un encuadramiento más general: Charles Howard MCILWAY, *Constitucionalismo antiguo y moderno*, pp. 83-109; Paolo GROSSI, *El orden jurídico Medieval*, pp. 59-162, en especial. Maurizio FIORAVANTI, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, pp. 33-70.

⁴ Los decretos emitidos por Alfonso IX, al inaugurar la asamblea o *curia regia* que se reunió en León en 1188, constituyen los primeros textos con carácter supralocal, aplicable a todo el reino con alcance general, con rasgos propios de “leyes”: Francisco TOMÁS Y VALIENTE, *Manual de Historia del Derecho Español*, pp. 157-158. Otra visión: Ricardo RAVINOVICH-BERKMAN, *¿Cómo se hicieron los derechos humanos?*, pp. 147-157.

⁵ BRAVO LIRA, “El más antiguo...”, *op. cit.*, pp. 447, 458-459; Gustavo VILLAPALOS SALAS, *Los recursos contra los actos de gobierno en la Baja Edad Media. Su evolución histórica en el reino castellano 1252-1504*, pp. 334.

1379– había admitido para atacar las leyes injustas o perturbadoras (por vicio de obrepción, subrepción, daño irreparable o escándalo conocido)⁶.

- Obrepción: cuando la ley se dicta con desconocimiento de los hechos sobre los cuales debe recaer.
- Subrepción: en caso de falseamiento de los hechos que la ley regula.
- Escándalo conocido o daño irreparable: si es previsible que la aplicación práctica de la ley puede producir tales efectos desproporcionados y graves⁷.

Y todo esto érase en un tiempo –la cristiandad medieval– en que además se reconoce que los derechos naturales no solo son patrimonio de ciertos grupos amparados por fueros, cartas o privilegios especiales, sino que son inherentes a la totalidad de los seres humanos, en razón de su intrínseca dignidad. Siendo a partir de una glosa del papa Inocencio IV (1243-1254) cuando se comenzó a afirmar que el derecho fundamental de propiedad no pertenecía en exclusiva, a los cristianos, sino que también podía corresponder lícitamente a los infieles, como a cualquier otra criatura racional. Misma visión católica sobre la unidad esencial de la especie humana que luego serviría a los teólogos escolásticos españoles para sostener los derechos naturales de los pueblos del nuevo continente americano, lo que *a posteriori permea* todo el derecho público occidental⁸.

2) Según se sabe, el posterior advenimiento de la Casa de Borbón al trono de España, el año 1700, trajo consigo una creciente intervención

⁶ Claudia CASTELLETTI FONT, “De la suplicación de las leyes en Indias y la Ley Particularis Indiana. La opinión de Juan del Corral Calvo de la Torre (1665-1737)”, pp. 85-100. Para su primera aplicación en el país: Mario ORELLANA RODRÍGUEZ, *Organización y administración de la Justicia española en los primeros años de la conquista de Chile*, pp. 94-95.

⁷ Alfonso GARCÍA-GALLO, *El origen y la evolución del Derecho. Manual de Historia del Derecho español (1959-1962)*, tomo I, pp. 201-202, y su *Antología de fuentes del antiguo Derecho*, pp. 105-106 y 240-241; Mario GÓNGORA, *El Estado en el Derecho Indiano*, pp. 238-243, 249-251 y 261-274; Bernardino BRAVO LIRA, *Historia de las instituciones políticas de Chile e Hispanoamérica*, pp. 47-51.

⁸ Con cita a los eruditos anglosajones que atribuyen la paternidad de esta concepción a los canonistas, papas, profesores de universidad y filósofos católicos de esa época, y no a los pensadores liberales de los siglos XVII y XVIII, Thomas E. WOODS JR., *Cómo la Iglesia construyó la civilización Occidental*, pp. 231-246. Véase también Francisco ELÍAS DE TEJADAS, “El Derecho natural, fundamento de la civilización”, pp. 287- 303.

Un perfil de Bartolomé de las Casas y de Francisco de Vitoria como precursores de la democracia representativa y de los derechos humanos, en una perspectiva proto ilustrada: Antonio Enrique PÉREZ-LUÑO, “Los clásicos iusnaturalistas españoles”, pp. 505-569. En contra, por la falta de identidad sustancial (más allá de coincidencias en contenido) entre los derechos naturales y los derechos humanos, Ricardo DIP, *Los derechos humanos y el Derecho natural*, pp. 113-147.

estatal en aras a promover la “felicidad pública”, pero sin establecer –de forma paralela– nuevas garantías para los súbditos, acorde con el tópico del despotismo ilustrado “todo para el pueblo, pero sin el pueblo”, traductor de la idea de un gobierno realizador, pero refractario a los cuestionamientos⁹.

En Chile, ello significó un enorme crecimiento de la burocracia y de las regulaciones oficiales, tendientes a racionalizar o restringir todo tipo de actividades económicas y sociales, despertando el más amplio rechazo por parte de la élite local. Empero, la resistencia inicial a tales medidas no pasó a mayores, ora porque la dirigencia criolla pudo cooptar dicha burocracia, ora porque supo aprovechar el nuevo orden modernizador implantado. O tal vez fue por esa secular complacencia a que tradicionalmente se hicieron merecedores nuestros *patres patriae*:

“En general, las autoridades gobernantes en Santiago, durante todo el transcurso del siglo XVIII, fueron funcionarios modelos. Chile tuvo hacia fines del siglo XVIII y comienzos del siglo XIX gobernantes extraordinariamente brillantes en su desempeño”¹⁰.

3) Aunque durante el siglo XIX, cuando la alborada del Derecho Patrio, se hizo desaparecer la antigua protección de la legislación indiana a las personas y sus bienes¹¹, en todo caso nuestros tribunales tampoco rehuyeron revisar la juridicidad de los actos de la autoridad¹². La Constitución de 1833 –sin perjuicio del recurso de amparo (art. 143)– no consagró expresamente la jurisdicción que le asistía a los tribunales para resolver este tipo de asuntos; bastaba la competencia que tenían para conocer de todos los asuntos civiles, además de la que les daba la Carta anterior de 1823 para proteger las garantías individuales y judiciales, y –como no– aquella convención generada en la práctica de que todas las autoridades, sin excepción, se someten de forma espontánea al Derecho y a la jurisdicción.

Pudo así afirmar el entonces fiscal de la Corte Suprema, Ambrosio Montt:

⁹ Eduardo SOTO KLOSS, “Apuntes para la historia de la Administración Indiana en Chile”, pp. 105-152. Respecto a la “protección de los vasallos” en ese entonces, Bernardino BRAVO LIRA, *El Absolutismo Ilustrado en Hispanoamérica. Chile (1760-1860). De Carlos III a Portales y Montt*, pp. 69-72.

¹⁰ Alfredo JOCELYN-HOLT, *La independencia de Chile. Tradición, modernización y mito*, pp. 83-95 (la cita en p. 94).

¹¹ Bernardino BRAVO LIRA, *Una historia jamás contada. Chile 1811-2011*, pp. 232 y 381.

¹² Gabriel BOCKSANG HOLA, *El nacimiento del Derecho Administrativo patrio de Chile (1810-1860)*, pp. 251-397.

“En nuestro régimen, también en el de todo país regularmente constituido, no ha de faltar juez a litigio alguno, ni protección al derecho; no siendo admisible la hipótesis, repugnante a las más elementales nociones de justicia, de que pueda existir un derecho en condiciones pasivas i sin medios i arbitrios de reconocimiento, de eficacia i de goce”¹³.

Para rematar después diciendo:

“En Chile no existen autoridades ejecutivas con poderes de jurisdicción llamada contencioso-administrativa, irregular i perniciosa en alto grado, que carece de raíces i fundamento en nuestra organización i aun pugnaría con la índole de nuestro gobierno. En nuestro régimen actual... toda contención de bienes i derechos, sea que se ajite entre particulares, sea que se suscite entre el fisco i los ciudadanos, es de necesidad un asunto judicial, peculiar i privativo de los tribunales, i jamás i en ningún caso de competencia del Presidente de la República, de las autoridades administrativas i aun del propio congreso nacional”¹⁴.

Esto lo traduce con lucidez el *Código Civil* chileno de 1855: “los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público” pueden ser esgrimidos como un caso fortuito o fuerza mayor “a que no es posible resistir” únicamente cuando son “imprevistos” (art. 45). Para derivarse, *a contrario sensu*, que, estando notificados o publicados, dejan de ser imprevistos y devienen susceptibles, siempre, de ser impugnados¹⁵.

4) Mas, con ese *habeas corpus* creado por la Constitución de 1833 (art. 143) tendiente a contrarrestar los poderes del Presidente de la República para la conservación del orden público en el interior, se sentó un precedente que reviviría de manera acerba años después: este recurso permaneció en el papel por más de cuatro décadas, porque el legislador no concurrió a determinar el tribunal ante el cual podía interponerse. Solo en 1875, la ley sobre organización y atribuciones de los tribunales y juzgados vino a precisar que se trataba de la Corte Suprema (art. 111)¹⁶.

Situación análoga a la que se produjo con la Carta de 1925 y su compromiso de que:

¹³ [Ambrosio Montt], *Dictámenes del Fiscal de la Corte Suprema de Justicia de Chile*, Ambrosio Montt pp. 103-104.

¹⁴ *Op. cit.*, pp. 269-270.

¹⁵ Principio de impugnabilidad de los actos administrativos que hoy se encuentra proclamado asimismo, en el ámbito legal, en los arts. 2°, 3° inc. 2°, y 10 de la ley N° 18.575, orgánica constitucional sobre bases generales de la Administración del Estado.

¹⁶ Bernardino BRAVO LIRA, *El Estado de Derecho en la Historia de Chile*, pp. 158-163, haciendo un contraste crítico con los recursos contra los actos del gobierno que contemplaba la rica legislación indiana.

“Habrá Tribunales Administrativos, formados por miembros permanentes, para resolver las reclamaciones que se interpongan contra los actos o disposiciones arbitrarias de las autoridades políticas o administrativas y cuyo conocimiento no esté entregado a otros Tribunales por la Constitución o las leyes. Su organización y atribuciones son materia de ley” (art. 87).

El resto es historia conocida: ni el Congreso dictó dicha ley creando estos tribunales, ni –en el intertanto– el Poder Judicial admitió tener jurisdicción para dirimir tales asuntos, lo que fue alimentando sucesivos gobiernos sin freno. Y es en esta ausencia de un juez para dirimir las controversias contencioso-administrativas, donde se encuentra un elemento clave que permite entender el deterioro progresivo que fue sufriendo nuestro Estado de derecho, hasta llegar al colapso en 1973¹⁷. Ello, siempre en la idea que la ley (así también sus defectos y vacíos) no es solo un efecto de procesos políticos, económicos o culturales sino, también, una causa independiente que por sí misma dirige o encamina prácticas sociales y usos institucionales. “El Derecho existe con propia entidad y autonomía”, puesto que “consiste en un sistema de ordenación que si bien nace de la sociedad también la encauza y presiona sobre ella”¹⁸.

5) Recién en 1989 la Ley de Reforma Constitucional N° 18.825 puso fin a esta auto inhibición del Poder Judicial, diciendo que en lo sucesivo –salvo norma especial en otro sentido– el conocimiento de dichos negocios pertenece a sus tribunales ordinarios¹⁹.

Hoy, el Derecho Constitucional vigente no solamente franquea a los particulares determinadas acciones procesales para desafiar las actuaciones de las autoridades administrativas y del gobierno sino que, además, asegura con amplitud el derecho de acceso a la justicia, seguido de un proceso justo, racional y ante un juez neutral, quien no se ha de doblegar ante los posibles intentos de interferencia estatal; todo ello en los arts. 19 N° 3 y 76 de la Constitución²⁰.

¹⁷ Véase la intervención del profesor Francisco Cumplido en la sesión 24ª, del 19 de marzo de 1974, de la Comisión de estudio de la nueva Constitución, *Actas oficiales* en especial pp. 11-12.

¹⁸ Alfonso GARCÍA GALLO, *Metodología de la historia del Derecho Indiano*, p. 23.

¹⁹ La llamada Comisión “Ortúzar”, ya en su 3ª sesión celebrada el 26 de septiembre de 1973 se pronunciaba sobre las características que habría de tener la nueva Constitución, señalando –entre otras– que la competencia del Poder Judicial “deberá comprender los asuntos llamados contencioso-administrativos, de los cuales conocerá en un procedimiento rápido y expedito”. Sobre el desenlace producido con la LRC N° 18.825, nuestro “Estado de Derecho y nulidad de derecho público”, pp. 129-139.

²⁰ Eduardo SOTO KLOSS, *Derecho Administrativo. Temas fundamentales*, pp. 511-519.

Un conjunto de acciones puestas a disposición del afectado se encuentra en la misma Carta Fundamental, como los recursos de protección (art. 20) y amparo (art. 21) y la acción general de nulidad de Derecho Público (art. 38 inc. 2°). Las leyes dispensan otras muchas acciones especiales de nulidad o reclamos de ilegalidad²¹, o de índole conservadora, como la acción de amparo económico de la ley N° 18.971. A lo que se suman las así llamadas acciones declarativas de mera certeza, de origen jurisprudencial²².

Sin embargo, en honor a la verdad, en materia administrativa en Chile aún no desterramos de modo definitivo todas las formas de denegación de Justicia. Pues cabe identificar un conjunto de defectos de andamiaje que a menudo ponen a los particulares en una posición de virtual indefensión frente a las autoridades administrativas y gubernamentales. Sea porque

- I) les impiden u obstaculizan acudir a los tribunales en defensa de sus intereses o derechos; sea porque
- II) predisponen a los jueces contra los reclamantes, mermando de antemano la posibilidad efectiva de obtener alguna sentencia estimatoria o favorable.

* * *

Veamos cuáles son esas normas legales que no allanan el acceso expedito a los tribunales “para la pronta y cumplida administración de justicia en todo el territorio de la República”, como quiere nuestro art. 77 constitucional.

I. Acceso a la justicia

Tocante al *acceso a los tribunales*, han emergido nuevos “problemas de lo contencioso administrativo”, en lo relativo al derecho para acudir ante el juez natural. Nos referimos a las tres barreras de entrada que –a modo de disuasivo– las leyes interponen al ejercicio del Derecho Constitucional a la jurisdicción.

1) La privación de este derecho ocurre con la inconstitucional fórmula legal “y en su contra no procederá recurso alguno”, con que a veces se

²¹ Y que, no obstante estatuirse en simples leyes, la Corte Suprema ha dicho que “priman” sobre la acción general de nulidad de Derecho Público, que consagra la Constitución: SCS, de 12 de septiembre de 2011, rol 5376-2009 y de 3 de julio de 2014, rol 8742-2014.

²² Acerca de estas últimas, véase sentencia del STC, rol 3283-2017, considerandos 15°-16°.

busca inmunizar determinados actos de la autoridad²³. Lo propio acontece también cuando no se contempla en la ley acción judicial alguna contra otras determinaciones oficiales²⁴.

Fíjese en lo que sucede con el derecho –se dice– más reforzado por la Constitución, el de propiedad: el inciso 3° del art. 19 N° 24 admite al dueño afectado, la posibilidad de “reclamar de la legalidad del acto expropiatorio ante los tribunales ordinarios”. Lo que desarrolla la ley –DL N° 2186 de 1978– al prever que el propietario puede solicitar, entre otras, que se deje sin efecto dicho acto administrativo (decreto o resolución) por no ser expropiable el bien de que se trata, porque falta la ley que lo autoriza o porque no concurre la causa legal invocada en el acto expropiatorio (art. 9 letra a).

Posibilidad que el constituyente no ofrece, sin embargo, a los propietarios afectados por limitaciones al dominio (inc. 2° del citado art. 19 N° 24), no obstante que en estos casos también puede darse la falta de una ley que las autorice o la no configuración de la causa legal que motiva el acto de restricción, sin mengua del requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad que pueda deducirse contra dicha ley. Es más, como algunas de estas limitaciones no dan lugar a indemnización, las posibilidades de revisión judicial, incluso, deberían tener una profundidad mayor.

Dado que esas leyes limitadoras del dominio, junto con ensanchar las facultades administrativas para aplicar con suma discreción sus cortapisas, tampoco se sienten llamadas a equilibrarlas otorgando a los perjudicados unas recíprocas garantías judiciales, entonces todo queda entregado a las estrecheces procesales del recurso de protección.

²³ STC 2009-11, considerandos 31° y 32° y dictámenes 40.370 de 1999 y 30.669 de 2001, de Contraloría General. Eduardo SOTO KLOSS, “La fórmula ‘y en su contra no procederá recurso alguno’ y el Estado de Derecho (notas sobre la tutela jurisdiccional de las personas)”, pp. 2-14, después en su *Derecho Administrativo...*, *op. cit.*, pp. 559-572. Antes: Elena CAFFARENA, *El recurso de amparo frente a los regímenes de emergencia*, pp. 152-154.

Sobre este enunciado en el art. 24 transitorio de la Constitución de 1980, José BIDART HERNÁNDEZ, “La libertad personal y la aplicación jurisprudencial del recurso de amparo en los estados de excepción constitucional”, p. 14. Véase el voto del entonces ministro de la Corte Suprema Rafael Retamal, en sentencia de amparo “Pérez Ibacache”, 5 de noviembre de 1981, rol 22.863, en Eduardo SOTO KLOSS, *El Recurso de Protección. Orígenes, doctrina y jurisprudencia*, pp. 462-463.

²⁴ Un caso más cotidiano: las actas donde la Dirección del Trabajo certifica el “reconocimiento” de una deuda por el empleador, tienen mérito ejecutivo (*Código del Trabajo*, art. 464 N° 4), pero sin que este tenga la posibilidad –en sede judicial– de alegar que ese acto carece de los requisitos o condiciones establecidas por las leyes para que tenga fuerza ejecutiva, según permite en otros juicios el *Código de Procedimiento Civil*, art. 464 N° 7, véase STC, rol N° 3005-16.

Un análisis de nuestra Ley de Monumentos Nacionales N° 17.288, del año 1970, puede ilustrar mejor el punto²⁵.

2) Hay varias figuras que acusan un designio legal obstructivo y que pueden mencionarse: agotamiento previo de la vía administrativa; *solve et repete*; plazos brevísimos para reclamar; imposibilidad de que el juez pueda suspender el acto reclamado; procesos en única instancia y hasta sin previsión de una etapa probatoria donde contradecir los hechos invocados por la autoridad; necesaria condenación en costas y otras sanciones, aunque el particular haya tenido motivo plausible para litigar, etcétera²⁶.

Siendo estos obstáculos intrínsecamente cuestionables, agréguese el abuso que de ellos puede hacerse en la práctica²⁷.

3) Gran jalón del Derecho Público en el siglo pasado fue la irrupción de una administración premunida de fuertes potestades punitivas²⁸. Dicho ejercicio solo pudo hallar contención en la obligación de ceñirse a los principios y garantías constitucionales del orden penal²⁹, según concibió primero la Corte Suprema chilena³⁰ y ahora viene imponiendo de manera consistente, el TC³¹.

El reverso de la medalla es que esta salvaguarda institucional se ve en gran medida tergiversada en lo relativo al juez natural, desde que las sanciones administrativas impuestas solo pueden reclamarse ante un tribunal “civil”, por disposición de las leyes que regulan el respectivo con-

²⁵ Y de las dos posturas a su respecto en el TC, en STC, roles N° 2299, de 29 de enero de 2014 y N° 3086, de 18 de julio de 2017, rectificadas el 25 de julio de 2017.

²⁶ Nuestro “Los contenciosos administrativos especiales en la legislación chilena. Una visión crítica a la luz de la Constitución”, pp. 85-103.

²⁷ No pocos en la Administración creen que, al aplicarse el “silencio negativo” a un reclamo administrativo, la autoridad tendría la “facultad discrecional” para pronunciarse expresamente o callar, lo que al no explicitar los fundamentos del rechazo, viola el principio constitucional de publicidad y le reporta una ventaja indebida al contestar la acción en sede jurisdiccional. Se ha censurado este criterio y dicho que el silencio negativo solo puede ser aceptado por los tribunales cuando la autoridad demuestra que se vio impedida de rechazar con motivo alguno el recurso, bajo apercibimiento de crearse una presunción judicial en su contra. STC 1873-2011, considerando 17°; en igual sentido Manuel ATIENZA y Juan RUIZ MANERO, *Ilícitos atípicos*, p. 104.

²⁸ Iván ARÓSTICA MALDONADO, “Algunos problemas del derecho administrativo penal”, en *RDJ*, tomo 85, 1ª Parte secc. Derecho, 41-51 y en *Revista de Derecho*, N° 182, pp. 71-81.

²⁹ Iván ARÓSTICA MALDONADO “Sanciones administrativas y prescripción”, pp. 119-126.

³⁰ En “Algunos problemas...”, *op. cit.*, demostramos que nuestra Corte Suprema fue quien primero sentó este criterio, ahora universal, por sentencias que se remontan al año 1965. Muchos antes de que así lo proclamara, en España, el Tribunal Supremo (sentencia de 9 de febrero de 1972) y el TC (sentencia de 8 de junio de 1981).

³¹ STC, roles 224, 479, 480, 725, 766, 1183, 1184, 1203, 1205, 1221, 1229, 1518, 2682 y 2946.

tencioso³². Una representación genuina del estado de la cuestión muestra el progresivo crecimiento de los poderes represivos de la Administración, en desmedro de la judicatura, tanto por los casos abarcados como por rigor de las sanciones aplicadas, sin que a la par se haya elevado el nivel de garantías para el encartado, al menos de manera equivalente a la mayor extensión de las conductas sancionadas y al crecimiento en lo drástico de la sanción³³.

II. Salvaguarda judicial efectiva

Tal vez por aquella misma tendencia atávica a blindar al Estado, tampoco nuestro régimen positivo descuella por promover la así llamada *tutela judicial efectiva*. Entendiendo por esta no solo la oportunidad meramente nominal para impugnar un acto administrativo sino que la chance real de obtener que se declare su antijuridicidad por el tribunal correspondiente.

Resumamos de una manera muy panorámica qué puntos de asimetría generan esta percepción.

1) El primer y fundamental problema radica en el crecimiento explosivo de las leyes administrativas –numerosas, fragmentarias, contradictorias, ocasionales³⁴– producto de la aparición hacia 1930 del “Estado Moderno”, cuyo propósito común ha sido injerir cada vez más quehaceres de los privados, económicos y sociales, para ponerlos bajo la férula del Ejecutivo³⁵.

³² Además, que algunos actos administrativos deban impugnarse ante un tribunal “de Santiago”, sin que se arbitren medios de reclamación a distancia. En el *Código de Aguas* compárese el original art. 137 (“Corte de Apelaciones respectiva”) con el texto modificado por la ley N° 20.017 de 2005 (la “del lugar donde se dictó la resolución que se impugna”) y el art. 147 ter actual (“Corte de Apelaciones de Santiago”).

A menos que se busque asegurar la independencia del tribunal y evitar los jueces localistas: el contencioso ecológico antes lo conocía el “juez de letras en lo civil del lugar” (art. 60 ley N° 19.300); ahora le corresponde al Tribunal Ambiental vario comunal respectivo (art. 5 ley N° 20.600). Véase minoría en STC 2839-15, sobre competencia de la Corte de “Santiago” para revisar actos administrativos cuyos efectos se radican en distintos lugares del país.

³³ Incluso, aún está pendiente una ley que regule el procedimiento administrativo previo a la aplicación de la sanción. Un resumen sobre el tema en STC, rol N° 2682-14.

³⁴ Entre muchos, Gustavo ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil*, pp. 30-41.

³⁵ Adolfo IBÁÑEZ SM., *Historia de Chile (1860-1973)*, tomo I, pp. 225-264. También nuestro *Derecho Administrativo...*, *op. cit.*, capítulo I, pp. 13-30. Para las ideas entonces en boga, Mario GÓNGORA, “Libertad política y concepto económico de gobierno en Chile hacia 1915-1935”, pp. 11-46.

“Las leyes se multiplican, invaden áreas confiadas antes a la autonomía de los privados, su vigencia es efímera y a veces se agota en un solo acto de aplicación, su contenido es circunstancial y carece de auténtica vocación reguladora, etc. De este modo, la multiplicación de las leyes, la dificultad para ser conocidas y la frecuencia de sus modificaciones hace que la certeza se torne en inseguridad, frustrando la pretensión de ordenar la vida social mediante reglas sencillas, duraderas y respecto de las cuales pueda presumirse razonablemente su general conocimiento. Y asimismo la igualdad se ve comprometida por la naturaleza particular, cuando no individual, de las normas jurídicas; la antigua generalidad y abstracción de los Códigos cede paso a las leyes-medidas, regulaciones pormenorizadas y sectoriales no siempre justificadas”³⁶.

Dentro de dicho contexto, debe situarse la percepción de que el gobierno es regular porque las leyes son sus aliadas. Lo que resulta especialmente inquietante cuando las leyes y decretos se blanden como instrumentos de hegemonía; como medios en manos del poder político contingente para hacer avanzar proyectos de transformación radical, con pretensiones de autonomía e inmunidad jurisdiccional y a pretexto de que por ser democráticas –por eso solo– son legítimas y justas³⁷.

Si en la civilización jurídica medieval no solo el juez debía ser un tercero sino que, también, era “ajeno” a las partes el derecho mismo sobre la base del cual habría de fallar (*res inter alios*, no estaba en la autoridad reclamada alterar la costumbre ni cambiar a su amaño los fueros o las leyes varias veces centenarias³⁸), ahora con la modernidad la ley es parte del conflicto, en cuanto herramienta para el ejercicio eficaz del poder y con una capacidad de imposición casi ilimitada, sin medios eficaces para asegurar su sometimiento a la Constitución³⁹.

³⁶ LUIS PRIETO SANCHIS, *Apuntes de teoría del Derecho*, pp. 187-188. LUIGI FERRAJOLI, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, pp. 16-17.

³⁷ Respecto a la reducción del derecho a la ley y su consecuente identificación con el aparato autoritario, PAOLO GROSSI, *Mitología jurídica de la Modernidad*, pp. 21-38. Para la inseguridad que ello provoca en el ejercicio de los derechos fundamentales (cuando se hacen depender de su configuración por la ley), MIGUEL AYUSO, *Constitución. El problema y los problemas*, pp. 141-153.

³⁸ ANTONIO CARLOS PEREIRA MENAUT, “La importancia de la jurisdicción en un Estado Democrático de Derecho”. Sobre las “pragmáticas”, como *plenitudo potestatis* (poderío real absoluto) de los reyes en Castilla para suspender la vigencia de una norma general en un caso concreto, sin las Cortes: TOMÁS Y VALIENTE, *Manual de Historia...*, *op. cit.*, pp. 244-245.

Para el antídoto frente a este poder unilateral de reforma: ALONSO BENJAMÍN GONZÁLEZ, “La fórmula ‘Obedécese, pero no se cumpla’ en el Derecho castellano de la Baja Edad Media”, pp. 469-488.

³⁹ Un resumen de la doctrina europea sobre este particular, en ANTONIO MANUEL PEÑA FREIRE, *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, pp. 51-74.

Y si en cada una de estas leyes que potencian a la autoridad, el legislador cree poner frenos y contrapesos al estatuir meros “reclamos de ilegalidad”, no es de extrañar que los recursos de los justiciables se rechacen de ordinario, por aquella inveterada práctica judicial de juzgar el actuar de la Administración según parámetros de simple legalidad antes que conforme a un sentido superior de justicia⁴⁰. He así la desconstitucionalización del Derecho Administrativo y la puesta en entredicho de la célebre fórmula ideada por Fritz Werner, de que el Derecho Administrativo es el Derecho Constitucional concretado⁴¹.

Por lo anterior es que la realización de la justicia administrativa va a depender estrechamente de la efectividad con que operen los medios de control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes. No son pocas las veces en que la suerte de un contencioso administrativo queda echada antes de resolverse, con la sentencia que acepta o deniega un paralelo requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de las leyes, en que se basa el acto administrativo allá cuestionado.

2) El segundo punto se refiere a dos dispositivos que suelen invocarse para provocar un rechazo prácticamente *in limine* de cualquier reclamo judicial: la presunción de validez de los actos administrativos, en orden a que ellos –por principio– se ajustarian a la legalidad, y la presunción de veracidad respecto a los hechos invocados por la autoridad como fundamento de sus determinaciones, hechos que serían –de partida– efectivos y jurídicamente bien calificados.

2.1) El primer dispositivo es la ley N° 19.880 que, al mencionar la “presunción de legalidad” dentro de las características que poseerían los actos administrativos a través de los cuales deciden las autoridades (art. 3° inc. 8°), evoca aquel sentir con que se fundó la república, de que el país es gobernado por estadistas prudentes y juiciosos, desinteresados por el poder e inclinados a comedirse ante la legalidad.

Presunción que no puede sino reposar sobre esa creencia todavía común, ya que la ley N° 19.880 omite indicar de qué antecedente (hecho

⁴⁰ El *Código de Procedimiento Civil* exige a las sentencias contener “La enunciación de las leyes, y en su defecto de los principios de equidad con arreglo a los cuales se pronuncia el fallo” (art. 170 N° 5). Si por “defecto” se entiende “carencia o imperfección” –atendiendo al *Diccionario de la lengua española*–, entonces cuando las normas legales involucradas en un caso sean deficientes porque concitan el problema, pero no contribuyen a la solución, puede el juez acudir a los principios de Derecho Público recogidos en el título I de la LOC N° 18.575 o a los principios generales del Derecho, si son reconocidos, aceptables y pertinentes a la cuestión. Respectos a estos, Alejandro GUZMÁN BRITO, *El origen y la expansión de la idea de “Principios del Derecho”*, p. 416.

⁴¹ Rainer WAHL, *Los últimos cincuenta años del Derecho administrativo alemán*, pp. 54 y 60.

conocido) deriva dicho consecuente (suposición de validez), en circunstancias que el *Código Civil* (art. 47) exige un indicio cierto del cual pueda deducirse un tal efecto. Por ello, sigue siendo pertinente complementar la comprensión de esta figura con la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República, que hace recaer ese hecho conocido solo en el requisito de haberse tomado razón del correspondiente decreto o resolución⁴².

Además de tener que observarse la condición puesta en la sentencia rol N° 1849-2010 (cons. 12°) del TC, en cuya virtud –para que dicha presunción de legalidad pueda operar en el orden jurisdiccional– no basta que el acto administrativo cuestionado tenga estampado su toma de razón, sino que es imprescindible –además– que el Contralor General especifique los fundamentos jurídicos precisos que lo movieron a darle curso regular, conforme al principio constitucional de publicidad de los actos estatales.

2.2) El segundo dispositivo es el acopio y valoración de las pruebas en el procedimiento administrativo preliminar, que pueden encubrir una virtual presunción de veracidad en sede judicial. La ley N° 19.880 dice que los hechos fundantes de una decisión podrán acreditarse por cualquier medio válido “apreciándose en conciencia” (art. 35), a la vez que varias leyes especiales le asignan el carácter de “ministros de fe” a los inspectores administrativos encargados de fiscalizar alguna actividad o valor de “presunción” a sus propios atestados⁴³.

Y de resultas, esto puede entrañar para los reclamantes una subentendida exigencia en la práctica judicial: el deber de probar la inexistencia de los hechos que motivan la decisión administrativa que controvierten. En circunstancias que –tratándose de gravámenes y sanciones administrativas– esta alteración del *onus probandi* subvierte la justicia, pues se obliga al afectado a probar que él sí cumplió la normativa involucrada o que no concurren los hechos que hacen procedente la restricción o sanción, eximiéndose a la autoridad –en tanto– de argumentar en tal sentido⁴⁴.

⁴² Iván ARÓSTICA MALDONADO, “¿Qué queda de la presunción de legalidad?”, Iª parte secc., Derecho, pp. 1-7 y en *Gaceta Jurídica*, N° 134, pp. 7-15.

⁴³ Iván ARÓSTICA MALDONADO, “El motivo de hecho de las sanciones administrativas: notas sobre procedimiento, fundamento y justificación”, pp. 233-249.

⁴⁴ Si la regla general presupone el límpido ejercicio de los derechos por sus legítimos titulares, entonces cualquier contra suposición o afectación a los mismos –en los casos autorizados por la Constitución– debe entenderse como una inequívoca excepción, cuya acreditación corresponde al órgano de la Administración que la invoca. Por ende, objetada que sea la existencia de los hechos que motivan un acto administrativo, en el ámbito judicial se debe recibir la causa a prueba y el juez –a su vez– apreciar en conciencia las evidencias producidas en el expediente administrativo que se acompañe. En esta línea, STC, rol N° 2684-14, conocido como el caso de “Curtidos Bas”.

Aún más, el que la apreciación de las pruebas se efectúe “en conciencia” por la Administración, ¿importa un acto de introspección, subjetivo e íntimo, y, por tanto, irreprimibles por la jurisdicción?

2.3) Otra situación ocurre cuando los hechos deben subsumirse en los llamados “conceptos indeterminados”, con que las leyes insinúan las conductas o situaciones (antecedente) que pueden dar lugar a una sanción o a un acto administrativo desfavorable (consecuente). Como estas leyes no connotan qué se entiende por tales (peligro inminente, interés público, daños de consideración, etc.), es el operador administrativo quien en cada caso llena el vacío legal creando un concepto propio, el cual sirve lo mismo para un barrido que para un fregado, al decir de un jocundo profesor.

No se trata en estos casos, como se ve, de un simple problema de interpretación, comoquiera que determinar cuándo acontece un “daño relevante” o un “peligro inminente”, por ejemplo, no implica solo fijar el sentido y alcance de estas palabras, sino que crear –en cada caso particular– un concepto propio para connotarlas

Llenada a *piacere* por la autoridad administrativa la oquedad legal, ¿con el respaldo de qué criterio podría el tribunal revisor juzgar que esa operación exorbita la “legalidad”⁴⁵?

3) Como tercer y último punto está la cuestión sobre las “potestades discrecionales” de la Administración. A cuyo respecto ha hecho fortuna la tesis que las define como aquellas que permiten una pluralidad de decisiones, todas ellas igualmente justas. El profesor Eduardo García de Enterría enseñó que discrecional es la potestad que tiene la Administración para elegir entre varias alternativas legalmente indiferentes, de suerte que la decisión –el “qué” resuelve la autoridad– se basaría en criterios extrajurídicos, de mérito o conveniencia, que la ley no predetermina, sino que deja a su libre arbitrio, pudiendo, en consecuencia, optar según su criterio subjetivo⁴⁶.

Ciertamente, en eso consiste la discrecionalidad administrativa: en que las autoridades puedan contar con la suficiente flexibilidad para tomar

Además que la aludida facultad para apreciar en conciencia las pruebas se tergiversa, en el sentido de que a la autoridad le bastaría dar por establecidos los hechos imputados con un grado de mera probabilidad, y no de completa certeza, para coartar o sancionar. Es errada la creencia de que la contundencia de la evidencia para encarcelar debe ser mayor que la evidencia para multar, porque “no cabe tratar peor al administrado que al delincuente”: STC 2946 considerando 14º.

⁴⁵ Iván ARÓSTICA MALDONADO, “Sanciones y restricciones administrativas en un entorno de leyes compendiosas”, pp. 13-37.

⁴⁶ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, “La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)”, p. 159 y ss.

una u otra decisión, según cada caso en particular que les toque afrontar. Y, en buenas cuentas, eso es el derecho, dar a cada uno lo suyo, según su situación. Pero de ahí no se sigue *–non sequitur–* ni que pueda tomarse cualquiera decisión irreflexivamente, ni que esa decisión esté exenta de control, como se ha malentendido muchas veces.

Los tribunales, al revisar el ejercicio concreto de la potestad discrecional, no pueden inmiscuirse en las razones de “mérito o conveniencia” política que movieron a la autoridad a adoptar una determinación dada; ni para darla por buena, ni para censurarla. A esos argumentos no han de prestarle oídos, porque escapan a su jurisdicción. Pero sí les es dable escrutar jurídicamente la decisión ya tomada, igual que cualquier acto administrativo, en especial respecto de la razonabilidad y proporcionalidad de su objeto, si este hiere algún derecho en la realidad.

Basta lo anterior como un señalamiento muy somero de todo ese haz de circunstancias que asechan a los justiciables y de los platos de la balanza que deberían equilibrarse en procura de una mayor igualdad entre las partes.

A modo de conclusión

1) Repasemos entonces los hitos jurídicos principales desarrollados hasta el momento: el Estado de derecho en Chile descansa más en reglas implícitas de buen gobierno y en la idealización de que las autoridades son respetuosas de los derechos y de la juridicidad, que sobre mecanismos formales de revisión judicial acerca de la validez de sus actuaciones⁴⁷. Mientras el Presidente de la República, en la Carta de 1833, se redujo a ejercer la competencia amplísima de conservar el “orden público” (art. 81), cuyo ejercicio pudo prestarse para abusos, bastó consagrar el recurso de amparo (art. 143), aunque –en la práctica– este no tuvo aplicación real durante décadas.

Cuando, con el entonces llamado Estado Moderno amplió sus cometidos para abarcar el “orden público económico”, la Constitución de 1925 ideó dos nuevos dispositivos para preservar el régimen jurídico: el contencioso administrativo y el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de las leyes (arts. 86-87). Ante la sorpresa democrática de

⁴⁷ Creando ahí un cierto dejo de gobierno absoluto, cuando el poder del Rey se consideraba limitado, pero incontrolable. Con poderes *sub lege*, pero no *sub curia*, dado que nadie podía juzgar la violación de la ley por parte del Rey: Nicola MATTEUCCI, *Organización del poder y libertad. Historia del constitucionalismo moderno*, pp. 39-41.

1970, se ideó de improviso otro contrafuerte para el Estado de derecho: el Estatuto de Garantías Constitucionales de 1971. Como ninguno de estos mecanismos diera resultados, la Carta de 1980 incorporó el recurso de protección (art. 20) y luego en 1989 la acción general de nulidad de Derecho Público o el contencioso administrativo general (art. 38 inc. 2°). Colateralmente, la LRC N° 20.050, de 2005, radicó el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de las leyes, en el TC (art. 93 N° 6).

2) Empero, la tramitación en exceso breve del recurso de protección, en la práctica imposibilita llevar a juicio decisiones administrativas de median complejidad. La sustanciación con creces larga, del contencioso general, desincentiva su empleo. Los contenciosos especiales son prolíferos en trabas legales.

Si los tribunales de justicia están llamados a remediar las irregularidades y lesiones causadas por actos de la autoridad, es cierto entonces, eso que se dice que “son muy pocos los enfermos que llegan al hospital”. Y ahí arribados, además de aquellas leyes procesales, conspiran en contra de los justiciables las leyes sustanciales, a menudo fuertemente potestativas e inspiradas en una concepción pro Estado, lo que fuerza ir a la justicia constitucional a confrontarlas con la Carta Fundamental, por supuesto en la medida que esta recoja en la materia, una visión más garantista y pro persona. Al mismo tiempo que cierta jurisprudencia viene minorando –acaso en demasía– el recurso de protección⁴⁸ y la acción general de nulidad de derecho público⁴⁹, como salvaguardas efectivas frente a los actos de la autoridad.

3) En especial, en lo que toca a la impugnación de los actos de restricción y sanción, las inquietudes enunciadas, que embarazan la entronización definitiva del principio de tutela judicial efectiva, exigen un posterior análisis más detenido. Por de pronto, habrá que profundizar en la constitucionalidad de las leyes administrativas que sirven de supuesto a dichos actos administrativos de desfavor.

Como, así mismo, se requiere más adelante ahondar en los motivos de hecho que fundan y justifican tales determinaciones, tocante a la prueba de su existencia material y a su posterior calificación jurídica. A

⁴⁸ Eduardo SOTO KLOSS, “La protección de los derechos de las personas, logros y penurias (veinticinco años de jurisprudencia 1977/2002)”, en *Ius Publicum*, N° 10, Santiago, 2003, pp. 71-88, reproducido en su *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales*, Santiago, Legal Publishing Chile, 2009, pp. 593-607. Eduardo SOTO KLOSS, “Estado de Derecho o Estado de hecho. La protección de los derechos de las personas en la Constitución y en la práctica”, pp. 107-124.

⁴⁹ Eduardo SOTO KLOSS, “La nulidad de derecho público según la Corte Suprema hoy: de su tergiversación a su destrucción”, pp. 73-92.

este respecto dos cosas son, a nuestro juicio, importantes de estudiar en lo próximo: en primer lugar, ¿hasta dónde alcanza la facultad concedida a la Administración para “apreciar en conciencia” las pruebas rendidas en el previo procedimiento sumarial? Y, en segundo lugar, ¿hasta dónde le es dable encuadrar los hechos así establecidos dentro de los mencionados “conceptos indeterminados”?

Además de ambos aspectos referentes al *porqué* está decidiendo en un determinado sentido la autoridad, también amerita un examen más a fondo el *qué* se está resolviendo en cada oportunidad. Concretamente, si es justificable el objeto o contenido mismo de la decisión, adoptada en ejercicio de un poder discrecional.

Bibliografía

- ARÓSTICA MALDONADO, Iván, *Algunos problemas del derecho administrativo penal*, en *RDJ*, tomo 85, Santiago, 1988 y en *Revista de Derecho*, N° 182, Concepción, 1987.
- ARÓSTICA MALDONADO, Iván, *Derecho Administrativo Económico*, Santiago, Ediciones Universidad Santo Tomás de Aquino, 2001.
- ARÓSTICA MALDONADO, Iván, “El motivo de hecho de las sanciones administrativas: notas sobre procedimiento, fundamento y justificación”, en CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, *La Contraloría General de la República, 85 años de vida institucional (1927-2012)*, Santiago, Contraloría general de la República, 2012.
- ARÓSTICA MALDONADO, Iván, “Estado de Derecho y nulidad de derecho público”, en Enrique NAVARRO (ed.), *20 años de la Constitución chilena 1980-2001*, Santiago, Cono Sur, 2001.
- ARÓSTICA MALDONADO, Iván, “Los contenciosos administrativos especiales en la legislación chilena. Una visión crítica a la luz de la Constitución”, en *Ius Publicum*, N° 20, Santiago, 2008.
- ARÓSTICA MALDONADO, Iván, “¿Qué queda de la presunción de legalidad?”, en *RDJ*, tomo 88 Santiago, 1991 y en *Gaceta Jurídica*, N° 134, Santiago, 1991.
- ARÓSTICA MALDONADO, Iván, “Sanciones administrativas y prescripción”, en *Sanciones administrativas y derechos fundamentales: regulación y nuevo intervencionismo*, conferencias, Santiago, Santo Tomás de Aquino, 2005.
- ARÓSTICA MALDONADO, Iván, “Sanciones y restricciones administrativas en un entorno de leyes compendiosas”, en *Revista de Derecho Público Iberoamericano*, N° 9, Santiago, 2016.
- ATIENZA, Manuel y Juan RUIZ MANERO, *Ilícitos atípicos*, 2ª ed., Madrid, Trotta, 2006.
- AYUSO, Miguel, *Constitución. El problema y los problemas*, Madrid, Marcial Pons, 2016.

- BIDART HERNÁNDEZ, José, “La libertad personal y la aplicación jurisprudencial del recurso de amparo en los estados de excepción constitucional”, en *Gaceta Jurídica*, N° 75, Santiago, 1986.
- BOCKSANG HOLA, Gabriel, *El nacimiento del Derecho Administrativo patrio de Chile (1810-1860)*, Santiago, Thompson Reuters, 2016.
- BRAVO LIRA, Bernardino, “Derechos políticos y civiles en España, Portugal y América Hispana. Apuntes para una historia por hacer”, en *Revista de Derecho Público*, N°s 39-40, Santiago, 1986.
- BRAVO LIRA, Bernardino, *El Absolutismo Ilustrado en Hispanoamérica. Chile (1760-1860). De Carlos III a Portales y Montt*, Santiago, Editorial Universitaria, 1992.
- BRAVO LIRA, Bernardino, *El Estado de Derecho en la Historia de Chile*, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 1996.
- BRAVO LIRA, Bernardino, “El más antiguo Estado de derecho en Europa y en América (siglos XI al XXI)”, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, tomo LXXX, Madrid, 2010.
- BRAVO LIRA, Bernardino, *Historia de las instituciones políticas de Chile e Hispanoamérica*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1986.
- BRAVO LIRA, Bernardino, *Una historia jamás contada. Chile 1811-2011*, Santiago, Origo Ediciones, 2016.
- CAFFARENA Elena, *El recurso de amparo frente a los regímenes de emergencia*, Santiago, Impresores San Francisco, 1957.
- CASTELLETTI FONT Claudia, “De la suplicación de las leyes en Indias y la Ley Particularis Indiana. La opinión de Juan del Corral Calvo de la Torre (1665-1737)”, en *Revista Chilena de Historia del Derecho*, N° 18, Santiago, 1999-2000.
- DIP, Ricardo, *Los derechos humanos y el Derecho natural*, Madrid, Marcial Pons, 2009.
- ELÍAS DE TEJADA FRANCISCO, “El Derecho natural, fundamento de la civilización”, en *Revista Chilena de Derecho*, N° 1, Santiago, 1974.
- FIORAVANTI, Maurizio, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, segunda reimpresión, Madrid, Trotta, 2011.
- FERRAJOLI Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 7ª ed., Madrid, Trotta, 2010.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)”, en *Revista de Administración Pública*, N° 38, Madrid, 1962.
- GARCÍA-GALLO, Alfonso, *Antología de fuentes del antiguo Derecho*, 6ª. ed., Madrid, Editorial Alfonso García Gallo, 1975.
- GARCÍA-GALLO, Alfonso, *El origen y la evolución del Derecho. Manual de Historia del Derecho Español I (1959-1962)*, 7ª. ed., Madrid, Editorial Alfonso García Gallo, 1977.
- GARCÍA GALLO, Alfonso, *Metodología de la historia del Derecho Indiano*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1970.

- GÓNGORA, Mario, *El Estado en el Derecho Indiano*, Santiago, Editorial Universitaria, 1951.
- GÓNGORA, Mario, “Libertad política y concepto económico de gobierno en Chile hacia 1915-1935”, en *Estudios Históricos*, N° 8, Santiago, 1986.
- GONZÁLEZ, Alonso Benjamín, “La fórmula ‘Obedézcase, pero no se cumpla’ en el Derecho castellano de la Baja Edad Media”, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, N° 50, Madrid, 1980.
- GROSSI, Paolo, *El orden jurídico Medieval*, Madrid, Marcial Pons, 1996.
- GROSSI, Paolo, *Mitología jurídica de la Modernidad*, Madrid, Trotta, 2003.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, *El origen y la expansión de la idea de “Principios del Derecho”*, Santiago, Thomson Reuters, 2014.
- IBÁÑEZ SM, Adolfo., *Historia de Chile (1860-1973)*, Santiago, Centro de Estudios Bicentenario, 2013.
- JOCELYN-HOLT, Alfredo, *La independencia de Chile. Tradición, modernización y mito*, 2ª. ed. Santiago, Debolsillo, 2016.
- LANDA ARROYO, César, “Estudio preliminar”, Mark TUSHNET, *Constitucionalismo y Judicial Review*, Lima, Palestra Editores, 2013.
- MATTEUCCI, Nicola, *Organización del poder y libertad. Historia del constitucionalismo moderno*, Madrid, Trotta, 1998.
- MCILWAY, Charles Howard, *Constitucionalismo antiguo y moderno*, Buenos Aires, Editorial Nova, 1958.
- [MONTT, Ambrosio], *Dictámenes del Fiscal de la Corte Suprema de Justicia de Chile*, Santiago, Imprenta Nacional, 1895.
- ORELLANA RODRÍGUEZ, Mario, *Organización y administración de la Justicia española en los primeros años de la conquista de Chile*, Santiago, Librotecnia, 2009.
- PEÑA FREIRE, Antonio Manuel, *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, Madrid, Trotta, 1997.
- PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos, *Rule of Law o Estado de Derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2003.
- PEREIRA MENAUT, Antonio Carlos, “La importancia de la jurisdicción en un Estado Democrático de Derecho”, charla dictada en el Salón de Honor de la Corte Suprema de Justicia 29 de marzo de 2017, Santiago, pro manuscrito.
- PÉREZ-LUÑO, Antonio Enrique, “Los clásicos iusnaturalistas españoles”, en José Manuel RODRÍGUEZ URIBES *et al.*, *Historia de los derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 1998, tomo I: “Tránsito a la Modernidad. Siglos XVI y XVII.
- PRIETO SANCHIS LUÍS, *Apuntes de teoría del Derecho*, 10ª ed., Madrid, Trotta, 2016.
- RAVINOVICH-BERKMAN, Ricardo, *¿Cómo se hicieron los derechos humanos?*, Buenos Aires, Didot, 2017.
- SOTO KLOSS, Eduardo, “Apuntes para la historia de la Administración Indiana en Chile”, en *Anuario de Derecho Administrativo*, tomo I, Santiago, 1975/1976.
- SOTO KLOSS, Eduardo, *Derecho Administrativo. Temas fundamentales*, Santiago, Legal Publishing, 2009.

- SOTO KLOSS, Eduardo, *El Recurso de Protección. Orígenes, doctrina y jurisprudencia*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1982.
- SOTO KLOSS, Eduardo, “Estado de Derecho o Estado de hecho. La protección de los derechos de las personas en la Constitución y en la práctica”, en *Ius Publicum*, N° 8, Santiago, 2002.
- SOTO KLOSS, Eduardo, “La fórmula ‘y en su contra no procederá recurso alguno’ y el Estado de Derecho (notas sobre la tutela jurisdiccional de las personas)”, en *Gaceta Jurídica*, N° 27, Santiago, 1979.
- SOTO KLOSS, Eduardo, “La nulidad de derecho público según la Corte Suprema hoy: de su tergiversación a su destrucción”, en *Ius Publicum*, N° 34, Santiago, 2015.
- SOTO KLOSS, Eduardo, “La protección de los derechos de las personas, logros y penurias (veinticinco años de jurisprudencia 1977/2002)”, en *Ius Publicum*, N° 10, Santiago, 2003.
- TAMANAH, Brian Z., *En torno al Estado de derecho. Historia, política y teoría*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004.
- TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *Manual de Historia del Derecho español*, 4ª. ed., reimpresión, Madrid, Tecnos, 2016.
- VILLAPALOS SALAS Gustavo, *Los recursos contra los actos de gobierno en la Baja Edad Media. Su evolución histórica en el reino castellano 1252-1504*, Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1976.
- WOODS JR., Thomas E, *Cómo la Iglesia construyó la civilización Occidental*, Madrid, Ciudadela Libros, 2010.
- WAHL, Rainer, *Los últimos cincuenta años del Derecho administrativo alemán*, Madrid, Marcial Pons, 2013.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil*, 7ª. ed., Madrid, Trotta, 2007.

JURISPRUDENCIA

- LRC N° 17.450 de 1971.
- SCS, rol N° 5376-2009.
- SCS, rol N° 8742-2014.
- STC, rol N° 2684-14 (caso de “Curtidos Bas”).
- STC, rol 2946.
- STC, rol N° 2839-15 (competencia de la Corte de “Santiago”).
- STC, rol N° 2682-14.
- STC, rol N° 224.
- STC, rol N° 479.
- STC, rol N° 480.
- STC, rol N° 725.

STC, rol N° 766.
STC, rol N° 1183.
STC, rol N° 1184.
STC, rol N° 1203.
STC, rol N° 1205.
STC, rol N° 1221.
STC, rol N° 1229.
STC, rol N° 1518.
STC, rol N° 2682.
STC, rol N° 2946.
STC, rol N° 3283-17.
STC, rol N° 2009-11.
STC, rol N° 1873-11.
STC, rol N° 3005-16.
STC, rol N° 2299.
STC, N° 3086.
STC, rol N° 15-73.

DICTÁMENES

Dictámenes 40.370 de 1999 y 30.669 de 2001, de la Contraloría General de la República.

NORMATIVA UTILIZADA

Ley N° 18.575, Ley Orgánica Constitucional sobre Bases Generales de la Administración del Estado.

PROPUESTAS DE SOLUCIÓN
PARA LOS APARENTES CONFLICTOS
JURÍDICOS QUE SE PUEDEN SUSCITAR
ENTRE EL DERECHO A LA VIDA
DEL QUE ESTÁ POR NACER
Y LOS DERECHOS DE LA MADRE

PROPOSALS OF SOLUTION
FOR THE APPARENT LEGAL CONFLICT
THAT MAY ARISE BETWEEN THE RIGHT
TO LIFE OF THE UNBORN
AND THE RIGHTS OF THE MOTHER

*Andrea Rosario Iñiguez Manso**
*Marcela Inés Peredo Rojas***

Resumen

El art. 19 N°1 inc. 1° establece que la Constitución asegura a todas las personas “el derecho a la vida y la integridad física y psíquica”. Además, en su inc. 2° sostiene que “la ley protege la vida del que está por nacer”. Por lo tanto, la Constitución ampara la vida del nonato y su madre. El problema es determinar cómo debe actuar el legislador cuando se produce un aparente conflicto entre los derechos de la madre y de la vida en gestación. Nuestro estudio pretende dar algunos criterios de solución a esta cuestión.

Palabras claves: Derecho a la vida, *nasciturus*, aborto

Abstract

Article 19 N° 1 parr. 1 of the Constitution recognizes to every person the right to life and it's physical and psychological integrity. It also declares

* Magíster en Investigación Jurídica de la Universidad de los Andes. Correo electrónico: rosarioini@vtr.net, rosarioini@gmail.com.

** Doctora en Derecho. Profesora investigadora de la Universidad Autónoma de Chile. Artículo recibido el 24 de mayo de 2017 y aceptado para su publicación el 30 de julio de 2017. Correo electrónico: marcela.peredo@uautonoma.cl.

in parr. 2 that protects the life of the unborn. Therefore, the Constitution shelters the life of the unborn and the mother. The problem is to determine how could our legal system react when there is an apparent conflict between the rights of the mother and the baby. Our investigation tries to give some criterions to solve this issue.

Key words: The right of life, *nasciturus*, abortion

I. Introducción

La Constitución establece en su art. 19 N° 1 que asegura a todas las personas el derecho a la vida y la integridad física y psíquica. En el inc. 2° se señala que la ley protege la vida del que está por nacer. Es decir, nuestra Carta Fundamental se ocupa de amparar la vida de la madre y del hijo. La protección constitucional del nonato se ha manifestado también en nuestra legislación, entre ellas, por el hecho de que nuestro *Código Penal* contiene normas especiales que sancionan el aborto provocado.

Lo anterior ha generado críticas por parte de diversos sectores políticos, sociales y académicos que estiman que, si bien la Constitución protege la vida de la madre y de la vida en gestación; en la práctica, la legislación beneficia más al niño no nacido en detrimento de los derechos de la madre. Así, el proyecto de ley enviado por la presidenta Michelle Bachelet, que propone despenalizar el aborto en tres causales argumenta que buscaría un mejor equilibrio ante este aparente conflicto de derechos.

En este sentido, el mensaje presidencial con el que se inicia la discusión de este proyecto de ley declara en su preámbulo que la Carta Fundamental reconoce el derecho a la vida de la madre y del hijo. Sin embargo,

“el Estado debe equilibrar esos mandatos, con aquellas situaciones que pueden afectar la vida, la salud, los derechos y, en definitiva, la dignidad de las mujeres en ciertas situaciones que conllevan la obligación de regular la interrupción del embarazo”¹.

De la lectura de este documento podemos concluir que el proyecto de ley pretende solucionar un aparente conflicto entre los derechos de la madre y los derechos del hijo, y que en ciertas situaciones la madre puede poner término a su embarazo, ya que ello constituiría un legítimo ejercicio de sus derechos.

¹ Mensaje N° 1230-62, p. 2.

Antes de analizar si es que existe un conflicto de derechos, estimamos que es necesario desentrañar el contenido de los derechos que estarían en aparente colisión: por una parte, el derecho a la vida del que está por nacer y, por otra, los derechos de la madre. Una vez que hayamos determinado el sentido de aquellos, podríamos determinar qué hacer en caso conflicto, todo ello a la luz de las disposiciones que a este respecto establece la Constitución, teniendo presente, además, lo resuelto por el TC, en especial, en el fallo sobre la píldora del día después.

II. Estatuto jurídico constitucional del embrión humano

II. 1. CONCEPTO JURÍDICO DE EMBRIÓN HUMANO

Se ha dicho en un sinnúmero de ocasiones que “el derecho es lo que dicen los jueces”. Ello es así en cuanto a que este es un repertorio de soluciones a un caso concreto². El Derecho supone el conflicto entre pretensiones jurídicas contrapuestas que deben ser resueltas por el juez velando por una interpretación conforme a la Constitución y a las leyes vigentes. Dicho esto, se hace imprescindible llevar a cabo un análisis de los derechos a la vida del embrión y los derechos de la madre, para poder avanzar en nuestro estudio sobre la aparente conflictividad de los mismos. Con relación al nonato, debemos determinar qué se entiende por la expresión “el que está por nacer”.

Alejandro Serani Merlo afirma:

“no existe ni puede existir un sujeto humano que no sea persona humana, ni una persona humana que no sea sujeto humano. Desde el punto de vista ontológico, ser persona –para el ser humano– no es sino su modo peculiar de ser sujeto. Se trata de un mismo y único problema mirado desde dos perspectivas diversas. La primera en tanto que el ser humano es un ente natural corpóreo, la segunda en tanto que el ser humano es un ser espiritual”³.

El embrión es un ser humano porque a partir de la unión de los gametos femenino y masculino surge una célula con una identidad propia, única. Por tanto, se trata

² Álvaro D’ORS, *Derecho y sentido común. Siete lecciones de derecho natural como límite del derecho positivo*, pp. 27-28.

³ Alejandro SERANI MERLO, “El estatuto antropológico y ético del embrión humano”, p. 1067.

“sin lugar a dudas de una célula única, rodeada de membrana, metabólicamente activa. El espermatozoide como tal ya no existe, y el ovocito original se encuentra importantemente modificado, sobre todo luego del fin de la segunda división meiótica”⁴.

En este orden de ideas, Hernán Corral Talciani sostiene que “el embrión humano es una realidad científica y no una creación jurídica”⁵. Por ello, la vida como hecho jurídico se puede encontrar en estado embrionario, de nacido o en la adultez, vejez, etc. Así, los jueces deben interpretar estos asuntos sobre la base del *principio favor libertatis*, es decir, ante la duda razonable de la posible eliminación de un ser humano deben optar por la norma que favorezca el derecho del embrión para que la muerte de un ser humano no sea el razonamiento que se deduce de la protección constitucional de los derechos. Ello, porque la muerte es el fin de la vida y un hecho jurídico cierto que el Derecho solo regula, pero que los jueces no pueden estimar que se encuentre garantizado constitucionalmente ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias. Si los jueces admiten que el embrión es un ser humano no pueden actuar en contravención a sus derechos, sino, más bien, protegerlos.

En suma, todo embrión de la especie humana supone que “no podemos ser tratados como ‘cosas’, que se puede barrer con una escoba, pero no con un ser humano”⁶. Por ello, cada individuo de la especie humana posee derechos intrínsecos desde su concepción, ya que “para que una persona pueda ser de otra tiene ella misma que donarse con su libertad”⁷. Una interpretación armónica de los derechos constitucionales nos lleva a concluir que tanto para la madre como para el embrión humano, debe garantizarse sus derechos constitucionalmente reconocidos de manera que amparar el de uno no suponga vulnerar los del otro. Aquello solo se entiende desde el concepto de derechos fundamentales que supone que los derechos son limitados y que la dignidad humana supone que las normas puedan entrar en conflicto, pero los derechos de las personas siempre sean de igual entidad.

En relación con lo anterior, es interesante mencionar la forma en que el estatuto jurídico del embrión humano fue resuelto ante el Tribunal de

⁴ SERANI MERLO, *op. cit.*, p. 1067.

⁵ Hernán CORRAL TALCIANI, “El embrión humano: Consideraciones sobre su estatus jurídico a propósito de la ‘despenalización’ del aborto”, p. 185.

⁶ Julio ALVEAR TELLEZ, “La persona en la Constitución de 1980: Fundamento de los Derechos y Garantías Constitucionales”, p. 60.

⁷ *Op. cit.*, p. 62.

Justicia de la Unión Europea⁸. El conflicto de pretensiones jurídicas que se sometió a decisión judicial era determinar si los embriones son seres humanos titulares de derechos o son objetos del derecho a patentes. Al respecto, el Tribunal dictaminó:

“No es patentable un procedimiento que, al emplear la extracción de células madre obtenidas a partir de un embrión humano en el estadio de blastocito, implica la destrucción del embrión”⁹.

Es decir, el embrión no es objeto del proceso de patentes porque es sujeto de derechos por su calidad de ser humano. A mayor abundamiento, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea advierte:

“una invención debe considerarse excluida de la patentabilidad, aunque las reivindicaciones de la patente no se refieran a la utilización de embriones humanos, cuando la implementación de la invención requiera la destrucción de embriones humanos”¹⁰.

De modo que el derecho a invención se encuentra limitado por el derecho a la vida del embrión porque la prohibición de patentabilidad supone que el embrión humano no debe ser eliminado o destruido.

Este razonamiento judicial surge de los límites intrínsecos de cada derecho, que se hace valer a través de pretensiones jurídicas contrapuestas. Vale decir, no existe un conflicto entre la invención y el derecho de patentes versus el derecho a la vida del embrión, lo que existe es el reconocimiento expreso de que el derecho de patentes no es ilimitado y, por ende, no puede recaer sobre seres humanos vivos en cualquier estado de su evolución¹¹.

⁸ El asunto C-34/10, que tiene por objetivo una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al art. 267 del TFUE, por el *Bundesgerichtshof* (Alemania), mediante resolución de 17 de diciembre de 2009, recibida en el Tribunal de Justicia el 21 de enero de 2010, en el procedimiento entre Oliver Brüstle y Greenpeace e.V. La petición de decisión prejudicial tiene por objetivo la interpretación del art. 6, apartado 2, letra c), de la directiva 98/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 1998, relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas (DO L, N° 213, p. 13; en lo sucesivo, “Directiva”).

Dicha petición se presentó en el marco de un procedimiento de anulación, iniciado por Greenpeace e.V., de la patente alemana de la que es titular el Sr. Brüstle, relativa a células progenitoras neuronales, a sus procedimientos de producción a partir de células madre embrionarias y a su utilización con fines terapéuticos.

⁹ Greenpeace e.V., cons. 48.

¹⁰ *Op. cit.*, cons. 49.

¹¹ La sentencia señala en la parte resolutive: “El artículo 6, apartado 2) letra c) de la Directiva 98/44 excluye la patentabilidad de una invención cuando la información técnica

II.2. REGULACIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA VIDA DEL QUE ESTÁ POR NACER

La Constitución chilena reconoce en el art. 19 N° 1 inc. 2° que “la ley protege la vida del que está por nacer”. Esto significa que, por una parte, asegura que el que está por nacer es un titular de derechos que se debe proteger¹². Pero, además, le entrega un mandato al legislador en esta materia. Por lo tanto, aquí se presenta un problema jurídico: el margen que el legislador posee para regular el derecho a la vida en gestación. Este problema supone definir si este derecho contenido en la Carta Fundamental tiene un contenido mínimo determinado por el mismo constituyente o si dicha determinación ha sido delegada a la discrecionalidad del legislador.

En este orden de ideas, cabe investigar si la garantía de reserva legal reconocida en el art. 19 N° 26 de la Carta Fundamental es de carácter neutro o si, por el contrario, impone ciertas limitaciones para que el legislador ejerza su marco regulatorio. En el primer supuesto, el legislador podría ser absolutamente ilimitado y libre para regular los derechos como desee¹³, ya que tendría aquella denominada “legitimidad democrática” de la cual otros órganos constitucionales, el TC, por ejemplo, en principio carecen. En cambio, en el segundo supuesto, vale decir, si la garantía de la reserva legal supone que el legislador actúe de una forma determinada, significa que cualquier contravención a aquella implica una infracción al texto de la Constitución.

La doctrina constitucional ha resuelto este problema desde el contenido de la Carta Fundamental vigente que como norma jurídica obliga a toda persona, institución o grupo¹⁴. Así, la habilitación al legislador para regular un derecho debe evitar convertirse en un documento en blanco que puede ser llenado por este según lo estime conveniente, ya que los derechos no son meras decisiones políticas, sino que constituyen un límite a la soberanía¹⁵. Ello, porque el legislador –so pretexto de regularlos– no puede anular el contenido que debe proteger. Tal situación ocurre con los siguientes derechos, a saber:

objeto de la solicitud de patente requiera la destrucción previa de embriones humanos o su utilización como materia prima, sea cual fuere el estadio en el que éstos se utilicen y aunque la descripción de la información técnica reivindicada no mencione la utilización de embriones humanos”.

¹² José Luis CEA EGAÑA, *Derecho Constitucional chileno*, p. 103.

¹³ En este sentido se entiende que el legislador es un libre configurador de los derechos, que los interviene por su calidad de órgano democrático representativo.

¹⁴ Art. 6° inc. 2° de la CPR.

¹⁵ Art. 5° inc. 2° de la CPR.

“[el] artículo 19 N° 1 que prescribe que la ley protege la vida del que está por nacer; el artículo 19 N° 3 inciso 3° que precisa que el derecho a defensa jurídica de quienes no puedan procurárselos por sí mismos, será arbitrado por la ley; el artículo 19 N° 7 literal b) determina el derecho a que nadie sea privado de su libertad personal ni que ella sea restringida sino en los casos y, en la formas determinados por la Constitución y las leyes; el artículo 19 N° 17 que prescribe el derecho de admisión a todas las funciones y empleos públicos sin otros requisitos que los que impongan la Constitución o las leyes; el artículo 19 N° 20 que asegura el derecho a la igual repartición de los tributos en proporción a las rentas o en la progresión o forma que fije la ley; el artículo 19 N° 21 que precisa el derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que las regulen; el artículo 19 N° 23 que habilita a una ley de quórum calificado para establecer limitaciones o requisitos para la adquisición del dominio de algunos bienes, cuando así lo exija el interés nacional; el artículo 19 N° 24 que delimita el derecho de propiedad, habilita al legislador para establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social; el artículo 19 N° 26 que determina el derecho de las personas a la seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos que ella autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia; ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”¹⁶.

En suma, el contenido mínimo de los derechos enunciados en el párrafo precedente también se impone a todos los demás órganos del Estado y, por supuesto, al TC. Del mismo modo, el legislador puede infringir derechos cuando excede su margen de apreciación. En consecuencia, tanto el legislador como el Tribunal pueden vulnerar la garantía que asegura que los preceptos legales –que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que esta establece, o que las limiten en los casos que ella autoriza–, no podrán afectar los derechos en su esencia¹⁷. Así, el problema de la vinculatoriedad de la Constitución como norma jurídica afecta radicalmente lo que un derecho es¹⁸.

¹⁶ Humberto NOGUEIRA ALCALÁ, *Derechos fundamentales y garantías constitucionales*, p. 87.

¹⁷ Art. 19 N° 26 de la CPR.

¹⁸ Porque el sentido de la expresión asegurar los derechos en el capítulo tercero de nuestra Carta Magna se entiende solo desde la perspectiva en que los derechos son anteriores a ella y por eso la Constitución solo los promueve, garantiza o asegura, pero no los crea. Si los derechos fuesen limitados de modo tal que no poseen un contenido mínimo constitucionalmente asegurable es difícil advertir cuál es el sentido de la reserva legal para su protección.

Si tenemos presente lo anterior, el problema constitucional que afecta al que está por nacer debe ser resuelto desde la propia Carta Fundamental. En esta norma jurídica coexisten preceptos que requieren mediación normativa, con otras disposiciones que no la exigen. De modo que:

“En el primer caso, esto es, cuando el precepto constitucional no requiere de mediación por parte de otra especie de disposición jurídica, la fuerza normativa se expresa en la obligatoriedad para todos –órganos estatales, personas, instituciones o grupos– en orden a respetar la preceptiva constitucional, aplicándola directamente y sin dilación (...). En el segundo caso, vale decir, tratándose de preceptos en que el Poder constituyente ha impuesto, expresamente, la necesidad de mediación normativa, entonces la fuerza normativa del Código Político se concreta en requerir del órgano competente –que usualmente serán los Tribunales–, la constatación del incumplimiento del deber por parte de quien tenía que complementar el precepto constitucional”¹⁹.

En definitiva, se requiere desentrañar el sentido y alcance de la expresión “la ley protege la vida del que está por nacer”. El diccionario de la Real Academia Española señala que ‘proteger’ significa 2. “Amparar, favorecer, defender... 1. Resguardar a una persona, animal o cosa de un perjuicio o peligro...”²⁰. Es evidente que el constituyente le otorga un mandato claro al utilizar la palabra ‘protege’, pues no dice “protegerá” o “protegería”. La Constitución tampoco autoriza ningún tipo de limitación a este derecho. Por lo tanto, el legislador tampoco puede establecer condiciones que la Constitución no autoriza.

En este sentido, Hernán Corral Talciani sostiene que el art. 19 N° 1 inc. 2° constituye

“un mandato dirigido al legislador para que dicte normas legales especiales que hagan realidad esa protección respecto de los NASCITURUS (...) Adviértase que la Constitución no cosifica al NASCITURUS y que implícitamente reconoce su subjetividad: habla del ‘que está por nacer’, y no de ‘lo que’ está por nacer”²¹.

Gustavo Cuevas Farren destaca que el mandato al legislador del 19 N° 1 inc. 2°

¹⁹ Miguel Ángel FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, “La fuerza normativa de la Constitución”, p. 79.

²⁰ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, p. 1849.

²¹ CORRAL TALCIANI, *op. cit.*, pp. 126-127. El énfasis es del autor.

“tiene un doble propósito; por una parte, recuerda a éste que la norma que sancione deberá contemplar los resguardos o providencias necesarias para proteger la existencia del no nacido (...) en segundo término, también advierte al Legislador que deberá abstenerse de patrocinar o de aprobar cualquier tipo de leyes permisiva para con el aborto”²².

En contra, Eduardo Chia señala:

“la Constitución en el inciso 2° del artículo 19 N° 1 establece un mandato diferenciado de deber de protección al *nasciturus*, cuyo destinatario es el legislador, lo que es distinto del inciso 1°, que establece el derecho a la vida, cuyos titulares son las personas nacidas. Esto debe ser concordado con lo dispuesto en el artículo 1, inciso 1° de la Constitución, que dispone que las personas *‘nacen libres e iguales en dignidad y derechos’*. En efecto, no existe, según él, regla alguna en nuestro sistema jurídico que explícitamente indique que el nonato es persona y que sea beneficiario de derechos fundamentales”²³.

En un sentido similar, Alfonso Ruiz Miguel y Alejandra Zúñiga Fajuri estiman:

“que la propia Constitución consideró que sólo son personas –y por ello titulares de derechos humanos– los seres humanos nacidos (...) si la Constitución hubiera considerado persona al *NASCITURUS* este segundo inciso habría sido perfectamente redundante”²⁴.

A esto se debe agregar que la inclusión del inc. 2° del art. 19 N° 1 se justificaría porque los constituyentes quisieron dejar en claro que en el ámbito constitucional no se prohibiría el aborto, toda vez que este estaría justificado en caso de violación o de que existiera un peligro para la vida de la madre²⁵.

En nuestra opinión, entendemos que el constituyente, al introducir la frase “la ley protege la vida del que está por nacer” quiso reforzar el amparo que quiere otorgar al embrión y que ella se diera en el ámbito constitucional, legal y administrativo. Así, el *Código Civil* en su art. 75 establece medidas que tienden a la protección de la vida del que está por nacer²⁶,

²² Gustavo CUEVAS FARREN, *Lecciones de Derecho Constitucional chileno*, p. 138.

²³ Eduardo CHIA, “Simposio aborto y derechos humanos”, p. 60. Énfasis del autor.

²⁴ Alfonso RUIZ MIGUEL y Alejandra ZÚNIGA FAJURI, “Derecho a la vida y Constitución: Consecuencias de la sentencia de la Corte Interamericana ‘Artavia Murillo vs. Costa Rica’”, p. 74. Énfasis del autor.

²⁵ *Op. cit.*, p. 75.

²⁶ Art. 75: “La ley protege la vida del que está por nacer. El juez, en consecuencia, tomará, a petición de cualquiera persona o de oficio, todas las providencias que le parezcan

el *Código Penal* en sus arts. 342, 343, 344 y 345 tipifica como delito el aborto provocado²⁷ y el *Código Sanitario* en su art. 119 prohíbe el aborto terapéutico²⁸.

A mayor abundamiento, la ley que regula la investigación científica en el ser humano protege su genoma y prohíbe la clonación. Ello supone que, conforme al mandato constitucional,

“esta ley tiene por finalidad proteger la vida de los seres humanos, *desde el momento de la concepción*, su integridad física y psíquica, así como su diversidad e identidad genética, en relación con la investigación científica biomédica y sus aplicaciones clínicas”²⁹.

Por ende, el mandato constitucional vigente supone que las normas que de ella se derivan se encuentran en concordancia y armonía respecto de la titularidad del embrión como sujeto de derechos que la ley protege y que no puede afectar de modo tal que su vulneración implique un desconocimiento de aquellos que las normas legales también consagran.

En el mismo sentido, hay jurisprudencia administrativa que advierte la unidad del ordenamiento jurídico chileno respecto del no nacido. Así, la Contraloría General de la República ha dictaminado:

“es imperativo para el legislador observar reglas destinadas a amparar a quien, pese a no haber nacido, constituye una persona en gestación, disposición complementada por el Pacto de San José de Costa Rica”³⁰.

convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligrará. Todo castigo de la madre, por el cual pudiera peligrar la vida o la salud de la criatura que tiene en su seno, deberá diferirse hasta después del nacimiento”.

²⁷ Art. 342: El que maliciosamente causare un aborto será castigado: 1° Con la pena de presidio mayor en su grado mínimo, si ejerciere violencia en la persona de la mujer embarazada. 2° Con la de presidio menor en su grado máximo, si, aunque no la ejerza, obrare sin consentimiento de la mujer. 3° Con la de presidio menor en su grado medio, si la mujer consintiere.

Art. 343: Será castigado con presidio menor en sus grados mínimo a medio, el que con violencia ocasionare un aborto, aun cuando no haya tenido propósito de causarlo, con tal que el estado de embarazo de la mujer sea notorio o le constare al hecho.

Art. 344: La mujer que causare su aborto o consintiere que otra persona se lo cause, será castigada con presidio menor en su grado máximo. Si lo hiciere por ocultar su deshonor, incurrirá en la pena de presidio menor en su grado medio.

Art. 345: El facultativo que, abusando de su oficio, causare el aborto o cooperare a él, incurrirá respectivamente en las penas señaladas en el art. 342, aumentadas en un grado.

²⁸ Art. 119: No podrá ejecutarse ninguna acción cuyo fin sea provocar un aborto.

²⁹ Art. 1° de la ley N° 20120. (Lo destacado es nuestro).

³⁰ Contraloría General de la República [1995], Dictamen N° 25403.

Por último, el derecho a la vida del que está por nacer está amparado por la acción constitucional de protección. En este sentido, como afirma José Luis Cea Egaña:

“ante la amenaza o lesión del derecho a la vida, de la integridad personal y, en general, de todos aquellos derechos fundamentales de los cuales resulta lógico o razonable aseverar que es titular, la titularidad del recurso de protección debe entenderse asegurada también a favor de la criatura en el vientre materno”³¹.

Ello ha sido, además, confirmado por la Corte Suprema³².

*III. Los derechos de la mujer. Los derechos sexuales y reproductivos*³³

Uno de los argumentos que más se repite cuando se intenta justificar la despenalización del aborto es que esto constituiría una forma de amparar los derechos de la mujer, en la expresión del derecho a su autonomía y, sobre todo, que el aborto sería una forma de ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos. Dicho de otra forma, se trata de equilibrar los derechos de la madre, por un lado, y los del hijo, por otro. De hecho, el preámbulo del Mensaje Presidencial hace referencia expresa a los derechos sexuales y reproductivos de la mujer que justificarían la aprobación del proyecto de ley sobre despenalización del aborto en tres causales³⁴. La forma en que se penaliza el aborto en nuestra legislación constituiría una vulneración absoluta de los derechos sexuales y reproductivos de la madre en favor del hijo.

Teniendo presente lo anterior, estimamos necesario explicar brevemente algunos de los elementos conceptuales relacionados con los denominados derechos sexuales y reproductivos y la forma en que ellos impactan en el Derecho.

III.1. CONCEPTO DE DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS

El tema de los derechos sexuales y reproductivos se asocia en general al concepto de género, el cual, a su vez, se vincula tradicionalmente en el

³¹ CEA EGAÑA, *op. cit.*, p. 669.

³² Véase en: SCS [2001]: rol 850-2001, cons. 8.

³³ Es necesario advertir al lector que el presente trabajo no trata sobre los derechos sexuales y reproductivos, tema que es extenso y que suscita gran discusión.

³⁴ Mensaje N°1230-62, *op. cit.*, p. 8.

lenguaje popular, con el feminismo. Reconocemos que ello es así, pero es importante hacer presente que el tema del género no solo afecta a las mujeres sino a toda la sociedad. Es por esto por lo que, para poder entender la cuestión del género y su vínculo con el objeto de nuestro estudio, haremos una breve referencia al trinomio feminismo –género– derechos sexuales y reproductivos.

En cuanto al feminismo, podemos decir que su desarrollo se podría dividir en tres etapas. En una primera fase nos encontramos con el aquel que, siguiendo a María Calvo Charro, denominaremos como feminismo de “equidad”³⁵, es decir, aquel que buscaba la igualdad en materia

“de derechos civiles y políticos, para hombres y mujeres sin ignorar o despreciar, como regla general, la existencia de una feminidad esencial, reflejada principalmente en la maternidad”³⁶.

La segunda ola feminista, que se dio con mucha fuerza en la década de 1960, en palabras de Jutta Burgraff, buscaba una “igualdad funcional de los sexos”³⁷. Es decir, se trata de una lucha por “la eliminación del tradicional reparto de papeles entre el varón y la mujer”³⁸. Lo que hace este feminismo es glorificar a la mujer “como si fuera un animal sano y santo”, lo cual constituye también un “desprecio (...) al varón y a aquello que se considera como masculino”³⁹.

Dos décadas más tarde aparece una tercera ola feminista que denominaremos “de género” o también conocido como “ideología de género”. Esta sostiene que “la masculinidad y la feminidad no estarían determinadas fundamentalmente por la biología sino por la cultura”⁴⁰. Por lo tanto, niega la naturaleza humana⁴¹ y declara que la conducta masculina o femenina no es más que una construcción social. Esta afirmación tiene diversas consecuencias, entre ellas que

“las feministas de género insisten en la deconstrucción de la familia, no solo porque (...) esclaviza a la mujer, sino porque condiciona socialmente a los hijos para que acepten la familia, el matrimonio y la maternidad como algo natural”⁴².

³⁵ María CALVO CHARRO, *Alteridad sexual, razones frente a la ideología de género*, p. 96.

³⁶ *Ibid.*

³⁷ Jutta BURGRAFF, “¿Varón y mujer, naturaleza o cultura?”, p. 126

³⁸ *Ibid.*

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ *Op. cit.*, p. 127.

⁴¹ Jorge SCALA, *La ideología de género o el Género como herramienta de poder*, p. 53.

⁴² CALVO CHARRO, *Alteridad...*, *op. cit.*, p. 98.

El término “derechos sexuales y reproductivos” se ha desarrollado al alero de la ideología de género, corriente que considera a la maternidad como una forma de opresión contra la mujer. Los derechos sexuales y reproductivos implican, por lo tanto, el derecho al “ejercicio sin límites de la sexualidad apetecida por cada quien, sin contraer ninguna enfermedad”⁴³. La frase “sin ninguna limitación” significa que la mujer es la que decide, a voluntad, los mecanismos por medio de los cuales evita el embarazo o sus consecuencias. El aborto se convierte en un “derecho” que no respeta ningún otro, ni si quiera la libertad de conciencia de los facultativos médicos⁴⁴.

III.2. LOS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS ANTE LA LEGISLACIÓN CHILENA

Como bien se ha venido diciendo, uno de los argumentos que se ha dado para justificar la despenalización del aborto es la autonomía de la mujer que deriva de los denominados derechos sexuales y reproductivos. Antes de entrar a esta cuestión es necesario preguntarnos previamente si tales derechos existen en nuestro sistema jurídico. En efecto, no encontramos referencia expresa a ellos en nuestra Carta Fundamental. Tampoco existe una regulación de los derechos reproductivos en el ámbito legal. Sin embargo, algunos sostienen que estos se encuentran de manera implícita en la Constitución.

En el fallo del TC que prohibió la píldora del día después⁴⁵, el ministro Hernán Vodanovic Schnake señaló en su disidencia que los derechos sexuales y reproductivos son una manifestación del derecho a la dignidad que tienen todas las personas, consagrado en el art. 1° inc. 1° de la Constitución. De la misma forma, el derecho sexual y reproductivo estaría absorbido en el inc. 4° del mencionado artículo, ya que constituiría una forma de alcanzar el mayor desarrollo material y espiritual posible. Agrega que la Carta Fundamental

“garantiza la integridad física y síquica, la libertad personal, la libertad de creencias y el derecho a la vida privada, conjunto de derechos que atribuyen a la mujer libertad para decidir cuándo desea vivir o no la maternidad, de forma libre y consciente”.

⁴³ SCALA, *op. cit.*, p. 11.

⁴⁴ Ignacio ARSUAGA y Miguel VIDAL SANTOS, *Proyecto Zapatero. Crónica de un asalto a la sociedad*, p. 59.

⁴⁵ STC [2008]: rol 740-07.

Antonio Bascuñán Rodríguez señala:

“El principio de autonomía, en su significación como correlato de la igual dignidad de la persona, prohíbe la utilización de un ser humano para realización de los fines de otro ser humano”⁴⁶.

Por su parte, Yanira Zúñiga Añazco estima que la regulación del aborto tiene el objetivo “de conciliar, en la práctica, la autodeterminación procreativa con la tutela del valor de la vida”⁴⁷.

Otra justificación de los derechos sexuales y reproductivos tendría su fundamento en el art. 5° inc. 2°, en cuanto a que ellos estarían establecidos en los tratados internacionales firmados por Chile y que se encuentran vigentes. Esto incluiría, además, resoluciones de tribunales internacionales en causas en que Chile no ha sido parte, o recomendaciones que organismos internacionales han hecho a nuestro país haciendo un llamado de atención relativo a la regulación del aborto.

En cuanto a los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, se puede mencionar la CEDAW, que establece en el art. 16.1 letra e la igualdad entre los hombres y la mujeres y que tienen:

“Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos”.

Con respecto a resoluciones de tribunales internacionales, se hace necesario hacer referencia al fallo de la CIDH en el caso *Artavia Murillo v. Costa Rica*⁴⁸, en el cual se condenó a Costa Rica por no permitir a los demandantes intentar concebir descendencia por medio de las fertilizaciones asistidas. En opinión de algunos autores como Alfonso Ruiz Miguel y Alejandra Zúñiga Fajuri, el denominado control de convencionalidad –que estaría establecido en la CADH– genera como efecto que dicho fallo tendría que provocar en los tribunales nacionales “un cambio radical en su jurisprudencia con relación al aborto”⁴⁹.

Finalmente, es imprescindible mencionar las observaciones dictadas por organismos internacionales y que llaman la atención a nuestro país

⁴⁶ Antonio BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, “La ilicitud del aborto consentido en el derecho chileno”, p. 174.

⁴⁷ Yanira ZÚÑIGA AÑAZCO, “Una propuesta de análisis y regulación del aborto en Chile desde el pensamiento feminista”, pp. 290-291.

⁴⁸ CIDH [2012]: caso 12.361.

⁴⁹ RUIZ MIGUEL y ZÚÑIGA FAJURI, *op. cit.*, p. 101.

por la legislación existente en materia de aborto. Lidia Casas Becerra y Lieta Vivaldi Machao, haciendo referencia a una serie de recomendaciones internacionales en relación con esta cuestión, destacan:

“En las observaciones al Examen Periódico Universal –EPU– realizado por el Consejo de Derechos Humanos de la ONU en 2009, diversos países instaron a Chile a modificar sus leyes sobre aborto”⁵⁰.

III.3. ANÁLISIS CRÍTICO DEL CONCEPTO DE DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS Y SU REGULACIÓN CONSTITUCIONAL Y LEGAL

Los estudios mencionados sobre el sentido y alcance del concepto de derechos sexuales y reproductivos nos llevan a preguntarnos si es que efectivamente podemos sostener de forma categórica que estos existen como derechos humanos. Una cosa es afirmar que de hecho una persona pueda vivir su vida sexual como estime conveniente y, otra muy distinta, es sostener que ello tiene la categoría de derecho humano cuyo ejercicio, además, podría privar de la vida al que está por nacer.

El derecho sexual y reproductivo es un concepto que arranca de aquello que se ha denominado como “feminismo de género” o “ideología de género”. No olvidemos que ella considera a la maternidad como una forma de opresión del hombre contra la mujer. Nos parece que tal afirmación es bastante liviana, ya que parte del supuesto que las mujeres no quieren ser madres y que, si lo hacen, es porque son coaccionadas por el hombre o por una sociedad de tipo “patriarcal”.

Además, el problema con las teorías de género, en general, y la de los derechos sexuales y reproductivos en particular, es que no se condicen con la realidad de lo que es el ser humano y la sexualidad. Por una parte, sostener que la feminidad y uno de sus aspectos más importantes como es la maternidad, es una mera construcción social es muy discutible desde el punto de vista científico⁵¹. Menos racional parece todavía el pretender

⁵⁰ Lidia CASAS BECERRA y Lieta VIVALDI MACHAO, “La penalización del aborto como una violación a los derechos humanos de las mujeres”, pp. 117-118.

⁵¹ De hecho, si bien no es objeto principal de nuestro estudio, es necesario señalar que la evidencia científica indicaría que las características biológicas de los hombres y mujeres no determinan su conducta social, pero pueden influenciarlas. Hombres y mujeres son distintos, pero se complementan. Al respecto, recomendamos ver: Christina HOFF HOMMERS, *La guerra contra los chicos*; Christina HOFF SOMMERS, *Who stole feminism*; María Elena AGUIRRE (ed.), *Hombres, persona femenina, sexualidad y vida*; María CALVO CHARRO (ed.), *Hombres y mujeres, cerebro y educación, Las diferencias cerebrales entre los sexos y su importancia en el aprendizaje*; Natalia LÓPEZ MORATALLA, *Cerebro de varón y cerebro de mujer*.

que el Estado asegure el “derecho” a tener relaciones sexuales “sin riesgo de contraer una enfermedad ni de embarazo”, toda vez que surge la siguiente cuestión: ¿puede el ordenamiento jurídico asegurarle a cualquier mujer que si tiene relaciones sexuales lo hará siempre de forma “segura y sin riesgos?”.

Por lo demás, no vemos que, tras el planteamiento de los derechos sexuales y reproductivos o el derecho a la autonomía de la mujer, aparezca una expresión común que debiese acompañar a los derechos, nos referimos a los deberes o límites que se derivan de su ejercicio. No se puede afirmar que la libertad sexual no tenga límites. Por el contrario, la forma en que se ejerce la sexualidad puede generar consecuencias de carácter jurídicas.

Así, diversas normas del *Código Penal*⁵² tipifican como ilícitos penales, conductas que son restrictivas del ejercicio de la autonomía sexual, sobre todo cuando los sujetos pasivos son menores de edad. El *Código Civil*⁵³ también contiene normas que podrían considerarse como limitantes a la libertad sexual cuando establecen una protección especial al derecho a la vida del que está por nacer. Las disposiciones de la Ley de Matrimonio Civil que señalan que la conducta homosexual y el adulterio son causales de divorcio unilateral también constituyen de alguna manera límites a la autonomía sexual. Debe recordarse que una mujer podría ver disminuido el monto de la compensación económica o ser privada de ella si es que se llegara a declarar el divorcio imputándosele alguna de estas situaciones⁵⁴.

Lo que intentamos explicar con estos ejemplos es que, si aplicamos la teoría de los derechos sexuales y reproductivos entendidos como el derecho que tendría toda persona y, en particular, toda mujer de vivir la sexualidad a su gusto, no tendrían sentido las leyes que sancionan delitos tan graves como el abuso de menores o que el adulterio y la conducta homosexual fueran causales de divorcio por culpa. Bastaría que la mujer se amparara en su derecho humano a ejercer los derechos sexuales y reproductivos para evitar las sanciones penales y civiles que podría sufrir como consecuencia de la forma en que ha vivido su sexualidad.

En cuanto a la regulación jurídica de los derechos sexuales y reproductivos, es evidente que la Constitución no hace referencia a ellos. Queda entonces abierta la cuestión en cuanto a que si ellos se encontrarían reconocidos de manera implícita, como sostiene Hernán Vodanovic Schnake⁵⁵. Nuestra respuesta es negativa, sobre todo teniendo presente que es

⁵² Art. 363 y ss.

⁵³ Art. 76 del *Código Penal*.

⁵⁴ Arts. 54 y 62 de la ley N° 19.447.

⁵⁵ Véase nota siguiente.

discutible que el ejercicio de la libertad sexual sin límites ni deberes pueda contribuir a la dignidad de una persona y a su mayor desarrollo material y espiritual, sobre todo cuando se afecta la vida de un tercero y que además es su hijo(a). En cuanto a la posibilidad de que el aborto se encuentre incorporado a nuestro ordenamiento como efecto del supuesto reenvío del art. 5° inc. 2°, nos parece que tal extensión es bastante forzada, toda vez que el CEDAW y la CADH no hacen referencia expresa a los derechos sexuales y reproductivos⁵⁶.

*III.4. CONFLICTIVISMO ENTRE LOS DERECHOS DEL EMBRIÓN HUMANO
Y LOS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS.
LA DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO
COMO SOLUCIÓN AL APARENTE CONFLICTO*

III.4.1. Conflicto de derechos del embrión humano
y los derechos sexuales y reproductivos

El conflictivismo se define como la doctrina que plantea la colisión entre derechos fundamentales basada en el principio de proporcionalidad como peso o ponderación⁵⁷. Así, si dos o más derechos están en colisión, el juez debe aplicar la lógica del óptimo de Pareto a los derechos humanos⁵⁸. La lógica argumentativa del juez constitucional admite considerar que:

“Cuanto mayor será el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”⁵⁹.

En este sentido, el proyecto de ley de despenalización del aborto en tres causales es una expresión más de la tesis conflictivista de los derechos, ya que uno de los argumentos que más se repite cuando se lo intenta justificar es que se trataría de una forma de amparar los denominados derechos sexuales y reproductivos de la mujer. O, dicho de otra forma, se trataría de equilibrar los derechos de la madre, por un lado, y los del hijo, por otro. La forma en que se penaliza el aborto en nuestra legislación constituiría

⁵⁶ En contra, el Mensaje de la Presidenta intenta justificar la aprobación de este proyecto con el argumento de que es necesario para que nuestro país cumpla con sus supuestos compromisos internacionales en esta materia. Véase en Mensaje N° 1230-62, *op. cit.*, p. 12 y ss.

⁵⁷ Robert ALEXY, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, p. 522.

⁵⁸ Robert ALEXY, “La fórmula del peso”, pp. 13-42.

⁵⁹ ALEXY, *Teoría de los Derechos...*, *op. cit.*, p. 522,

una vulneración absoluta de los derechos sexuales y reproductivos de la madre en favor del hijo⁶⁰.

La visión conflictivista de los derechos humanos⁶¹ admite que estos son entendidos como “expresión de un hipotético derecho general de libertad, cuyo estatuto cognoscitivo dependía exclusivamente de la positivización estatal”⁶². De manera que estos colisionan porque cada uno se concibe como aquel máximo de libertad posible de manera ilimitada⁶³. En consecuencia, los derechos serían susceptibles de peso o ponderación sin atender a su contenido constitucional asegurado⁶⁴. En el caso del *nasciturus*, la garantía de la reserva legal reconocida en la Carta Fundamental implica reconocer que el legislador se encuentra limitado por el contenido supra legal del derecho, vale decir, por el mandato constitucional expreso de proteger al que está por nacer. De manera que cualquier ponderación en sentido contrario desnaturaliza el sentido asegurado por la Carta Magna.

Así, surge el nuevo paradigma de la cosificación del ser humano, vale decir, tanto la madre como el hijo se constituyen en objetos de derechos y no en titulares de derechos. Ya que la madre, que será objeto del aborto para subsanar el delito de violación, por ejemplo, se convierte en objeto de dos delitos. Y, a su vez, el que está por nacer se convierte en un delito que acaba en su muerte provocada.

En consecuencia, la despenalización permite que el sentido de la titularidad de los derechos fundamentales quede sin efecto, porque quienes son sujetos de derechos de idéntica entidad, en el proyecto de ley se convierten en objetos por decisión legislativa. Ello deriva en que dicha legislación sea irracional y adolezca de error manifiesto. Pues al menos en la tercera causal, quien comete el delito de violación queda impune y la mujer es víctima de dos delitos para subsanar el que se cometió en ella. Tal decisión legislativa es inconstitucional porque expone a la mujer y al embrión humano afectando la dignidad de ambos y anulando su derecho a la integridad física y psíquica por medio de una ley.

En contra del razonamiento anterior, nuestra visión de los derechos fundamentales se define por ser una tesis no conflictivista de derechos⁶⁵.

⁶⁰ El proyecto de ley recoge esta visión conflictivista del Derecho cuando señala que este “busca resolver un conflicto entre bienes inconmensurables”. Mensaje N°1230-62, *op. cit.*, p. 19.

⁶¹ Al respecto, se recomienda la obra de Jeremy WALDRON, *Los derechos en conflicto*.

⁶² JUAN CIANCIARDO, *Conflictivismo de derechos fundamentales*, p. 40.

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ ALEXY, *Teoría de los Derechos...*, *op. cit.*, p. 522.

⁶⁵ Sobre los autores no conflictivistas, véase Mariano SAPAG, “El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del Estado: Un estudio

En ella, estos poseen un contenido mínimo intrínseco que se encuentra asegurado en la Constitución. En el caso del embrión humano, esto se manifiesta en que la ley lo proteja tal como lo ordena la Constitución y no lo condene por delitos de los cuales es inocente. Por su parte, el contenido mínimo del derecho de la madre violada es que se restablezca su dignidad sin que sea objeto de los tratos inhumanos y degradantes que implica la realización del aborto, más allá de las condiciones médicas en que se realice. Ello porque la muerte del embrión no restablecerá el daño de la violación a su libertad sexual que ya fue conculcada⁶⁶.

Pero hay que agregar que el conflictivismo, en materia de derechos fundamentales, no resuelve ningún “conflicto” de derechos, porque esa doctrina

“produce inevitablemente, que cada vez que exista un litigio se interprete que las dos partes que intervienen en él tienen realmente un derecho que reclamar. No puede ser otra la consecuencia de combinar el reconocimiento de la faz positiva de todo derecho con un desconocimiento de la unidad de cada derecho con un fundamento que le sirve, a la vez, de límite”⁶⁷.

En este sentido, la justificación de la despenalización del delito de aborto que plantea el proyecto de ley en comento implica que matar a otro no sea una conducta que pueda ser reprochable jurídicamente en los casos que allí se indican.

De manera que la licitud o ilicitud del aborto queda reducida al conflicto aparente entre dos titulares de derechos, y la conducta antijurídica que en el caso de la violación queda a salvo porque la agresión que sufre la mujer se “subsana” con la muerte del embrión⁶⁸. En este orden de ideas, los derechos fundamentales en conflicto aparente quedan reducidos en su contenido mínimo a una concepción formalista de los derechos.

Dicha concepción valida las intervenciones legislativas sin considerar si afectan el derecho porque

“prescinde del contenido concreto del derecho que se intenta definir, y pretende atender pura y exclusivamente al modo en que la conducta presuntamente iusfundamental interviene sobre las restantes personas”⁶⁹.

comparado”, pp. 157-198. Y véase, además, Pedro SERNA y Fernando TOLLER, *Interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de los derechos*.

⁶⁶ Véase el art. 361 del *Código Penal*.

⁶⁷ CIANCIARDO, *op. cit.*, p. 30.

⁶⁸ Alejandra ZÚNIGA FAJURI, “Aborto y Derechos Humanos”, p. 175.

⁶⁹ CIANCIARDO, *op. cit.*, p. 39.

Y es que esta visión desconoce el sentido de la proporcionalidad, que es un mecanismo de prohibición de exceso de poder⁷⁰. Así, el sentido de esa prohibición puede enmarcarse en la necesidad de que todos los órganos del Estado están llamados a la protección de los derechos fundamentales. La obligación es específica, de lo contrario existe un exceso de poder.

La concepción formalista de los derechos que da lugar a este conflictivismo aparente queda en evidencia cuando se afirma que

“el derecho a la vida consiste en que no nos maten arbitrariamente. Esta concepción parte de la base de que el objeto del derecho a la vida no es la *vida* como una realidad fenoménica sino una conducta de terceros”⁷¹.

Así, la vida no posee un contenido intrínseco, sino que queda limitado al derecho a que ella no sea privada por un tercero. Dicha postura formalista descontextualiza la garantía constitucional que asegura la protección del nasciturus por el legislador. La acepción formalista que convierte el derecho a la vida en “no muerte” implica que la vida es la mera negación de otro derecho que es el que la valida, esto es, el morir. El problema jurídico-constitucional y legislativo es que la muerte no es un derecho en nuestro ordenamiento jurídico, sino un hecho que puede producir consecuencias jurídicas, siendo una de ellas que el legislador sanitario prohíba cualquier acto que conduzca al aborto y que este sea un delito en nuestra legislación penal.

Con todo, aun la concepción formalista que basa la vida en un derecho a no ser privado de ella por un tercero, tampoco permite que el aborto sea constitucionalmente posible conforme a la Carta Fundamental vigente. Ello porque el constituyente mandata al legislador a proteger al que está por nacer y no a amparar actos que los puedan privar de su derecho a la vida.

III.4.2. *DESPENALIZACIÓN SIN CONFLICTO DE DERECHOS ENTRE SERES HUMANOS DE IGUAL DIGNIDAD, LA MADRE Y EL EMBRIÓN*

Conforme a lo recién expuesto, podemos señalar que la despenalización del aborto no soluciona el conflicto entre la madre y el embrión porque tal conflicto es solo aparente. Los derechos fundamentales, cualesquiera

⁷⁰ Por todos, véase José Ignacio MARTÍNEZ ESTAY, Rainer ARNOLD MARTÍNEZ, y Francisco ZÚNIGA, “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, pp. 65-116.

⁷¹ Rodolfo FIGUEROA GARCÍA-HUIDOBRO, “Concepto de derecho a la vida”, p. 262.

que estos sean, poseen un contenido jurídico y es facultad del juez determinar si la ley ha incurrido en exceso de poder al regular ese contenido. En consecuencia, debe determinar si ese contenido constitucional es respetado o no por el legislador.

En este orden de ideas, el legislador entiende que la vida humana dependiente es materia de protección penal. Por ello, la titularidad del derecho del embrión a la vida se encuentra protegida tanto en la legislación constitucional como en la legislación penal. A mayor abundamiento, la conducta típica de abortar que significa interrumpir el embarazo, la cual se encuentra sancionada por el derecho en virtud de la obligación que la Constitución impone al legislador de proteger la vida dependiente. De forma evidente, ello debe diferenciarse de la pérdida natural del embrión, porque dicha conducta no constituye delito y, por ende, no requiere despenalización, pues no se encuentra penalizada.

En suma, la despenalización del aborto tiene sentido solo si los derechos se encuentran en conflicto y eso significa asumir, *a contrario sensu*, que el embrión es sujeto de derechos porque es parte de la especie humana. Si el embrión humano solo fuera una cosa o un objeto, la teoría conflictivista que busca la despenalización del aborto no tendría sentido, porque la penalización parte de la base que existe un bien jurídico que es la vida del que está por nacer y que debe ser protegido por el legislador.

Podría suceder que el embarazo pueda poner en peligro la vida de la madre. Ello no autoriza a llevar a cabo una acción que tenga como efecto directo la muerte del embrión, ya que la misma constituye un atentado contra su vida, penado, además, por la ley. ¿Cómo se debe proceder en estos casos? La respuesta es que se debe intentar salvar la vida de ambos. Sin embargo, el embrión podría no sobrevivir producto del tratamiento al cual se somete a la madre para salvar su vida. Pero su muerte no es buscada directamente, sino que se produce como una consecuencia no buscada. Como señala Alejandro Miranda Montecinos:

“Esto es lo que se establece como el clásico principio de doble efecto, que funda la distinción ente aborto directo y aborto indirecto, y que permite dar una solución justa a los casos de embarazo riesgosos para la vida de la madre”⁷².

Los jueces deben atender a la razonabilidad de la reserva legal y el principio de tipicidad penal que protege a la madre que podría perder a su hijo al salvar su vida. Las garantías constitucionales para la madre están

⁷² Alejandro MIRANDA MONTECINOS, “La injusticia del aborto procurado”, p. 43.

plenamente vigentes sin necesidad de despenalizar el aborto. Las sanciones que se establecen en el *Código Penal* se refieren al aborto provocado y no a aquel que se produce como efecto no buscado de un tratamiento aplicado en caso de riesgo de vida de la madre, caso el cual opera. Esta situación se ha solucionado conforme a la *lex artis* y, por lo tanto, no requiere una legislación especial que podría complicar esta cuestión y producir como consecuencia la desprotección de la vida del que está por nacer.

IV. Criterios jurisprudenciales del TC chileno sobre la norma constitucional que protege al que está por nacer

Finalmente, estimamos que es necesario hacer referencia a la postura que ha tenido el TC chileno en relación con la protección de la vida y, en particular, de aquella en su estado de gestación. Para efectos pedagógicos, hemos dividido nuestro estudio en tres criterios que, pensamos, se derivan de la jurisprudencia de esta magistratura. En todo caso, creemos que ellos reflejan que las obligatoriedades de las disposiciones constitucionales en esta materia no descansan solo en la ley; por el contrario, la Carta Fundamental le otorga a este derecho un contenido que no puede ser desatendido por quienes están llamados a regularlo o interpretarlo.

IV.1. LAS NORMAS CONSTITUCIONALES QUE SE REFIEREN A ASEGURAR LA VIDA HUMANA CONSTITUYEN PARTE DE LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y, POR ENDE, NO SON NORMAS PROGRAMÁTICAS

El TC chileno ha entendido que la vida humana posee un valor que es parte del principio de supremacía constitucional y que se irradia a todo el ordenamiento jurídico. Los jueces constitucionales han dicho:

“El contenido del art. 19 CPR, conjuntamente con sus arts. 1°, 4° y 5°, inc. 2°, configuran principios y valores básicos de fuerza obligatoria que impregnan toda la Constitución de una finalidad humanista que se irradia en la primacía que asignan sus disposiciones a la persona humana, a su dignidad y libertad natural, en el respeto, promoción y protección a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, que se imponen como deber de los órganos del Estado”⁷³.

⁷³ STC [2009]: rol 1185-08, cons. 11 y 12. En el mismo sentido, STC [2013]: rol 2410-2013, cons. 12; STC [2015]: rol 2747-2014, cons. 11; STC [2015]: rol 2801-2015, cons. 11; STC [2016]: rol 2860-15, cons. 13; STC [2016]: rol 2887-15, cons. 18.

Además, se ha sostenido:

“Los principios y valores establecidos en la Constitución no configuran meras declaraciones programáticas, sino que constituyen mandatos expresos para gobernantes y gobernados, dada la fuerza obligatoria de los preceptos constitucionales en virtud de lo dispuesto en el artículo 6^o”⁷⁴.

Asimismo, la normativa que regula el derecho a la vida tanto de la madre como del embrión humano supone:

“El contenido del artículo 19 de la Carta Fundamental, conjuntamente con sus artículos 1^o, 4^o y 5^o, inciso segundo, configuran principios y valores básicos de fuerza obligatoria que impregnan toda la Constitución de una finalidad humanista que se irradia en la primacía que asignan sus disposiciones a la persona humana, a su dignidad y libertad natural, en el respeto, promoción y protección a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, que se imponen como deber de los órganos del Estado. Estos principios y valores no configuran meras declaraciones programáticas, sino que constituyen mandatos expresos para gobernantes y gobernados, debiendo tenerse presente que el inciso segundo del artículo 6^o de la Constitución precisa que los preceptos de ésta obligan no sólo a los titulares o integrantes de los órganos del Estado sino a toda persona, institución o grupo”⁷⁵.

Por ello, ningún órgano del Estado puede desatender los mandatos del constituyente en materia de derechos, porque

“El irrestricto respeto de los derechos fundamentales constituye un imperativo derivado de la observancia del principio de supremacía constitucional que obliga a todos los órganos del Estado, según lo preceptuado en el artículo 6^o, inciso 1^o, del Código Político. Este imperativo se extiende al Tribunal Constitucional, muy especialmente cuando ejerce la atribución que le confiere el artículo 93, en sus numerales 6 y 7, de la Carta Fundamental”⁷⁶.

⁷⁴ STC [1987]: rol 46-87, cons. 21. En el mismo sentido, STC [1998]: 280-1998, cons. 12; STC [2009]: rol 1185-2008, cons. 11 y 12; STC [2013]: rol 2410-2013, cons. 11 y 12; STC [2015]: rol 2747-2014, cons. 12; STC [2015]: rol 2801-2015, cons. 12; STC [2016]: 2860-2015, cons. 14; STC [2015]: rol 2887-2015, cons. 19.

⁷⁵ STC [2009]: rol 1185-2008, cons. 11 y 12. En el mismo sentido, STC [2013]: rol 2410-2013, cons. 12; STC [2014]: rol 2747-2015, cons. 11; STC [2015], rol 2801-2015, cons. 11; STC [2016]: rol 2860-15, cons. 13, STC [2016]: rol 2887-2015, cons. 18.

⁷⁶ STC [2006]: rol 521-2006, cons. 27.

*IV.2. LOS DERECHOS NO SON ILIMITADOS,
POR ELLO LAS RESTRICCIONES O LIMITACIONES NO PUEDEN AFECTAR
LA ESENCIA DEL DERECHO O DESNATURALIZARLO
DE MANERA QUE QUEDE SIN EFECTO*

Por su parte, cada vez que el legislador regule un derecho no puede desconocerlo porque

“las restricciones o limitaciones que se imponen a un derecho fundamental deben cumplir con los siguientes requisitos: a) determinación y especificidad; b) respetar el principio de igualdad, especialmente en cuanto deben estar establecidas con parámetros incuestionables, esto es, deben ser razonables y justificadas; y c) no pueden afectar la esencia del derecho asegurado”⁷⁷.

Conforme a lo anterior, el mandato del constituyente al legislador supone el:

“principio general y básico del derecho constitucional chileno la ‘reserva legal’ en la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales; esto es, toca al legislador, y sólo a él, disponer normas al respecto, sin más excepción que la referente al derecho de reunión en lugares de uso público, regido su ejercicio por disposiciones generales de policía, pero tanto aquellas regulaciones como ésta no pueden jamás afectar el contenido esencial de tales derechos”⁷⁸.

*IV.3. LA PROTECCIÓN DE LA VIDA COMIENZA DESDE LA CONCEPCIÓN
Y ASÍ SE RECONOCE EN LA REGULACIÓN CONSTITUCIONAL Y LEGISLATIVA.
EL CASO DE LA PÍLDORA DEL DÍA DESPUÉS, ROL 740-07*

Por último, debemos hacer referencia al fallo dictado por el TC chileno, rol 740-07. Esto porque, por primera vez, debió resolver sobre el sentido y alcance de la expresión constitucional “la ley protege la vida del que está por nacer”. Recordemos brevemente los hechos del caso. En 2007 el Ministerio de Salud dictó el decreto N° 48 de 2007, que establece una serie de mecanismos para el control de la natalidad incluida la píldora del día después. Un grupo de parlamentarios interpone requerimiento de incons-

⁷⁷ STC [1993]: rol 167-1993, cons. 12. En el mismo sentido STC [2010]: rol 1365-2009, cons. 22 y 23.

⁷⁸ STC [1996]: rol 239-1996, cons. 9. En el mismo sentido STC [2003]: rol 389-2003, cons. 22; STC [2006]: rol 521-2006, cons. 21; STC [2016]: rol 2921-2015, cons. 17; STC [2016]: rol 3028-2016, cons. 17.

titucionalidad ante el TC por considerar que dicho método anticonceptivo podía impedir la implantación del embrión, es decir, por ser abortivo.

El fallo es extenso y, por lo tanto, solo haremos referencia a dos aspectos de esta sentencia que nos parecen relevantes. En primer lugar, esta magistratura reconoce que el derecho a la vida del que está por nacer se ampara constitucionalmente desde el momento de la concepción (c. 49). Recuerda que:

“si al momento de la concepción surge un individuo que cuenta con toda la información genética necesaria para su desarrollo (...) es posible afirmar que estamos frente a una persona en cuanto sujeto de derecho” (c. 51)

y que “para el Constituyente (...) el embrión o el *NASCITURUS*⁷⁹ es persona desde el momento de la concepción” (c. 54). En segundo lugar, en cuanto a los efectos de la píldora del día después, declaró que “en el ámbito de las normas jurídicas, existen situaciones en que, inevitablemente, se configura una duda razonable” (c. 65) en cuanto a “los reales efectos de los regímenes de anticoncepción de emergencia” (c. 63). Para poder solucionar esta cuestión se recurre a los mecanismos de interpretación que sean favorables a la persona y a la libertad (c. 66). En el caso de marras, el TC resuelve que ante la duda sobre los posibles efectos antiimplantatorios (y, por lo tanto, abortivos) de la píldora del día después, lleva a esta magistratura

“a privilegiar aquella interpretación que favorezca el derecho de ‘la persona’ la vida frente a cualquiera otra interpretación que suponga anular ese derecho”.

Por consiguiente, se prohíbe la circulación del mencionado fármaco.

V. Conclusiones

1. El objetivo de nuestro trabajo ha sido llevar a cabo un estudio sobre la aparente colisión entre el derecho a la vida del que está por nacer y los derechos sexuales y reproductivos de la madre, a la luz del proyecto de ley que despenaliza el aborto en tres causales. Para poder lograr nuestra meta hemos estimado llevar a cabo un análisis respecto de cuáles serían los contenidos esenciales de estos derechos, para luego poder solucionar el tema de la conflictividad de derechos.

⁷⁹ Énfasis del autor.

2. El derecho a la vida del que está por nacer está asegurado en el art. 19 N°1 inc. 2° de la Carta Fundamental. Se entiende por “el que está por nacer” aquel ser humano cuya composición cromosómica es distinta a la de su padre y su madre. En definitiva, la Constitución chilena ampara la vida desde la concepción y mandata que la legislación la favorezca desde ese momento. La protección de la vida del que está por nacer está amparada por mecanismos procesales como el de protección y la acción especial del art. 76 del *Código Civil*.
3. Por otra parte, los derechos sexuales y reproductivos no se encuentran expresamente establecidos en la Constitución. Algunos estiman que ellos se encuentran subsumidos de manera implícita en el art. 1° inc. 1° cuando se ampara el derecho a la dignidad. En todo caso, se hace necesario desentrañar cuál es su aparente contenido esencial. A pesar de lo confuso del concepto, podría estimarse que su núcleo es el derecho de toda mujer a vivir la sexualidad de la forma que estime conveniente sin el riesgo de contraer una enfermedad de transmisión sexual o de quedar embarazada.
4. Lo anterior podría constituir una facultad personal de cada uno, pero esto es muy distinto a considerarlo como un derecho exigible respecto del Estado o de otra persona, institución o grupo. Tampoco puede ser asegurado por el sistema jurídico, por muy rectas intenciones que se tengan al respecto. Tal pretensión parece tan poco realista como pensar que el sistema jurídico asegure el derecho de una persona a no ser pobre o a la felicidad. Menos todavía, el ejercicio de esta facultad puede dejar sin efecto la protección del derecho a la vida de un tercero.
5. En consecuencia, descartamos la posibilidad de que exista en nuestro Derecho una especie de colisión entre el derecho a la vida del que está por nacer y los derechos sexuales y reproductivos de la madre. Esto, porque no se ha podido establecer, desde un punto de vista científico y demostrable, cuál sería el contenido esencial que tienen estos denominados derechos de la mujer. Por el contrario, la bioética ha establecido ampliamente el contenido esencial del derecho a la vida, en cuanto a que esta comienza con la concepción, toda vez que en ese momento el ser humano queda formado como un ser independiente a sus progenitores, con características genéticas diferentes.
6. Para analizar la posibilidad de una colisión de derechos, ellos deben estar claramente delimitados en cuanto a sus contenidos

y límites. Esto sucede, por ejemplo, con el derecho a la vida privada y la libertad de expresión. Los contornos de estos derechos son conocidos y, por lo tanto, es posible establecer las formas de solución cuando se produce una colisión en el caso concreto. Sin embargo, en los denominados derechos sexuales y reproductivos esta situación no se da. Al no haber claridad sobre el contenido de este supuesto derecho, sería difícil solucionar su posible choque con otro.

7. Puede suceder que durante el embarazo la madre presente problemas de salud cuya única solución posible requiera de la aplicación de tratamientos que puedan tener como resultado no buscado la muerte del embrión. En tales casos, debe tratar de salvarse la vida de ambos. Pero si el embrión es abortado producto de tales procedimientos, no estamos ante un delito de aborto toda vez que la acción directa no tiene como objetivo atentar contra la vida del embrión. Estas situaciones ya han sido solucionadas por la *lex artis* y no requieren una legislación especial que, justamente, puede tener como consecuencia la desprotección de la vida del que está por nacer.
8. Estimamos que de la lectura del art. 19 N° 1 inc. 2° se puede concluir que la expresión “protege la vida del que está por nacer” manda al legislador a que las normas que dicte en estas materias no pueden estar destinadas a desprotegerlo. Ante la pregunta de si es que el proyecto de ley de aborto que despenaliza en tres causales infringe la Constitución, nuestra respuesta es afirmativa. Por lo demás, como sostiene José Joaquín Ugarte Godoy, el aborto debiera estar sancionado penalmente, ya que es deber del Estado “proteger la vida de todos, protección que es la más primaria e importante razón de Estado”⁸⁰.
9. Esto se ve reforzado por el fallo en la causa rol 740-07 y los demás criterios jurisprudenciales del TC sobre la materia. De manera que, si hasta ahora el TC reconoce que la vida del que está por nacer no se puede amenazar siquiera en su etapa más incipiente, con mayor razón no se puede infringir en los términos que pretende el proyecto de ley que en la actualidad se tramita en el Congreso. Ya que, en definitiva, cada vez que el TC se ha pronunciado al respecto, ha reconocido que el embrión es persona y que la vida es el fundamento constitucional de los demás derechos asegurados por la Carta Fundamental. Por ende, el TC, como intérprete de

⁸⁰ José Joaquín UGARTE, *El derecho de la vida. El derecho a la vida bioética y derechos*, p. 350.

la Constitución, no puede desconocer su espíritu amparado en razones de texto o de delegación legislativa que en nuestro ordenamiento jurídico están delimitadas por la esencia del Derecho. Si se priva, afecta o amenaza dicho derecho el asunto constitucional debatido es, además, materia de acción de protección.

Bibliografía

- AGUIRRE, María Elena (ed.), *Hombres, persona femenina, sexualidad y vida*, Santiago, Ediciones Universidad de los Andes, 2004.
- ALEXY, Robert, “La fórmula del peso” en Miguel CARBONELL (ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia, Serie Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, traducción Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.
- ALVEAR TÉLLEZ, Julio, “La persona en la Constitución de 1980, Fundamentos de los Derechos y Garantías Constitucionales”, en Enrique NAVARRO BELTRÁN (ed.), *20 años de la Constitución chilena 1981-2001*, Santiago, Lexinexis, 2001.
- ARSUAGA, Ignacio y Miguel VIDAL SANTOS, *Proyecto Zapatero, Crónica de un asalto a la sociedad*, Santiago, Muévete Chile, 2011.
- BARBOSA DELGADO, Francisco R., “Los límites a la doctrina del margen de apreciación en el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Intervención judicial en torno a ciertos derechos de la minorías étnicas y culturales” en *Revista de Derechos del Estado*, N° 26, Bogotá, enero-junio 2011.
- BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio, “La licitud del aborto consentido en el derecho chileno” en *Revista Derecho y Humanidades*, N° 10, Santiago, 2004.
- BURGRAFF, JUTTA, “Varón y mujer: ¿Naturaleza o cultura?”, en María CALVO CHARRO (ed.), *Hombres y mujeres, cerebro y educación. Las diferencias cerebrales entre los sexos y su importancia en el aprendizaje*, Almarza, Editorial Almuzara, 2008.
- CALVO CHARRO, María (ed.), *Hombres y mujeres, Cerebro y Educación, Las diferencias cerebrales entre los sexos y su importancia en el aprendizaje*, Almarza, Editorial Almuzara, 2008.
- CALVO CHARRO, María, *Alteridad sexual, razones frente a la ideología de género*, Madrid, Palabra, 2014.
- CASAS, Lidia y Lieta Vivaldi Machao, “La penalización del aborto como una violación a los derechos humanos de las mujeres”, en *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2012*, Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, 2013.
- CEA EGAÑA, José Luis, *Derechos Constitucional chileno*, 2ª ed., Santiago, Ediciones Universidad Católica, 2012, tomo II.
- CIANCIARDO, Juan, *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, Pamplona, EUNSA, 2000.

- CORRAL TALCIANI, Hernán “El embrión humano: Consideraciones sobre su estatus jurídico a propósito de la ‘despenalización’ del aborto”, en Maite AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, y Soledad BERTELSEN SIMONETTI (eds.), *Cuadernos de Extensión: El aborto. Perspectiva filosófica, jurídica y médica*, N° 27, Santiago, Ediciones Universidad de los Andes, 2015.
- CUEVAS FARREN, Gustavo, *Lecciones de Derecho Constitucional chileno*, Santiago, Ediciones Universidad Mayor, 2003, tomo I.
- CHIA RAMÍREZ, Eduardo, “Simposio Aborto y Derechos Humanos”, en *Anuario de Derechos Humanos*, N° 11, Santiago, 2015.
- D’ORS, Álvaro, *Derecho y sentido común. Siete lecciones de derecho natural como límite del derecho positivo*, Madrid, Civitas, 2001.
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel Ángel, “La fuerza normativa de la Constitución”, en *Revista de Derecho Público*, vol. 63, Santiago, 2001.
- FIGUEROA GARCÍA-HUIDOBRO, Rodolfo, “Concepto de derecho a la vida”, en revista *Iux Praxis*, N° 14, Talca, 2015.
- HOFF SOMMERS, Christina, *La guerra contra los chicos*, Madrid, Palabra, 2006.
- HOFF SOMMERS, Christina, *Who Stole Feminism*, New York, Touchstone, 1994.
- INIGUEZ MANSO, Andrea Rosario, “Los tratados internacionales sobre derechos humanos y el margen de apreciación”, en *Revista de Derecho Público Iberoamericano*, año II, N° 3, Santiago, 2014.
- MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio y Rainer ARNOLD MARTÍNEZ y Francisco ZUÑIGA, “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional” en *Estudios Constitucionales*, año 10, N° 1, Santiago, 2012.
- MIRANDA MONTECINOS, Alejandro, “La injusticia del aborto procurado” en Maite AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN y Soledad BERTELSEN SIMONETTI (eds.), *Cuadernos de Extensión: El aborto. Perspectiva filosófica, jurídica y médica*, N° 27, Santiago, Ediciones Universidad de los Andes, 2015.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Derechos fundamentales y garantías constitucionales*, Santiago, Librotecnia, 2008, tomo I.
- LÓPEZ MORATALLA, Natalia, *Cerebro de varón, cerebro de mujer*, 2ª ed., Madrid, Rialp, 2009.
- NUÑEZ POBLETE, Manuel, “La función del derecho internacional de los derechos de la persona en la argumentación de la jurisprudencia constitucional”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XXXII, Valparaíso, primer semestre 2009.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, 26ª ed., Buenos Aires, Espasa Calpe, 2001, tomo II.
- RUIZ-CHIRIBOGA, Oswaldo, “The American Convention and the Protocol of San Salvador”, in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 31, N° 2, Utecht, 2013.
- RUIZ MIGUEL, Alfonso y Alejandra ZUÑIGA FAJURI, “Derecho a la vida y Constitución: Consecuencias de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos

- Humanos ‘Artavia Murillo v. Costa Rica’”, en *Estudios Constitucionales*, año 12, N° 1, Santiago, 2014.
- SAPAG, Mariano, “El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del Estado: Un estudio comparado”, en *Dikaion*, vol. 22, N° 17, Cundinamarca, 2008.
- SCALA, Jorge, *La ideología de género, o el Género como herramienta de poder*, Rosario, Logos, 2010.
- SERANI MERLO, Alejandro, “El estatuto antropológico y ética del embrión humano”, en *Cuadernos de Bioética*, vol. 997, N° 3, Santiago, 1997.
- SERNA, Pedro, y Fernando TOLLER, *Interpretación constitucional de los derechos fundamentales, Una alternativa a los conflictos de los derechos*, Buenos Aires, La Ley, 2000.
- UGARTE GODOY, José Joaquín, *El derecho de la vida. El derecho a la vida bioética y derechos*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006.
- WALDRON, Jeremy, *Los derechos en conflicto*, traducción Andrés Ucros Maldonado, Bogotá, Universidad de Externado de Colombia, 2006.
- ZÚNIGA AÑAZCO, Yanira, “Una propuesta de análisis y regulación del aborto en Chile desde el pensamiento feminista”, en *Ius et Praxis*, N° 1, Santiago, 2013.
- ZÚNIGA FAJURI, Alejandra, “Aborto y derechos humanos”, en *Revista de Derecho*, vol. XXIV, N° 2, Valdivia, 2011.

JURISPRUDENCIA

- Contraloría General de la República, Dictamen N° 25403, 21 de agosto de 1995.
Disponible en <https://app.vlex.com/#vid/dictamen-n-239924026>. [Fecha de consulta: 22 de mayo de 2017].
- Corte IADH, caso 12.361, 28 de noviembre de 2012.
- STC, rol 46-87, 21 de diciembre de 1987.
- STC, rol 167-93, 28 de enero de 1993.
- STC, rol 280-98, 20 de octubre de 1998.
- SCS, rol 850-2001, 30 de agosto de 2001.
- STC, rol 521-06, 1 de agosto de 2006.
- STC, rol 740-07, 18 de abril de 2008.
- STC, rol 1185-8, 16 de abril de 2009.
- STC, rol 1365-9, 8 de abril de 2010.
- STC, rol 2410 - 13, 29 de agosto de 2013.
- STC, rol 2747-14, 25 de agosto de 2015.
- STC, rol 2801-15, 25 de agosto de 2015.
- STC, rol 2860-15, 26 de enero de 2016.
- STC, rol 2887-15, 26 de enero de 2016.

STC, rol 2921-15, 13 de octubre de 2016.

STC, rol 3028-16, 13 de octubre de 2016.

TJUE, 34/10, 18 de octubre de 2011.

PROYECTOS DE LEY

Mensaje N° 1230-62, con el que se inicia un proyecto de ley que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales. Disponible en [file:///C:/Users/Andrea/Downloads/1230-362-despenalia-interrupcion-emabrazo-3-causales-con-ingreso-camara%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Andrea/Downloads/1230-362-despenalia-interrupcion-emabrazo-3-causales-con-ingreso-camara%20(1).pdf). [Fecha de consulta: 10 de mayo de 2017].

Estudios
sobre instituciones políticas
y administrativas

INTEGRACIÓN DEL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL:
UN ANÁLISIS CRÍTICO AL SISTEMA
DE DESIGNACIÓN ACTUAL

COMPOSITION OF THE CHILEAN
CONSTITUTIONAL TRIBUNAL:
A CRITIC PERSPECTIVE
TO THE APPOINTMENT AND NOMINATION
SYSTEM

*Catalina Salem Gesell**

Resumen

El presente artículo analiza el diseño institucional de designación de los miembros del TC. El análisis se efectúa desde la teoría de los frenos y contrapesos, como también de las exigencias de legitimidad –tanto de origen como de ejercicio– que tienen hoy las magistraturas constitucionales. Se concluye que el sistema de designaciones analizado quiebra con el equilibrio entre las distintas funciones del Estado, quedando abierta la posibilidad de incurrir en abusos de poder por aquellos órganos que ejercen las atribuciones de designación. También, que ese mismo desequilibrio repercute en la legitimidad de origen y de ejercicio de la magistratura constitucional. Finalmente se hace una propuesta que subsane las falencias que presenta el actual diseño institucional.

Palabras clave: Tribunal Constitucional – jueces constitucionales – Frenos y contrapesos – Integración.

Abstract

The present article analyses the power of nomination and appointment system of the Chilean constitutional judges. The analysis concludes that

* Magíster en Derecho LLM, Mención Derecho Constitucional, de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesora de Derecho Político y Constitucional, Pontificia Universidad Católica de Chile. Artículo recibido el 1 de julio de 2017 y aceptado para su publicación el 29 de agosto de 2017. Correo Electrónico: cesalem@uc.cl

the actual system does not achieve a standard of suitable checks and balances. Thus, a new system of designation is proposed as an alternative to the autonomous repartition of nominations made by the President of the Republic, the National Congress and the Supreme Court, in which the same institutions participate, but through a counterbalanced concurrence of wills. This also reinforces the legitimacy of the Constitutional Tribunal.

Key words: Constitutional Tribunal – constitutional judges – Checks and balances – power of nomination and appointment

Introducción

La forma en que se designan los miembros de los tribunales constitucionales es uno de los principales contrapesos que tienen aquellos órganos que son controlados por la jurisdicción constitucional. Esto es, en particular, cierto en Chile, toda vez que los ministros del TC –a diferencia de la mayoría de los miembros de los órganos con autonomía constitucional– no pueden ser acusados constitucionalmente¹. De hecho, una vez designados, los jueces constitucionales son inmovibles en el cargo². De allí que no resulta trivial detenerse en el análisis del diseño institucional contemplado en nuestra Carta Fundamental para componer el órgano que ejerce la justicia constitucional.

La arquitectura del sistema de designaciones y elecciones de los jueces constitucionales que establece nuestro actual Texto Político, se funda en un procedimiento de “repartición de nombramientos”³, esto es, la Constitución distribuye entre los principales órganos controlados –que coinciden con las funciones clásicas del Estado– la competencia y el número de magistrados que les corresponde designar de manera autárquica. Así, el art. 92 de la Constitución confía al Presidente de la República la designación de tres miembros; al Congreso Nacional cuatro, de los cuales dos son elegidos directamente por el Senado, y los otros dos son propuestos por la Cámara de Diputados para su aprobación o rechazo por el Senado; y tres elegidos por la Corte Suprema. De esta forma, con la salvedad del control político que ejerce el Senado, por sobre la propuesta que le realiza la Cámara de Diputados respecto a dos de los diez miembros a designar, los restantes integrantes del TC son nombrados de forma autónoma, y

¹ Art. 52 N° 2° de la Constitución Política.

² Art. 92, inciso tercero, de la Constitución Política.

³ Lautaro RÍOS ÁLVAREZ, “Concepto, caracterización y estatuto constitucional básico de los tribunales constitucionales de Latinoamérica”, p. 460.

sin contrapeso alguno, por el Presidente de la República, el Senado y la Corte Suprema.

En el análisis de este diseño de nombramientos argumentaremos lo siguientes:

- 1) que el sistema referido constituye una excepción al principio de equilibrio de funciones, eliminando barreras institucionales de limitación del ejercicio del poder que sí existen respecto a las fórmulas de designación de los demás órganos con autonomía constitucional que consagra nuestra Carta Fundamental;
- 2) que el sistema actual de designación de los ministros del tribunal afecta la legitimidad, tanto de origen como de ejercicio, de dicha magistratura.
- 3) que es factible proponer un nuevo sistema de nombramiento a fin de subsanar los defectos identificados en el análisis previo. Sobre este punto conviene destacar que es un asunto presente en el actual debate político, y que, sin duda, merece también una reflexión y una respuesta desde la academia.
- 4) Por último, terminaremos con unas breves conclusiones.

1. Los checks and balances en entredicho: La ruptura del equilibrio entre poderes

En *El Federalista* N° 76, Alexander Hamilton defendió la atribución que la nueva Constitución de Estados Unidos entregaba al Presidente de la República para nominar, y con acuerdo del Senado, designar, entre otros altos funcionarios del Estado, a los jueces de la Suprema Corte. En dicho escrito, argumentó que la concurrencia de voluntades de ambos cuerpos sería una poderosa, aunque en general, silenciosa operación.

“It would be an excellent check upon a spirit of favoritism in the president, and would tend greatly to prevent the appointment of unfit characters from state prejudice, from family connexion, from personal attachment, or from a view to popularity”⁴.

Esta misma fórmula ha sido la que ha recogido nuestra tradición constitucional en la designación de los jueces del máximo tribunal del Poder Judicial, desde la Constitución de 1822⁵. En efecto, desde entonces hasta

⁴ Alexander HAMILTON y otros, *The Federalist*, p. 394.

⁵ Los arts. 161 y 162 de la Constitución de 1822 establecían que el Tribunal Supremo de Justicia se compondría de cinco miembros, cuyas vacantes sucesivas serían

hoy –con algunas notas específicas–, los ministros de la Corte Suprema son nominados por el Presidente de la República –de una quina que confecciona previamente la misma Corte– para su aprobación por el Senado con un quórum reforzado: dos tercios de sus miembros en ejercicio⁶.

El equilibrio entre poderes –que complementa y perfecciona la clásica teoría de separación de poderes de Montesquieu (Charles Louis de Secondat)– implica ya no solo que las distintas funciones del Estado se encuentren separadas entre sí para limitar el poder sino que, además, “el poder detenga al poder” mediante un sistema de frenos y contrapesos (*cheks and balances*) entre los diversos órganos.

Tal como apuntaba Alexander Hamilton, la necesidad de un equilibrio en el ejercicio del poder alcanza también a las atribuciones de nominación que tienen ciertos órganos respecto de la composición de otros cuerpos que crea la misma Constitución.

“A man who had himself the sole disposition of offices, would be governed much more by his private inclinations and interests, than when he was bound to submit the propriety of his choice to the discussion and determination of a different and independent body; and that body an entire branch of the legislature. The possibility of rejection, would be a strong motive to care in proposing”⁷.

Nuestra actual Constitución sigue esta clásica regla de control interorgánico en casi todas las designaciones que contempla respecto de los órganos que crea, incluso en varios casos convocando hasta tres órganos para que intervengan en el proceso de composición de otro. Una de las excepciones, como explicaremos, son las designaciones de los miembros del TC.

Como ya se adelantó, para componer los veintiún miembros de la Corte Suprema se requiere la concurrencia de tres órganos (art. 78 de la Constitución); lo mismo sucede con la designación del Fiscal Nacional del Ministerio Público (art. 85, inciso primero, de la Constitución). En el caso de los cinco consejeros que conforman el Consejo Directivo del Servicio Electoral y el Contralor General de la República, son designados

consultadas en ternas por el Supremo Tribunal, para que el Ejecutivo eligiese de acuerdo con el Legislativo. Por otra parte, la Constitución antecesora, de 1818, en el art. 3° del capítulo II titulado “Del Supremo Tribunal Judiciario” disponía que el nombramiento de los individuos que habrían de componer este Tribunal, correspondería al Director del Estado en su creación, y las vacantes posteriores el mismo Director debía proceder al nombramiento a propuesta de una terna que confeccionara el mismo tribunal.

⁶ Art. 78 de la Constitución Política.

⁷ HAMILTON y otros, *op. cit.*, p. 394.

por el Presidente de la República, con acuerdo del Senado (arts. 94 bis, inciso segundo, y 98, inciso segundo de la Constitución, respectivamente).

Respecto a las designaciones de los miembros del Tribunal Calificador de Elecciones, si bien la Constitución entrega su designación solo a la Corte Suprema, esta actúa como un mero ejecutor de la voluntad del constituyente, pues la Carta Fundamental no le permite ninguna opción de maniobra más que efectuar un sorteo entre las personas que reúnen las condiciones que la misma Carta consagra (art. 95, incisos segundo y tercero, de la Constitución). Similar contrapeso le impone el constituyente al Presidente de la República cuando este designa a los comandantes en jefe de las Fuerzas Armadas y al General Director de Carabineros, ya que circunscribe a los candidatos a los cinco oficiales generales de mayor antigüedad (art. 104, inciso primero, de la Constitución). Por último, el Consejo de Seguridad Nacional se encuentra integrado por los titulares de los órganos que designa directamente el constituyente, sin que intervenga ninguna otra voluntad (art. 106, inciso primero, de la Constitución).

En síntesis, podemos extraer dos grandes criterios adoptados por nuestra Constitución para componer los distintos órganos con autonomía constitucional: El primero, es el control interorgánico ya explicado, que reviste al menos tres modalidades:

- 1) la intervención contrapesada de tres órganos constitucionales en el proceso de designación;
- 2) la intervención contrapesada de dos órganos constitucionales en el proceso de designación;
- 3) la intervención del constituyente en la nominación de los candidatos y la ejecución de esa voluntad por un órgano constitucional ya sea
 - 3.a) por sorteo, o
 - 3.b) por un acotado margen de discrecionalidad entregado a otra autoridad.

El segundo criterio de composición de los integrantes de un determinado órgano, es aquel en que interviene el propio constituyente, sin la voluntad de ningún órgano. Pero aún este criterio puede ser incluido dentro del principio de control interorgánico, dado que el órgano constituyente no interviene, a su vez, en la designación de los titulares que integran los órganos que designa para componer el Consejo de Seguridad Nacional.

Como se puede apreciar, entonces, en todos los casos indicados nuestra Constitución ha procurado el equilibrio del ejercicio del poder entre los diversos órganos llamados a participar de las designaciones de los otros órganos constitucionales, incluso cuando ese órgano es el mismo consti-

tuyente. No obstante, esta regla se quiebra de modo inevitable respecto a la forma de designación de los miembros del TC.

En efecto, en el caso del TC de Chile intervienen al menos cuatro órganos: Presidente de la República, Senado, Cámara de Diputados y Corte Suprema, pero por regla general, ninguno de ellos se encuentra contrapesado por el otro órgano que interviene. La excepción, es la nominación que hace la Cámara de Diputados al Senado, para que este la apruebe o la rechace, lo que constituye un contrapeso de índole político. Este modelo de designación, en esencia, combina –con sus propias particularidades– algunas de las tres formas en que, según Alexander Hamilton, se puede ejercer “the power of appointment”:

“It ought either to be vested in a single man; or in a *select* assembly of moderate number; or in a single man, with the concurrence of such an assembly”⁸.

Primeramente, en el caso del TC chileno, el Presidente de la República (*a single man*) procede con autarquía a la designación de tres miembros; la Corte Suprema (*a select assembly of moderate number*)⁹ también interviene con autonomía como cuerpo colegiado a elegir otros tres; otro tanto sucede con el Senado (también *a select assembly*) respecto a dos de los miembros y, por último, la Cámara de Diputados propone a otros dos, con acuerdo del Senado. Este último caso coincide con la tercera forma que identifica Alexander Hamilton –que es por la demás la que defiende en *El Federalista* N° 76–, solo que, en vez de un hombre y una asamblea, concurren dos cuerpos colegiados (dos asambleas).

Cuadro resumen

| Órgano cuya integración se designa | Órganos que concurren a la designación |
|--|---|
| Corte Suprema | Corte Suprema, Presidente de la República y Senado (tres, contrapesada) |
| Fiscal Nacional del Ministerio Público | Corte Suprema, Presidente de la República y Senado (tres, contrapesada) |
| Consejo Directivo del Servicio Electoral | Presidente de la República y Senado (dos, contrapesada) |

⁸ HAMILTON y otros, *op. cit.*, p. 392.

⁹ Para designar al candidato, la Corte Suprema debe efectuar una votación secreta que se celebra en sesión especialmente convocada para tal efecto (art. 92 letra c) de la Constitución), y en ese sentido actúa como una asamblea.

| | |
|---|---|
| Contralor General de la República | Presidente de la República y Senado (dos, contrapesada) |
| Tribunal Calificador de Elecciones | Constituyente y Corte Suprema (dos, contrapesada por sorteo) |
| Comandantes en jefe de las Fuerzas Armadas y al General Director de Carabineros | Constituyente y Presidente de la República (dos, contrapesada por margen de discrecionalidad acotado por nómina de candidatos) |
| Consejo de Seguridad Nacional | Constituyente y órganos que intervienen en la designación de los titulares (contrapeso múltiple). |
| Tribunal Constitucional | Presidente de la República, Congreso Nacional, Corte Suprema (repartición de nombramientos, con un contrapeso interorgánico, de naturaleza política). |

Conviene, en consecuencia, analizar por qué las otras dos formas (*a single man* and *a select assembly*, separadamente) deben ser descartadas como opción en el ejercicio de las atribuciones de designación que detentan ciertos órganos. Las conclusiones a las que arribemos, sin duda son aplicables a la repartición de nombramientos de los miembros del TC en que estas dos formas, como se explicó, son parte de su diseño institucional.

Respecto al ejercicio de la atribución de designación con exclusividad presidencial, podría tener la virtud –anota el mismo Alexander Hamilton– de que el Presidente se encuentra siempre en una mejor posición para ponderar las cualidades del candidato a designar, y que esa ponderación estará embebida de un sentimiento de deber que se funda en la responsabilidad única e indivisible que pesa sobre el Presidente de la República. En otras palabras, él será el único responsable de la designación que haga y, por lo mismo, resguardará su reputación eligiendo un candidato apropiado para el cargo. No obstante, a la vez, un hombre que detenta para sí la facultad de designación absoluta respecto a otros órganos, es más propenso a tomar una decisión que se incline por sus intereses particulares. De allí que Alexander Hamilton llegue a la conclusión de que resulta más apropiado que esa decisión esté contrapesada por un órgano distinto e independiente (*the assembly*), así “The possibility of rejection, would be a strong motive to care in proposing”¹⁰.

En nuestra doctrina, estos ecos del razonamiento constitucional clásico no nos son ajenos. Así, a propósito del debate académico previo a la reforma constitucional del año 2005 –que precisamente modificó la integración y la forma de designación de los miembros del TC–, Lautaro

¹⁰ HAMILTON y otros, *op. cit.*, p. 394.

Ríos Álvarez vaticinaba, respecto a la atribución presidencial de designación, que:

“El presidente de la República quedaría en situación de designar soberanamente a tres abogados de su confianza. Pues bien, si tiene la oportunidad de nombrar a un tercio del Tribunal, debería ser muy poco sagaz –por decirlo de manera discreta– para dejar pasar la ocasión de asegurarse tres votos de personas que le garanticen la más completa adhesión a su programa político y a sus proyectos legislativos. Ningún político inteligente desperdiciaría una ventaja semejante”¹¹.

Cuando el Presidente de la República no cuenta con un contrapeso en el ejercicio de su atribución de designación de miembros del TC –o de cualquier órgano–, esa falta de control, como es sabido, puede devenir en una desviación de poder. Como los hombres pasan y las instituciones quedan, el diseño orgánico de una constitución siempre debe prever que la persona que accidentalmente detente las atribuciones a través de las cuales se ejerce la soberanía –y más allá de sus virtudes personales–, no abuse de las potestades que se le han confiado. Nuestra Constitución falla en este punto, imponiendo un exiguo límite a la discrecionalidad del Jefe de Estado, constituido por los requisitos de elegibilidad que deben cumplir todos los miembros del TC, a saber: tener a lo menos quince años de título de abogado, haberse destacado en la actividad profesional, universitaria o pública, y no tener impedimento alguno que los inhabilite para desempeñar el cargo de juez (art. 92, inciso segundo, de la Constitución). Esto ha permitido que el Presidente de la República designe desde connotados académicos, a destacados abogados, estos últimos desempeñándose en funciones en el mismo gobierno hasta el momento de su designación.

Otro tanto puede prevenirse respecto de las designaciones efectuadas solo por órganos colegiados. Respecto del Congreso Nacional, Alexander Hamilton afirma:

“in every exercise of the power of appointing to offices by an assembly of men, we must expect to see a full display of all the private and party likings and dislikes, partialities and antipathies, attachments and animosities, which are felt by those who compose the assembly. The choice which may at any time happen to be made under such circumstances, will of course be the result either of a victory gained by one party over the other, or of a compromise between parties. In either case, the intrinsic merit of the candidate will be too often out of sight. In the first, the

¹¹ Lautaro RÍOS ÁLVAREZ, “La generación del Tribunal Constitucional”, p. 83.

qualifications best adapted to uniting the suffrages of the party, will be more considered than those which fit the person for the station. In the last, the coalition will commonly turn upon some interest equivalent: 'give us the man we wish for this office, and you shall have the one you wish for that'. This will be the usual condition of the bargain. And it will rarely happen that the advancement of the public service will be the primary object either of party victories, or of party negotiations"¹².

En el Derecho Comparado, la Constitución Política del Perú entrega la designación de los cinco integrantes del TC a las dos terceras partes del número legal de los miembros del Congreso de la República (art. 201). Sobre esta forma de designación, la doctrina nacional ha dejado caer sus críticas en el mismo sentido premonitorio que tuvieron los federalistas. Así César Landa Arroyo ilustra el déficit del sistema de elección por parte del Congreso Nacional en dos aspectos:

"Por un lado, en la falta de consenso de las fuerzas parlamentarias, con el consiguiente deterioro del proceso de selección, el maltrato a los candidatos y la renuencia posterior a postular de destacados juristas; y, por otro lado, en el sistema de cuotas y negociación política que cada vez es más utilizado para transar entre la mayoría y las minorías parlamentarias, lo que finalmente hace del Tribunal Constitucional un prisionero de las tensiones políticas parlamentarias entre el gobierno y la oposición. Tal es así que la mayoría y la minoría parlamentarias no se orientan a valorar y preferir necesariamente a los candidatos de reconocida competencia jurídica e independencia política, sino que centran la elección en los acuerdos de las cúpulas partidarias, los grupos parlamentarios y la Junta de Portavoces del Congreso. No obstante, todos los elegidos cumplen con los requisitos formales de elegibilidad y no están impedidos de acuerdo a la ley"¹³.

Entre nosotros, Alejandro Silva Bascuñán afirmaba en su Tratado de 1963 que los nombramientos que decreta el Parlamento

"hace más grave el peligro de que los magistrados se vean envueltos en las luchas políticas y sean juego de las pretensiones y rivalidades partidistas"¹⁴.

Por ello, precisamente una de las críticas que se le ha hecho al sistema de designación en que interviene el Congreso Nacional, es que permitía

¹² HAMILTON y otros, *op. cit.*, p. 393.

¹³ César LANDA ARROYO, *Organización y funcionamiento del Tribunal Constitucional. Entre el Derecho y la Política*, pp. 142-143.

¹⁴ Alejandro SILVA BASCUÑÁN, *Tratado de Derecho Constitucional*, tomo 1, p. 347.

el cuoteo político entre las dos grandes coaliciones políticas existentes, lo que se ve facilitado por tratarse de la designación de pares¹⁵.

Sintetizando, el ejercicio de la atribución de designación de los integrantes de un órgano por las asambleas –congresos nacionales– es también una fórmula que necesita de un importante contrapeso. Así, si bien el Presidente de la República no posee total libertad para designar al candidato de su primera preferencia, puesto que este podría ser rechazado por “la asamblea”, a su vez, el órgano colegiado no es del todo libre para anteponer sus intereses partidistas, puesto que el Presidente de la República sigue detentando su poder de nominar el candidato. Si bien la asamblea puede rechazar la primera opción que le presente el Presidente de la República, se expone que la próxima nominación que le presente esté incluso más alejada de sus propios intereses¹⁶.

Por último, conviene hacer referencia a la Corte Suprema, órgano que participa del sistema de designación de los miembros del TC chileno. La Corte es un cuerpo colegiado de veintiún miembros, respecto de los cuales podríamos aplicar los mismos reparos que Alexander Hamilton imputa a “la asamblea”, pero evidentemente requiere de matices. Esto, porque la Corte Suprema no está compuesta por políticos con intereses partidistas, sino que por jueces que, sin perjuicio que puedan tener una tendencia hacia un sector u otro, normalmente son impredecibles en sus resoluciones, pues se trata de personas que han estado alejados de la política por decenios (en particular los jueces de carrera), caracterizándose por prevalecer en ellos un criterio técnico¹⁷ al momento de elegir al candidato. Con todo, la Corte no está ajena al influjo de los órganos políticos durante el proceso de designación, como quedó demostrado en la última designación efectuada por dicha Corte el 29 de agosto de 2015. Tal designación se decidió por sorteo, para romper con el empate que se produjo entre dos candidatos, a raíz del cual, los medios de comunicación dieron cuenta de los reproches que formularon los partidos de la coalición de gobierno hacia el Ejecutivo, por no haber logrado que saliera electo el candidato más a fin a sus intereses partidistas.

Sin perjuicio de lo dicho, la inclusión de la Corte Suprema en el sistema de designación de los ministros del TC se debe a una razón más bien histórica. Esto dado que, desde la creación de dicho tribunal, y hasta

¹⁵ Véase a modo ejemplar sobre este punto de la discusión: Fernando ATRIA y Constanza SALGADO, “El TC como tercera cámara: la continuación de la política por otros medios”.

¹⁶ HAMILTON y otros, *op. cit.*, pp. 393-394.

¹⁷ Teodoro RIBERA NEUMANN, “La organización institucional del Tribunal Constitucional chileno”, p. 75.

la reforma constitucional del año 2005, estaba compuesto parcialmente por miembros pertenecientes a la Corte Suprema, con la finalidad de que dichos jueces contribuyeran, desde un papel técnico-jurídico, al ejercicio de las atribuciones jurisdiccionales del TC¹⁸. Con todo, ello no resta a que deba revisarse el papel de la Corte en el sistema de designación, pues, por mucho respeto que nos merezcan los jueces, tampoco están ajenos a la “primera regla de oro del Derecho Público”, como José Luis Cea se refiere a la separación de poderes con frenos y contrapesos¹⁹. Profundizaremos sobre este punto en el apartado siguiente.

2. *El problema de la legitimidad*

El sistema de designación que nuestra Carta Política contempla para los miembros del TC, afecta la legitimidad de este órgano desde dos puntos de vista: la legitimidad de origen y la legitimidad de ejercicio.

La legitimidad de origen viene dada en las modernas democracias por la legitimación popular o democrática, esto es, cuando los titulares del órgano son elegidos directamente por el pueblo; mientras que, la legitimidad de ejercicio, tiene una dimensión formal y otra material. La formal se circunscribe al propio mandato constitucional que, en nuestro caso, señala que la soberanía se ejerce “por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece” (art. 5, inciso primero, de la Constitución; la cursiva es nuestra). Por otra parte, la dimensión material refiere a cómo el órgano ejerce esas potestades que la Constitución le ha confiado, ejercicio que debe circunscribirse a la competencia tasada que le da el ordenamiento jurídico, sin desviarse del fin del Estado que, en nuestro caso, se encuentra definido en la Constitución (art. 1º, inciso cuarto, de la CPR).

Sin entrar en el debate sobre si los jueces de los tribunales constitucionales deberían ser elegidos sin mediación por el pueblo –al igual que los legisladores–, como una forma de superar su naturaleza contra mayoritaria²⁰, sí nuestro actual sistema de designación merece un análi-

¹⁸ Emilio PFEFFER URQUIAGA, *Reformas constitucionales 2005. Antecedentes –debates– informes*, pp. 342-355.

¹⁹ CEA EGAÑA, *op. cit.*, p. 24.

²⁰ Concordamos con Luis López –aunque él circunscribe su análisis a los miembros del Poder Judicial exclusivamente– en que la fórmula de elección democrática directa de los jueces presenta graves inconvenientes: “la potenciación de la legitimidad de origen puede suponer la reducción de la legitimidad de ejercicio. La aplicación de la voluntad del pueblo formalmente expresada (la ley) puede verse relegada, a favor de las preferencias

sis desde el punto de vista de la legitimidad democrática indirecta, esto es, cuando dichos jueces son elegidos por órganos con representación democrática directa. Con esta perspectiva es posible verificar que, en el modelo de designación bajo análisis, existe un importante desbalance, no solo en cuanto a los diez miembros que conforman el TC sino, también, respecto de los demás órganos constitucionales.

De los diez jueces que integran la magistratura constitucional, solo siete de ellos son elegidos por órganos con representación democrática directa –Presidente de la República y Congreso Nacional–, mientras que los otros tres son elegidos por la Corte Suprema, cuyos miembros no detentan tal representación. Esta desigualdad en la forma de designación de unos y otros puede tener efectos en la legitimidad de ejercicio en su dimensión material, aunque los estudios empíricos que lo prueben son escasos²¹. No obstante, la forma en que hoy está contemplado el diseño de designaciones, se aparta de la regla general de nuestra Constitución. En efecto, si se revisan las fórmulas de designación de los órganos constitucionales que analizamos en el acápite anterior, con la salvedad de cuatro miembros del Tribunal Calificador de Elecciones y tres miembros del TC, todos los demás órganos son designados en último término por órganos con representación democrática directa²².

La importancia de la designación por órganos que tienen representación democrática directa, es posible anclarla en la teoría de separación

que el juez crea percibir en cada momento en el electorado, o en aquellos a quienes debe su elección o puede deber su reelección; lo que puede sufrir aquí es la independencia y la imparcialidad. La elección no garantiza en modo alguno la calidad técnica y el conocimiento del Derecho; la dependencia del beneplácito popular y partidista (sobre todo cuando los candidatos a jueces se presentan expresamente como candidatos de un partido) puede conducir a una aplicación del Derecho en exceso dependiente de las preferencias del momento de grupos o entidades sociales que el juez estime poderosas o influyentes en la opinión pública, en detrimento de la justicia o de la seguridad jurídica”. Luis LÓPEZ GUERRA, *El Poder Judicial en el Estado Constitucional*, p. 67.

²¹ Por ejemplo, se ha afirmado que los jueces de la Corte Suprema que integraban el TC previo a la reforma constitucional del año 2005, eran más deferentes con el poder político que aquellos ajenos miembros al Poder Judicial. Véase Diego PARDOW y Sergio VERDUGO, “El Tribunal Constitucional y la reforma de 2005. Un enroque entre jueces de carrera y académicos”.

²² Humberto Nogueira comparte la idea que desde “una perspectiva claramente republicana y democrática, un Tribunal Constitucional debe estar integrado sólo por ministros o magistrados nombrados por órganos representativos directamente de la voluntad popular, en nuestro caso, del Congreso Nacional y del Presidente de la República, en lo posible con controles interorgánicos o intraorgánicos, como ocurre por regla general en el derecho comparado”. Humberto NOGUEIRA ALCALÁ, “El estatuto de los jueces constitucionales en Chile”, p. 286.

de funciones con equilibrio de poderes. Si bien es cierto que los titulares de los órganos que son elegidos democráticamente, son renovados en periodos cortos de tiempo –cuatro años el Presidente de la República y los diputados; ocho años los senadores, que además se renuevan por parcialidades cada cuatro años–, lo cual los sujeta al control democrático a través de las elecciones periódicas; no sucede lo mismo con los miembros de la Corte Suprema. Estos, se mantienen en sus cargos mientras observen buena conducta y hasta los setenta y cinco años de edad. He allí entonces la importancia de reforzar la legitimidad de origen indirecta en aquellos miembros del TC que hoy no la detentan, y así hacer efectivo un control democrático en el nombramiento de sus magistrados, contribuyendo a reducir la tensión entre justicia constitucional y democracias²³.

En cuanto a la legitimidad de ejercicio, en su dimensión material, el actual sistema de designación de los ministros del TC resulta deficiente, pues precariza el principio de independencia e imparcialidad con que deben llevar adelante la función institucional. En otras palabras, el tribunal legitima el ejercicio de sus atribuciones cuando no se somete a los mandatos e influencias de otros (independencia) ni cuando, por otro lado, decide en virtud de preferencias personales (imparcialidad)²⁴.

Al integrar, los ministros del TC, un tribunal de derecho –y aun cuando sus decisiones puedan tener repercusiones políticas– como jueces no pueden actuar con absoluta libertad según criterios políticos, sino que deben actuar de forma vinculada, esto es, según criterios jurídicos, fuera de consideraciones de oportunidad o conveniencia²⁵. Esos criterios jurídicos están dados por la garantía jurisdiccional de la Constitución. Cumpliendo ese mandato fundamental, el TC se legitima en el ejercicio de sus atribuciones.

La independencia e imparcialidad del juez constitucional se precariza dado que, como se explicó, no existe un control interorgánico entre los diversos cuerpos que participan del proceso de designación, y esa falta de control –para la composición de un órgano tan trascendental como el TC– puede llevar a la “captura política” de la institución o al “reparto de puestos”²⁶ entre las distintas fuerzas políticas. Esto, es particularmente cierto –o donde existen más probabilidades de suceder– en el caso de las designaciones que corresponden a los órganos políticos, lo que produce

²³ Víctor FERRERES COMELLA, “El Tribunal Constitucional ante la objeción democrática: tres problemas”, pp. 27-28.

²⁴ Luis LÓPEZ GUERRA, *El Poder Judicial en el Estado Constitucional*, p. 23.

²⁵ *Op. cit.*, p. 25.

²⁶ Rafael JIMÉNEZ ASENSIO, *Los frenos del poder. Separación de poderes y control de las instituciones*, p. 153.

la consecuente pérdida de legitimidad institucional y, lo que es peor, la desconfianza o desafección de la ciudadanía²⁷. Cuando el TC se transforma en una “tercera cámara”, esto es, donde continúa, mediante personas interpuestas, el enfrentamiento entre las partes del conflicto político²⁸, se politiza, perdiendo su autoridad para frenar el poder político y resolver adoptando decisiones impopulares que garanticen el principio de supremacía constitucional²⁹.

Por lo anterior, es que resulta fundamental, para la legitimidad de ejercicio del TC, que existan mecanismos que refuercen su independencia respecto de los demás órganos, como también su imparcialidad. El constituyente en parte los reforzó, primero mediante la incorporación de ministros de la Corte Suprema a la integración del TC, y luego (reforma constitucional del año 2005) manteniendo la atribución de dicha Corte de designar a tres de sus miembros³⁰. Sin embargo, respecto de los restantes siete miembros, no hay reforzamiento alguno.

En consecuencia, nuestro actual sistema de designación no resguarda adecuadamente estos principios, pues promueve un sistema de “confianzas segmentadas” o una “suma de confianzas divididas”, lo que según Lautaro Ríos Álvarez expone al tribunal a su politización. Por ello “cada miembro del TC debería contar con la confianza original de todos los órganos que deban recurrir a su veredicto”³¹ y no con la confianza de solo algunos de ellos (los que los nombran). En un sistema de repartición de nombramientos como el nuestro

“las autoridades van a nombrar a los jueces que creen que representan su tendencia. Es importante, porque los que van a ser controlados, las fuerzas políticas, serán controladas por jueces (los controladores) que les dan confianza”³².

3. Nuevo diseño de un sistema de elección de los miembros del Tribunal Constitucional

Desde un punto de vista institucional, es bastante factible perfeccionar el actual sistema de designación de los ministros del TC. Ello es posible

²⁷ JIMÉNEZ ASENSIO, *op. cit.*, pp. 153-154.

²⁸ Gustavo ZAGREBELSKY, *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política*, p. 57.

²⁹ Eric HAMILTON, “Politizing the Supreme Court”, p. 39.

³⁰ PFEFFER URQUIAGA, *op. cit.*, pp. 342-355.

³¹ RÍOS ÁLVAREZ, “La generación...”, *op. cit.*, p. 83.

³² FAVOREU, *op. cit.*, p. 13.

mediante una concurrencia contrapesada de voluntades³³ de los órganos que participan en la generación del TC y que garantice los dos principios sobre los cuales hemos basado nuestro análisis: el principio de separación de funciones con equilibrio de poderes y el principio de legitimidad de la justicia constitucional.

Para ello se propone que los poderes políticos –Presidente de la República, Senado y Cámara de Diputados– presenten directamente, cada uno, dos candidatos para una vacante de ministro del TC, cumpliendo los demás requisitos constitucionales de elegibilidad. Sin embargo, la decisión del candidato –y, por ende, la interpretación que el órgano político haga de los requisitos de elegibilidad– tendrá un importante freno, dado que tales candidatos deberán ser presentados ante la Corte Suprema para que, previa audiencia pública de antecedentes, elija por mayoría a dos de los seis candidatos que le fueron presentados. Con este diseño, la decisión de los poderes políticos –que refuerza el principio de legitimidad de origen indirecta– queda contrapesada por una decisión de aptitud técnico-jurídica posterior hecha por la Corte Suprema –lo que refuerza el principio de legitimidad de ejercicio, en particular, respecto de su dimensión material (independencia e imparcialidad). Empero, la decisión de la Corte Suprema queda contrapesada por el universo de candidatos entre los que puede elegir, y tendrá el importante freno de que no elegirá directamente al titular del cargo. Esto se debe a que los dos candidatos que elija pasarán a un sorteo, en que el sorteado ocupará el cargo de titular, y el no sorteado, el cargo de suplente de ministro del titular³⁴. Como se vio, el sorteo no

³³ En contraposición a la “repartición de nombramientos” que explicáramos en párrafos anteriores, Lautaro Ríos propone una “concurrencia de voluntades” en que intervenga el propio TC, el Presidente de la República y el Congreso. Nosotros diferimos de la solución que plantea y proponemos otra, pero hemos tomado prestado los dos conceptos en comillas, por parecernos muy adecuados a la descripción y a la solución del problema. RÍOS ÁLVAREZ, “Concepto...”, *op. cit.*, p. 460.

³⁴ Esta solución tiene un doble propósito. Primero, salvar el debate que existe sobre la inconstitucionalidad del cargo de suplente de ministro que contempla hoy la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y no así la Constitución Política. Entre la doctrina nacional, Humberto Nogueira, por ejemplo, es de la opinión que: “todos los integrantes de un órgano constitucional que ejerce jurisdicción constitucional deben estar dotados de la misma legitimidad constitucional, sean estos titulares o suplentes, lo que les dota de igual autoridad para resolver los delicados asuntos sometidos a su tarea jurisdiccional”. NOGUEIRA ALCALÁ, *op. cit.*, p. 294. La misma opinión tuvieron los exministros del TC que participaron de la discusión parlamentaria de la Ley de Reforma Constitucional N° 20.050 al señalar: “La institución de los ‘abogados integrantes’, que ahora está sólo consagrada en la ley orgánica constitucional respectiva, debe tener respaldo constitucional”. PFEFFER URQUIAGA, *op. cit.*, p. 345. Y segundo, tiene el propósito de incentivar a destacados juristas a presentarse como candidatos al TC sin el temor que, después de un proceso exigente y

es un método de designación ajeno a nuestra Constitución (art. 95 de la Constitución).

El sorteo opera como un contrapeso a la decisión de la propia Corte, a la vez que como un freno a la influencia que los órganos políticos puedan ejercer sobre la designación final del titular. Montesquieu, a propósito del gobierno republicano y de las leyes relativas a la democracia, expresó que el sufragio por sorteo está en la índole de la democracia, ya que “El sorteo es una manera de elegir que no ofende a nadie; le deja a todo ciudadano la esperanza legítima de servir a su patria”³⁵. Esto trae aparejado otra ventaja comparativa que carece el actual sistema de designación, a saber, que, respecto del designado, el sorteo difumina en gran medida cualquier vínculo de lealtad y gratitud al órgano que hizo posible su designación. Esta es una fórmula institucional coherente con el principio de independencia del juez constitucional y, por ende, refuerza la legitimidad de ejercicio.

El resultado de este proceso de generación del TC, por tanto, creemos que restaura una de las reglas de oro del Derecho Público como es la separación de poderes, con un sistema de frenos y contrapesos, además de reforzar la legitimidad de origen y de ejercicio, impidiendo su politización y asegurando su adecuada independencia e imparcialidad.

4. Conclusiones

El actual sistema de designación de los miembros del TC que nuestra Carta Fundamental consagra en el art. 92, merece ser revisado. Esto porque el diseño institucional que contempla, rompe con el equilibrio que debe existir entre las diversas funciones del Estado, a fin de limitar el poder.

público, serán descartados por un mero sorteo que deja a la suerte la decisión final sobre la apreciación de sus antecedentes académicos y profesionales. El sistema propuesto termina reconociendo a los dos mejores candidatos, y el suplente podrá integrar cada vez que falte el titular –u otro titular cuyo suplente se encuentre también imposibilitado de integrar, siguiendo un orden de precedencia–, siendo llamado y remunerado por cada sesión que asista, de modo que no tendría dedicación exclusiva o de media jornada. Este mecanismo debería complementarse con un fuerte estatuto de implicancias y recusaciones, muy similar al de los abogados integrantes de la Corte Suprema.

³⁵ Montesquieu también reconoce que el sorteo tiene varios defectos que los legisladores han tratado de regular. Cita el ejemplo de Solón en Atenas, quien “a fin de corregir los inconvenientes del sorteo, dispuso que no se sorteara sino entre los que aspiran a los puestos; que el sorteado que resultara elegido fuera sorteado por jueces competentes; que el ciudadano electo podría ser acusado por quien lo creyera indigno: así resultaba un procedimiento mixto entre sorteo y de elección, un sorteo depurado”. MONTESQUIEU (Charles-Louis DE SECONDAT), *El espíritu de las leyes*, p. 10.

Esto ocurre, pues no existe un sistema de concurrencia contrapesada de voluntades en la designación de los jueces constitucionales. Asimismo, ese desequilibrio tiene consecuencias en la legitimidad, tanto de origen como de ejercicio, del TC. Ello lo expone a la politización, con la consecuente renuncia a su misión institucional, y, también, a una pérdida de la confianza de los ciudadanos en el ejercicio de su importante labor.

Bibliografía

- ATRIA Fernando y Constanza SALGADO, “El TC como tercera cámara: la continuación de la política por otros medios”, disponible en www.elmostrador.cl/noticias/opinion/2015/03/09/el-tc-como-tercera-camara-la-continuacion-de-la-politica-por-otros-medios/ [Fecha de consulta: 3 de junio de 2017]
- CEA EGAÑA, José Luís, “Tercera regla de oro del Derecho Público”, en *Revista de Derecho y Ciencias Penales*, N° 13, Santiago, 2009.
- FAVOREU, Louis Joseph, “Justicia y jueces constitucionales”, en *Revista de Derecho Público*, vol. 61, Santiago, 1999.
- FERRERES COMELLA, Víctor, “El Tribunal Constitucional ante la objeción democrática: tres problemas”, en *Jurisdicción constitucional y democracia. Actas de las XVI Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid, Tribunal Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011.
- HAMILTON, Alexander y otros, *The Federalist*, N° 76, 2001, disponible en http://files.libertyfund.org/files/788/0084_LFeBk.pdf. [Fecha de consulta: 4 de mayo de 2017].
- HAMILTON, Eric, “Politicizing the Supreme Court”, 2012, disponible en www.stanfordlawreview.org/online/politicizing-the-supreme-court/. [Fecha de consulta: 7 de mayo de 2017].
- JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael, *Los frenos del poder. Separación de poderes y control de las instituciones*, Madrid, Marcial Pons, 2016.
- LANDA ARROYO, César, *Organización y funcionamiento del Tribunal Constitucional. Entre el Derecho y la Política*, Lima, Palestra Editores, 2011.
- LÓPEZ GUERRA, Luís, *El Poder Judicial en el Estado Constitucional*, Lima, Palestra Editores, 2001.
- MONTESQUIEU (Charles-Louis de Secondat), *El espíritu de las leyes*, 11ª ed., México, Editorial Porrúa, 1997.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “El estatuto constitucional de los jueces constitucionales en Chile”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, N° 14, Madrid, 2010.
- PARDOW, Diego y Sergio VERDUGO, “El Tribunal Constitucional chileno y la reforma de 2005. Un enroque entre jueces de carrera y académicos”, en *Revista de Derecho*, vol. XXVIII, N° 1, Valdivia, junio 2015.

- PFEFFER URQUIAGA, Emilio, *Reformas constitucionales 2005. Antecedentes–debates–informes*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005.
- RIBERA NEUMANN, Teodoro, “La organización institucional del Tribunal Constitucional chileno”, en *Revista de Derecho Público*, vol. 61, Santiago, 1998/1999.
- RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro, “Concepto, caracterización y estatuto constitucional básico de los tribunales constitucionales de Latinoamérica”, en *XXXV Jornadas de Derecho Público. El Derecho Público chileno y la globalización*, Valparaíso, EDEVAL, 2006, tomo I.
- RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro, “La generación del Tribunal Constitucional”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año X, tomo I, México D.F., 2004.
- SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1963, tomo I: Principios.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política*, trad. de Manuel Martínez Neira, Madrid, Editorial Trotta, 2008.

LOS CONTRATISTAS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA ESPAÑOLA EN LA LEGISLACIÓN ADMINISTRATIVA DEL SIGLO XIX

THE CONTRACTORS OF THE SPANISH PUBLIC ADMINISTRATION IN THE ADMINISTRATIVE LEGISLATION OF THE 19TH CENTURY

*Humberto Gosálbez Pequeño**

Resumen

En España, el Estado exige capacidad a los contratistas y prohíbe ser contratistas a determinados ciudadanos. En el siglo XIX la legislación administrativa de la construcción y explotación de las obras públicas es la normativa más importante.

Palabras clave: Estado, contratista, capacidad, prohibiciones, obras públicas.

Abstract

In Spain, the State requires capacity for contractors and prohibits contractor to certain citizens. In the nineteenth century, the administrative legislation for the construction and operation of public works is the most important regulation.

Keywords: State, contractor, capacity, prohibitions, public works.

Introducción

Históricamente, el Estado ha convenido con los sujetos privados la prestación de obras, servicios o bienes demandados para la realización de los

* Doctor en Derecho. Profesor titular de Derecho Administrativo en la Universidad de Córdoba (España). Director de la RIDETUR. Artículo recibido el 22 de junio de 2017 y aceptado para su publicación el 18 de agosto de 2017. Correo electrónico: adlgopeh@uco.es

intereses públicos, basándose, en primer lugar, en la capacidad suficientemente constatada para ejecutar esas tareas y en la “honorabilidad” demandada para ser colaborador del Estado en el ejercicio de ciertas funciones y fines públicos. Así, desde la Edad Media, la recaudación de tributos, la prestación de servicios y suministros militares y de comunicaciones, y la construcción de obras públicas, fueron encomendados a particulares que reunían ciertas condiciones de aptitud o solvencia contractual y que carecían de determinados antecedentes de “inmoralidad administrativa”.

En España, fue la legislación administrativa del siglo XIX, la normativa que estableció el régimen jurídico de las condiciones que debían obtener los ciudadanos y las empresas candidatas a la condición de contratistas de la Administración Pública. De modo relevante, los pliegos de condiciones generales para la contratación de obras públicas establecieron los requisitos de aptitud para ser contratista del Estado y también las situaciones o circunstancias que impedían concertar con la Administración, la ejecución de esas prestaciones mediante el contrato administrativo de obra pública.

Pero también fue la novedosa legislación decimonónica de ferrocarriles la regulación administrativa que dispuso un importante régimen especial de capacidad del contratista de los llamados “camino de hierro”. Las grandes y costosas obras públicas ferroviarias fueron construidas por los empresarios mediante, la figura jurídica de la concesión administrativa de obras públicas, y no a través del contrato administrativo de obras, porque tanto las singularidades que presentó la ejecución de las infraestructuras ferroviarias, como la posterior gestión del servicio de transporte del ferrocarril, exigieron encomendar al contratista, no solo la construcción inicial de las vías férreas y la infraestructura conexa sino, además, la explotación del nuevo servicio público de transporte que justificó la misma realización de la obra pública ferroviaria.

I. Antecedentes históricos: los primeros contratistas del Estado español

Desde la Antigüedad, el Estado ha necesitado de ciertos particulares para poder desempeñar funciones públicas esenciales, normalmente comprándoles bienes o contratando determinados servicios. Ahora bien, es el siglo XIX la época en la que nace y se desarrolla la institución jurídica del contrato administrativo o público¹ y, por tanto, es la legislación administrativa

¹ La doctrina administrativista ha destacado la importancia de las investigaciones históricas de las diversas instituciones del Derecho Administrativo, porque las mismas son,

decimonónica, la normativa que establece las condiciones que debían reunir los ciudadanos que querían contratar con la Administración Pública española, disponiéndose principalmente en los Pliegos de Condiciones Generales para la contratación de obras públicas.

No obstante, conviene referirse –siquiera con brevedad– a los principales precedentes de los contratistas decimonónicos, porque confirmará el subyacente histórico que ha presidido transversalmente la elección del sujeto contratante de la Administración Pública: el carácter *intuitu personae* del contrato administrativo². En efecto, antes del nacimiento de la figura del contrato administrativo en el siglo XIX, durante el Antiguo Régimen (e, incluso, en etapas históricas anteriores) existieron diversos instrumentos jurídicos que pueden considerarse los orígenes remotos de los contratos administrativos típicos o nominados (contratos de obras públicas, de gestión de servicio público o de suministros). Cabe preguntarse cómo y por quiénes se proveían los ejércitos imperiales españoles, o quién ejecutaba las obras de caminos, de riego, etc. durante el reinado de

a menudo, difíciles de entender si no se conocen sus raíces del pasado. Específicamente, refiriéndose a los contratos públicos, lo ha recordado José Luis MEILÁN GIL, “La actuación contractual de la Administración Pública Española. Una perspectiva histórica”, p. 36, en los siguientes términos: “(...) La indagación histórica, que no es sólo prospección del pasado sino, también, examen del contexto temporal del contrato, junto al análisis individualizado –y no mostrenco– de los diferentes contratos que realiza la Administración, proporcionará la base sólida para la elaboración de categorías jurídicas de validez real en este punto central del Derecho Administrativo (...)”.

² Si bien es cierto que hasta el siglo XIX no se manifiesta en toda su plenitud este carácter *intuitu personae* del contrato administrativo, este ya subyacía en las relaciones que el Monarca y el Estado mantenían con aquellos súbditos que les prestaban determinados servicios “públicos”, puesto que estas prestaciones se otorgaban a personas merecedoras de la confianza real, debido sobre todo a su probada experiencia en la realización de ese servicio en otros países europeos.

En todo caso, conviene destacar que este carácter personalísimo no fue exclusivo de los contratos públicos, sino que también se dio en otro tipo de contratos “de Derecho privado”. La similitud de los contratos de obras públicas y los contratos de obras del Derecho Canónico ha sido puesta de manifiesto por Gaspar ARIÑO ORTIZ, *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, p. 36 y ss. En efecto, en ambos tipos de negocios jurídicos bilaterales las cualidades personales del contratista fueron decisivas a la hora de aceptarle como tal el ente contratante. Es más, al ser obligaciones personalísimas, el artista-contratista canónico estaba obligado a realizar personalmente la obra encomendada, prohibiéndose, como regla general, la transmisión *inter vivos* y *mortis causa* de dicha obligación. Antonio LÓPEZ-AMO Y MARÍN, “Estudio de los contratos de obra artística de la Catedral de Toledo en el siglo XVI”, p. 196 y ss., así lo ha resaltado afirmando: “el artífice no se obliga solamente a dar hecha la obra, sino a hacerla él; es decir, se trata de contratos de ejecución personal. Y por la naturaleza artística de la obra se tuvieron en cuenta, al contratarla, las cualidades personales del artista; es decir, se trata de contratos personalísimos, al menos en la mayoría de los casos”.

los Reyes Católicos, o cómo se realizaban las prestaciones de los mínimos servicios municipales a los súbditos del Rey, etc. Lo cierto es que, a pesar de las diferentes figuras jurídicas existentes en estas épocas, a pesar del abismo (ideológico, social, económico y jurídico) que separa todas estas fases históricas del mismo siglo XIX, un común denominador subyace en todas las contrataciones que el Estado, el Monarca o los restantes poderes públicos concertaban con sus súbditos o ciudadanos: el principio de confianza que dichas autoridades tenían en los “contratistas” sobre la base de las cualidades personales y a la probada experiencia que poseían estos en la prestación de tales servicios “públicos”.

1. LOS CONTRATISTAS DE OBRAS PÚBLICAS

Los orígenes de las prohibiciones legales para contratar con el Estado se remontan al Derecho Romano. Durante la Monarquía y la República romanas, hasta la llegada de la época imperial con Augusto, era corriente, “de hecho, si no en derecho, que los libertos quedaran excluidos de la posibilidad de celebrar contratos con el Estado”, como ha recordado Recaredo Fernández de Velasco³. Ciertamente, en Roma se dictan normas especiales sobre diversos tipos de contratos, entre los que se hallaban aquellos que tenían por objetivo la ejecución de obras públicas; en ellas se reconocía al órgano competente para seleccionar al contratista, la facultad de rechazar en la fase de licitación a los particulares, cuyas cualidades personales y profesionales no eran las más adecuadas para llevar a cabo esta función pública, así como a las personas que no cumplieron, acorde con las condiciones pactadas en su día, contratos “administrativos” anteriores⁴.

Pero habremos de esperar al siglo XVIII, para encontrar una regulación específica de las prohibiciones de contratar para la ejecución de obras públicas. La real cédula de 17 de junio de 1786, recogida en la ley X del título XXXV del libro VII de la *Novísima Recopilación*, estableció una cau-

³ Recaredo FERNÁNDEZ DE VELASCO, *Los contratos administrativos*, p. 52.

⁴ *Op. cit.*, p. 51 y ss., así lo describe: “Era el censor la autoridad legalmente encargada de las adjudicaciones de obras públicas (...). El censor venía encargado de realizar discrecionalmente la adjudicación, pudiendo excluir a las personas que no juzgase idóneas, o que estimara poco honorables, o que hubieran dejado incumplidos contratos anteriores. En cuanto a la garantía, consistía en dar fianza o en constituir hipoteca sobre los propios fundos”. No obstante, es preciso indicar que durante el periodo del imperio (en menor medida en las etapas monárquicas y republicanas), en Roma los contratistas públicos de obras fueron escasos, porque, normalmente, el método utilizado para realizar la mayoría de las obras públicas era el de ejecución directa por el propio Estado romano, aunque, no a través de sus propios agentes o funcionarios, sino mediante el empleo de las tropas militares, en virtud de la institución de la prestación personal. *Op. cit.*, p. 52.

sa de incapacidad que afectaba a los “funcionarios” o profesionales que hubiesen intervenido en la tasación de las obras públicas que más tarde se adjudicarían al mejor postor:

“Mando por punto y regla general, que no se admitan á posturas y remates de qualesquiera obras que se executen, bien sea en la construcción de puentes, su reparación y otras públicas, los facultativos que las hubieren regulado y tasado: y quiero que en los remates que se hicieren de ellas se ponga por precisa condición esta circunstancia; y que los postores y rematantes hagan juramento de que no tienen ni tendrán parte directa ni indirecta en dichas obras los maestros ó facultativos que hubieren tasado y regulado su coste, baxo la pena, además de la nulidad del remate, de privación de oficio, y de no ser admitidos á tales contratos los que en algún caso contravinieron á esta mi disposición”.

Esta ley contenía, además de la mencionada prohibición legal para participar en los procedimientos de selección de los contratistas de obras públicas de aquella época, tres mandatos esenciales que merecen destacarse. El primero se refiere a la posible existencia de intereses de estos facultativos en favor de algún licitador, y que tal interés se manifieste en una mínima participación en la empresa que aspira a la obtención de la contrata; es decir, no solo se impide que estos facultativos se presenten y opten como un candidato más a la adjudicación de las obras sino, también, se contemplaba la posibilidad de que, mediante un “testaferro”, que sería el candidato interviniente en la licitación, se beneficiase ese “funcionario” de la posterior adjudicación y ejecución del contrato. Con la finalidad de evitar tal situación, la real cédula exigió el juramento de los postores y rematantes de que no tenían participación alguna en sus empresas estos facultativos, respecto de las obras en que hubiesen concurrido con las funciones indicadas, lo cual constituía alguna aparente garantía en esa etapa donde el “honor” se consideraba un valor moral y social en mayor medida que en la actualidad. La segunda prescripción trata sobre las consecuencias jurídicas derivadas de una adjudicación de obras en que se incumpliese la citada prohibición normativa; en este sentido, por un lado, se podía declarar la nulidad de ese remate y, por otro, se expulsaba o despojaba a ese facultativo de su cargo u oficio. Y el tercer mandato establecía que a los adjudicatarios que incurriesen en aquella infracción administrativa, se les inhabilitaba para poder optar a cualquier contrato en el futuro, por lo que el incumplimiento de esta causa de incapacidad originaba, a su vez, un nuevo impedimento legal, de efectos permanentes, para contratar con la Monarquía española.

2. LOS SUMINISTRADORES DEL EJÉRCITO

Los primeros particulares que suministraban materiales de guerra a los ejércitos españoles fueron artesanos que, libremente, contrataban con los reyes cristianos la fabricación y posterior venta de piezas de artillería, al generalizarse en 1330 el uso de cañones de guerra: “Se trataba de una profesión libre, sin apenas intervención estatal”⁵, y prestaban sus servicios por determinados periodos de tiempo o, bien, realizaban encargos puntuales. Y en los siglos XVI y XVII, la iniciativa privada creó importantes fábricas destinadas a la elaboración de armamento, sobre todo, para suministrarlo al Ejército. En 1540, el maestro fundidor Juan Morell fabricaba, junto a campanas, cañones para las tropas de Carlos V⁶. Y otros contratistas públicos fueron, como ha señalado Roberto Suarez Menéndez, los maestros armeros vascos que antes del descubrimiento de América, ya eran importantes proveedores de los ejércitos del reino; en efecto, en época de los Austrias existieron contratos entre el veedor de artillería, que era el representante del Rey en esas etapas, y los maestros armeros⁷. Especial interés tienen determinados contratistas del siglo XVI que proporcionaban

⁵ Roberto SUAREZ MENÉNDEZ, “La industria militar”, p. 207. Añade que con posterioridad, “el rápido crecimiento de la demanda de cañones desde la segunda mitad del siglo XV, y la cada vez mayor complejidad de las nuevas técnicas, llevaron a una progresiva especialización”, al contrario de lo que ocurría en el siglo XIV y principios del XV, cuando los artesanos suministradores no se dedicaban en exclusiva a la fabricación de material de guerra y, por tanto, no eran especialistas en ello.

⁶ Pero, sin duda alguna, las dos industrias militares más importantes fueron las santanderinas de Liérganes y La Cavada, creadas en el reinado de Felipe IV por un industrial liejés, Juan Curcio, instalado en Liérganes en 1622, dedicándose principalmente al suministro militar de artillería y munición. Sin embargo, en el siglo XVIII se inició una serie de estatalizaciones de este tipo de fábricas privadas, reduciéndose con estas medidas el número de empresas particulares que podían crear y suministrar material bélico al Estado. Así, por ejemplo, durante el reinado de Carlos III, las Reales Fundiciones de Cañones de Bronce de Sevilla y Barcelona comenzaron a gestionarse por administración directa, “abandonándose el tradicional sistema de asientos con fundidores particulares”. Juan HELGUERA QUIJADA, “Las reales fábricas”, p. 68 y ss. señala cómo “se estatalizaron las dos más importantes empresas privadas de fabricación de cañones y municiones de hierro colado: la de Liérganes y La Cavada (Santander), en 1764, y la de Eugui (Navarra), en 1766”, de tal manera que a fines del siglo XVIII toda la industria artillera española estaba bajo el control y la administración directa del Estado, con la única excepción de la fundición privada de Sagardelos (Lugo), que empezó a producir municiones para el Ejército en 1795, además de la mayoría de las fábricas de armamento ligero que, en aquel tiempo, estaban en manos de gremios de artesanos particulares.

⁷ SUAREZ MENÉNDEZ, *op. cit.* p. 220 y ss. Estos contratos contenían con frecuencia cláusulas generales que exigía una serie de exigencias técnicas que había de cumplir la fabricación de las armas, junto a un poder de control e inspección de la Corona.

a los monarcas europeos equipos y suministros militares, sin constituir dicha actividad su principal función profesional. Ramón Carande resalta que los banqueros de la época de Carlos V, junto a los tradicionales préstamos que concedían a la realeza para sufragar las numerosas y costosas batallas que se libraban en aquellos tiempos en el Viejo Continente⁸ quienes suministraban, directa o indirectamente, armamento, municiones y uniformes para las tropas, cuyo pago diferido encarecía los precios y aumentaba las ganancias obtenidas en las ventas a crédito que realizaban estos singulares “contratistas”⁹.

En definitiva, como ha destacado Juan Helguera Quijada¹⁰, hasta mediados del siglo XVIII las necesidades de armamento del Ejército y de la Marina habían sido satisfechas en su mayoría por empresarios y asentistas particulares¹¹. Posteriormente, en el siglo XIX surge un curioso antecedente del contrato administrativo de suministro, ya que van a ser los municipios españoles, en virtud de una delegación de competencias de la Administración central a la local (delegación legal obligatoria para los ayuntamientos), los sujetos jurídicos encargados de gestionar el servicio de suministro militar, celebrando los correspondientes contratos con sus vecinos a fin de obtener los bienes y materiales necesarios para el aprovisionamiento del Ejército¹².

⁸ Antonio DOMÍNGUEZ ORTIZ, *Estudios de Historia económica y social de España*, p. 304; Ramón CARANDE, *Carlos V y sus banqueros*, vol. II: La Hacienda Real de Castilla, *passim*. Tanto Antonio Domínguez Ortiz como Ramón Carande ponen de manifiesto las penurias de la Hacienda de los Austrias por diversas causas, teniendo que acudir a banqueros y financieros de probada experiencia que no solo les concedían préstamos sino que, en numerosas ocasiones, también les suministraban provisiones para los ejércitos o les prestaban sus servicios como administradores de los caudales públicos ante la ineficacia del aparato estatal para gestionar con diligencia los variadísimos ingresos del Imperio. DOMÍNGUEZ ORTIZ, *op. cit.*, p. 304, y Ramón CARANDE, *op. cit.*, *passim*.

⁹ CARANDE, *op. cit.*, pp. 32 y 33, destaca la importancia de estos contratos de suministros *sui generis*.

¹⁰ HELGUERA, *op. cit.*, p. 68.

¹¹ HELGUERA, *op. cit.*, p. 66. Otros bienes que se suministraban a las monarquías de aquellas épocas eran los artículos de lujo de la realeza y de la Corte, pero dichos artículos no los proporcionaban empresarios privados, sino las llamadas “industrias suntuarias”, que fueron unas reales fábricas públicas, cuya función principal era satisfacer la demanda de esos bienes de lujo.

¹² José Luis RIVERO YSERN, *El contrato administrativo de suministro*, p. 4 y ss, ha analizado con profundidad esta figura, señalando que en estos contratos no existe libertad contractual, porque “el Municipio, que ha asumido de manera forzosa la prestación del servicio, no va a contratar, sino a imponer el contrato”. Menciona diversas reales ordenes que establecieron la obligación para los municipios de proporcionar los bienes que necesiten las tropas militares (Rs. Os. 24-5-1815, 15-5-1837, 16-9-1848, etc.), y no reconoce el carácter convencional de los “contratos” de suministros entre los ayuntamientos y sus

3. LOS CONTRATISTAS DE “SERVICIOS”

3.1. Los militares

Antes del siglo XIX numerosos monarcas europeos, incluidos los españoles, y para satisfacer determinadas necesidades de sus Estados, concertaron la prestación de diversos servicios con contratistas. Como se ha recordado, las continuas guerras que asolaban el continente europeo durante la Edad Media y los siglos posteriores reclamaban los suministros oportunos para las tropas militares en campaña; por ello, nacieron ciertos contratos de servicios entre los particulares y los reyes. Uno de estos contratos “públicos” fue aquel mediante el cual el contratista se obligaba a proporcionar o reclutar soldados para los ejércitos de Carlos V. Estos “contratistas” eran verdaderos profesionales, especializados en tales tareas, en suma, “de probada experiencia”, y, normalmente, tras conseguir los milicianos requeridos, ellos mismos se convertían en los capitanes de las compañías reclutadas¹³.

Otro de esos contratos de “arrendamiento de servicios” tuvo su causa en la inexistencia de una marina adecuada que las importantes batallas navales exigían desde el siglo XV. En este sentido, como ha indicado Ramón Carande refiriéndose a la época de Carlos V,

“no fue corriente, en este reino ni en los extraños, que la Corona por sí, en astilleros propios o ajenos, acometiera obras de construcción de naves; tampoco los reyes, habitualmente, compraban las que necesitaron”;

por ello,

“careciendo los Estados de marina propia, se ven los reyes en el trance de requerir la colaboración de sujetos particulares, dueños de distintas embarcaciones, o contratistas de otras de propiedad privada, que ellos logran reunir para sus empresas”.

Es decir, salvo contados encargos reales a los astilleros para que construyesen embarcaciones en vísperas de decisivas contiendas o de regias

vecinos, al constituir transferencias coactivas, sin verdadera libertad de contratar. La jurisprudencia y el Consejo de Estado (dictamen de 24 de enero de 1848) de la época, no obstante, calificaron a esas relaciones como contratos de servicio público. Para José Luis Rivero, no pueden considerarse auténticas relaciones convencionales y, por tanto, contratos de suministro, sino más bien unas ventas forzosas a la Administración a las que están obligados los particulares de forma periódica atendiendo a las necesidades militares. En definitiva, nos encontramos con unos “contratistas forzosos”.

¹³ CARANDE, *op. cit.*, p. 151.

travesías, el Emperador, al igual que los restantes monarcas, contrataba el arriendo de galeras a importantes “empresarios”, dueños de pequeñas (o considerables) flotas de naves, por lo general, con fines militares, aunque también existieron contratos de arriendo con el objetivo de prestar servicios oficiales de comunicación y transporte entre ciertas costas del Imperio español¹⁴.

3.2. Los concesionarios de Correos

Pero, sin duda alguna, entre los antiguos “contratistas” predecimonónicos merecen una especial mención, tanto por la relevancia del servicio “público” que gestionaban como por su permanencia en el tiempo, los concesionarios de Correos. El servicio de Correos tiene su origen, al igual que numerosas instituciones jurídicas, en el Derecho Romano. Si bien, siguiendo a Manuel Pérez Olea, en un comienzo se trataba de un servicio estatal más que de un servicio público, ya que “estaba concebido como un complemento de la organización del Estado y especialmente de la milicia”¹⁵; solo en la Edad Media podrá apreciarse un cierto antecedente, porque Manuel Pérez considera que el primer servicio de Correos que reúne todas las características de un servicio público “montado y servido por particulares” fue el de los “troters” catalanes, que constituían una cofradía en 1283.

Sin embargo, como ha puesto de manifiesto Francisco Rodríguez de Haro, habrá que esperar hasta el siglo xv cuando el otorgamiento por el Monarca de este servicio a la iniciativa privada va adquiriendo los carac-

¹⁴ CARANDE, *op. cit.*, p. 208 y ss. estudia estos peculiares contratos, entre los cuales destaca el concertado entre Carlos V y Andrea Doria el 11 de agosto de 1528, el cual, con su prestigiosa flota, desde tal fecha, y sin interrupción, prestó cada vez más servicios al Emperador. Otros contratos importantes fueron los celebrados con Rodríguez Rodrigo de Portuondo en Génova en 1529, y con Álvaro de Bazán en Madrid en 1530.

¹⁵ Véase Manuel Pérez Olea, “La Ordenanza Postal y las tarifas del servicio de Correos”, p. 259 y ss., que realiza un estudio histórico-jurídico del servicio de Correos en la parte introductoria de “Realmente, el servicio de Correos entendido como un servicio público similar al que tenemos actualmente solo aparece en el pasado siglo, en cuanto es en este cuando nace una organización postal dependiente e integrada en el Estado y que presta un servicio público en régimen de monopolio. Juan María PEMÁN GAVÍN, *Régimen jurídico del Servicio de Correos*, pp. 30-31. En la misma línea, distingue antes de esa fase dos anteriores: como organización estable formando parte de la Administración (“Administración Postal”), que existió desde el siglo xviii, y como organización al servicio de los reyes, y en cierta medida de los particulares, con un imperfecto monopolio, (“organización postal”) a partir del siglo xvi. (A nuestros efectos solo nos debe interesar estos dos últimos periodos históricos, por las razones que más adelante diremos).

teres de una concesión de servicio público¹⁶. En efecto, desde el siglo xv la corona española encargará a personas de su confianza la organización y gestión de un servicio que comienza a ser esencial en toda Europa: el correo. Y ello por un doble motivo: en primer lugar, porque los conflictos bélicos acaecidos en el Viejo Continente en aquella época demandaban una red de mensajeros adecuada para transmitir la información e instrucciones militares pertinentes y, en segundo lugar, porque como ha señalado Jaume Vicens Vives¹⁷, las relaciones comerciales del siglo xvi exigían una correspondencia cada vez más ágil y segura.

Durante el reinado de los Reyes Católicos aparecen los primeros concesionarios de Correos propiamente dichos. Los monarcas españoles crearon el cargo de Correo Mayor o Trotero Mayor, que fue otorgado a personas de confianza. Incluso, ciertas “empresas concesionarias” optaban a la concesión como, por ejemplo, la Cofradía y Compañía de Correos, que en 1488 la solicitó a Fernando el Católico “para lograr el mayor perfeccionamiento del servicio y utilidad social de la Cofradía”¹⁸. No obstante, será una familia de prestigio en Europa la que obtenga la gestión y organización del servicio en nuestro país con la monarquía de los Austrias: la familia Tassis (o Taxis). En 1505, Felipe el Hermoso concede a Francisco de Tassis el monopolio real para establecer las comunicaciones postales entre Francia, España y Alemania, principalmente. Luego, Carlos V, entre 1516 y 1518, conviene con los sobrinos de Francisco de Tassis los mismos servicios, ampliándolos a Italia y los Países Bajos, entre otros lugares.

Por tanto, podemos afirmar que desde los Reyes Católicos existieron unos concesionarios del servicio de Correos que prestaron el servicio en régimen de monopolio, ya que se observan los elementos típicos de la concesión: el Rey, titular de la soberanía, sería el elemento concedente, y las cofradías o familias de concesionarios, quienes prestarían sus servicios con exclusividad y percibirían un canon sobre los portes de correspondencia y por la entrega o “presentación” de la misma. En cuanto a las tarifas, eran establecidas por el propio Correo, y no por el Monarca, lo cual podía originar abusos. Por ello, en 1547 fueron fijadas por el poder

¹⁶ FRANCISCO RODRÍGUEZ DE HARO, “La concesión administrativa de servicios (reseña histórica)”, p. 458 y ss., afirma: “cuando el servicio se extiende no ya por necesidad de enlace de la Casa Real con autoridades o corporaciones ausentes, sino por la demanda de una vida comercial en auge, el otorgamiento de este servicio va tomando los caracteres de una concesión de servicio público”. Y ello estima que tiene lugar en el siglo xv, ya que los anteriores correos de la Baja Edad Media realizaron tal servicio sobre la base de un nombramiento de “funcionario o empleado público” al percibir un salario por su labor.

¹⁷ JAUME VICENS VIVES, *Curso de Historia económica de España*, p. 334 y ss.

¹⁸ RODRÍGUEZ DE HARO, *op. cit.*, p. 460.

real¹⁹. Ahora bien, hay que reconocer que ese monopolio fue relativo, en cuanto encontró la oposición y, por consiguiente, la coexistencia de otros concesionarios o Correos Mayores locales y regionales que reclamaban el respeto a sus funciones en sus respectivos territorios. En realidad, en aquella época el servicio de Correos podía considerarse como una regalía, una regalía menor, al poder ser objeto de cesión a los particulares a cambio de la organización de un sistema de postas. Junto a estos concesionarios, podemos señalar algunos “subconcesionarios” o “subcontratistas” del propio servicio de Correos; en ocasiones, los Correos Mayores, titulares de la “concesión”, arrendaban (o vendían) los cargos de maestros de postas o correos mayores locales en numerosas ciudades y villas, a cambio de una cantidad inicial más un canon o renta anual²⁰.

En el siglo XVIII, se produce la incorporación de Correos a la Corona, tras la abolición en 1706 por Felipe V del monopolio concedido a la familia Tassis. Sin embargo, ello no significó el fin de la gestión del servicio por los particulares, pues, en 1707, a pesar de la incorporación del servicio al Estado para que este lo administrase sin intermediarios ocurrió que debido a la inexperiencia de la Administración y a la urgencia para recaudar ingresos, se dispuso su arriendo primero al marqués de Monte Sacro, y luego, en 1711 a Juan Francisco de Goyeneche, por cuatro y cinco años, respectivamente. Los arrendamientos continuaron durante bastantes años (en 1742 se otorgó a Diego Rudolph la explotación del servicio de postas desde Madrid a los Sitios Reales, obligándose este a prestarlo en determinadas condiciones y con precios fijados por la Administración).

Además, este sistema de arriendo fue consecuencia también del concepto de Correos que se tenía en aquella etapa histórica. Tal como afirma Juan Pemán Gavín,

“durante este periodo, Correos sería una Renta, es decir, una fuente de ingresos para la Corona, una actividad monopolizada que se utiliza para la obtención de un ingreso, ya sea mediante su arriendo o mediante su explotación directa...”²¹.

¹⁹ En tal sentido, RODRÍGUEZ DE HARO, *op. cit.*, p. 460 y PÉREZ OLEA, *op. cit.*, p. 266.

²⁰ PEMÁN GAVÍN, *op. cit.*, p. 39 y ss. y PÉREZ OLEA, *op. cit.*, p. 266. Estos arrendamientos del servicio los realizó, entre otros, Juan de Tassis y Acuña, descendiente de los primeros Tassis, a quien Felipe II concedió similares prerrogativas que las disfrutadas por sus predecesores en el cargo, y que arrendó un buen número de postas, consiguiendo así considerables beneficios..

²¹ PEMÁN GAVÍN, *op. cit.*, p. 42 y ss.

Incluso, en el umbral del siglo XIX, se reconocía el sistema de arriendo como una de las posibilidades de gestionar el servicio de Correos. En efecto, la Ordenanza General de Correos de 1794 permitía al superintendente general “arrendar o administrar franca y libremente como le pareciere, cualquiera Administración de Correos, Postas, y demás ramos de su cargo”, y ya en la primera mitad del siglo XIX se produce la transición hacia la definitiva incorporación como servicio público, dentro de la Administración, que culminaría con el Reglamento de Correos de 1898, el cual establecía un régimen estatutario, prestado por funcionarios públicos para este servicio estatal, como ha destacado José Luis Meilán Gil²².

4. LOS ARRENDATARIOS DE RENTAS PÚBLICAS

Durante la Edad Media, nació en Europa un peculiar “contrato” entre el Monarca y los particulares que, con distintas denominaciones y ciertas modificaciones, se ha mantenido a lo largo de los siglos. Los súbditos que concertaban con el Rey el arriendo de las rentas públicas fueron, en realidad, importantes antecedentes de los actuales contratistas administrativos, ya que en todos estos arrendamientos el particular contrató con el Monarca, primero, y con la Administración Pública, después, la prestación de un servicio público: la recaudación y cobro de determinados tributos²³.

Precisamente porque ese “contratista” realizaba un servicio público, destacados autores, tanto del pasado como del presente siglo, calificaron a este convenio, no ya como el origen de algunos contratos administrativos, sino, incluso, como un contrato administrativo. Entre ellos, Alejandro Olivan que, junto a los típicos contratos administrativos, cita también al arriendo de rentas:

“Los contratos de la Administración con los particulares pueden ser de cuatro maneras: o arrendando bienes o aprovechamientos públicos, o estipulando suministros, o contratando obras públicas, o arrendando el derecho a percibir rentas generales o locales”²⁴.

²² MEILÁN GIL, *op. cit.*, p. 24 y ss.. analiza ese proceso de “descontractualización” durante los siglos XVIII y XIX.

²³ Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, *Sobre la génesis del Derecho Administrativo Español en el siglo XIX (1812-1845)*, pp. 70 y 71, n. 48, estimó que el arrendamiento de rentas reales, regulado en la *Novísima Recopilación*, fue un “claro precedente de los contratos administrativos”. En la misma línea Fernando ALBI, *Tratado de modos de gestión de las corporaciones locales*, pp. 696 y 697, al destacar el “acusado abolengo administrativo” de los contratos de arrendamiento de recaudación, considerándolos como antecedentes de los contratos administrativos de arrendamientos..

²⁴ Alejandro OLIVAN, *De la Administración pública con relación a España*, pp. 219-220.

Asimismo, un jurista tan autorizado en la contratación pública como Recaredo Fernández De Velasco reconoció la naturaleza contractual administrativa del arriendo de contribuciones al incluirlo entre los diferentes tipos de contratos de prestación de servicios públicos, siguiendo la doctrina del R.D.S. de 20 de junio de 1881: “El recaudador de contribuciones ha sido ya denominado contratista de servicio público...”²⁵. El propio pliego de condiciones para el arrendamiento de la recaudación de contribuciones e impuestos, aprobado por real orden de 14 de julio de 1913 (estudiado por Fernández De Velasco), en varios de sus preceptos se refería expresamente al “contratista” o al “contrato de arrendamiento”.

En todo caso, los arriendos de rentas reales, existentes en España desde la Edad Media y generalizados a partir del siglo XIV, no fueron otorgadas por los reyes a cualquier particular que lo solicitase. Los monarcas valoraban muchísimo la previa experiencia en la administración de caudales públicos o, al menos, de cuantiosos y considerables patrimonios y bienes privados, como garantía de una correcta gestión de las rentas que deberían realizar los futuros arrendatarios. Asimismo, una mínima solvencia económica o financiera de los aspirantes constituía otra condición habitual exigida en la “licitación” del arriendo (por ello era frecuente la prestación de fianzas o la presentación de fiadores solventes que apoyasen las propuestas de los candidatos).

Estos dos requisitos los reunían en aquella época determinados comerciantes y prestamistas que, con posterioridad, fueron excluidos por las leyes españolas de concurrir y optar a la adjudicación de cualquier arrendamiento de rentas públicas: los judíos. En efecto, los hebreos, históricamente relacionados con el éxito y la usura en el comercio y en las finanzas, durante el siglo XV prestaban importantes sumas de dinero a la realeza, y esta, a su vez, como contrapartida, en cierta medida, y también en razón de los admirables resultados económicos que conseguían esos comerciantes, les concedía la gran mayoría de arriendos de tributos, con lo cual, en opinión de Manuel Garzón Pareja,

“se establecía un círculo vicioso: los arriendos de rentas y la usura enriquecían a los judíos y, el dinero así obtenido, servía para hacer préstamos a los reyes. Así proseguía de forma ininterrumpida el aumento de la riqueza judía y el monopolio por ella de la recaudación y arriendo de las contribuciones públicas”

²⁵ FERNÁNDEZ DE VELASCO, *op. cit.*, p. 328.

causando gran malestar entre los candidatos cristianos que, a partir de entonces, desprestigiaron dichas funciones públicas²⁶.

Las prohibiciones para contratar arriendos de rentas reales aparecen en el siglo xv, destacando, por las razones antes mencionadas, las normas que incapacitaban a los hebreos para ser arrendatarios públicos. Según Manuel Garzón Pareja, el 2 de enero de 1412, los regentes de Juan II en Valladolid promulgaron un ordenamiento mediante el cual se prohibía a los judíos ejercer como arrendador, almojarife, procurador o mayordomo de rentas reales o señoriales, prohibición reiterada en 1433, aunque su cumplimiento fue relativo, al continuar arrendándose algunas rentas a ciertos aspirantes de religión judía. Sin embargo, los *Cuadernos de Alcavalas* de 1484 y de 1491 matizaron la anterior prohibición absoluta, considerando la realidad del momento, y establecieron solo una incapacidad relativa, ya que impedían que los judíos y los moros pudieran ser “arrendadores menores”, es decir, arrendatarios de determinadas rentas otorgadas previamente al arrendatario encargado de la recaudación de los tributos en un “partido” o territorio concreto. Por tanto, los judíos podían ser “arrendadores mayores”, haciéndose cargo del arriendo de rentas por partidos completos²⁷. Pero esa relativa prohibición se “suavizó” más aún, en cuanto se permitía a los hebreos y mudéjares que fuesen “arrendadores menores” en aquellos lugares donde tuviesen jurisdicción propia y con un censo superior a doscientos vecinos.

4.1. LA NUEVA RECOPIACIÓN

Tiempo después, la *Nueva Recopilación*, en el título x del libro ix, estableció una serie de normas referentes a qué tipos de personas no podían arrendar las rentas reales o ser fiadores de ellas, si bien la mayoría de dichos preceptos recogían los mandatos del *Cuaderno de las Alcavalas* de 1491 promulgado por los Reyes Católicos. Estas leyes de la *Nueva Recopilación* (algunas de las cuales se recogieron después en la *Novísima*) no definían qué personas eran capaces para ser arrendatarios de rentas reales, sino que se limitaron a enumerar aquellas que no podían optar al arrendamiento por diversos motivos. Pero fue una regulación parcial e insuficiente, porque existían otros posibles candidatos cuyas condiciones personales, económicas y técnicas no eran las más idóneas para desempeñar tales funciones.

²⁶ Manuel GARZÓN PAREJA, *Historia de la Hacienda de España*, tomo I, p. 386. Este autor resalta también la importancia que en etapas posteriores siguieron teniendo los arrendatarios de antigua fe judía, descendientes de los hebreos españoles del siglo xv, sobre todo, durante el reinado de Felipe IV, al que sirvieron numerosos judíos conversos, especialmente portugueses. *Op. cit.*, tomo I, p. 206.

²⁷ *Op. cit.*, tomo I, pp. 386-387.

Sus leyes no exigían la necesaria experiencia y solvencia financiera para ser arrendatario de rentas públicas, aunque los reyes, en general, sí las tenían muy en cuenta en la práctica. En efecto, podemos observar en las normas del título x del libro ix, distintos supuestos de incapacidad.

Un primer grupo de reglas estaría formado por las leyes II²⁸, IV²⁹ y VII³⁰, dentro de las cuales, a su vez, podemos distinguir dos clases de incapaces. En primer lugar, determinados individuos al servicio de la monarquía, cargos o “funcionarios” públicos, en definitiva. Y, en segundo lugar, también se prohíbe a los “Cavalleros” y “personas poderosas” acceder a los arriendos. Además, estas prohibiciones alcanzaban a los intermediarios o “testaferros” interpuestos por los sujetos incapaces legalmente. Mas, lo de mayor importancia, a nuestro juicio, es que en ambas prohibiciones subyace una finalidad común: evitar las corruptelas, el perjuicio al interés público e, incluso, garantizar a los demás súbditos la posibilidad de concurrir en condiciones de igualdad, objetividad e imparcialidad a los pertinentes procedimientos de adjudicación de los arrendamientos.

Una segunda clase de prohibiciones fueron aquellas que impedían acceder al ejercicio del arriendo de rentas reales a determinadas personas

²⁸ “Mandamos, i defendemos, que los Cavalleros, i otras personas poderosas no arrienden por sí, ni por interpositas personas, las nuestras Alcavalas, i tercias, ni otras nuestras Rentas de los Lugares Abadengos que están en sus tierras, i comarcas, ó en derredor dellas; i mas que las dexen, i consientan arrendar, i coger à personas llanas, que mas por ellas dieren: i mandamos à los nuestros Arrendadores, i Recaudadores Mayores, i facedores de Rentas, que no arrienden pública, ni secretamente, directè, ni indirectè à los tales Cavalleros, i personas poderosas las Alcavalas, ni tercias, ni otras nuestras rentas de las dichas Villas, ni Lugares Abadengos, ni à personas interpuestas por ellos para las arrendar...”. Conviene recordar la distinción antes explicada entre “arrendadores mayores” y “arrendadores menores”, ya que las leyes II y IV se refieren a ambos. Además, cabría plantearse en qué medida los “arrendadores menores” fuesen verdaderos subarrendatarios de los “arrendadores mayores”, sus semejanzas y diferencias, sus relaciones con el Monarca arrendador y con los propios contribuyentes, etc., mas ese estudio excedería del tema objeto de esta investigación.

²⁹ “Ordenamos, i mandamos que los Perlados, i personas poderosas, i Cavalleros, que tienen vassallos, ni los nuestros Contadores Mayores, ni sus Lugares-Tenientes, ni los del nuestro Consejo, ni los nuestros Oidores de la nuestra Audiencia, ni los nuestros Alcaldes de la nuestra Casa, i Corte, i Chancilleria, ni el nuestro Escribano Mayor de Rentas, que está en la nuestra Corte, ni sus Oficiales de estos Contadores, no arrienden por sí, ni por interposita persona, directè, ni indirectè, por mayor, ni por menor, en la nuestra Corte, ni fuera de ella, las nuestras Alcavalas, ni otras nuestras Rentas: otrosi, que los Alcaldes, i Alguaciles, Merinos, i Regidores, Jurados, i Escribanos de Concejos, ni Escribanos de Rentas, ni los Letrados, ni Mayordomos de Concejos, ni alguno de ellos, ni otro por ellos, no arriende por menor las Alcavals, ni otras nuestras Rentas en las Ciudades, ni Villas, ni Lugares, donde tienen los dichos sus oficios...”.

³⁰ “Mandamos que no sean Arrendadores de las nuestras Rentas Privados, ni Oficiales de la nuestra Casa, en público, ni ascondido; porque por temor, ò vergüenza no dexen de pujar los que las quisieren arrendar”.

debido a su nacionalidad o religión. En efecto, la ley III prohibía a los judíos y mudéjares ser arrendatarios, con lo cual se producía una discriminación respecto de los aspirantes de fe cristiana, por los motivos atrás reseñados, si bien es cierto que no era una prohibición absoluta, sino relativa, en cuanto podían ser “arrendadores menores” con ciertos requisitos, como ya vimos. Y más interés tiene la incapacidad por causa de la nacionalidad³¹, porque aparecerá también durante el siglo XIX y XX en varios pliegos de condiciones generales para las obras públicas, donde se prescribía que los extranjeros no podían ser contratistas del Estado español, aspectos que examinaremos en su momento.

Un último tipo de incapacidad se recoge en la ley VI, que prohíbe al funcionario competente admitir proposición o fianza de cualquier persona menor de edad. No obstante, estamos ante otra prohibición relativa, pues, aunque el candidato a fiador o arrendatario no acreditase su mayoría de edad, podía optar a la adjudicación del contrato realizando el juramento de no ser menor de veinticinco años:

“Mandamos que de aquí adelante no sea rescibido por Arrendador mayor, ni menor, ni por fiador de cualquier dello el que pareciere por su aspecto, ò fuere en duda que es menor de edad de vente i cinco años en ninguna de nuestras rentas, sin que primeramente jure sobre aquel contrato, que hace de arrendamiento, ò fianza, no se llamarà menor de edad, ni se dirà lesa ni damnificado, ni pedirá restitucion; i que el nuestro Escrivano de Rentas no resciba la obligación, sin que resciba el juramento...”³².

4.2. LA NOVÍSIMA RECOPIACIÓN

Más tarde, la *Novísima Recopilación*, en el libro X, título X, también exigió ciertos requisitos a los aspirantes al arrendamiento de las rentas reales.

³¹ Esta prohibición se recogió en la ley XI con las siguientes palabras: “Mandamos que en los arrendamientos que se hicieren de nuestras Rentas Reales, i mayormente en las que consisten en Puertos de mar, i tierra, aviendo personas naturales de estos Reinos, que se quieran encargar de ellas por el precio, i con la seguridad, i fianza, que los Extrangeros, sean preferidos en todo lo que uviere lugar à ello en los dichos arrendamientos”.

³² En verdad, más que una auténtica prohibición para contratar el arriendo se trata de una norma cuya única finalidad es la protección del interés público, en cuanto admite la proposición o fianza de un presunto menor, siempre y cuando jure que no lo es, a efectos de evitar posteriores reclamaciones del mismo (o de los titulares de su patria potestad), obligando a la Administración a rescindir el contrato e indemnizar al menor. Esta causa de incapacidad guarda, sin duda alguna, íntima relación con la capacidad de obrar en el ordenamiento civil, donde la mayoría de edad es una condición esencial para realizar actos y contratos privados. Además, como analizaremos más adelante, la mayoría de edad será un requisito *sine qua non* para contratar con la Administración Pública decimonónica la ejecución de toda obra pública.

La ley I (la antigua ley VIII de la *Nueva*) prohibía a los clérigos y demás eclesiásticos acceder al arriendo, a menos que sus propuestas estuviesen garantizadas por fiadores de reconocida o acreditada solvencia. La desconfianza real en la correcta administración o gestión de la recaudación de los tributos por parte del clero originó esta norma preventiva³³. Por último, la ley II (la anterior ley IX de la *Nueva Recopilación*) incapacitaba a determinados cargos públicos y “personas poderosas” para ser arrendatarios de las rentas reales, en la línea de las leyes II y IV de la *Nueva*, anteriormente vistas.

4.3. EL SIGLO XIX

Siglos después, el Reglamento para la administración y exacción del impuesto de consumos de 1898 prohibió, en su art. 229, a determinados tipos de ciudadanos optar al arriendo de dicho tributo. Así lo dispuso el precepto:

“No serán admitidos como licitadores ni como fiadores de éstos: 11. Los individuos del Ayuntamiento que estén ó deban estar en ejercicio durante el periodo del arriendo, ni los empleados de la misma Corporación. 21. Los jueces y fiscales municipales, ni los suplentes de unos y otros. 31. Los deudores á la Hacienda ó al Municipio. 41. Los condenados por sentencia firme á pena que lleve consigo interdicción civil. 51. Los menores de edad. 61. Los declarados en quiebra que no estén rehabilitados. 71. Los extranjeros que no renuncien para este caso los derechos de su pabellón”³⁴.

II. Los incapacitados para contratar con la administración pública decimonónica

1. LAS PROHIBICIONES EN LA CONTRATACIÓN DE OBRAS PÚBLICAS Y SU APLICACIÓN SUPLETORIA

Durante el siglo XIX, se dictaron diversos pliegos de condiciones generales para la contratación de las obras públicas en los que se establecía la capacidad necesaria para ser contratista del Estado, y se enumeraban las situaciones de los particulares que les impedían contratar con la

³³ “Mandamos, que los nuestros arrendadores y recaudadores, así mayores como menores, no arrienden nuestras Rentas, ni alguna dellas á clérigos y personas eclesiásticas, salvo si dieren buenos fiadores legos, quantiosos y abonados, para que se haga la execucion en sus bienes de las quantías que debieren...”

³⁴ La similitud de estos casos con las prohibiciones que a lo largo del siglo XIX aparecieron en los pliegos de condiciones generales para los contratistas de obras públicas es evidente, como comprobaremos al analizar la capacidad para contratar con la Administración.

Administración, la ejecución de dichas obras. Pero la relevancia de estas prohibiciones reglamentarias no se limitaba al ámbito de los contratos de obras públicas, porque los preceptos contenidos en dichos pliegos son aplicables no solo a los contratistas de obras públicas sino, también, a los restantes contratistas decimonónicos. Y ello por varios motivos.

En primer término, no existió a lo largo de todo el siglo XIX ninguna otra norma que regulase, con carácter general, el estatuto de los demás contratistas o concesionarios. Por ello, en ausencia de normativa específica sobre cada clase de contratos que celebraba la Administración Pública de aquel momento, se debían aplicar, supletoriamente, las reglas sobre el contratista de obras, siempre y cuando no fuesen incompatibles con la especial naturaleza jurídica de cada contrato público.

En segundo lugar, recordemos la proyección histórica que tuvo en todo ese siglo (y que ha llegado hasta nuestros días), el contrato de obra pública. Este “privilegio” legal concedido a esta clase de contratos, consistente en la aplicación de las disposiciones que regulaban su régimen jurídico a otros ciudadanos que contrataban con la Administración, se justifica en función no solo de la importancia objetiva que este sector de la actividad pública adquirió desde el nacimiento y el posterior desarrollo del “fomento” como fin prioritario del Estado sino, también, por la urgente necesidad, ideológica y material, de que concurriese con alta notoriedad la iniciativa privada en esta enorme y trascendental tarea de interés nacional.

En tercer término, debemos destacar, una vez más, que la mayoría de las obras públicas realizadas durante el siglo XIX, al menos las de excesivos costes y duración prolongada, estuvieron a cargo de los particulares, pero no mediante la técnica de la contrata, sino a través de la institución concesional, de la concesión de obras públicas. Por tanto, sería absurdo considerar que el Estado decimonónico fuese tan negligente como para no dictar ninguna norma (aparte de las leyes generales) cuyos destinatarios fuesen los numerosos e importantes concesionarios de obras. Es razonable pensar que, en la medida que las disposiciones sectoriales y generales de cada clase de concesión de obras lo permitiesen, rigiese también para estos singulares “contratistas” los preceptos existentes sobre los contratistas de obras en sentido estricto, esto es, los ciudadanos partícipes en las contrata³⁵.

³⁵ Por este motivo, algunas normas se promulgaron con el objetivo de aplicarse tanto a los contratistas como a los concesionarios de obras. Así, por ejemplo, el art. 9 de la Ley de Expropiación Forzosa por causa de utilidad pública, de 10 de enero de 1879: “Los concesionarios y contratistas de obras públicas á quienes se autorice competentemente para obtener la enajenación, ocupación temporal ó aprovechamiento de materiales, en los términos que esta ley autoriza, se subrogarán en todas las obligaciones y derechos de

Y en último lugar, la *ratio legis* de las mencionadas prohibiciones legales es la misma para los contratistas de obras y para cualquier otra clase de contratistas, ya sean de la Administración del Estado o de la Administración local: garantizar las mínimas condiciones de capacidad e idoneidad de los aspirantes a contratar con todo poder público la ejecución de una obra o la prestación de un servicio público. Estos fundamentos comunes se pueden deducir del articulado del real decreto de 4 de enero de 1883, sobre la contratación de las diputaciones provinciales y ayuntamientos, porque recogía idénticas y similares causas de incapacidad para contratar con estas administraciones que las contempladas en los pliegos para las contrata de obras públicas del Estado.

A continuación, comentaremos algunos antecedentes de las disposiciones decimonónicas sobre quienes estaban legitimados para ser contratistas de la Administración, con el fin de constatar que dichas previsiones legales o, incluso, jurisprudenciales perduraron en general, durante siglos, incorporándose en los mencionados pliegos de condiciones generales, con ligeras modificaciones, consistentes principalmente en introducir una mejor técnica legislativa, dada la valiosa y considerable experiencia de siglos anteriores.

2. LAS REGLAMENTACIONES DEL SIGLO XIX

2.1. Las primeras prohibiciones

Durante el reinado de Isabel II, se dictó el real decreto de 10 de octubre de 1845, por el que se aprobaba la instrucción para promover y ejecutar las obras públicas. Su art. 20 recogía una prohibición legal para ser contratistas e, incluso, en similitud con la anterior ley de la *Novísima*, proscribió que ciertos funcionarios tuvieran relación alguna con la empresa seleccionada para ejecutar la obra:

“En las contrata, ajustes y destajos de obras públicas no podrán tener participación los empleados de este ramo, so pena de quedar destituidos de sus destinos. Tampoco podrán dar ocupación á los carros y acémilas de su propiedad en las obras que se ejecuten por administración”.

la Administración para los efectos de la presente Ley”. También el real decreto de 10 de julio de 1861, aprobando el pliego de condiciones generales para las contrata de obras públicas, parece avalar la tesis expuesta, al mencionar, en su preámbulo, la conveniencia de una reforma de las reglas de los contratos sobre “servicios” públicos en general: “Esta reforma es tanto más útil en el día, cuanto más frecuente es la necesidad en que se encuentra la Administración de resolver las varias cuestiones á que dan lugar los muchos contratos que celebra con los particulares para llevar á cabo los servicios que se hallan á su cargo...”.

Este precepto impedía a los ciudadanos que prestaban sus servicios en el entonces Ministerio de Fomento, departamento competente para la promoción y realización de las obras de interés público, ser trabajadores o empresarios de toda empresa privada que se presentase como candidata a la consecución de un contrato de obra pública³⁶. Además, este artículo ve-taba a dichos funcionarios contribuir en las obras ejecutadas directamente por la propia Administración proporcionando materiales de su propiedad.

El 18 de marzo del año siguiente, se aprobó la real orden que contenía el pliego de condiciones generales para las contrataciones de obras públicas de caminos, canales y puertos, remitido “á los Gefes políticos” para su correspondiente observancia por real orden de 16 de abril de 1846. El artículo primero exigía, entre otros requisitos para poder participar en la subasta de esta clase de obras públicas, una mínima capacidad técnica y financiera necesaria para ejecutar de modo adecuado la obra objeto del contrato y llevarla a buen término. Esa capacidad debía acreditarse en las formas señaladas en el precepto:

“Ninguno podrá ser admitido en la subasta sin reunir las cualidades necesarias para ejecutar por su cuenta las obras y afianzar la seguridad de su buena construcción.

Para llenar la primera de estas condiciones solo serán admitidos como licitadores los que presenten documentos que comprueben su posibilidad de prestar la conveniente fianza.

Garantizarán igualmente la buena construcción de las obras, ya sea presentando el título ó la certificación que acredite su capacidad para dirigir las por sí mismos, ya sea obligándose á confiar su ejecución á personas facultativas prácticas en las de que se trate, ya justificando su buen cumplimiento en otras contrataciones de la misma especie.

Además, la persona que haya de tomar parte en las subastas, deberá depositar antes de principiar el acto, la cantidad que se fijará previamente según la importancia de la obra”.

³⁶ La condición de empleados de la Administración Pública, en especial de determinados funcionarios como estamos observando, era incompatible con el estatus jurídico de los contratistas y, por consiguiente, no se les permitió ni tomar parte en los procesos de licitación, ni colaborar en la ejecución de contrato administrativo de obra alguna, debido, fundamentalmente, a la prevención de posibles “tráficos de influencias” y “enriquecimientos injustos” que se podrían producir en ausencia de esta prohibición normativa. La importancia de esta causa de incapacidad contractual es evidente, hasta el punto de que ha subsistido hasta nuestros días (con ciertas modificaciones), como veremos en su momento, si bien no todas las disposiciones sobre la materia la contemplaron.

2.2. LA EXTENSIÓN DE LAS CAUSAS DE INCAPACIDAD PARA SER CONTRATISTAS

Sin embargo, tendremos que esperar a la segunda mitad del siglo XIX para constatar la aparición de una serie detallada –fruto tanto de la experiencia de la práctica contractual pública de siglos precedentes, como de las diversas normativas sobre las causas de incapacidad para contratar con el Estado español a lo largo de los tiempos– de prohibiciones legales para convenir con la Administración Pública la realización de una obra de interés general.

En efecto, será el real decreto de 10 de julio de 1861, por el que se aprueba el pliego de condiciones generales para las contrataciones de obras públicas, la primera norma que “recopile” y clarifique las variadas situaciones que no facultaban poder ser contratista del Estado. El art. 1 decía:

“No podrán ser contratistas de obras públicas:

- 1.1 Los menores de edad.
- 2.1 Los que se hallen procesados criminalmente, si hubiese recaído contra ellos auto de prisión.
- 3.1 Los que por sentencia judicial hayan padecido penas corporales afflictivas ó infamatorias, si no hubiesen obtenido rehabilitación.
- 4.1 Los que se hallen bajo interdicción judicial física ó moral.
- 5.1 Los que estuvieren fallidos ó en suspensión de pagos ó con sus bienes intervenidos.
- 6.1 Los que estuviesen apremiados como deudores á los caudales públicos en concepto de segundos contribuyentes.
- 7.1 Los que hayan sido inhabilitados por la Administración para tomar á su cargo servicios públicos por su falta de cumplimiento en contratos anteriores”.

También durante el periodo revolucionario liberal se promulgó una disposición que hacía referencia a la capacidad de los aspirantes a contratistas, pero no citaba ninguna causa de incapacidad, a diferencia del anterior pliego de 1861. Así, la orden del Almirantazgo de 3 de mayo de 1869, que aprobó las condiciones generales con arreglo a las cuales deberían celebrarse las subastas para la contratación de los diferentes servicios de la Armada, en su tercera condición prescribía:

“No se admitirá como licitador á persona alguna ó Compañía que no tenga para ello aptitud legal, y sin que acredite con el correspondiente documento, que entregará en el acto al presidente de la Junta, haber hecho en la Tesorería de Hacienda pública respectiva el depósito de la cantidad que se fije como garantía para la subasta...”.

Tras la caída de la I República y el regreso de la monarquía borbónica al trono de España se dictaron diversas normas, de rango reglamentario, sobre esta materia. Antes de ellas, la LGOP de 1877 formulaba un principio general referente, en cierta medida, a las cualidades personales y técnicas de los empresarios que compitiesen por el otorgamiento de una misma concesión de obras públicas³⁷. Entre las citadas normas reglamentarias se encuentra el real decreto de 4 de enero de 1883, que dispuso:

“los contratos que las Diputaciones provinciales y Ayuntamientos celebren para toda clase de servicios que produzcan gasto ó ingreso en fondos provinciales y municipales, se hagan por remate y subasta pública”.

Su artículo 11 estableció similares prohibiciones a las recogidas en el pliego de 1861 para ser contratistas³⁸.

Poco después se dictó el real decreto de 11 de junio de 1886, que contenía el pliego general de condiciones para la contratación de las obras públicas, sustituyendo al anterior de 1861. Su artículo primero dispuso:

“Pueden ser contratistas de obras públicas los españoles y extranjeros que se hallen en posesión de sus derechos civiles, con arreglo á las leyes de su respectiva nacionalidad, y las Sociedades y Compañías legalmente constituidas ó reconocidas en España. Quedan exceptuados: 1.1 Los que se hallen procesados criminalmente si hubiese recaído contra ellos auto de prison. 2.1 Los que estuviesen fallidos, ó en suspensión de pagos, ó con

³⁷ El art. 62 de la LGOP prescribió: “Cuando se presente más de una petición para una misma obra, será preferida la que mayores ventajas ofrezca á los intereses públicos (...)”. El ámbito de aplicación de este artículo, a nuestro entender, es doble. Por una parte, se refiere al procedimiento propiamente dicho de selección de los contratistas, y por otra, a las características personales, económicas y técnicas de los candidatos que fuesen más beneficiosas para el interés general y, por tanto, a las circunstancias que impedían, no solo la obtención de la correspondiente concesión, sino, además, la participación del aspirante incurso en esas circunstancias en el proceso de licitación contractual.

³⁸ “No podrán ser contratistas: 1.1 Los que con arreglo á las leyes civiles carezcan de capacidad para contratar por sí, sin intervención de otra persona. 2.1 Los que se hallen procesados criminalmente, si hubiese recaído contra ellos auto de prison. 3.1 Los que estuvieren fallidos ó en suspensión de pagos ó con sus bienes intervenidos. 4.1 Los que estuvieren apremiados como deudores al Estado ó á cualquier provincia ó Municipio en concepto de segundos contribuyentes. 5.1 Los que hayan sido inhabilitados administrativamente para tomar á su cargo servicios ú obras públicas por falta de cumplimiento á contratos anteriores. 6.1 En los contratos que celebren los Ayuntamientos, los Concejales, ni el Secretario, Contador y empleados dependientes del Ayuntamiento contratante, ni los Diputados provinciales, Secretario, Contador y Depositario de la provincia respectiva, y en los contratos que celebren las Diputaciones, los Diputados provinciales, ni el Secretario, Contador, Depositario y empleados dependientes de la Diputación contratante”.

sus bienes intervenidos. Y 3.1 Los que estuvieren apremiados como deudores á los caudales públicos en concepto de segundos contribuyentes”.

En definitiva, como podemos apreciar, la regulación de las prohibiciones en estas tres disposiciones decimonónicas no es homogénea, aunque sí parcialmente coincidente. En cuanto a las prohibiciones comunes, tanto ambos pliegos como el real decreto establecieron que los procesados con auto de prisión, los fallidos, suspensos de pagos o con sus bienes intervenidos y los apremiados como deudores a la Hacienda Pública en concepto de segundos contribuyentes, no podían, en ningún caso, convertirse en contratistas de las entidades públicas en nuestro país; los inhabilitados por la propia Administración debido al incumplimiento de contratos anteriores, a tenor de lo dispuesto en el Plegó de 1861 y en el R.D. de 1883, tampoco se encontraban facultados para contratar con las administraciones públicas. Y respecto de las prohibiciones exclusivas y específicas de cada norma, el pliego de 1861 recogió tres causas de incapacidad sobre el estado civil, los condenados por los tribunales penales a determinadas penas y los declarados incapaces mediante la institución de la interdicción judicial; a su vez, el R.D. de 1883 impedía a los incapaces para contratar según el ordenamiento jurídico privado y a ciertos funcionarios y cargos políticos de las corporaciones locales, aspirar a ser contratistas³⁹.

³⁹ Merece resaltarse una norma sectorial relevante: el real decreto de 14 de enero de 1892, que aprobó la instrucción para la contratación de los servicios dependientes de la Dirección General de Comunicaciones. En su artículo segundo señaló quienes estaban facultados para contratar con ese organismo público en concreto, y quienes se hallaban incapacitados para ello, en términos parecidos a los de las normas anteriormente citadas: “Pueden ser contratistas todos los españoles que se hallen en el pleno goce de sus derechos civiles y las Sociedades ó Compañías legalmente constituidas ó reconocidas en España. También pueden serlo los extranjeros que se hallen en posesión de sus derechos civiles, con arreglo á las leyes de su respectiva nacionalidad; pero si se tratase de transporte de correspondencia ó explotación de líneas telegráficas ó telefónicas, deberán presentar un súbdito español que constituya la garantía, se haga solidario de las obligaciones del contrato y acredite reunir las condiciones legales. No podrán ser contratistas: 1.1 Los que se hallen procesados criminalmente, si hubiese recaído contra ellos autos de prisión. 2.1 Los que estuvieren fallidos ó en suspensión de pagos ó con sus bienes intervenidos. 3.1 Los que estuvieren apremiados como deudores á los fondos públicos en concepto de persona directa ó subsidiariamente responsables, según definen las disposiciones administrativas. 4.1 Los que habiendo celebrado anteriormente contratos con la Administración hubieren dado lugar á la rescisión de los mismos por el incumplimiento de las obligaciones contraídas. Y 5.1 Los que intervengan por razón de su cargo en los expedientes de subasta ó concurso ó en las operaciones preparatorias de los mismos”.

Posteriormente, el real decreto de 7 de junio de 1898, por el que se aprobó el reglamento para el régimen y servicio del ramo de Correos, en sus arts. 176 y 177 recogió en similares términos lo establecido en el anterior art. 2 de la instrucción de 1892.

2.3. ¿LOS EXTRANJEROS COMO CONTRATISTAS?

En relación con los extranjeros contratistas, hay que destacar que la primera disposición que les menciona y les concede capacidad para ser contratistas del Estado español fue el pliego de 11 de junio de 1886, cuyo art. 1 les permitía optar a las contrataciones de obras públicas siempre y cuando “se hallen en posesión de sus derechos civiles, con arreglo á las leyes de su respectiva nacionalidad” y, además, podían contratar “las Sociedades y Compañías legalmente constituidas ó reconocidas en España”. En cuanto a los incapacitados, regían las mismas prohibiciones para los nacionales como para los no nacionales. De este precepto se deduce la equiparación de los españoles y de los extranjeros en cuanto los requisitos de capacidad para contratar con la Administración de nuestro país, salvo la remisión que realizaba este artículo a la legislación específica de cada nación sobre la posesión de los derechos civiles⁴⁰.

Ahora bien, el hecho de que hasta 1886 no existiera referencia alguna a la capacidad de los extranjeros para poder contratar con algún ente público español no implica necesariamente que hasta esa fecha se les vetara en la práctica, participar en los procedimientos de licitación contractual y obtener la respectiva adjudicación del contrato público. Y ello por diversas razones. En primer lugar, las precedentes Ley de Bases de Obras Públicas de 29 de diciembre de 1876 y la Ley General de 1877 sobre la misma materia establecieron una especial protección frente a las inversiones extranjeras destinadas a la construcción y explotación de obras de interés general, por lo que habría sido difícil que se comprendiese el reconocimiento legal de estos beneficios o privilegios a las empresas no españolas que decidiesen ejecutar, mediante contrataciones o concesiones, obras públicas, si legalmente después se les impedía hacerlo. La base 21 y el art. 122 de la LGOP prescribieron:

“Los capitales extranjeros que se empleen en las obras públicas y en la adquisición de terrenos necesarios para ellas estarán exentos de represalias, confiscaciones y embargos por causa de guerra”.

En segundo lugar, debemos recordar la situación histórica de fines del siglo XIX, ya que era en absoluto imprescindible la concurrencia de

⁴⁰ La mencionada instrucción de 1892 y el Reglamento de Correos de 1898 continuaron la misma línea del pliego de 1886, pero con una particularidad: cuando el objeto del contrato administrativo fuese el transporte de correspondencia o la explotación de líneas telegráficas o telefónicas (este segundo supuesto no se mencionaba en el reglamento de 1898) los extranjeros candidatos a contratistas “deberán presentar un súbdito español que constituya la garantía, se haga solidario de las obligaciones del contrato y acredite reunir las condiciones legales” (art. 2 de la instrucción y 176 del reglamento).

importantes recursos financieros y técnicos procedentes de otros países para continuar e incrementar la política de fomento e impulso en la realización de obras de interés público que se inició en 1845, sobre todo. La solvencia económica, la capacidad técnica y la experiencia de numerosos contratistas extranjeros fueron decisivas para atraerlos e incentivarlos en el ámbito de la ejecución de obras públicas, y, en particular, a las compañías concesionarias de ferrocarriles, como veremos en su momento⁴¹. Y, en tercer lugar, la ausencia de previsión legal que autorizara a los extranjeros poder optar a la adjudicación de un contrato con la Administración Pública española no significa que no pudieran hacerlo, porque, entre otras razones, no hubo ninguna norma que con expresa prohibición de contratar con el Estado. Asimismo, el real decreto de 17 de noviembre de 1852, sobre la condición civil de los extranjeros en España, en su art. 18 estableció que podían ejercer cualquier actividad empresarial que no estuviese reservada legalmente a los españoles⁴².

Por consiguiente, si bien es cierto que a partir de la restauración se privilegiará con importantes medidas legales la contratación con empresas extranjeras, antes de esa fase histórica también existieron este tipo de contratistas en nuestro país, si bien con carácter minoritario.

III. El singular estatuto de los concesionarios de líneas férreas

1. LA CAPACIDAD PARA CONSTRUIR Y EXPLOTAR UN FERROCARRIL

El Estado español decimonónico se abstuvo de dictar una legislación administrativa específica que regulase las condiciones necesarias que debían reunir los candidatos a obtener una concesión ferroviaria. Dada la trascendencia jurídica, económica, social e, incluso, política, que derivaba de seleccionar a los licitadores que ofreciesen mayores garantías para llevar a cabo una correcta ejecución de las obras y una adecuada prestación del

⁴¹ Junto a estas causas y características propias de las empresas contratistas no nacionales, conviene citar, una vez más, la escasez de recursos económicos que, tanto el Estado español como nuestros contratistas, padecían en aquella época. Además, el urgente e inaplazable subdesarrollo nacional en la mayoría de las infraestructuras de comunicaciones y de nuevos servicios públicos que estaban implantándose ya en Europa, constituyó otro motivo destacado a la hora de incentivar la inversión en España del capital extranjero.

⁴² Este precepto señaló: "Pueden también adquirir y poseer bienes inmuebles, ejercer las industrias y tomar parte en todas las empresas que no estén reservadas por las leyes y disposiciones vigentes á los súbditos españoles".

posterior servicio público de transporte ferroviario, resulta sorprendente que ni siquiera las dos leyes generales de ferrocarriles de 1855 y 1877 prescribiesen mandato alguno sobre esta importante cuestión. Esto ocurre en contraste con las diversas normas reglamentarias, en especial los pliegos de condiciones generales vistos anteriormente, que se promulgaron sobre las obras públicas en general, y que contenían diversas prohibiciones administrativas para contratar con la Administración la ejecución de una obra de interés general.

Por esta razón, entre otras ya analizadas⁴³, estimamos que rigen para los concesionarios de ferrocarriles las disposiciones de rango reglamentario referidas, en cuanto no se opongan a la especial naturaleza de la concesión de los caminos de hierro. Así, pues, los aspirantes a conseguir la concesión administrativa indispensable para iniciar la ejecución de una vía férrea, solo, en principio, debían observar las normas antes citadas⁴⁴. Sin embargo, existen algunos preceptos aislados en disposiciones de muy variada

⁴³ Manuel GÓMEZ GONZÁLEZ, “Concesiones de Ferrocarriles”, tomo VII, p. 870. Las razones de la aplicación generalizada, con carácter supletorio, de la normativa sobre las contrataciones de obras públicas a otros contratos administrativos las expusimos al tratar las causas de incapacidad para contratar con los poderes públicos del siglo XIX y, por consiguiente, a ellas nos remitimos. Por otra parte, no vamos a entrar en la polémica, aún no resuelta en la actualidad, de la verdadera naturaleza jurídica de la institución concesional, ya sea de obras o de servicios públicos, pues ello excede el ámbito objetivo de este trabajo de investigación. No obstante, a nuestro juicio, la concesión de obras ferroviarias, al menos en cuanto al régimen de capacidad de los concesionarios se refiere, se puede considerar como un contrato administrativo o, bien, en todo caso, una *sui generis* figura contractual, con lo cual, incluso en este último supuesto, no procede la inaplicación de las disposiciones decimonónicas sobre capacidad a los concesionarios de ferrocarriles, puesto que dichos mandatos legales rigen para cualquier particular que desee contratar con una administración la realización de una obra pública o la prestación de un servicio público o ambas cosas, como ocurre con los ferrocarriles, con independencia de que la especial naturaleza y efectos de aquella relación entre las partes determine su sujeción a distintas reglas del Derecho Administrativo o del propio Derecho Privado. Además, por un lado, la concesión de ferrocarriles fue calificada por la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria del siglo XIX como un contrato y, por otro, es innegable el carácter de obra pública que tienen las obras ferroviarias, por lo que la aplicación de la legislación sobre ejecución indirecta de las obras de interés público es relativamente obligada, siempre que no sea incompatible, como dijimos, con la peculiar obra pública que fue la ferroviaria. En parecidos términos se expresa Manuel Gómez González, al asumir y citar varias decisiones del Consejo de Estado de 1868, reconociendo el carácter de obra pública de la construcción del ferrocarril, así como el R.D., sentencia de 13 de febrero de 1866, que consagró la naturaleza contractual de la concesión ferroviaria.

⁴⁴ En idéntico sentido se ha manifestado GÓMEZ GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 870: “La capacidad de los concesionarios se rige por las reglas generales sobre esta materia..., son, por lo tanto, aplicables para la determinación de su capacidad los principios generales sobre contratación administrativa”.

índole que es necesario señalar en cuanto afectan al régimen jurídico de la capacidad de los concesionarios de líneas férreas.

3.1. La peculiar capacidad de ciertos concesionarios

La real orden de 31 de diciembre de 1844 estableció un régimen privilegiado para determinados aspirantes a la adjudicación de las llamadas concesiones “provisionales”. En efecto, los solicitantes “de conocido arraigo” gozaban de una preferencia de hecho y de derecho para convertirse en concesionarios de ferrocarriles. Ello suponía una auténtica discriminación legal y un atentado contundente contra el principio de libre concurrencia en todo procedimiento de licitación contractual público. Además, esta normativa impedía, en realidad, poder ser concesionario a todos los restantes ciudadanos no considerados de tal “clase”, estableciéndose así implícitamente una cierta “prohibición” para acceder a este tipo de “contratos públicos”. Ciertamente es que la expresión “de conocido arraigo” pudo haberse interpretado como una “primitiva” exigencia de capacidad económica y técnica que garantizase, en cierta manera, la buena marcha de las concesiones, ello significó todo lo contrario, puesto que esa fórmula permitió el otorgamiento de concesiones a individuos “de conocido arraigo” en los círculos de poder político y financiero de la época, sin que se presumiese siquiera el posible y deseable éxito de la construcción y ulterior gestión de los caminos de hierro por dichos adjudicatarios⁴⁵. De esta forma, se perdió una ocasión histórica de promulgar, desde el principio, unas causas de incapacidad para ser concesionario de vías ferroviarias.

3.2. El extranjero

Durante el siglo XIX se aprobaron algunas disposiciones que afectaban a determinada “clase” de candidatos: los extranjeros. Ciertamente, tampoco se contemplaba en la legislación ferroviaria española de este siglo, mandato alguno que permitiese o impidiera a los no nacionales ser concesionarios de líneas férreas; por tanto, es aplicable aquí lo que manifestamos en su momento sobre los extranjeros contratistas decimonónicos. Ahora bien, hay que reconocer que si en el siglo XIX los no españoles que contrataban con la Administración Pública de nuestro país constituían una minoría en el conjunto de todos los contratistas públicos, en el sector de los ferrocarriles ocurrió lo contrario, siendo extranjeras la mayoría de las compañías

⁴⁵ Véase lo expuesto en epígrafes precedentes sobre el fenómeno especulativo en el sistema concesional ferroviario desde sus inicios.

concesionarias⁴⁶. Por ello, se dictaron algunos preceptos que incidieron tanto en la concurrencia de los procesos selectivos, como en la subsiguiente adjudicación de concesiones de ferrocarriles en favor de empresarios no españoles.

La primera de esas disposiciones fue la Ley General de Ferrocarriles de 3 de junio de 1855, cuyo art. 20 disponía:

“Los capitales extranjeros que se empleen en la construcción de ferrocarriles y los empréstitos para este objeto quedan bajo la salvaguardia del Estado, y están exentos de represalias, confiscaciones o embargos por causa de guerra”.

Las razones fundamentales de esta importante protección pública de los inversores extranjeros en las empresas ferroviarias fueron, por un lado, la inaplazable y urgente necesidad de conseguir recursos del exterior que contribuyesen a sacar a España del subdesarrollo económico y social en que se encontraba y, por otro, la valiosa experiencia y solvencia financiera y capacidad técnica de los contratistas europeos, en contraste con la falta de medios indispensables y de proyectos idóneos para acometer tal empresa

⁴⁶ Ese predominio del capital no nacional en las empresas de ferrocarriles decimonónicas lo expone Miguel ARTOLA, *Historia de España Alfaguara*, vol. V: La burguesía revolucionaria (1808-1874), pp. 87 y 92.: “...las inversiones extranjeras fueron decisivas, en especial las francesas que proporcionaron la mayor parte del capital de las sociedades de crédito, que a su vez financiaron a las concesionarias de obras públicas y colocaron en la bolsa de París las obligaciones de los ferrocarriles españoles (...). La procedencia exterior de la mayor parte del capital invertido en España durante el reinado de Isabel II hubo de pesar necesariamente sobre su destino. Según hemos podido observar, su aplicación permitió financiar la construcción de la red ferroviaria, creando con ello la condición necesaria para la integración del mercado nacional y favoreció la puesta en explotación de los recursos mineros. A cambio de ello, los capitalistas franceses pudieron realizar excelentes negocios con motivo de la construcción, dejando luego que las compañías explotadoras hiciesen frente a las dificultades financieras, consiguientes al subdesarrollo económico del país”. Asimismo, Justino DUQUE DOMÍNGUEZ, “La modernización del Derecho Concursal en el siglo XIX: el significado histórico de la ley de 12 de noviembre de 1869 sobre la quiebra de las compañías de ferrocarriles”, pp. 119, 127 y 128: “(...) la inversión en los ferrocarriles no sólo era española, sino, en buena medida, extranjera, sobre todo francesa (...). El capital de las compañías de ferrocarriles estaba muy concentrado y, en su mayoría, los accionistas eran extranjeros. En la fundación de estas compañías intervino decisivamente la asistencia técnica por parte de los ingleses y, a partir de 1855, el capital francés. En 1869 –además de 14 compañías concesionarias que todavía no tenían capital autorizado– existían veintitrés compañías con capital desembolsado. Este representaba el 61, 63 por 100 del capital autorizado. En el caso de dos compañías –‘M.Z.A.’ y ‘S.J.C.’– el capital era totalmente extranjero. En la compañía del Norte, la parte de los españoles era muy escasa –22.000 acciones sobre 200.000–, y en la cuarta –la ‘Z.P.B.’, procedente de la antigua ‘Zaragoza a Barcelona’– dominaba el capital catalán”.

por parte de la mayoría de la burguesía y del empresariado español. Junto con este factor económico-técnico, conviene recordar los continuos conflictos civiles, sobre todo los sucesivos levantamientos liberales progresistas y la guerra carlista; y la consecuente inestabilidad política e institucional, que influyó, en buena medida, en la promulgación de estos privilegios⁴⁷. Además, los concesionarios no españoles gozaron de los restantes beneficios y de los numerosos y cuantiosos auxilios económicos e incentivos de diversa naturaleza que la legislación del XIX otorgó a toda empresa que ejecutase un camino de hierro, incluida, por supuesto, la extranjera.

Este régimen “discriminatorio” subsistió en la posterior Ley General de Ferrocarriles de 23 de noviembre de 1877, que, en su art. 30, en similares términos, continuó la política recogida en las precedentes Ley de Bases de 1876 y Ley General de 1877 sobre obras públicas, las cuales ya habían reconocido tales incentivos⁴⁸. José Bermejo Vera ha criticado estos preceptos de las leyes ferroviarias al considerar que perjudicaban al interés público:

“Esta declaración de inmunidad para los capitales procedentes de inversores extranjeros incidía de lleno en la dogmática demanial de los ferrocarriles. La privatización ferroviaria, en el régimen concesional, salía bastante favorecida con dicha fórmula. El propio interés público del servicio ferroviario quedaba bastante maltrecho. Si, a la vista de cuanto vengo exponiendo más atrás, resulta bastante problemático averiguar la prevalencia del interés público sobre el particular de los concesionarios, todavía es más problemático determinar hasta qué punto no se favorecía a los intereses privados con esa fórmula. El Estado, mediante una disposición con fuerza de ley, declara la salvaguardia del capital extranjero –no cabe duda que para atraerlo– y, en cierto modo, renuncia a servirse de las técnicas efectivas para conseguir su transformación en patrimonio público”⁴⁹.

Además, iniciado el siglo XX, se promulgaron algunas normas específicas sobre la capacidad de los particulares y empresas extranjeras para ser concesionarios de vías férreas. Así, el real decreto de 21 de diciembre de 1900, en su artículo único, prescribe:

⁴⁷ En la misma línea se sitúa José BERMEJO VERA, *Régimen jurídico del ferrocarril en España (1844-1974)*, p. 72, al afirmar: “la inmunidad se entiende en relación con las represalias, confiscaciones o embargos por causa de guerra, lo que en apariencia resulta lógico si se piensa en las necesidades económicas de una red ferroviaria nacional y la escasa industrialización española en el siglo XIX”.

⁴⁸ Así, la Base 21 y el art. 122 de las citadas normas señalaron: “Los capitales extranjeros que se empleen en las obras públicas y en la adquisición de terrenos necesarios para ellas estarán exentos de represalias, confiscaciones y embargos por causa de guerra”.

⁴⁹ PEMÁN GAVÍN, *op. cit.*, p. 72.

“En lo sucesivo sólo podrán ser concesionarios de ferrocarriles y tranvías, bien sean de servicio general, bien de servicio particular para uso público, los ciudadanos españoles con domicilio permanente en España, y las Sociedades y Compañías que se sujeten a los siguientes requisitos: a) Tener su domicilio en España y regirse en todas las manifestaciones de su actividad exclusivamente por las leyes españolas. b) Expresar el valor nominal de sus acciones y obligaciones en moneda española, y verificar en la misma el abono de intereses y el pago de dividendos. c) Constituir sus Consejos de administración con la condición de que, por lo menos sus dos terceras partes, estén formadas por ciudadanos españoles con domicilio permanente en España. d) Elegir también ciudadanos españoles, con domicilio permanente en España para los cargos de directores gerentes y facultativos, así como para los de ingenieros y jefes superiores de los servicios, salvo en casos excepcionales y justificados, á juicio del Gobierno y con aprobación expresa de éste”.

Este Reglamento no fue sino la aplicación en el ámbito ferroviario de los principios ya establecidos en el anterior real decreto de 7 de diciembre del mismo año, para todos los contratistas de obras públicas del Estado español, ya que esta norma solo permitía que un empresario no nacional accediese a un procedimiento de adjudicación de obras públicas en casos muy excepcionales y tasados⁵⁰. Esta declaración normativa es la prueba más evidente de que la propiedad y, por tanto, la dirección y administración, de las empresas concesionarias de las líneas férreas españolas, integrantes de la incipiente red básica que el Estado intentaba crear, pertenecía mayoritariamente a ciudadanos no españoles. No se trataba, entonces, de decidir si era mejor la construcción y explotación de los ferrocarriles por vía directa con la Administración Pública o, por el contrario, a través de los particulares; sino de consentir que el control de los poderes públicos sobre las vías férreas continuase siendo bastante limitado al estar casi todas las líneas concedidas a empresas privadas –en su generalidad extranjeras– justo en un sector tan esencial para la vida y la independencia económica de un país como era el ferroviario. Junto a ello, no conviene olvidar la importancia estratégica, militar y de orden público –en definitiva, política– que tenía este innovador y revolucionario

⁵⁰ El art. 1 de este decreto, que aprobó el nuevo pliego de condiciones generales para la contratación de obras públicas, sustituyendo al anterior de 11 de junio de 1886, dice: “Pueden ser contratistas de obras públicas los españoles que se hallen en posesión de sus derechos civiles y las Sociedades y Compañías españolas legalmente constituidas. Podrán serlo también los extranjeros cuando las obras que se contraten exijan para su ejecución elementos que sean objeto de privilegio de invención ó constituyan una especialidad industrial poco desarrollada en España...”.

medio de transporte a fines del siglo XIX, cuando aún las carreteras y las restantes vías de comunicación no se habían desarrollado suficientemente en el mundo y, menos aún, en España.

No obstante, esta nacionalización de nuestros ferrocarriles no fue ni completa, ni duradera. Primero, fue una nacionalización parcial dentro del propio sector, porque, por una parte, como destaca José Bermejo, “se prohíben las inversiones extranjeras, pero se dejan intactos los capitales extranjeros invertidos hasta ese momento”⁵¹, lo cual no era poca cosa y, por otra parte, esta prohibición administrativa no afectaba a los ferrocarriles de servicio particular en general, tan solo a los de servicio general y a los de servicio particular “para uso público”. Esto permitía que los extranjeros pudiesen en un futuro construir y gestionar líneas de esa clase con libertad, en las mismas condiciones que cualquier ciudadano español⁵². En segundo lugar, la vigencia de este mandato fue efímera, ya que tan solo cinco meses después se dicta el real decreto de 24 de mayo de 1901 que derogó tanto el art. 1 del pliego de 7 de diciembre de 1900 como el real decreto de 21 del mismo mes y año. El proteccionismo nacionalista fracasó debido, entre otros motivos, a la carencia de recursos nacionales, públicos y privados, para gestionar los caminos de hierro españoles, sin la ayuda del exterior; la Exposición de Motivos del nuevo decreto lo justifica tanto por la específica coyuntura económica reinante en nuestro país, como por la vulneración de la legislación vigente y de los mismísimos principios constitucionales de entonces⁵³.

⁵¹ PEMÁN GAVÍN, *op. cit.*, pp. 72 y 73. “En lo sucesivo...”, decía la referida norma de 1900.

⁵² Aunque es cierto que la trascendencia económica, social y política de las vías de servicio particular no consideradas de “uso o servicio público” era mínima.

⁵³ Marcelo MARTÍNEZ ALCUBILLA, *Diccionario de la administración española, peninsular y ultramarina*, p. 302, n. 2. La acuciante situación de subdesarrollo económico que padecía España en aquellos años se presenta en forma evidente como el motivo fundamental de la nueva admisión de los extranjeros en los procedimientos de selección de concesionarios de obras y servicios públicos, entre ellos los ferroviarios, pese a la propia declaración gubernamental de nacionalizar en un futuro este importante sector de la actividad pública y privada. El preámbulo del real decreto de 1901 así lo confirma: “Universal es la aspiración de que se nacionalicen las Obras públicas y los capitales en ellas empleados; mas no debe ser tan fácil su realización cuando, hasta el presente apenas lo ha logrado algunas de las naciones más prósperas y poderosas. A impedirlo en todas partes, contribuyen el estado legal y el incontrastable imperio de las leyes económicas; y lo dificultan, aún más en España, su creciente necesidad de toda clase de progresos y la todavía escasa afición de sus capitalistas para realizar aquéllas. Y cuando para recuperar el tiempo perdido en la lucha mantenida contra nuestras históricas desgracias é impulsar con rapidez las obras públicas será forzoso acudir á todas partes, no puede ser momento oportuno para cerrar caminos por los que la Nación, sin mengua de su dignidad y de su

3.3. Las compañías mercantiles

Los concesionarios de ferrocarriles presentaban unas características propias y peculiares que los distinguían, en algunos aspectos, de los restantes contratistas y concesionarios de obras públicas, y que venían impuestas por la verdadera capacidad ideal para ejecutar y gestionar un ferrocarril. La especial naturaleza de las actividades que tenían que realizar estos concesionarios (la realización de las obras e infraestructuras ferroviarias necesarias, la adquisición de los medios materiales, técnicos y humanos requeridos tanto para iniciar el servicio de transporte como para llevar a cabo el subsiguiente mantenimiento, su reparación y modernización, en su caso, de todos los elementos que componían la línea, etc.) exigía un determinado tipo de empresa, no imprescindible en la ejecución de otras obras o servicios públicos. En efecto, el empresario individual carecía de los medios técnicos, financieros y personales indispensables para la correcta instalación y el buen funcionamiento de una vía férrea. Era necesario, pues, la concurrencia de empresas sociales que dispusiesen, sobre todo, de los recursos económicos exigidos y de una organización adecuada para poder efectuar tan ingente y novedosa empresa. Las sociedades por acciones o anónimas encontraron así uno de sus ámbitos más idóneos de actuación⁵⁴; el propio *Código de Comercio* de 1885 reguló estas

independencia, ha alcanzado, y debe seguir recibiendo, el poderoso auxilio que ayudó a crear elementos importantes de su actual riqueza”. Sin perjuicio de que lo analicemos más detenidamente al tratar del régimen jurídico actual de los contratistas extranjeros, es interesante mencionar que, incluso, años después de la aprobación de esta norma anti-proteccionista, destacados juristas se pronunciaron en contra de la misma. Por ejemplo, ALCUBILLA: “Graves, gravísimas no parecen las disposiciones de este Real Decreto...”.. Más moderado fue Manuel Gómez González al señalar “los propósitos muy plausibles de nacionalizar las Empresas ferroviarias”, *op. cit.*, p. 7.

⁵⁴ En este sentido, GÓMEZ GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 24 manifiesta: “Los grandes capitales que se necesitan para la explotación de las líneas férreas y la naturaleza de los servicios que prestan, obligó á que se dictaran desde un principio para los ferrocarriles disposiciones especiales...”, la primera cuestión que se presenta es la de la adquisición necesaria para llevar á cabo la empresa; la importancia del mismo, motiva que difícilmente sea una sola persona la que la acometa, cosa que es más propia de una Compañía, adoptándose casi siempre la forma de Sociedad anónima, por ser la que por sus condiciones especiales resulta más apropiada á la índole de las actividades á que el capital ha de dedicarse...”. Asimismo, Justino Duque Domínguez: “...la gran empresa moderna, con sus enormes dimensiones, con la gran cantidad de capital aportado para establecer sus instalaciones, con la procedencia multinacional del capital invertido, con la constante invocación al crédito para financiar la instalación y el funcionamiento de la empresa, con la descentralización del establecimiento principal en múltiples sucursales o establecimientos de mismo rango y función que el principal, con la pluralidad de personal necesario para su funcionamiento y, sobre todo, con el interés público, del propio Estado en su conservación y mantenimiento eficiente,

sociedades en una sección diferenciada de las dedicadas a los otros tipos de compañías mercantiles⁵⁵.

La conveniencia de adoptar formas organizativas y de financiación que respondiesen al nuevo “negocio empresarial” encontró respuesta en el Estado, que dictó diversas disposiciones, que expondremos a continuación, dirigidas tanto a impulsar la constitución de estas compañías como a favorecer la obtención de recursos –en especial financieros– por parte de las mismas, al margen claro está, de las subvenciones y beneficios que asimismo les concedía el gobierno.

Además, la importancia de que los titulares de la concesión fuesen empresas con forma societaria, se constata al permitir mediante la Ley General de Ferrocarriles de 3 de junio de 1855, que compañías por acciones constituidas con carácter provisional, no solo solicitasen la correspondiente autorización legislativa de la concesión que les interesaba sino, también, participasen en el posterior procedimiento administrativo de licitación contractual para otorgar, mediante subasta, esa concesión ferroviaria al mejor postor⁵⁶. Es decir, se consagró un verdadero régimen privilegiado en favor de aquellas incipientes y aun no definitivas sociedades anónimas, al estar legalmente facultadas para competir en “igualdad de condiciones” con otras empresas –sociedades por acciones incluso– que sí habían cumplido los requisitos normales exigidos por la normativa vigente entonces sobre esta clase de compañías.

Sin embargo, ante el temor de que se produjesen corruptelas, como ocurrió en épocas pasadas recientes, la propia ley de 1855, en su art. 46, exigió unas determinadas condiciones que debían observar estas “compa-

que trasciende el interés de los múltiples intereses privados que pueden converger sobre la empresa”. DUQUE DOMÍNGUEZ, *op. cit.*, p. 146. Por su parte, Miguel Artola considera que la aparición de este medio de locomoción supuso la expansión de cierta clase de empresas mercantiles: “La construcción del ferrocarril dio origen a un tipo especial de compañía mercantil, la sociedad de servicios públicos, de las que las concesionarias de ferrocarriles constituyen el ejemplo más significativo... En principio eran sociedades como las demás, habitualmente anónimas, aunque la legislación introdujo una serie de especificaciones, que acabarán dando origen a una fórmula especial...”. ARTOLA *op. cit.*, p. 309 y ss.

⁵⁵ La sección 90 del título I del libro II del *Código*, en sus arts. 184 a 192, contiene reglas especiales aplicables a las “Compañías de ferrocarriles y demás obras públicas”. El art. 184 las define claramente: “Corresponderán principalmente a la índole de estas Compañías las operaciones siguientes: 1.0 La construcción de vías férreas y demás obras públicas, de cualquiera clase que fueren. 2.0 La explotación de las mismas, bien a perpetuidad o bien durante el plazo señalado en la concesión”. La trascendencia histórica de estos contratistas se confirma una vez más, incluso, el mismo texto legal dedica otra sección entera para regular la suspensión de pagos y la quiebra de estas sociedades (sección 80 del título I del libro IV).

⁵⁶ Tanto Gabriel TORTELLA CASARES, *Los orígenes del capitalismo en España*, p. 168, como ARTOLA *op. cit.*, p. 240 mencionan a estos singulares candidatos a contratistas públicos.

ñas provisionales”⁵⁷ para poder optar a la adjudicación de una concesión de líneas férreas:

“Podrá el Gobierno autorizar provisionalmente la constitución de Compañías por acciones que tengan por objeto la construcción y explotación de los ferrocarriles, con arreglo á esta ley y á la de 28 de Enero de 1848, en cuanto no se derogue ó modifique por las disposiciones siguientes: 1.0 El capital social será cuando menos igual al importe total de las obras de construcción y del material de explotación de la línea que se proponga adquirir la Compañía. 2.0 Suscriptas que sean las dos terceras partes del capital social, podrá autorizarse la constitución provisional de la Compañía. 3.0 Esta autorización provisional faculta únicamente á la Compañía a nombrar a sus administradores, pedir la concesión de la línea que se proponga construir y explotar, presentar sus proposiciones en la subasta, si se hiciese la concesión con este requisito, y exigir de los accionistas hasta el 10 por 100 de sus acciones con destino exclusivo á cubrir los gastos de establecimiento, los del estudio del proyecto y el depósito que se exija como garantía de la concesión. 4.0 Hasta que la Compañía no se halle constituida definitivamente y haya obtenido la concesión ó adjudicación de la línea, no podrá emitir títulos de acción ni otra clase de documentos transferibles ó negociables, siendo nulas y de ningún valor las transferencias que se hagan de las promesas de acciones ó de las acciones provisionales que se entreguen á los suscriptores. 5.0 Los primeros suscriptores y sus cesionarios son responsables solidariamente al pago de los primeros dividendos, hasta que quede cubierta la mitad del valor nominal de sus acciones. 6.0 Cuando los accionistas hayan satisfecho el valor total de sus acciones, podrán convertirse éstas en títulos al portador”.

A pesar de estas limitaciones, la ley contempla dos supuestos en que el Ejecutivo les otorgaba determinadas prerrogativas⁵⁸, dada la insuficiencia

⁵⁷ El art. 47 establecía: “Se considerará constituida definitivamente la Compañía luego que se publique la ley relativa á su constitución”. Por otro lado, la ley de 11 de julio de 1856 dispuso que, una vez obtenida la concesión de esa clase de obras, podría el gobierno autorizar la constitución de la Compañía que hubiera de llevarlas a cabo. En aquellos años aún imperaba el régimen de la obligatoria y previa aprobación administrativa para poder crear una sociedad mercantil por acciones, salvo los supuestos de constitución provisional de compañías aspirantes a la concesión de una línea férrea, como estamos viendo.

⁵⁸ El art. 48 decía: “Si suscriptas las dos terceras partes del capital social, y realizadas é invertidas en las obras de la línea, no pudiese la Compañía hacer efectiva la otra tercera parte del capital por medio de la emisión y negociación de las acciones no suscriptas, podrá obtener autorización del Gobierno para adquirir dicha tercera parte del capital por medio de empréstitos contraídos con la hipoteca de los rendimientos del ferrocarril á cuya construcción ó explotación se destine. En este caso la autorización podrá comprender además la facultad de emitir cédulas u obligaciones hipotecarias de interés fijo y amortizables dentro del periodo de la concesión, en los años en que aquella se determine”. Y el

del capital social aportado por los accionistas para llevar a buen término tan ingente tarea⁵⁹ y la decisión gubernamental de fomentar la ejecución indirecta de los caminos de hierro en España. Y en la misma línea, la ley de 11 de julio de 1860, en su art. 1 modifica el régimen mercantil de financiación y endeudamiento de las compañías concesionarias de obras públicas establecido por la Ley General Ferroviaria de 1855 y por la ley de 11 de julio de 1856, con el objetivo de facilitar aún más la obtención de recursos económicos imprescindibles para la buena marcha de dichas sociedades⁶⁰.

Esa política de apoyo a la formación y financiación de estas empresas mercantiles cobró un destacado impulso con la ley del 19 de octubre de 1869, que abolió el régimen, inspirador del *Código de Comercio* de 1829 y de la Ley de Sociedades por Acciones de 28 de enero de 1848, que exigía la previa autorización administrativa para controlar la creación de esta clase de sociedades. Esta ley revolucionaria estableció el sistema de libre formación de las sociedades anónimas, el cual se adoptó por el posterior *Código de Comercio* de 1885⁶¹, cuyo art. 117 reconoció la libertad de los

art. 49 prescribió: "También podrá obtener la Compañía autorización del Gobierno para aumentar el capital social, si la inversión de éste no hubiese bastado para poner toda la línea en estado de explotación, y si el aumento solicitado no afectase de modo alguno los fondos públicos. Si los afectase, la autorización será objeto de una ley".

⁵⁹ En idéntico sentido, ARTOLA, *op. cit.*, pp. 240-242, quien resalta la inexistente organización financiera de estas compañías para gestionar las obligaciones emitidas por ellas mismas para financiarse, por lo que fue necesario la creación de sociedades específicas cuya actividad principal fuese colaborar en la obtención de medios económicos para las empresas de ferrocarriles. Así, "la ley de 28 de enero de 1856 autorizó la constitución de Sociedades de Crédito que, entre otras funciones, estaban autorizadas para negociar la colocación de "acciones y obligaciones de toda clase de empresas industriales o de crédito". En ese año se crearon tres importantes sociedades, que tendrán una influencia decisiva en la formación de las grandes compañías ferroviarias".

⁶⁰ "Las empresas concesionarias de obras públicas podrán emitir obligaciones hasta el importe de la suma total del capital realizado, en vez del límite del 50 por 100 determinado por la ley de 11 de Julio de 1856. La suscripción necesaria para autorizar la constitución de las expresadas empresas queda fijada en el 50 por 100 del capital social, en vez de los dos tercios que exigen la ley de 3 de Junio de 1855 y la citada en el párrafo anterior".

⁶¹ El decreto-ley de 28 de octubre de 1868 ya había derogado la Ley de Sociedades por Acciones de 28 de enero 1848 y su reglamento de 17 de febrero del mismo año. Su art. 3 disponía: "Las Sociedades anónimas se someterán para su organización y manejo á las prescripciones del Código de Comercio, interin no se legisle sobre la materia". Y el art. 4: "Las que hoy existen podrán elegir, previo acuerdo tomado en junta general de accionistas, entre continuar sometidas á la ley de 1848 ó regirse por el Código de Comercio; y en este último caso, quedarán suprimidos de hecho los delegados ó inspectores que cerca de ellas había nombrado la Administración". En realidad, anteriormente la ley de 1855 derogó el régimen previsto en la ley del 1848 para las empresas concesionarias de ferrocarriles.

particulares para crear bancos y sociedades mercantiles⁶², y su art. 123 incluía entre estas últimas a las empresas concesionarias de ferrocarriles y tranvías⁶³. Además, el art. 186 y siguientes del *Código* reconocen a todas las sociedades de obras públicas, entre ellas las ferroviarias, especiales beneficios⁶⁴.

No obstante, aquellas medidas preventivas continuaron en el *Código de Comercio* de 1885, al exigir su art. 185 que el capital social debía representar, al menos, la mitad del importe del presupuesto total de la obra ferroviaria, salvo cuando fuesen compañías subvencionadas, a las que se les consentía que la subvención se computase también para alcanzar la mitad del mencionado presupuesto. Y su párrafo segundo prescribe otra condición: “Las Compañías no podrán constituirse mientras no tuvieren suscrito todo el capital social y realizado el 25 por 100 del mismo”.

En definitiva, las compañías concesionarias de ferrocarriles decimonónicas, en razón de la función de interés público que realizaban, gozaron de ciertos privilegios legales respecto otras sociedades mercantiles similares; pero se le aplicaron algunos límites o condiciones, precisamente en aras de garantizar el interés general que representaba su actividad empresarial y de proteger los legítimos intereses de los propios accionistas y, en su caso, de los acreedores, de dichas empresas ante la posible negligente o dolosa gestión empresarial de algún administrador o la especulación de ciertos accionistas mayoritarios⁶⁵. Por consiguiente, aunque las normas

⁶² Art. 117, 2: “Será libre la creación de Bancos territoriales, agrícolas y de emisión y descuento; de sociedades de crédito, de préstamos hipotecarios, concesionarias de obras públicas, fabriles, de almacenes generales de depósito, de minas, de formación de capitales y rentas vitalicias, de seguros y demás asociaciones que tuvieren por objeto cualquiera empresa industrial o de comercio”. Esta disposición subsistió hasta su derogación por la ley 19/1989, de 25 de julio, de Reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil española a las directivas de la CEE en materia de sociedades.

⁶³ Art. 123: “Por la índole de sus operaciones podrán ser las compañías mercantiles: Sociedades de crédito. Bancos de emisión y descuento. Compañías de crédito territorial. Compañías de minas. Bancos agrícolas. Concesionarias de ferrocarriles, tranvías y obras públicas. De almacenes generales de depósito. Y de otras especies, siempre que sus pactos sean lícitos, y su fin la industria o el comercio”. También este precepto ha sido derogado por la citada ley 19/1989.

⁶⁴ Así, los arts. 186 y 187 permiten a las compañías de obras públicas emitir libremente obligaciones amortizables o no amortizables, nominativas o al portador.

⁶⁵ GÓMEZ GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 24, expone algunas causas de esas restricciones: “... las disposiciones tienden también a fijar la responsabilidad de las referidas Compañías y a sujetarlas á ciertas limitaciones, para que, bajo un supuesto de utilidad, no puedan servir los privilegios que con dicho motivo se les otorgan, de base para una explotación de la ignorancia de los que concurren a prestar sus capitales á la Empresa, lo que desgraciadamente, se ha repetido en distintas ocasiones, causando los fracasos y falta de garantía de las Compañías la ruina y desolación de un sin número de pequeños capitalistas,

anteriormente citadas que regulaban los requisitos de capacidad para poder ser concesionarios de ferrocarriles no prohibieron a las empresas individuales poder ser concesionarios de ferrocarriles ni les gravaron con limitación alguna al respecto, en la práctica la selección del concesionario recaía en una sociedad por acciones⁶⁶.

Conclusiones

Los orígenes históricos del contrato administrativo de obras y de la concesión administrativa de obras públicas se basan, en gran medida, en las cualidades y las condiciones subjetivas de los contratistas y los concesionarios de obras públicas. En España, desde la Edad Media el Monarca contrató con los particulares la ejecución de obras, servicios o bienes necesarios para el Estado en atención a la capacidad y la “honorabilidad pública” de esos súbditos para acometer las prestaciones públicas requeridas. Y esa confianza del Estado español en los primeros contratistas públicos –los suministradores de bienes o de servicios al Ejército, los concesionarios del servicio postal, los arrendatarios de rentas públicas– se estableció normativamente, disponiéndose unos requisitos de aptitud para prestar esas tareas y unas situaciones que impedían contratar con el Estado.

El siglo XIX constituyó un importante avance en la conformación del régimen jurídico de la capacidad y de las prohibiciones para ser contratista de la Administración Pública española. Las normas reglamentarias que aprobaron los llamados pliegos de condiciones generales para la contratación de las obras públicas regularon la aptitud contractual necesaria para ser contratista, prescribiendo las circunstancias inhabilitantes o incapacitantes para poder contratar con el Estado: procesado o sentenciado a determinadas penas o por ciertos delitos, declarado insolvente o con sus bienes intervenidos, apremiado como deudor de la Hacienda Pública, culpable de la resolución de contratos administrativos por incumplimiento, funcionarios y cargos políticos, etcétera.

que han visto evaporarse sus ahorros, con grandes fatigas conseguidas, en beneficio de unos cuantos que sin aprensión alguna, han sabido enriquecerse con los despojos ajenos, substrayéndose á toda clase de responsabilidades”.

⁶⁶ Hasta tal extremo que TORTELLA CASARES, *op. cit.*, p. 178, afirma: “...todas las compañías ferroviarias eran sociedades anónimas...”. Asimismo, la propia legislación ratifica, en nuestra opinión, esta hipótesis, pues ni la Ley General de 1855 ni la de 1877 contienen precepto alguno sobre la extinción o transmisión de la concesión por fallecimiento del concesionario. En cambio, sí regularon las transferencias *inter vivos* de las concesiones ferroviarias.

Especial interés ofreció el régimen jurídico de los contratistas extranjeros, porque, si bien, en principio, se estableció un régimen equivalente de capacidad contractual entre los españoles y los extranjeros en cuanto a los requisitos de capacidad para contratar con la Administración, la presencia de estos contratistas fue minoritaria durante la primera mitad del periodo decimonónico, incrementándose de manera posterior por las políticas públicas de fomento de obras de interés general, dada la solvencia financiera, la capacidad técnica y la experiencia de estos contratistas en otros países europeos. Precisamente, el sector en que los contratistas extranjeros tuvieron una mayor presencia –cuantitativa y cualitativa– fue la construcción de las vías férreas, siendo extranjeros la mayoría de los concesionarios de ferrocarriles, atraídos también por los importantes auxilios económicos y las garantías de las inversiones que el Estado español les reconoció al amparo de las dos leyes generales de ferrocarriles promulgadas en el siglo XIX.

Y esta singularidad del estatuto subjetivo de los contratistas ferroviarios no se limitó a la nacionalidad del sujeto contratante, sino que también afectó a la forma jurídica de la empresa contratista: la sociedad mercantil anónima o por acciones, y no el empresario individual. Para finalizar, las costosas y duraderas obras públicas ferroviarias exigieron también una “mutación” de la institución contractual, así como de su objeto mismo: es el “reinado” de la concesión de obras públicas frente al contrato de obra pública, explicándose así un cierto régimen específico de la capacidad de los concesionarios de ferrocarriles.

Bibliografía

- ALBI CHOLBI, Fernando, *Tratado de modos de gestión de las corporaciones locales*, Madrid, Aguilar, 1960.
- ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, Madrid, IEA, 1968.
- ARTOLA, Miguel, *Historia de España Alfaguara*. 8ª ed., Madrid, Alianza Editorial, 1981, vol. v: La burguesía revolucionaria (1808-1874).
- BERMEJO VERA, José, *Régimen jurídico del ferrocarril en España (1844-1974)*, Madrid, Tecnos, 1975.
- CARANDE, Ramón, *Carlos V y sus banqueros*, Madrid, Crítica, 1949, vol. II: La Hacienda Real de Castilla.
- DOMÍNGUEZ ORTIZ, Antonio, *Estudios de Historia económica y social de España*, Granada, Universidad de Granada, 2009.

- DUQUE DOMÍNGUEZ, Justino, “La modernización del Derecho Concursal en el siglo XIX: el significado histórico de la ley de 12 de noviembre de 1869 sobre la quiebra de las compañías de ferrocarriles”, en Antonio Polo, *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Antonio Polo*, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, S.A., 1981.
- FERNÁNDEZ DE VELASCO, Recaredo, *Los contratos administrativos*, 10ª ed., Madrid, Librería Victorino Suárez, 1927.
- GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, Eduardo, “Dos regulaciones orgánicas de la contratación administrativa”, en *Revista de Administración Pública*, N° 10, Madrid, 1953.
- GARZÓN PAREJA, Manuel, *Historia de la Hacienda de España*, tomo. 1, Madrid, IEF, 1984.
- GÓMEZ GONZÁLEZ, Manuel, “Concesiones de Ferrocarriles”, en Luis Moutón y Ocampo, *Enciclopedia Jurídica Española*, Barcelona, Francisco Seix Editor, 1910, tomo 7.
- HELGUERA QUIJADA, Juan, “Las reales fábricas”, en Francisco COMÍN y Pablo MARTÍN ACEÑA, *Historia de la empresa pública en España*, Madrid, Espasa-Calpe, 1991.
- LÓPEZ-AMO Y MARÍN, Ángel, “Estudio de los contratos de obra artística de la Catedral de Toledo en el siglo XVI”, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, N° 19, Madrid, 1948.
- MARTÍNEZ ALCUBILLA, MARCELO, *Diccionario de la administración española, peninsular y ultramarina*, Madrid, Imp. de la V. é Hijas de A. Peñuelas, 1868-1870, apéndice de 1901.
- MEILÁN GIL, José Luis, “La actuación contractual de la Administración Pública Española. Una perspectiva histórica”, en *Revista de Administración Pública*, N° 99, Madrid, 1982.
- OLIVAN, Alejandro, *De la Administración pública con relación a España*, Madrid, IEP, 1954.
- PEMÁN GAVÍN, Juan Marín, *Régimen jurídico del Servicio de Correos*, Madrid, INAP, 1983.
- PÉREZ OLEA, Manuel, “La Ordenanza Postal y las tarifas del servicio de Correos”, en *Revista de Administración Pública*, N° 32, Madrid, 1960.
- RIVERO Y SERN JOSÉ LUIS, *El contrato administrativo de suministro*, Sevilla, Instituto García Oviedo, 1976.
- RODRÍGUEZ DE HARO, Francisco, “La concesión administrativa de servicios (reseña histórica)”, en *Revista de Estudios de Vida Local*, N° 203, Madrid, 1979.
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Sobre la génesis del Derecho Administrativo Español en el siglo XIX (1812-1845)*, Sevilla, Instituto García Oviedo, 1973.
- SUAREZ MENÉNDEZ, Roberto, “La industria militar”, en Francisco COMÍN y Pablo MARTÍN ACEÑA, *Historia de la empresa pública en España*, Madrid, Espasa-Calpe, 1991.

TORTELLA CASARES, Gabriel, *Los orígenes del capitalismo en España*, Madrid, Ed. Tecnos, 1973.

VICENS VIVES, Jaume, *Curso de Historia económica de España*, 9ª ed., Barcelona, editorial Vicens Vives, 1985.

Estudios
sobre procesos históricos

EL PROCESO DE REFORMA AGRARIA
EN CHILE:
UN ANÁLISIS CRÍTICO DE LA REVOLUCIÓN

THE PROCESS OF AGRARIAN REFORM
IN CHILE:
A CRITICAL ANALYSIS OF THE REVOLUTION

*Julio Alvear Ravanal**

Resumen

El estudio aborda el proceso de Reforma Agraria en Chile desde el punto de vista jurídico y social. Mediante el análisis en paralelo de los orígenes político partidistas del proceso, sus impulsores y las contradicciones ideológicas de la reforma, plantea cómo las normas jurídicas fueron primero forzadas, mal interpretadas y finalmente cambiadas hasta ser desconocidas por los mismos que las habían dictado, en un proceso que se encuadra dentro de la noción de “Revolución”.

Palabras clave: Reforma agraria, Eduardo Frei Montalva, Revolución.

Abstract

The study approaches the process of Agrarian Reform in Chile from the legal and social point of view. Across the analysis in parallel of the origins politician partisan of the process, his impellers and the ideological contradictions of the reform, it raises how the juridical procedure were first forced, badly interpreted and finally changes of direction up to not being known by the same ones that had dictated them, in a process that is fitted inside the notion of “Revolution”

Key words: Agrarian Reform, Eduardo Frei Montalva, Revolution

La Reforma Agraria chilena abarcó dos periodos presidenciales plagados de cambios revolucionarios, acompañados de violencia y sinsabores, todo

* Historiador. Texto recibido el 1 de julio de 2017 y aceptado para su publicación el 23 de agosto de 2017. Correo electrónico: jalveart@yahoo.com

lo cual recordamos junto con las personas que de algún modo influían, protagonizaban o conducían los principales hechos ocurridos.

En aquellos años, a los observadores locales les parecía asombroso que muchas de las ideas sostenidas por los inspiradores y promotores de la Reforma Agraria chilena provinieran del clero católico y de sectores derechistas, por lo cual en estas páginas se ha hecho necesario detallar nombres y apellidos de tales personajes y la filiación de cada uno. Tampoco se podría olvidar entre los efectos del proceso reformista agrario, la desaparición del inquilinaje y la sustitución del antiguo patrón de fundo por el nuevo tipo de empresario surgido después de 1973.

1) *Propiedad y revolución*

En tiempos de la cristiandad latina, la unidad de la Iglesia en torno al Papa era la base de la coordinación político-religiosa de la *res publica christiana*, como se suele denominar aquel reino sin fronteras habitado por múltiples razas y donde los señores y los reyes aceptaban la supremacía pontificia. Esta triple unidad cayó demolida por la Reforma Protestante, pues según lo advierte Hilaire Belloc, separarse del papado no es solo una negación de la unidad de la Iglesia sino un acto que contiene en potencia la corrupción progresiva¹. Como resultado del asalto revolucionario, la condición corporativa de la sociedad sufrió un sacudimiento y el sentido corporativo que caracterizaba a la cristiandad fue paulatinamente disolviéndose. A su vez, la de competencia se hizo cada vez más vigorosa y la usura comenzó a ser considerada beneficiosa, aparejados ambos rasgos con la doctrina de Juan Calvino, según la cual el hombre tiene el deber de enriquecerse. Bajo estas fuerzas gemelas de competencia y usura, los países protestantes se enriquecieron e iniciaron una banca, un comercio y una producción más activos.

La acumulación de enormes sumas de capital en pocas manos y la existencia de masas de proletarios, habiendo estos últimos perdido sus modestos medios de producción, hacen aparecer en su momento una sociedad en crisis que se aproxima a un desastre².

Dentro del mundo de la monarquía hispánica, esa *Christianitas minor*, donde se conservó el espíritu corporativo destruido en el Viejo Mundo por la reforma protestante, y que fue defendida por la corona

¹ Monseñor Henri DELASSUS, *La conjuración anticristiana*, pp. 16 y 19; Hilaire BELLOC, *Cómo aconteció la Reforma*, pp. 19, 238-239.

² DELASSUS, *op. cit.*, pp. 240, 241; BELLOC, *op. cit.*, pp. 129-132, 154-155.

castellana, produjo el poblamiento del reino de Chile, sociedad que desde el Maule al norte fue esencialmente agraria. La ruralización de la vida durante el siglo XVII chileno reafirmó la fisonomía señorial y patriarcal de la hacienda, cuyos orígenes habían sido las mercedes de tierras otorgadas a los conquistadores y a sus descendientes³. Varios autores coinciden en señalar como características principales de los terratenientes sureños de aquellos siglos XVI y XVII su don de mando, su valer personal, sus hábitos de gran señor, su espíritu público y un carácter específico en el que, además de su religiosidad, se destacaba el talante señorial con determinadas notas estéticas y morales. Por todo ello es que, más que una forma de propiedad, se consideraba la hacienda como un soporte de la familia y símbolo del apellido, rasgos estos compartidos por patronos, inquilinos, empleados, artesanos y sirvientes, por lo cual al interior de la hacienda se daban complejas relaciones de amistad entre miembros de distintas clases sociales⁴. Lo ya descrito constituía parte importante del orden cristiano construido durante la época señorial.

Como señala Enrique Brahm, nieto de “latifundistas” expropiados, el siglo XIX o siglo de la burguesía se identifica con un concepto de propiedad privada absoluto, garante de la libertad individual. Propiedad y libertad pasaron a ser dos términos ligados entre sí y con la cultura liberal dominante, a partir de 1800. De acuerdo con la ideología liberal, el burgués propietario debía ser la figura central del periodo⁵.

Un creciente espíritu estatista respecto a la propiedad privada, se vio reflejado en aquel proceso de socialización sustentado por todos los gobiernos chilenos desde 1925 en adelante y que utilizaron, para tales efectos, una profusa legislación restrictiva que desembocó en la Reforma Agraria, que en la práctica hizo desaparecer la propiedad privada individual en el sector agrario de nuestro país⁶.

En la tradicional forma de vida llevada a cabo en la hacienda campesina, cuya sociedad jerarquizada y convivencia armónica entre las clases sociales perduraron en nuestro país hasta la década de 1960, tanto patro-

³ Mario GÓNGORA, *Estudios sobre la historia colonial de Hispanoamérica*, pp. 117, 152 y 154; Mario GÓNGORA, *Encomenderos y estancieros*, pp. 120; FRANCISCO A. ENCINA, *Historia de Chile*, tomo VI, p. 41, tomo VII, p. 51; José MEDINA, “De la hacienda a la empresa”, pp. 104-106.

⁴ ENCINA, *op. cit.*, tomo VII, pp. 48 y 50; MEDINA, *op. cit.*, pp. 104-106.

⁵ Enrique BRAHM, *Propiedad privada sin libertad: 1925-1973*.

⁶ *Op. cit.*, p. 167 y ss. Recordemos el Comisariato General de Subsistencias y Precios creado en 1932 por la República Socialista de Carlos Dávila y su ministro Juan Bautista Rossetti, que entre sus principales funciones tenía la fijación de precios, lo cual dio por resultado una inflación descontrolada, acaparamiento, escasez y racionamiento de productos y descapitalización de los agricultores.

nes como inquilinos sentían apego especial por el pedazo de tierra, que era el fundo o la hacienda. Unos, porque valoraban la propiedad como el legado de los antepasados y apreciaban los vínculos entre propiedad y familia; los otros, porque guardaban lealtad a sus patrones y sabían pesar el aporte que cada generación incorporaba a la propiedad en la cual vivían y trabajaban, aporte este que se agregaba a dicha propiedad a través de las mejoras, esfuerzos y sacrificios de varias generaciones⁷. En general, en Chile los provincianos eran políticamente conservadores y mantenían costumbres austeras enraizadas con la tierra, que los llevaban a desconfiar de las reformas⁸. Allá por el año 1956, se podía constatar en la Escuela de Derecho de la Universidad Católica de Chile que los alumnos provenientes de provincias se inscribían en el Partido Conservador y votaban por sus candidatos siendo ello considerado como algo de perfecta normal, pues los conservadores obtenían una respetable votación en las elecciones a lo largo de nuestro país, muy por encima de falangistas, socialistas y comunistas⁹.

La alta votación conservadora tenía su causa, por una parte, en el catolicismo confesional del Partido Conservador y, por otra, en los sufragios de los trabajadores del agro y de los católicos provincianos¹⁰.

La correlación de fuerzas comenzó a cambiar en la década de 1960 con el crecimiento demócrata cristiano que llegó a su apogeo en 1964, momento en el que se inyectó en nuestro país gran cantidad de dinero para obtener un contundente triunfo en las elecciones de Presidente de la República de ese año y parlamentarias de 1965.

Citando fuentes izquierdistas, se ha afirmado que la Democracia Cristiana recibió dinero del gobierno de Estados Unidos y de los obispos católicos alemanes por medio del jesuita Roger Vekemans, director del Centro para el DESAL¹¹.

⁷ Mariano LATORRE, *Chile, país de rincones*, pp. 7-8; Alberto CABERO, *Chile y los chilenos*; Sergio Villalobos, *Historia de los chilenos*, pp. 188-190. ENCINA, *op. cit.*, tomo VII, pp. 48 y 50.

⁸ Sofía CORREA, Consuelo FIGUEROA, Alfredo JOCELYN-HOLT, Claudio ROLLE y Manuel VICUÑA, *Historia del siglo XX chileno*, p. 220; ENCINA, *op. cit.*, tomo VII, pp. 48 y 50; Arnold J. BAUER, *La sociedad rural chilena*, pp. 196-197; José BENGÓA, "La comunidad perdida", pp. 16-20.

⁹ Sergio GUILISASTI TAGLE, *Partidos políticos chilenos*, pp. 28, 141, 208, 266 y 319.

¹⁰ BAUER, *op. cit.*, p. 197. CORREA, FIGUEROA, JOCELYN-HOLDT, ROLLE y VICUÑA, *op. cit.* pp. 220-221, afirman los autores que el sufragio rural era casi por completo cautivo, a disposición de los terratenientes, lo cual despertaba la animosidad de las corrientes revolucionarias.

¹¹ George W. GRAYSON, *El Partido Demócrata Cristiano chileno*, p. 364. Durante décadas los dirigentes del PDC y la familia Frei en particular, negaron estos aportes. Solo con la liberación de los archivos de la CIA en el 2000 se pudo comprobar la veracidad de estas ayudas. Otros autores se refieren al mismo tema: Sofía CORREA SUTIL, *Con las riendas*

Por eso, se dice que la situación política de nuestro país durante la década de 1960 fue decididamente manejada por el dinero proveniente del extranjero y por un sector de la Iglesia Católica chilena conducido por el cardenal Raúl Silva Henríquez, el obispo Manuel Larraín Errázuriz y el padre Roger Vekemans SJ¹².

2) Inspiradores de la Reforma Agraria

En 1957, llegó a nuestro país el jesuita belga Roger Vekemans quien diseminó en el sector progresista de la Iglesia Católica, la idea de efectuar cambios profundos en las estructuras vigentes. Esta idea aplicada al agro se plasmó en el programa presidencial de la Democracia Cristiana en 1964¹³.

El pensamiento reformista de este jesuita parte de la base que tanto la propiedad privada de la tierra como la institución familiar son fuentes evidentes de desigualdades y las desigualdades son injustas en sí mismas. Pero este pensamiento revolucionario se contraponen con la doctrina de la Iglesia Católica, la cual establece que propiedad y familia son instituciones que resultan del orden natural establecido por Dios y se fundamentan en el Decálogo¹⁴.

Con lo dicho, queda claro que el pensamiento del sector progresista de la Iglesia partía en aquellos años de los mismos principios socialistas que la izquierda chilena. Veamos a continuación el rumbo que continuó tomando esta aproximación. En 1959 el presbítero Eduardo Kinnen Georgen, oriundo de Luxemburgo, fue contratado por la Universidad Católica de Chile como profesor de la Facultad de Ciencias Económicas y Sociales y asesor de la Unión de Campesinos Cristianos fundada otrora por el

del poder, pp. 249, 262-263. Eduardo Frei Montalva recibió dos millones seiscientos mil dólares para su campaña electoral y ciento setenta y cinco mil dólares más para alcanzar la mayoría parlamentaria en 1965. Arturo FONTAINE, *Todos querían la revolución*, pp. 34-35, 38 y 52, afirma que el embajador de USA Edward M. Korry estimaba que la ayuda entregada a la Democracia Cristiana en esa ocasión ascendía a veinte millones de dólares, incluidos tres millones de la CIA. Además, durante la campaña electoral se distribuyeron casa por casa paquetes de alimentos, medicinas y otros artículos de mercadería importada por Caritas, manejada entonces por monseñor Raúl Silva Henríquez.

¹² Jaime ETCHEPARE, "Decadencia y eclipse de la organización conservadora en Chile", pp. 16-186; GRAYSON, *op. cit.* pp. 449, 257-265.

¹³ Diario *El Mercurio*, Santiago, 24 de octubre de 2007, p. C-6, En 1970 Roger Vekemans se instaló en Colombia con su equipo de trabajo.

¹⁴ Monseñor Antonio DE CASTRO MEYER, monseñor GERARDO DE PROENÇA SIGAUD, Plinio CORREA DE OLIVEIRA y Luis MENDONÇA DE FREITAS, *Reforma Agraria. Cuestión de conciencia*, p. 47.

jesuita Alberto Hurtado. Además de propiciar el diálogo entre católicos y marxistas, el padre Eduardo Kinnen publicaba en 1969 *El humanismo social de Marx* tratando de demostrar que Karl Marx no era materialista¹⁵.

Si bien, la denominación “progresista” o liberal para referirse al clero reformista fue utilizada por los periodistas que cubrían el desarrollo del Concilio Vaticano II¹⁶, tal denominación se venía extendiendo desde principios de la década de 1960, y a los chilenos de aquella época nos preocupaba el aumento del número de progresistas y la difusión de sus ideas. Así las cosas, hacían noticia los sacerdotes progresistas: Jorge Gómez Ugarte, rector del Instituto Luis Campino; Francisco Vives Estévez, organizador de reuniones de grupos universitarios en la parroquia Santa Ana; los jesuitas José Aldunate Lyon, provincial de la Compañía de Jesús y Carlos Aldunate Lyon, rector de la Universidad del Norte; Hernán Larrain Acuña, director de la revista *Mensaje*; Juan Ochagavía Larraín del Centro Bellarmino; Mario Zañartu Undurraga, director del Centro de Estudios Sociales; Manuel Ossa Bezanilla, subdirector de *Mensaje*, Gonzalo Arroyo Correa, director de Cristianos para el Socialismo; Juan Bagá, director de DILAPSA y director de la revista *Pastoral Popular*, Joseph Comblin, profesor de la Facultad de Teología de la Universidad Católica de Chile; Rafael Sánchez González, experto publicitario; Ignacio Vergara T., director del grupo “Iglesia joven”, que en 1968 se tomó la catedral de Santiago. En la jerarquía chilena, monseñor Manuel Larraín Errázuriz, monseñor Bernardino Piñera Carvallo, monseñor Fernando Ariztía Ruiz, monseñor Raúl Silva Henríquez, monseñor Gabriel Larraín Valdivieso, monseñor Carlos González Cruchaga y monseñor Ismael Errázuriz Gandarillas¹⁷.

Según se puede observar, los “progresistas” aquí mencionados procedían en su mayoría de familias pertenecientes a la élite burguesa santiaguina¹⁸. La responsabilidad histórica de estos personajes en los hechos que

¹⁵ *Diario El Mercurio*, Santiago, 5 de mayo de 1969.

¹⁶ Javier RAYNNE, *Cartas desde el Vaticano*, pp. 91 y 128, el Concilio se realizó entre 1962 y 1965. George BULL, *Política vaticana*, pp. 32-33, 74 y 105. Ralph WILTGEN S.B.D., *El Rin desembocado en Tiber*, pp. 37, 54-55, 59, 149 y 171.

¹⁷ Salvador VALDÉS, *La Compañía de Jesús. ¡Ay Jesús qué compañía!*, pp. 26, 40, 133. Teresa DONOSO, *Historia de los cristianos para el socialismo en Chile*, pp. 50-51, 56 y 75, en este trabajo la autora recoge datos del estudio realizado en Chile, 1968, por Thomas Sanders, profesor de la Brown University de USA acerca de los obispos progresistas de nuestro país.

¹⁸ ENCINA, *op. cit.*, tomo XII, pp. 194, tomo XIII, pp. 11; María Rosaria STABILI, *El sentimiento aristocrático*, p. 106. Sergio VILLALOBOS, *Origen y ascenso de la burguesía chilena*, p. 63, la élite burguesa santiaguina conocida también como élite castellano-vasca, a principios del siglo XIX la formaban cuarenta familias –no más de doce apellidos– que, dado el estrecho emparentamiento por sucesivos matrimonios entre sí y su residencia en Santiago,

vendrían a continuación resulta indesmentible. Prohijados por el cardenal Raúl Silva Henríquez, su labor consistió en introducir la utopía de que la reforma agraria sería la respuesta a todos los problemas sociales del país.

Entrevistado en 1962 por el semanario *Ercilla*, el jesuita Hernán Larraín Acuña exponía con claridad el pensamiento de la Iglesia progresista introducido en Chile por el padre Roger Vekemans:

“Soplan aires revolucionarios. Una inmensa y cada vez más creciente mayoría exige un cambio, un cambio rápido, profundo, total de estructuras. Y si es necesaria la violencia está dispuesta a usar la violencia. Lo esencial de la revolución es el cambio de estructuras. Hay que acabar con el orden actual y comenzar desde cero”¹⁹.

El mismo semanario *Ercilla* un par de años después reproducía las siguientes palabras del jesuita Mario Zañartu: “En América Latina no se puede ser cristiano sin ser revolucionario”²⁰.

El editorial de la revista *Mensaje* de octubre de 1968 establecía que en Chile todo lo viejo pasó y ahora todo lo que se viene es nuevo, agregando: “se debe crear una Iglesia nueva que nada tenga que ver con la antigua”²¹.

Esta iglesia nueva que construían en 1968 los progresistas, resultaba ser del todo opuesta a la antigua, o mejor dicho, la Iglesia tradicional. Estábamos, pues, ante dos iglesias, con antagónicas doctrinas, contrapuestas visiones del mundo, diferentes liturgias, distintas ideas de justicia, libertad, propiedad y familia; además, con contradictorias versiones bíblicas y con dos nociones de la misa que difieren fundamentalmente entre sí²².

En Chile toda la actividad desarrollada por el sector progresista de la Iglesia pudo hacerse realidad por las donaciones de países desarrollados y

no tenía el carácter de nacional, sino, el oligárquico de una sola y extensa familia opulenta que acaparó para sus miembros el poder, los honores y los empleos públicos.

¹⁹ Revista *Ercilla*, N° 1436, Santiago, junio 28 de 1962, los mismos conceptos se repiten en revista *Mensaje* N° 115, Santiago, diciembre de 1962.

²⁰ Revista *Ercilla*, N° 1552, Santiago, 30 de septiembre de 1964.

²¹ Revista *Mensaje*, N° 173, Santiago, octubre de 1968.

²² Atila SINKE, *En las aguas turbias del Concilio Vaticano II*, tomo 1, pp. 134-135, 145 a 248, Esta idea de las dos iglesias nació del cardenal Leo José Suenens, jefe de los progresistas, al afirmar que el Concilio Vaticano II daba por clausurada la Iglesia existente. Fernando ORTEGA, *Comunidades cristianas de base*, pp. 7, 9, 11 y 13. Para los católicos tradicionalistas la santa misa es un sacrificio que contiene tres dogmas: la presencia real de Nuestro Señor Jesucristo en la hostia consagrada, la característica sacramental de la eucaristía y su característica sacrificial, además de estar dotada la misa de la divina virtud transubstanciadora. Para los progresistas en cambio, es una cena comunitaria conmemorativa. Durante varias generaciones los católicos recurriamos a la *vulgata latina* hasta que DILAPSA comenzó a repartir la biblia protestante que contiene muchos errores.

de la Alianza para el Progreso. Entre 1960 y 1964, treinta y cuatro millones de dólares; entre 1965 y 1970, casi treinta y seis millones de dólares provenientes de Europa y Estados Unidos.

En forma paralela a la acción eclesiástica, la conferencia de cancilleres en Punta del Este, firmaba un compromiso o pacto de Alianza para el Progreso destinado a impulsar proyectos de reforma agraria en todos los países miembros, para lo cual Estados Unidos se comprometía a entregar veinte mil millones de dólares a lo largo de una década²³.

Los organismos internacionales FAO, CEPAL, OEA y BID, crearon en 1961 el CIDA para recoger y estudiar información necesaria a fin de desarrollar proyectos de Reforma Agraria. El primer director ejecutivo de CIDA fue Hugo Trivelli y hasta 1964, en que fue nombrado ministro de Agricultura por Eduardo Frei Montalva. El informe de CIDA 1962-1963 lo publicó y analizó el jesuita Gonzalo Arroyo en la revista *Mensaje*²⁴.

El 26 de junio de 1962, el obispo Manuel Larraín Errázuriz dio comienzo al proyecto de reforma en el fundo Los Silos de la Arquidiócesis de Talca y poco después, el cardenal Raúl Silva Henríquez inició los proyectos en los fundos Las Pataguas y Alto Melipilla, seguidos por los correspondientes a los fundos Alto Las Cruces y San Dionisio, cada uno de ellos bajo la forma de cooperativa. A cargo de los proyectos, los prelados designaron comités técnicos que en junio de 1963 dieron origen al IMPROA, constituido principalmente por militantes demócrata cristianos²⁵.

Desde 1960 en adelante, en las universidades se organizaron seminarios y cursos dirigidos a los estudiantes, así como también a los profesionales del sector público e, incluso, particulares. Además, se publicaron diversos estudios y antecedentes que sensibilizaron a la opinión pública sobre la gravedad de la situación agrícola. Por todos lados se repetía con majadería que el problema necesitaba de la Reforma Agraria como la única solución²⁶.

Esto, unido a la presión de organismos internacionales y del sector progresista de la Iglesia en el mismo sentido, se sumó el interés por legislar acerca del problema del agro chileno, interés que alcanzaba a los partidos políticos que gobernaban con el presidente Jorge Alessandri Rodríguez.

De esta manera, se formó una comisión de magnates compuesta por el radical Roberto Wachholtz Araya, el liberal Pedro Opazo Cousiño y el

²³ CORREA, FIGUEROA, JOCELYN-HOLT, ROLLE Y VICUÑA, *op. cit.*, pp. 218-219. José GARRIDO, Cristián GUERRERO y M. Soledad VALDÉS, *Historia de la Reforma Agraria*, p. 92.

²⁴ Diario *El Mercurio*, Santiago, 12 de septiembre de 1966.

²⁵ GARRIDO, GUERRERO y VALDÉS, *op. cit.*, p. 95, los primeros proyectos de reforma se llevaron a efecto en fundos de la Iglesia.

²⁶ *Op. cit.*, p. 95.

conservador Jorge Larraín Valdivieso, comisión que elaboró un proyecto de Reforma Agraria publicado el 10 de marzo de 1960²⁷.

Al tomar posesión de su cargo el 29 de junio de 1961, el arzobispo de Santiago Raúl Silva Henríquez insistía en la urgencia de emprender la Reforma Agraria²⁸.

En la cuaresma de 1962 se publicó la *Pastoral colectiva del episcopado*, donde se afirmaba que había llegado la hora de iniciar las expropiaciones de predios agrícolas particulares. Poco después, el 18 de septiembre de 1962, veinticuatro arzobispos y obispos chilenos firmaban una pastoral que establecía que todo cristiano tendrá que apoyar los cambios institucionales, tales como una auténtica Reforma Agraria, la reforma de la empresa, la reforma tributaria, la reforma administrativa y otros cambios similares²⁹.

Al tomar en sus manos las banderas progresistas, los obispos iniciaban un proceso que conducía directamente a la gran crisis en que caería la Iglesia en Chile. Desde luego, tal desastre afectaba en primera instancia al Partido Conservador dentro del cual la mayoría repudiaba el progresismo clerical y no consideraba buena idea legislar en esos días sobre la tenencia de la tierra³⁰. Sin embargo, el 29 de mayo de 1962 fue enviado el proyecto de Reforma Agraria desde el propio gobierno de Jorge Alessandri a la Cámara de Diputados, firmado por el ministro de Agricultura Osvaldo Sandoval Vargas, radical; y el de Tierras y Colonización, Julio Phillipi Izquierdo, conservador.

Durante el debate de dicho proyecto, el demócrata cristiano Renán Fuentealba Moena expresó la discrepancia de su partido con el proyecto, por la forma de propiedad en él contenida, ya que los demócrata cristianos propiciaban la “propiedad comunitaria”, definida por el mismo Renán Fuentealba como “la que pertenece en común a quienes la trabajan”. En todo caso, dicho proyecto del gobierno fue aprobado el 27 de noviembre de 1962 como ley N° 15.020³¹.

²⁷ GARRIDO, GUERRERO y VALDÉS, *op. cit.*, p. 90, trece párrocos de la provincia de Aconcagua enviaron una carta pública al presidente Jorge Alessandri fechada el 14 de junio de 1961, exigiendo que la Reforma Agraria debería considerar una redistribución de la tierra para que también la posean quienes verdaderamente la trabajan

²⁸ Revista *Ercilla*, Santiago, 5 de julio de 1961.

²⁹ SOCIEDAD CHILENA DE DEFENSA DE LA TRADICIÓN, FAMILIA Y PROPIEDAD, *La Iglesia del silencio en Chile*, pp. 29 y 35; GARRIDO, GUERRERO y VALDÉS, *op. cit.*, p. 90.

³⁰ Una minoría conservadora encabezada por el diputado Fernando Ochagavía Valdés, partidario de una reforma agraria morigerada, terminó convenciendo a la Junta Ejecutiva del Partido Conservador de aprobar el proyecto de ley enviado al Congreso por el gobierno de Jorge Alessandri.

³¹ GARRIDO, GUERRERO y VALDÉS, *op. cit.*, pp. 113-115. Esta misma ley N° 15.020 permitía transformar la Caja de Colonización Agrícola en la CORA, y el Consejo de Fomento

Pero en realidad, el meollo del asunto era la sustitución de la propiedad privada individual por la propiedad estatal y hacia allá tuvo que dirigirse el gobierno de Jorge Alessandri para hacer operable su Reforma Agraria y con ello posibilitar el pago diferido de los predios expropiados. Así entonces, fue necesario dictar la ley N° 15.295 el 8 de octubre de 1963 reformando la Constitución en el art. 10 N° 10 que limitó el derecho de propiedad privada³². Con esto los conservadores partidarios de la Reforma Agraria morigerada caían en grave contradicción, pues los papas enseñan que las limitaciones al derecho de propiedad privada afectan negativamente al bien común, en especial si dichas limitaciones llegan a suprimir la propiedad privada misma³³.

3) *Programa de la candidatura de Eduardo Frei Montalva en 1964*

A mediados del año 1964, el candidato a la presidencia de la república, Eduardo Frei Montalva, daba a conocer el programa de gobierno que, entre sus propósitos más importantes tenía la implantación de la Reforma Agraria. Destinada ella crear “cien mil nuevos propietarios”, con lo cual “costruiremos una nueva estructura social” y así podremos –decía Eduardo Frei– “erradicar la miseria” y transformar a Chile en una “comunidad justa”³⁴, agregaba dicho proyecto. Como medio de integrar a un gran número de personas en la estructura orgánica del país, el citado plan proponía “el comunitarismo”, en el que el capital y el trabajo no pertenecen ya a grupos diferentes sino que “se hallan unidos en las mismas manos”³⁵. Hoy sabemos que los diferentes estudios técnicos tomados en cuenta para confeccionar el programa de gobierno de Eduardo Frei Montalva en 1964, habían cometido un error formidable en el cálculo de la cabida total que tendría el área reformada. Este error pudo comprobarse recién a fines de 1973, cuando ya se habían agotado los mejores predios agrícolas expropiables y el máximo posible de campesinos a ubicar en toda la superficie ya expropiada entre 1964 y 1973 no superaba a los ochenta

de Investigación Agrícola en INDAP. En 1973 la CORA llegó a tener 4.622 funcionarios e INDAP, 5.070, convertidos ya en los instrumentos de la revolución comunista en Chile.

³² GARRIDO, GUERRERO Y VALDÉS, *op. cit.*, p. 243.

³³ Hector RIESLE, *La inviolabilidad del derecho de propiedad privada ante la doctrina pontificia*, pp. 61-81.

³⁴ Graysom *op. cit.*, pp. 351 y 429.

³⁵ *Ibid.*

mil individuos. Ignorantes aún del tremendo error cometido, durante el periodo de Eduardo Frei Montalva, es decir, entre 1964 y 1970 se asignaron tierras a menos de veinte mil presuntos campesinos, cuando en realidad la población rural económicamente activa total en 1960, alcanzaba a las novecientas mil ochocientas personas en todo el país. En otras palabras, Eduardo Frei Montalva no cumplió la promesa que figuraba en su programa, dejando a muchos defraudados³⁶ que comenzaron a movilizarse y a los cuales se sumaban los desengañados por la “promoción popular”. Este torrente social no pudo ser canalizado ni controlado por el gobierno demócrata cristiano³⁷.

Por otra parte, el cambio de estructuras era otra de las ideas revolucionarias inspiradas por los progresistas e incorporadas a dicho programa presidencial.

Solo bastaba con prometer la construcción de una nueva estructura social para que las masas desfilaran por la Alameda agitando banderas, coreando consignas y gritando amenazas³⁸. Hasta este momento glorioso, no se tocaban temas desagradables tales como los errores que toda empresa humana no deja de cometer. De tanto hablar y escribir acerca de la necesidad de cambiar estructuras, nadie quería oír siquiera que para cambiar una estructura es necesario, antes, demoler la vieja estructura vigente y esto tiene sus inevitables consecuencias. Como a menudo suele ocurrir, la historia humana está atiborrada de promesas revolucionarias que se han quedado en la etapa de demolición de lo existente, sin empezar nunca el arduo trabajo de construir una estructura más perfecta, transformándose así esta vana promesa en otra utopía más. En las páginas siguientes veremos si el gobierno demócrata cristiano pudo construir en Chile una nueva estructura o se limitó a destruir el orden existente³⁹.

A erradicar la miseria llamaba el programa presidencial de Eduardo Frei Montalva en 1964. Borrar de este mundo la miseria, el dolor, la enfermedad y la muerte han sido y seguirán siendo parte medular de las revoluciones modernas y, en consecuencia, están comprendidas en las moti-

³⁶ José BENGUA, *El campesinado chileno después de la Reforma Agraria*, pp. 35-37. En cuanto al error cometido que consistía en agotar las mejores tierras cultivables y regadas, tras expropiar y asentar a solo un tercio de los trabajadores del agro que había en el país, es preciso recordar que ello ocurrió porque los funcionarios escogieron primero los predios con acceso a caminos y carreteras, con riego abundante y más cercanos a las ciudades, ya que estos factores son importantes en el manejo de los costos de producción y en la administración de las necesidades de los trabajadores

³⁷ FONTAINE, *op. cit.*, p. 53.

³⁸ Gabriel VALDÉS, *Sueños y memorias*, p. 116.

³⁹ María Teresa MORÁN, “Los principios del orden político católico”, pp. 52-53.

vaciones de los progresistas chilenos, quienes hasta hoy creen que el ser humano tiene la capacidad de eliminar los males humanos con solo cambiar las estructuras sociales o económicas. Y esto, al revés de lo que piensan los sectores conservadores. Sin embargo, si los tradicionalistas o conservadores tienen razón, y al ser humano no le es posible cambiar lo ya establecido por Dios, entonces tampoco será posible borrar la miseria en este mundo por mucho que se pudieran cambiar las estructuras, porque los males no provienen de dichas estructuras sino del pecado, y fue el pecado original el que hizo caer la naturaleza humana perdiendo la entrada al Paraíso⁴⁰. Esta es la realidad concreta que los revolucionarios pretenden hacer olvidar mediante fórmulas nuevas y fáciles, aunque utópicas⁴¹.

Transformar a Chile en una comunidad justa sería, según los revolucionarios, el resultado del cambio de estructura obtenido con la Reforma Agraria. Lo “justo” es otro de los términos empleados por los revolucionarios para atraer a los incautos. Justicia, feudalismo, latifundio, igualdad, son palabras revestidas de extraordinaria riqueza sugestiva que hacen a muchos adherir al cambio de estructura. Lo malo es que estas palabras están dotadas de significados opuestos⁴². Justicia, por ejemplo, es para los revolucionarios sinónimo de igualdad, mientras que para los tradicionalistas, justicia es darle a cada uno lo que le corresponde⁴³.

Por último, propiedad comunitaria es aquella en la que capital y trabajo se encuentran en las mismas manos, decía el programa presidencial de Eduardo Frei Montalva en 1964. Esto hace reflexionar al lector porque, suponiendo realizable la construcción de la propiedad comunitaria, antes habría que eliminar la propiedad privada individual, sin olvidar que la propiedad comunitaria es idéntica a la fracasada propiedad colectiva de los comunistas, según reconoció Felipe Amunátegui Stewart, exvicepresidente de la Democracia Cristiana y exsubsecretario de Agricultura, entrevistado en 1993 por un periodista. En esta oportunidad aseveró que todos los que estuvieron encargados del proceso de Reforma Agraria querían para Chile la propiedad colectiva comunista⁴⁴.

⁴⁰ Angelo ROSSI, Joseph HÖFFNER y Joseph RATZINGER, *Hablan tres cardenales*, pp. 61-62.

⁴¹ Jerónimo CERDA, “Catolicismo social y socialismo cristiano”, pp. 292-293.

⁴² DE CASTRO MEYER, DE PROENÇA SIGAUD, CORREA DE OLIVEIRA y MENDONÇA DE FREITAS, *op. cit.*, p. 49.

⁴³ José FERRATER, *Diccionario de la Filosofía*, pp. 511-512.

⁴⁴ Revista *Mundo Diners*, Santiago, abril de 1993. En esta entrevista realizada por el periodista Luis Alberto Ganderats, Felipe Amunátegui dijo: “nosotros no queríamos hacer propietarios individuales. Ninguno de los que estábamos a cargo del proceso de Reforma Agraria queríamos propiedad individual. Queríamos mantener la propiedad colectiva y el mundo ya sabe qué destino tiene ese tipo de propiedad en el campo. Todo eso era un gran abuso.

El programa presidencial de 1964 contenía en su seno contradicciones, errores y utopías que no podían sino conducir a nuestro país al desastre político y económico.

4) *Temprana decadencia*

Entre las primeras actividades desarrolladas por Eduardo Frei Montalva al asumir la presidencia de la república estaba la de contratar numerosos demócrata cristianos en CORA e INDAP de manera que, durante todo su periodo, cientos de activistas recorrían los campos demoliendo las buenas relaciones que hasta entonces existían entre campesinos y patrones⁴⁵. Los mismos funcionarios obligaban al campesinado a convertirse al colectivismo comunista, pues todos los que participaron en la Reforma Agraria eran partidarios de la propiedad colectiva y execraron el reparto individual. Tanto es así que durante el periodo que va desde 1964 hasta 1973 prácticamente no se entregó ninguna parcela sino solo derechos sobre casa y huerto. Estos derechos se podían perder por la sola decisión de los funcionarios estatales⁴⁶. De este modo, dos ideas comunistas, la propiedad colectiva y la lucha de clases, eran repetidas por los funcionarios estatales mientras imponían la Reforma Agraria.

En 1967 se publicó un libro acerca del peligro que amenazaba a Chile de caer en el comunismo en el caso de continuar el gobierno por la ruta trazada hasta entonces. Además, no hay que olvidar que Eduardo Frei M. se había presentado ante los electores chilenos como alternativa frente al comunismo. No hubo que esperar mucho para que nuestro país pudiera constatar lo acertado de la predicción contenida en el libro *Frei el Kerensky chileno*⁴⁷.

Acercándose al término del periodo presidencial de Eduardo Frei Montalva, los observadores políticos pudieron percatarse de la pérdida de su liderazgo y de los profundos quiebres que se producían al interior del Partido Demócrata Cristiano. A modo de ejemplo, veamos a continuación los hechos concretos que quedaron registrados acerca de estas circunstancias y que se relacionaban en directo con la Reforma Agraria.

⁴⁵ FONTAINE, *op. cit.*, p. 49.

⁴⁶ BENGUA, *El campesinado...*, *op. cit.* p. 102.

⁴⁷ Fabio Vidigal Xavier DA SILVEIRA, *Frei el Kerensky chileno*; Cristián GAZMURI, "Voy a ser el Kerensky chileno", p. D-17. En Rusia Alexandre Feodorovitch Kerensky, como jefe de gobierno después de la caída del zarismo representó una política de continuas concesiones hacia los bolcheviques, los cuales después de fortalecerse con tales concesiones, lo derribaron.

Basándose en un estudio efectuado por la CORA, el ministro de Agricultura, Hugo Trivelli, garantizó a los propietarios de la hacienda Larqui que el predio no sería expropiado. Apenas terminaba de hablar, cuando Jaques Chonchol Chait, vicepresidente de INDAP, ordenó la toma ilegal del predio utilizando para ello a activistas pertenecientes a las organizaciones sindicales campesinas⁴⁸.

Según se indicó anteriormente, los campesinos en general y los inquilinos en particular preferían no ingresar a los sindicatos, situación esta que duró hasta la década de 1960.

No obstante, con la Ley de Sindicalización Campesina de 1967, comenzó a aumentar con rapidez la actividad sindical en el agro, como resultado de la demanda de tierras encauzada por funcionarios de INDAP hacia las tomas de fundos y también, debido a que los campesinos que ingresaban a los sindicatos se agrupaban de acuerdo con determinadas afinidades ideológicas: socialistas unas y cristianas las otras⁴⁹. A esto se agregaba que, en general, los inquilinos preferían la propiedad privada individual y rechazaban tanto la propiedad comunitaria como el trabajo colectivo, desconfiando de los funcionarios y de los políticos que provenían de la ciudad. Era este un factor más que contribuía a la crisis demócrata cristiana⁵⁰.

En aquellos años, en los cuales los fundos eran recorridos por numerosos activistas políticos, varios diputados y dirigentes social-comunistas y cerca de mil funcionarios de INDAP, utilizaban a los sindicalizados o a los afuerinos para tomar los predios por la fuerza, haciendas que, a su vez, eran defendidas en muchos casos por los campesinos de esos fundos, como ocurrió con la hacienda Longotoma de Carlos Ariztía Ruiz⁵¹.

La crisis al interior de la Democracia Cristiana se fue agravando de tal manera que en 1969 Jaques Chonchol y un grupo de parlamentarios renunciaron al partido y comenzaron a formar el MAPU, del cual se

⁴⁸ Renato GAZMURI SCHLEYER, "Carta al director", p. A-2. El mismo Jaques Chonchol que enseguida sería el ministro de Agricultura de Salvador Allende se oponía a pagar indemnización alguna por las tierras expropiadas y, además, iniciándose el proceso de Reforma Agraria, proponía que las expropiaciones fuesen llevadas a cabo por el gobierno movilizándolo para ello las fuerzas políticas al servicio de la Reforma, es decir, ocupando primero la tierra con miembros de los sindicatos campesinos. Aquí es preciso recordar que hasta esos días los trabajadores rurales no participaban en la actividad sindical, permaneciendo pasivos y tranquilos. Véase BENGOA, *El campesinado...*, *op. cit.*, pp. 178-180. Revista *Mensaje*, Santiago, 1962; SOCIEDAD CHILENA DE DEFENSA DE LA TRADICIÓN, FAMILIA Y PROPIEDAD, *op. cit.*, p. 40.

⁴⁹ BENGOA, *El campesinado...*, *op. cit.* pp. 181-182.

⁵⁰ *Op. cit.*, pp. 106-107.

⁵¹ GARRIDO, GUERRERO Y VALDÉS, *op. cit.*, p. 225.

separaría en 1971 la Izquierda Cristiana, exigiendo aún más velocidad y profundidad al proceso revolucionario⁵².

En 1971, Jaques Chonchol y David Baytelman, vicepresidente de la CORA, recorrían el país asegurando a los campesinos que “no habrá asignación individual de tierras”⁵³.

5) *Las víctimas*

Los revolucionarios utilizaron la Reforma Agraria como instrumento para despojar a los propietarios de sus tierras que en muchos casos habían sido recibidas en herencia de sus antepasados. También usaron la Reforma Agraria para impedir que los inquilinos usufructuaran de las tierras de sus patrones. Ambos sectores sociales, patrones e inquilinos, sufrieron, además, el robo de enseres de trabajo, animales y cosechas como efecto de las tomas⁵⁴. Hasta tal punto llegó la persecución que los inquilinos desaparecieron en Chile como clase social.

Los primeros predios expropiados en 1965 por la administración demócrata cristiana estaban ubicados en Curicó, sirviéndose la CORA e INDAP de las leyes N° 15.020 y N° 15.295, de Jorge Alessandri. Esta última, de reforma constitucional, sirvió para ejecutar sus odiosas tareas de utilizar y evitar el pago de expropiaciones, propuestas ambas hechas por Jaques Chonchol en 1962, que eran, en realidad, formas de violencia que generaban más violencia. Dichas expropiaciones de 1965 en Curicó, constituyeron un entrenamiento de agitación y violencia para los militantes socialistas, porque las tomas las había dirigido el diputado socialista Oscar Naranjo. Los propietarios del segundo fundo destinado a ser expropiado defendieron legítimamente su predio enfrentándose con Oscar Naranjo y los sindicalizados socialistas, rechazando la toma⁵⁵.

Mientras crecía la violencia en este tipo de apropiaciones y durante el tiempo, cada vez mayor, que transcurría entre una toma y el final del trámite de expropiación por parte de la CORA; el gobierno de Eduardo Frei M. envió, el 22 de noviembre de 1965, un mensaje con el proyecto

⁵² Diario *El Mercurio*, Santiago, 19 de abril de 2009, pp. D-12

⁵³ BRAHM, *op. cit.* p. 251.

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ GARRIDO, GUERRERO y VALDÉS, *op. cit.*, p. 100. Los primeros predios tomados eran Los Cristales y El Porvenir en Curicó; las haciendas Yáquil, Bellavista y Santa María de Longotoma en agosto de 1965; San José de Catemu, La Higuera y El Carmen en Aconcagua; El Retiro, El Molino, la hacienda Manantiales, Culiprán, Popeta y la hacienda El Sauce, también en 1965.

de ley, estableciendo la tabla de conversión zonal en hectáreas de riego básico y determinando también que las tierras expropiadas, se entregaban a los campesinos para que las trabajaran en forma colectiva a través de asentamientos durante un plazo prorrogable de tres años. El 28 de julio de 1967 fue publicada la nueva ley de Reforma Agraria como ley N° 16.640⁵⁶, habiéndose promulgado el 20 de enero de 1967 la ley N° 16.615 de reforma constitucional para eliminar el pago previo de indemnización al dueño y elevar a treinta las cuotas anuales que en la práctica no eran reajustables⁵⁷. Es decir, la indemnización por el predio expropiado se hacía ilusoria y junto con ella, se hacía ilusorio en nuestro país el derecho de propiedad privada.

En la comuna de Nancagua, provincia de Colchagua, estaba el fundo Puquillay de propiedad de los hermanos Elvira y José Ramón Echavarría Caro. Tenía doscientas cincuenta hectáreas planas y doscientas cincuenta hectáreas de cerros, contando con riego para doscientas de ellas, en parte de las cuales pastaban las vacas lecheras seleccionadas que producían diariamente la leche que se procesaba en el mismo fundo para transformarla en mantequilla. Dotado, además, de casas patronales, bodegas, moderno establo con energía eléctrica, corrales y maquinaria para distintas siembras, cosechas y elaboración de mantequilla.

Ocho o nueve familias de inquilinos, una docena de empleados, más o menos quince lechadoras y un administrador, constituían el personal estable del fundo⁵⁸ que rodeaba al ingeniero agrónomo José Ramón Echavarría, quien residía en aquellas antiguas casas patronales de adobes y tejas chilenas con corredores. Desde allí, salía cada día rumbo a la municipalidad de Nancagua de la cual José Ramón, miembro del Partido Conservador, era su alcalde, periodo tras periodo.

Corriendo la segunda mitad de 1967, se dejaron caer en el fundo Puquillay los activistas izquierdistas, aprovechando que los dueños se en-

⁵⁶ GARRIDO, GUERRERO y VALDÉS, *op. cit.*, pp. 120-121.

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ Los inquilinos y sus familias y allegados eran habitantes permanentes del predio, mientras que los afuerinos que no vivían en el fundo participaban en siegas y vendimias, en tanto residían en el fundo, durante periodos de distinta duración, los arrieros y carboneros. En cuanto a las lechadoras, algunas vivían en el fundo y otras en los alrededores. Entre los afuerinos se contaban los costinos y los atorrantes. Los primeros más quitados de bulla, tenían mujer e hijos, mientras que los atorrantes criaban fama de enamorados, buenos para tomar y amigos de lo ajeno. También se incluían como afuerinos a los gañanes que solían morar en villorrios cercanos y desempeñaban trabajos más mal pagados, tales como limpieza de canales y tranques, reparación de caminos y puentes, etc. Véase "Memorias de un atorrante", en *El Mercurio, Revista del Domingo*, Santiago, 6 de abril de 1986, pp. 7-9; BAUER, *op. cit.*, p. 140.

contraban por un par de días en Santiago. Descerrajaron puertas y paralizaron las actividades, desaparecieron las aves de corral, así como también, cosas de muebles y bodegas.

Siguiendo el consejo de abogados especialistas, los dueños ofrecieron el predio a la CORA y así esta tomó posesión del fundo, dejando para los propietarios una reserva y las casas, galpón y bodegas, formando en el resto un asentamiento campesino. Con tal procedimiento se aseguraba, además, que los activistas levantarán la toma y los propietarios pudieran vender en remate animales y maquinarias.

El remate se llevó a cabo durante un par de lluviosos días de julio de 1968, saliendo los bienes y animales a precios bastante bajos, pero, al menos, ello permitió que sus legítimos propietarios obtuvieron algo de dinero de aquello que, dado lo que se veía venir por la marcha del proceso de Reforma Agraria, podía terminar en una pérdida completa.

Cada día aumentaban las tomas y expropiaciones, la violencia también. Eduardo Frei Montalva expropió mil cuatrocientos diez predios correspondientes a 3.562.223 ha, mientras que Salvador Allende expropió cuatro mil seiscientos ochenta y nueve predios correspondientes a 5.873.053 ha⁵⁹.

A fines de 1969, en cumplimiento de su deber, que era impedir una toma de predio en Huiscaji, el viceprimero de Carabineros Fructuoso Gómez cayó herido de muerte en manos de los activistas⁶⁰.

En julio de 1970 la Sociedad Nacional de Agricultura y la Confederación de Sindicatos de Empleadores denunciaban la expropiación masiva de predios⁶¹. El 1 de agosto de 1970 *El Mercurio* editorializaba sobre la violencia en el campo y en su p. 29 informaba que los activistas se habían tomado veinte fundos en Chillán y quince en Melipilla⁶². El 8 de agosto de 1970 el mismo periódico informaba acerca de las pérdidas por las huelgas campesinas y tres días después respecto a la paralización en ciento cuarenta fundos⁶³.

En noviembre de 1970 fallecía Antonia Maachel de Recaldi, dueña del fundo La Tregua en Valdivia, a consecuencia de la ocupación del predio por ocupantes ilegales que raptaron a la propietaria manteniéndola como rehén, sola en la casa patronal. Aterrada, ella ingirió barbitúricos que le ocasionaron la muerte⁶⁴.

⁵⁹ GARRIDO, GUERRERO Y VALDÉS, *op. cit.*, p. 140.

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ *El Mercurio*, Santiago, 16 de julio de 1970.

⁶² *Op. cit.*, 1 de agosto de 1970, pp. 2 y 29.

⁶³ *Op. cit.*, 8 de agosto de 1970.

⁶⁴ GARRIDO, GUERRERO Y VALDÉS, *op. cit.*, p. 140.

El país se enteraba horrorizado del fallecimiento del ingeniero agrónomo Hernán Mery, funcionario de la CORA en Linares, que en medio de la trifulca que se había armado entre propietarios y funcionarios que asaltaban el predio, cayó por causa de golpes recibidos y la tardanza en recibir atención médica⁶⁵.

La revista *El Campesino* informaba en febrero de 1971 que el agricultor Juan Bautista Landarretche había sido detenido, arma en mano, por evacuar a un grupo de individuos que habían invadido su predio en Carahue⁶⁶.

Al reventarle una carga de dinamita que llevaba en el bolsillo, en marzo de 1971 murió el estudiante del MIR José Jorge Fernández que participaba en la toma del fundo Moncul de Cautín⁶⁷.

En abril de 1971, durante la ocupación ilegal del fundo Carén de Villarrica murió asesinado a balazos el agricultor de veintiocho años Rolando Matus, dueño de un pequeño predio de treinta hectáreas físicas. Los criminales eran miembros del MIR⁶⁸.

Por infarto cardíaco murió Domitila Palma, tía del propietario del fundo Brasil Sur en Lautaro. La víctima había sido sorprendida sola en el predio al ser invadido este por una poblada del MCR-MIR⁶⁹.

El 29 de abril de 1971, la CORA tomó posesión de veintidós fundos expropiados en Santa Cruz, entre ellos la hacienda Nilahue. Esta tenía derecho a reserva lo que incluía la conservación por los dueños de la casa patronal. Este derecho a reserva había sido reconocido por la CORA que lo había otorgado porque la expropiación se había llevada a cabo por extensión del predio y no por mala explotación. No obstante, los funcionarios estatales conminaron al propietario de setenta años Jorge Baraona Puelma a abandonar la casa en el plazo de dos horas con dos familiares que en su interior yacían imposibilitados de moverse. Al abandonar su hogar, sufrió un infarto cardíaco que le quitó la vida durante su obligado traslado a Santiago⁷⁰.

En mayo de 1971 hordas del MCR-MIR efectuaron el segundo asalto al fundo Brasil Sur. Los propietarios y algunos vecinos se defendieron muriendo durante el asalto el joven mapuche mirista Juan Milipán⁷¹.

⁶⁵ GARRIDO, GUERRERO Y VALDÉS, *op. cit.* p. 131.

⁶⁶ Revista *El Campesino*, Santiago, febrero de 1971, pp. 17-18.

⁶⁷ BRAHM, *op. cit.*, p. 250.

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ GARRIDO, GUERRERO Y VALDÉS, *op. cit.*, p. 140.

⁷⁰ BRAHM, *op. cit.* p. 250.

⁷¹ *Ibid.*

El enólogo Gilberto González, hijo del propietario de la viña Santa Blanca, Rancagua, es asesinado por una célula del MIR que asalta la viña en agosto de 1971⁷².

En octubre de 1971, muere el militante mapuche del MCR-MIR, Moisés Huentelaf, en el asalto al fundo Chesque de Cautín⁷³.

A pesar de que el 24 de octubre de 1970, Salvador Allende Gossens fue proclamado Presidente de la República, hubo continuidad en el proceso de Reforma Agraria al ser nombrado Jaques Chonchol ministro de Agricultura por el nuevo Presidente marxista. Recordemos que había sido vicepresidente de INDAP durante el gobierno de Eduardo Frei Montalva.

Lo primero que hizo como Ministro fue disminuir el máximo de superficie que el estado permitía como propiedad privada individual. De ochenta hectáreas de riego básico bajó a cuarenta hectáreas⁷⁴.

Del total de hectáreas expropiadas por los gobiernos de Eduardo Frei M. y Salvador Allende durante el proceso de Reforma Agraria chileno, que sumaron 9.435.276 ha, se asignó a los campesinos apenas un 33,08%, es decir, 3.296.836 h, explicando con ello el gran descontento que ocasionó dicha reforma entre quienes esperaban de ella algún beneficio material⁷⁵, descontento este que se tiene que sumar al de los despojados de sus tierras.

Según Impuestos Internos en 1965 el 84,35% de los predios, o sea, 220.519 predios agrícolas, tenían un avalúo inferior a mil escudos, siendo por tal motivo considerados minifundios y predios de escaso valor comercial. Al otro extremo, las haciendas más grandes del país con más de cinco mil hectáreas cada una, estaban constituidas solamente por 696 predios⁷⁶. Con esto se derriba el mito de que los agricultores eran latifundistas. No olvidemos que el latifundio era presentado por el clero progresista y los políticos izquierdistas como la causa estructural de todos los problemas del agro⁷⁷.

El monto en dinero recibido por los agricultores expropiados pagado en su mayor parte en bonos no reajustables a treinta años plazo durante el periodo de inflación más alto en la historia, convirtió las indemnizaciones en un injusto despojo.

⁷² BRAHM, *op. cit.* p. 140.

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ CORREA, FIGUEROA, JOCELYN-HOLT, ROLLE Y VICUÑA, *op. cit.*, p. 267.

⁷⁵ BENGUA, *El campesinado...*, *op. cit.*, p. 46; GARRIDO, GUERRERO Y VALDÉS, *op. cit.*, pp. 138 y 174. Las tierras productivas en Chile totalizan 28.162.892 ha. Se expropió un 35,4% de este total, apropiándose el Estado del 64,6% de las tierras expropiadas, vale decir, nuestro país pasó a ser un enorme latifundio estatal. GARRIDO, GUERRERO Y VALDÉS, *op. cit.*, p. 175.

⁷⁶ *Op. cit.*, p. 70.

⁷⁷ BENGUA, *El campesinado...*, *op. cit.*, p. 32.

Por otra parte, la Reforma Agraria destruyó lo más valioso que guardaba el sector campesino chileno: las costumbres tradicionales y la armonía entre las clases sociales, extinguiéndose también en medio de la catástrofe los inquilinos y los patrones, transformándose los últimos en endurecidos emprendedores, materialistas y sumamente prácticos.

6) Finaliza la Reforma Agraria

Por una parte, los muertos que dejó este proceso en Chile y, por otra, las pérdidas materiales inconmensurables producidas, llevaron al convencimiento de la necesidad de poner término cuanto antes a la Reforma Agraria en nuestro país, porque las implicaciones en la situación alimentaria y nutricional constituían solamente una parte del menoscabo material resultante⁷⁸.

El decreto ley N° 2.247 de junio de 1978 puso fin legal a la Reforma Agraria asimilando las garantías de la propiedad privada agraria a las normas generales que regían para todas las actividades nacionales. También este decreto derogó las causales de expropiación que se aplicaban hasta entonces a los predios del agro⁷⁹.

Como resultado del mencionado decreto, se regularizaron las expropiaciones devolviendo a sus propietarios la reserva legal a la que tenían derecho, reserva que no había sido respetada en muchos casos. Se entregaron títulos de propiedad individuales y definitivos a los campesinos, correspondientes a los sitios y a las unidades productivas denominadas “unidades agrícolas familiares” que formaban cada asentamiento⁸⁰. A pesar de la asistencia técnica y ayuda económica entregadas a los campesinos asignatarios para trabajar sus nuevas parcelas, algunos comenzaron a vender sus predios⁸¹. Finalmente en un sano criterio de desestatización se remataron las tierras expropiadas de las cuales se había adueñado la CORA⁸².

⁷⁸ GARRIDO, GUERRERO Y VALDÉS, *op. cit.*, pp. 149 y 151. La importación de alimentos llegó en 1973 a 555,6 millones de dólares. Siete veces superior a 1970.

⁷⁹ *Op. cit.*, p. 153.

⁸⁰ *Op. cit.*, p. 182.

⁸¹ *Op. cit.*, p. 189. En 1976 se detectó que un 4% de los asignatarios había vendido sus parcelas, subiendo al 10% en 1977. Uno de los motivos que se han dado para explicar estas ventas de parcelas ha sido la alta tributación que el Estado chileno acostumbra a exigir a todo propietario, entre los cuales figuraban ya los asignatarios de la Reforma Agraria. Tales tributos de estos nuevos propietarios eran: las cuotas por la tierra asignada, las contribuciones de bienes raíces y el cobro de las deudas contraídas por los asentamientos. *Op. cit.*, pp. 105 y 110.

⁸² *Op. cit.*, p. 182.

Durante los gobiernos de Eduardo Frei Montalva y Salvador Allende Gossens nuestro agro se asemejó a un laboratorio en el que se creaban las condiciones lo más protegidas e igualitarias posibles para quienes trabajaban en él. A partir del 11 de septiembre de 1973, el gobierno militar restableció la propiedad privada individual, organizó un Estado subsidiario y entregó al libre mercado la regulación de la economía nacional, dejando completamente entregados a su esfuerzo a los nuevos emprendedores que tenían que adaptarse a las difíciles exigencias puestas por el mercado internacional a las exportaciones chilenas.

7) *A manera de conclusión*

La llamada Reforma Agraria chilena constituye un hito en el estudio de lo que hoy llamamos políticas públicas en los países occidentales. Hito por su nefasto legado, pero que no es obra de circunstancias azarosas, sino de sus vicios de ilegitimidad de origen. Partiendo por un diagnóstico errado, el que el latifundio era la causa del atraso y pobreza del mundo campesino, diagnóstico impuesto por la torpeza de la administración Kennedy (que estaba convencido de que en Chile existían los mayorazgos) quien supeditó la entrega de los fondos necesarios para reconstruir el sur del país luego del terremoto de 1960, a la imposición de la Reforma Agraria. Negativo y equívoco fue el impulso del proceso por miembros del clero nacional, encabezados por el cardenal Raúl Silva Henríquez, quienes desconociendo en forma rampante la doctrina católica sobre la propiedad, se entregaron con ahínco a la difusión de la Reforma Agraria, que partió fracasando en sus propios fundos, donde los campesinos terminaron vendiendo las tierras. Ejecución llevada a cabo por las administraciones Frei y Allende, las cuales forzaron las normas jurídicas, las amañaron a su gusto, y finalmente las cambiaron para luego desconocerlas, en un proceso que se encuadra en forma perfecta dentro de la noción de “fraude a la constitución”. Por último, la parálisis total del agro chileno, algo insólito en un país cuya productividad agrícola en 1964 era estimada por la FAO como la más elevada de Hispanoamérica, solo detrás de Uruguay. Colofón de un proceso que solo provocó frustración social, destrucción económica y burla del derecho.

Bibliografía

- BAUER, Arnold J., *La sociedad rural chilena*, Santiago, Editorial Andrés Bello, 1994.
BELLOC, Hilaire, *Cómo aconteció la Reforma*, Buenos Aires, Emecé Editores, 1945.

- BENGOA, José, *El campesinado chileno después de la Reforma Agraria*, Santiago, Ediciones Sur, 1983.
- BENGOA, José, “La comunidad perdida”, en diario *La Época*, Santiago, 28 agosto de 1994.
- BRAHM, Enrique, *Propiedad sin libertad: 1925-1973*, Santiago, Universidad de Los Andes, 1999.
- BULL, George, *Política vaticana en el Concilio Vaticano II*, Barcelona, Editorial Oikos Tau, 1967.
- CABERO, Alberto, *Chile y los chilenos*, Santiago, Editorial Lyceum, 1940.
- CERDA, Jerónimo, “Catolicismo social y socialismo cristiano”, en *Los católicos y la acción política: Actas de la XX Reunión de Amigos de la Ciudad Católica*, Madrid, Fundación Speiro, 1982.
- CORREA, Sofía Consuelo FIGUEROA, Alfredo JOCELYN-HOLT, Claudio ROLLE y Manuel VICUÑA, *Historia del siglo XX chileno*, Santiago, Editorial Sudamericana, 2008.
- CORREA SUTIL, Sofía, *Con las riendas del poder*, Santiago, Penguin Random House Grupo Editorial, 2004.
- DA SILVEIRA, Fabio Vidigal Xavier, *Frei el Kerensky chileno*, Buenos Aires, Editorial Cruzada, 1967.
- DE CASTRO MEYER, monseñor Antonio, Monseñor Gerardo DE PROENÇA SIGAU, Pinilio CORREA DE OLIVEIRA y Luis MENDONÇA DE FREITAS, *Reforma Agraria. Cuestión de conciencia*, Buenos Aires, Editorial Andes, 1963.
- DELASSUS, Henri, monseñor, *La conjuración anticristiana*, París, Société Saint-Augustin, 1910.
- DONOSO, Teresa, *Historia de los cristianos para el socialismo en Chile*, Santiago, Emecé Editores, 1975.
- ENCINA Francisco A., *Historia de Chile*, Santiago, Editorial Nascimento, 1982, tomos VI, VII, XII, y XIII.
- ETCHEPARE, Jaime, “Decadencia y eclipse de la organización conservadora en Chile”, en *Revista Política*, vol. 14, Santiago, 1987.
- FERRATER, José, *Diccionario de la Filosofía*, Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 1951.
- FONTAINE, Arturo, *Todos querían la revolución*, Santiago, Editorial Zig-Zag, 1999.
- GARRIDO, José, Cristián GUERRERO y M. Soledad VALDÉS, *Historia de la Reforma Agraria*, Santiago, Editorial Universitaria, 1990.
- GAZMURI, Cristián, “Voy a ser el Kerensky chileno”, en *El Mercurio*, Santiago, 1 de octubre de 2000.
- GAZMURI SCHLEYER, Renato, “Carta al director”, en *El Mercurio*, Santiago, 25 de noviembre de 2000.
- GÓNGORA, Mario, *Estudios sobre la historia colonial de Hispanoamérica*, Santiago, Editorial Universitaria, 1998.
- GÓNGORA, Mario, *Encomenderos y estancieros*, Santiago, Editorial Universitaria, 1970.

- GRAYSON, George W., *El Partido Demócrata Cristiano chileno*, Santiago, Editorial Francisco de Aguirre, 1968.
- GUILISASTI TAGLE, Sergio, *Partidos políticos chilenos*, Santiago, Editorial Nascimento, 1964.
- LATORRE Mariano, *Chile, país de rincones*, Santiago, Editorial Universitaria, 1955.
- MEDINA José, “De la hacienda a la empresa”, en Hernán GODOY, *Estructura social de Chile*, Santiago, Editorial Universitaria, 1971.
- MORÁN María Teresa, “Los principios del orden político católico” en *Los católicos y la acción política*, Madrid, Fundación Speiro, 1982.
- ORTEGA, Fernando, *Comunidades cristianas de base*, Santiago, Instituto Arquidiocesano de Catequesis, 1973.
- RAYNNE Javier, *Cartas desde el Vaticano*, México, Diana, 1965.
- RIESLE, Héctor, *La inviolabilidad del derecho de propiedad privada ante la doctrina pontificia*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1968.
- ROSSI, Angelo, Joseph HÖFFNER y Joseph RATZINGER, *Hablan tres cardenales*, Santiago, Universidad Católica de Chile, 1985.
- SINKE Atila, *En las aguas turbias del Concilio Vaticano II*, Santiago, Impresos Omega, 2010.
- SOCIEDAD CHILENA DE DEFENSA DE LA TRADICIÓN, FAMILIA Y PROPIEDAD, *La Iglesia del silencio en Chile*, Santiago, Editorial La Sociedad, 1976.
- STABILI María Rosaria, *El sentimiento aristocrático*, Santiago, Editorial Andrés Bello, 2003.
- VALDÉS Gabriel, *Sueños y memorias*, Santiago, Editorial Taurus, 2009.
- VALDÉS Salvador, *La Compañía de Jesús. ¡Ay Jesús qué compañía!*, Santiago, Talleres Gráficos Periodística Chile Ltda., 1969.
- VILLALOBOS Sergio, *Origen y ascenso de la burguesía chilena*, Santiago, Editorial Universitaria, 1998.
- VILLALOBOS, Sergio, *Historia de los chilenos*, Santiago, Editorial Taurus, 2006.
- WILTGEN S.B.D. Ralph, *El Rin desembocado en Tiber*, Madrid, Criterio Libros, 1999.

LA CONSTITUCIÓN ENTENDIDA COMO LEY

THE CONSTITUTION UNDERSTOOD AS LAW

*Carlos A. Casanova**

Resumen

Este artículo estudia la naturaleza de la Constitución y concluye que es una ley en el sentido de la Filosofía clásica, que sujeta al pueblo en su totalidad; y que no es esencialmente un pacto, aunque pueda tener elementos pactistas. También concluye que la Constitución no es el acto por el que se funda o articula la República ni tampoco puede establecerse si no existe una juridicidad preconstitucional. Investiga, además, cuál sea la naturaleza de esa juridicidad y adhiere a la visión clásica, desechando las visiones lockeanas (tanto liberal como utilitarista), kantiana y marxista.

Palabras clave: Constitución, ley, pacto, constituyente, articulación política

Abstract

This paper deals with the nature of the Constitution. It concludes that the Constitution is Law in the sense in which this word "Law" was understood in classical philosophy. It is a Law to which the people as a whole is subject. Its nature is not in essence that of a pact even if it may have some contractual elements. The paper also concludes that the Constitution is not the founding event of a republic. The Constitution presupposes a pre-constitutional juridicity. The paper examines, moreover, what the nature of such juridicity is and adheres to the classical view, rejecting the Lockean views (both liberal and utilitarian), the Kantian view and the Marxist view.

Key words: Constitution, law, pact, constituent power, political articulation.

* Doctor en Filosofía. Profesor de Derecho Natural de la Pontificia Universidad Católica de Chile y miembro del Centro de Estudios Tomistas, Universidad Santo Tomás, Chile. Artículo recibido el 19 de abril de 2017 y aceptado para su publicación el 10 de julio de 2017. Correo electrónico: ccasanovag@santotomas.cl

I. Horizonte del constitucionalismo moderno

El constitucionalismo moderno se movió dentro del horizonte hobbesiano-lockeano. Allí yace el núcleo del “liberalismo”, que inspira en principio, el llamado “Derecho Constitucional”. Hoy no existe en estado puro, pero con todo, resulta útil exponer brevemente la filosofía política que subyace a sus trazos liberales, que es –sobre todo– la filosofía de John Locke, y que hunde sus raíces en el nominalismo ockhamista.

La única realidad natural existente es el individuo y sus poderes o “modos”¹. Los universales², las entidades colectivas³ y las relaciones morales no existen sino por “abstracción” (una colección imaginaria de cualidades sensibles) o por convención, por ley⁴ o, si acaso, en cuanto encuentran un sustrato en los individuos y sus poderes. Los individuos, por medio de su trabajo, se apropian naturalmente de los bienes de la tierra. Sin embargo, una vez que la aparición del dinero hace posible la acumulación de bienes, y, en el estado de naturaleza, nada impide que un individuo intente apropiarse por la fuerza de lo que ha producido otro. El agredido puede

¹ JOHN LOCKE, *Essay Concerning Human Understanding*, libro II, especialmente capítulos 23 (en el que se sostiene, además, que solo las cualidades primarias son reales, no las secundarias: N° 9) y 25; libro III, en especial capítulos 3-5. Tenemos ideas de relaciones, aunque solo entre dos términos (cfr. *op. cit.*, libro II, capítulo 25, N° 6), pero esas ideas son básicamente una creación del entendimiento (cfr. libro III, capítulo 5. En el n. 16 aplica a las relaciones todo lo dicho en el capítulo acerca de los modos mixtos.) En Guillermo de Ockham se encuentra una ontología semejante y una moral análoga (aunque fundada en la omnipotencia divina, no en el placer y el dolor). En cuanto a la ontología, cfr. Marilyn McCord ADAMS, *William Ockham*, vol. I, pp. 71-141 (por lo que concierne al nominalismo o conceptualismo) y pp. 215-276 (en lo que respecta a la realidad o cognoscibilidad de las relaciones). En cuanto a la ética y el Derecho, tengo un artículo aceptado y otro en evaluación: ¿Es voluntarista la ética de Guillermo de Ockham? (aceptado en *Acta Philosophica*) y “Guillermo de Ockham: ¿creador de la tradición nominalista de los derechos subjetivos?”.

² LOCKE, *Essay...*, *op. cit.*, libro II, capítulos 1 y 12 y ss; de acuerdo con libro III, capítulo 3. Cfr., también, sobre las doctrinas ockhamistas, ADAMS, *op. cit.*, vol. I, pp. 13-69.

³ Sobre el carácter convencional del origen de la autoridad y, por tanto, del estado civil, LOCKE, *Second Treatise of Government*, n. 21. Guillermo de Ockham piensa que la autoridad tiene un origen remoto en la ordenación divina, pero que la concreción de la autoridad es por completo convencional. GUILLERMO OCKHAM, “Breviloquium de principatu tyrannico”, vol. III, pp. 11, 14 y 27; vol. III pp. 13 y 43-46; vol. IV, pp. 10, 55-64 y 75-76.

⁴ Las relaciones no existen en la realidad, pero de las relaciones morales tenemos ideas solamente porque determinados modos mixtos (que existen solo por obra del entendimiento: libro III, capítulo 5), los tipos de acción, se vinculan a las prohibiciones y las sanciones de una ley, de donde se deriva su carácter de criminal o inocente. Lo que mueve al legislador humano, además, es la idea del “bien” y del “mal”, es decir, de lo que produce placer o dolor. LOCKE, *Essay...*, *op. cit.*, libro II, capítulo 28, p. 4 y ss. y libro III, capítulos 20-21.

defenderse, pero nada garantiza en ese estado, que triunfe quien tiene razón⁵. Por tanto, puesto que no hay ley sin sanción efectiva, no hay ley natural⁶. Por este motivo, los hombres, para protegerse (no por un sentido de justicia, sino de autopreservación), se reúnen y hacen un pacto de mutua defensa, que es el pacto del que surge el Estado civil⁷. Ha habido otras asociaciones humanas, pero mientras no se funden en un pacto explícito o no establezcan un gobierno parlamentario, permanecen en el estado de naturaleza, pues solo el consentimiento de los gobernados puede legitimar al gobierno. El fin del Estado civil es, por su origen, defender la propiedad e impedir que unos ciudadanos hagan daño a otros. Por esto, dentro del Estado civil, cada individuo puede buscar los fines que guste. El Derecho y el Estado solo lo atan a buscar la defensa mutua de los asociados y a abstenerse de dañar a las otras partes del pacto⁸.

II. Ataque de Karl Marx contra el constitucionalismo liberal

La debilidad explicativa de la resumida concepción de la sociedad política se hace obvia ante el ataque que le dirigen Karl Marx y Federico Engels. Estos dos autores sostienen, como John Locke, que el título natural de la propiedad es el trabajo. Pero, a diferencia del autor inglés, no tapan sus ojos ante una realidad evidente: el trabajo en la sociedad humana no es individual. Los hombres, “animales sociales”, se encuentran unidos en una comunidad en la que trabajan de forma colectiva. Por este motivo, la propiedad debe asimismo, serlo⁹.

III. Necesidad de trascender el liberalismo y la crítica marxista

No es mi interés ahora centrarme en el problema de la propiedad, sino apuntar que es cierto que la sociedad política es una empresa cooperativa. Por eso, no vivimos juntos para no dañarnos. Vivimos juntos para realizar

⁵ LOCKE, *Second...*, *op. cit.*, pp. 32, 36, 40, 46-48, 123-126.

⁶ LOCKE, *Essay...*, *op. cit.*, libro I, capítulo 1, pp. 5-13 y libro III, capítulo 28, pp. 6-13.

⁷ LOCKE, *Second...*, *op. cit.*, n. 21.

⁸ *Op. cit.*, n. 17, 22, 71, 74, 85, 89, 99, 124, 131, 135, 138-140, 212.

⁹ KARL MARX, “Communist Manifesto”, capítulo 2, p. 336.

una tarea común. Karl Marx y Federico Engels conciben esa cooperación como puramente económica. Pero nosotros no tenemos por qué aceptar esa limitación arbitraria de nuestra perspectiva. Contra dicha tesis, el hombre no es un mero “animal social”¹⁰, sino un “animal político”. El fin de la cooperación no es solo la producción. Es verdad que vivimos juntos arrastrados aún al margen de nuestra voluntad para atender a nuestras necesidades animales. Pero vivimos juntos también para alcanzar la buena vida, la vida plena¹¹. El hombre no puede florecer ni llegar a su plenitud sin el auxilio de la *polis*. La naturaleza misma de lo que los liberales llaman la “asociación política” o el “Estado”, implica por tanto, que el poder político, que surge en la historia por accidentes no planeados ni pactados, tenga una intrínseca estructura jurídica. ¿En qué sentido? En el sentido de que la autoridad que ostenta ese poder ha de buscar el recto orden que haga posible y eficaz la cooperación. Ese recto orden, que no es un conjunto de condiciones materiales o morales, sino algo más profundo, es lo que se llama el “bien común inmanente”, ordenado a un bien trascendente, del que he tratado en otro lugar¹². A ese bien común inmanente se ordena la prudencia en el gobierno, y en él se concreta lo justo general (el *ius generale, tò dikaion nomimón*), que es el objeto de la virtud más propia de la voluntad de gobernantes y legisladores¹³.

IV. Revisión de las tesis lockeanas sobre la sociedad política, del Derecho y de la ley

Respecto de las resumidas tesis lockeanas, que, como mostró la crítica de Karl Marx, son insatisfactorias, debemos observar:

- a) Que la sociedad política no tiene una realidad convencional, sino natural. Esto es así porque es necesaria para que el hombre satisfaga sus necesidades básicas, pero también para que alcance su plenitud. ¿En qué consiste esa realidad? ¿Es, por ventura, la

¹⁰ Karl MARX, *Capital, A Critical Analysis of Capitalist Production*, pp. 315-316.

¹¹ ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco* I 2, 1094a27-b10 y V 1, 1129b11-25.

¹² Carlos CASANOVA, “El bien común como regla última de la verdad del juicio prudencial”, pp. 327-363. Porque la vida contemplativa es la cumbre de la perfección humana, y la vida contemplativa es la contemplación e imitación de Dios; y porque la vida práctica o activa no puede ser perfecta si no es una participación de la contemplativa, debe afirmarse, como habría hecho Aristóteles si se hubiera expresado abiertamente sobre este punto, que Dios es el bien común trascendente.

¹³ ARISTÓTELES, *Ética...*, *op. cit.*, pp. 17-18. También, SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologiae* II-II, q. 60, a. 1, ad 4m.

sociedad política una substancia? No. Es obvio que no constituye una unidad substancial, sino más bien, un todo de orden: su realidad es accidental desde el punto de vista metafísico, aunque sea esencial desde el punto de vista ético.

- b) Que las relaciones entre los hombres pueden tener una realidad que no se reduce a los poderes de los individuos, sino que son irreductibles a ninguna otra categoría. Por esto, un hijo es hijo para siempre, aunque no haya ningún poder de ser hijo y, aunque su padre ya no ejerza el poder por el que lo engendró. De la misma manera, los ciudadanos son ciudadanos y están conectados, aunque no quieran. Por supuesto, Sócrates tenía razón en que hay un elemento voluntario en la cimentación de la sociedad política: en principio, las personas pueden emigrar si la Constitución de su patria les parece intolerable. Pero también tiene razón en que hay otro elemento no voluntario: nos ata a la patria, en primer lugar, la piedad, que supone una relación independiente de la voluntad del sujeto¹⁴.
- c) Que el Derecho no surge de un pacto, puesto que el objeto de la justicia general se constituye en cuanto hay sociedad humana, y de manera perfecta, cuando esa sociedad es política. Pero la articulación de la sociedad política no se lleva a cabo por un pacto, como hemos dicho, y como es obvio para quien estudie la historia con ojo filosófico, como Orestes Brownson¹⁵ o Eric Voegelin¹⁶.
- d) Que la base de la ley es la exigencia que hace a la razón del gobernante el bien común político, de modo que el sentido de la ley no es solo impedir que nos dañemos, sino hacer posible y promover la empresa cooperativa en que consiste la sociedad política.
- e) Aún en ausencia de ley, las acciones por las que se consuma una revolución o por las que se la aplasta, pueden ser juzgadas conforme al canon constituido por el Derecho. De la misma manera y por las mismas razones, una prescripción, aun surgida de un pacto “constitucional” en el sentido poslockeano, puede ser tenida con razón como contraria al Derecho. Así lo mostró lúcidamente Gustav Radbruch¹⁷.

¹⁴ PLATÓN, *Critón*, 50a-53a.

¹⁵ Orestes BROWNSON, *The American Republic*, pp. 91-99.

¹⁶ Eric VOEGELIN, *The New Science of Politics*, capítulo 1.

¹⁷ Gustav Radbruch “Leyes que no son Derecho y Derecho por encima de las leyes”..

*V. Necesidad de trascender las explicaciones dadas
por Herbert L. A. Hart y de Martin Rhonheimer
sobre la política, el derecho y la ley*

Entre los autores que han tratado seriamente de explicar la naturaleza de la juricidad de la sociedad política, se encuentran Herbert L. A. Hart y Martin Ronheimer. Respecto de la visión del primer autor, debe decirse que la juricidad intrínseca a la sociedad humana no puede comprenderse ni en términos liberales ni en términos utilitaristas, que son la Escila y la Caribdis entre las que se mueve Herbert Hart en su obra *Entre utilidad y derechos*. Es lamentable sí, que el agudo autor inglés parezca incapaz de salir del horizonte lockeano¹⁸. En cuanto al utilitarismo, podemos aducir primero la crítica del propio Herbert Hart, que coincide con la de Robert Nozick: esta doctrina considera a la sociedad como si fuera una substancia en la que quedan absorbidos los individuos, de modo que no se respeta la separabilidad de estos. En efecto, el utilitarismo postula que el criterio para determinar lo bueno es el mayor placer del mayor número, pero una aplicación escrupulosa de este criterio permitiría tratar como meros objetos a los individuos o matar dolorosamente a los inocentes¹⁹. Aristóteles estaría de acuerdo con esta crítica hartiana al utilitarismo: puesto que la sociedad, aunque es real y natural, no es una substancia, tal como mostró Aristóteles en su crítica al libro V de la *República*, no puede decirse que el bien común consista en un agregado colectivo de placeres. Pero el Estagirita podría añadir otra crítica: que la felicidad no se puede alcanzar sin un respeto cuidadoso del orden justo²⁰. Luego, el propio orden no puede ser un cálculo de placeres: no es algo hecho por el hombre, sino algo que mide al hombre.

Herbert Hart critica con dureza al utilitarismo, como acabamos de ver, pero rechaza también el liberalismo nozickiano, de raíz lockeana. Porque, según Robert Nozick, la “separabilidad” de las personas, violada por el utilitarismo; y la irrealidad de la sociedad, excluyen que los frutos del trabajo se sometan a contribución alguna por parte del Estado más allá

¹⁸ En la obra de John Locke se sientan las bases tanto para el futuro utilitarismo como para el futuro liberalismo. El liberalismo se funda en los *Tratados sobre el gobierno*, y en muchas otras obras de John Locke. El utilitarismo se basa, sobre todo, en los *Essay...*, *op. cit.*, vol. II, pp. 20-21, donde lo bueno se define como lo que produce placer y lo malo como lo que produce dolor. En esta obra se inspiró Helvecio, maestro de Bentham.

¹⁹ Herbert L. A. HART, *Entre utilidad y derechos*, pp. 16-20 y 22-25.

²⁰ Esto se encuentra implícito en ARISTÓTELES, *Ética...*, *op. cit.*, V 1, 1129b24-25. Así lo dijo de manera explícita Gustav Radbruch en “Leyes que no son Derecho y Derecho por encima de las leyes”, en: Gustav RADBRUCH, Ernst SCHMIDT y Hans WENZEL, *Derecho injusto y derecho nulo*, pp. 3-22.

del cumplimiento del pacto: proteger a los pactistas de enemigos externos e impedir que unos ejerzan violencia sobre otros. El Estado debe limitarse a la función de “vigilante nocturno”, y cualquier impuesto o contribución que se destine a otra función estatal, en particular, cualquier impuesto que se destine a una redistribución de las riquezas, equivale a someter a quien pague ese impuesto a trabajos forzados. Ante tan extrema opción por la libertad individual, Herbert Hart observa con falsedad que todas las medidas de redistribución social llevadas a cabo en el siglo XIX se inspiraron en el utilitarismo y condujeron a un estado de cosas más justo porque

“para una vida significativa no sólo es necesaria la protección de la libertad frente a restricciones deliberadas, sino [también lo son] las oportunidades y los recursos para su ejercicio”²¹.

Es decir, Herbert Hart critica el utilitarismo, pero no conoce otra doctrina que sirva para fundamentar una cierta justicia en las distribuciones. Pero se equivoca, aún en la evaluación de las razones históricas que dieron origen a la búsqueda decimonónica de la justicia social. Las leyes laborales del siglo XIX inglés no fueron inspiradas por el utilitarismo, sino por el cristianismo de Michael Thomas Sadler (que persuadió a Anthony Ashley-Cooper²²). a mayor profundidad, la concepción de la sociedad como un ente real y natural, pero no substancial, permite superar el *impasse* a que llega Herbert Hart. Sabemos, a la luz de la teoría jurídica y política clásicas, que el trabajo no es individual, como supusieron John Locke y Robert Nozick y, por eso, es preciso que la propiedad privada se constituya en el seno de un orden distributivo justo.

Tampoco puede concebirse la juridicidad en los términos que propone Martin Rhonheimer, que son fundamentalmente liberales. Según él, la sociedad existe de forma natural y es a eso a lo que se refieren Thomas Hobbes y John Locke cuando hablan del “estado de naturaleza”, porque el individuo tiene necesidad de cooperar con otros para satisfacer sus necesidades y para no entrar en conflicto; pero, además, para poder afirmar su individualidad y sus derechos tiene que dar origen a normas que regulen el Estado o sociedad política. La necesidad natural lleva al hombre a vivir con otros, pero para vivir conforme a la razón, moralmen-

²¹ HART, *Entre utilidad...*, *op. cit.*, p. 27. Cfr. pp. 24-28.

²² André MAUROIS, *A History of England*, capítulo III, libro VII pp. 437 y 440-441. Sobre la influencia de Michael Thomas Sadler en la reforma laboral, cfr. la voz *Michael Thomas Sadler* en *ENCYCLOPAEDIA BRITANNICA*. Sobre la adhesión de Michael Thomas Sadler al cristianismo, sir Lesley STEPHEN & sir Sidney LEE (eds.), *Dictionary of National Biography: From the Earliest Times to 1900*; voz “Michael Thomas Sadler”, en “Web of English History”.

te, necesita establecer un pacto que lo ponga en el estado civil²³. De los actos de su libertad, no de la naturaleza, surgen las normas y principios éticos o políticos que lo obligan desde el punto de vista moral²⁴, incluido el principio de solidaridad²⁵. No percibe Martin Rhonheimer, por tanto, la naturaleza jurídica inherente a la sociedad, que es previa a cualquier acto de libertad humana. Y no puede percibirla porque ha acogido el rechazo kantiano de los bienes inteligibles existentes en la realidad natural, aunque ha expresado ese rechazo con la terminología neotomista de la supuesta separación entre la razón práctica y la teórica²⁶.

VI. *La juridicidad no es fruto de un pacto*

Desde lo expuesto, puede comprenderse que es un error grave pensar que la juridicidad surja de un pacto, o expreso como el lockeano o tácito como el hobbesiano. Este error es parcial y paradójicamente compartido por Carl Schmitt en *El concepto de lo político*, y por Hans Kelsen. Ambos piensan que la política es un asunto de poder desnudo y que el Derecho se constituye a partir de una ley básica establecida por voluntad humana, dotada de poder. Así, Hans Kelsen hace surgir el Derecho de la gorgona del poder, y convierte a los juristas en esclavos de este monstruo²⁷; mientras

²³ Uso de manera intencional la terminología de la *Metafísica de las costumbres* (“Doctrina del Derecho”, segunda parte, sección primera, §§ 43 y 44, pp. 311-313 de la edición de la Academia de Berlín). En Immanuel KANT, *La metafísica de las costumbres*, porque es obvia la influencia de Immanuel Kant sobre Martin RHONHEIMER, “Lo Stato costituzionale democratico e il bene comune”, II-1 e II-3, pp. 57-122.

²⁴ RHONHEIMER, *op. cit.*, II-2.

²⁵ *Op. cit.*, II 4, a y b. La presentación de la solidaridad es contradictoria o, al menos, muy paradójica: el trascenderse a sí mismo hacia el bien del otro es un acto ineludible y en sí mismo natural, pero esto no quita la posibilidad de resistirlo con libertad y recluirse en sí mismo (II 4, a). Aunque ineludible, entonces, la autotrascendencia es un acto construido por la libertad (II 4, b).

²⁶ Stephen Brock ha hecho una interesante y muy sintética presentación sobre cómo aparece este problema en otra obra de Rhonheimer. Véase la reseña que hizo a la edición inglesa de “Natural Law and Practical Reason. Stephen BROCK, A Thomist View of Moral Autonomy”, pp. 311-315.

Por otra parte, Marin Rhonheimer concibe el origen del derecho de propiedad como separado de la justicia distributiva. En esto manifiesta su acuerdo con Robert Nozick. Según el suizo, la solidaridad es algo que no limita los derechos de los propietarios, sino que da origen en ellos a un deber, RHONHEIMER, *op. cit.*, II 4, c.. Aquí se encierran gravísimas cuestiones, pero ahora no puedo entrar en su consideración.

²⁷ Esto se presupone en su *Teoría pura del Derecho*, pero Hans Kelsen lo formuló explícitamente en una obra temprana: Hans KELSEN, *Gleichheit vor dem Gesetz*, “Veroffen-

Carl Schmitt piensa que la política se manifiesta en las situaciones extraordinarias, en las que actúa sin sujeción a norma o juridicidad alguna²⁸.

VII. Función de la Constitución

Pero si hay una juridicidad fundamental antes de que exista una constitución escrita, contra la concepción hobbesiano-lockeana que parece encontrarse en la raíz de todo el constitucionalismo moderno, ¿quiere esto decir que la Constitución escrita es inútil? No. Lo que quiere decir es que no puede entenderse como un pacto que dé inicio a la existencia de la sociedad política o de la juridicidad dentro de ella. Si se evita esta ambigüedad, de hecho la Constitución puede ser una técnica legislativa bastante útil y se puede divorciar de la filosofía hobbesiano-lockeana y acogerse a la protección de la filosofía política clásica.

En *El político*, Platón sostiene que el mejor gobierno es el que se funda en la prudencia de un rey que verdaderamente posea la ciencia política. Pero ese Rey aparece solo una vez cada varios siglos. Por eso, la segunda mejor solución es que el gobierno se sujete a la ley²⁹. En la *Política*, Aristóteles, por su parte, acepta que si hay un hombre que sobresalga en virtud y saber muy por encima de todos sus conciudadanos, ese hombre debe ser Rey³⁰. Con todo, es preferible el gobierno por leyes que el gobierno sin leyes, puesto que la política no es como las técnicas (digamos la medicina o el arte del timonel), que no buscan establecer hábitos en los sujetos a las que sirven. La política intenta producir la virtud de los ciudadanos y, por tanto, busca establecer hábitos. Para eso, requiere de la estabilidad que da la ley³¹.

Sobre la ley, el mismo Aristóteles nos dice en el último capítulo del libro x de la *Ética a Nicómaco* que es necesaria porque la política no busca solo conocer la virtud y el bien, sino hacerlos realidad. Para eso se requiere que los jóvenes reciban la *paideía* adecuada. Pero la mayoría de los hombres no obedece a la razón porque sea persuadida a ello. De un modo que recuerda a Thomas Hobbes, Aristóteles declara que la mayoría de los hombres obedece a lo razonable a causa del temor³².

tlichung der Deutschen Staatsrechtslehrer”, Heft 3, p. 55. Citado por Patricia CUENCA GÓMEZ, “Una aproximación a la *Teoría pura del Derecho* de Hans Kelsen”, p. 10.

²⁸ KARL SCHMITT, *The Concept of the Política*, 2 y 5, especialmente, p. 46.

²⁹ PLATÓN, *Políticos*, 295b-c; 297b-e; 300a-c; 301a-b.d-e; 302e.

³⁰ ARISTÓTELES, *Política* III 13, 1284b27-34 y 17, 1288a6 y ss.

³¹ ARISTÓTELES, *Ética...*, *op. cit.*, X 9, 1179b7-80a25 y *Política*, *op. cit.*, II 8, 1268b22-1269a28.

³² ARISTÓTELES, *Ética...*, *op. cit.*, X 9, 1179b10-13 y 1180a4-5.

A algunos les parece que Aristóteles exagera. No es raro, por eso, que hagan juicios políticos erróneos constantemente. Cuando ocurrió el terremoto del año 2010 en Chile, el protocolo para este tipo de situaciones aconsejaba desplegar las fuerzas de seguridad en la ciudad de Concepción, golpeada con dureza por el cataclismo. Pero el gobierno se negó a hacerlo, a causa de un extraño utopismo, al parecer. La consecuencia fue que hubo horribles saqueos. Muchos sacaron la conclusión de que el pueblo chileno está corrompido. A mi parecer, es una conclusión errónea: cuando se da una perturbación grave del orden habitual, es preciso desplegar las fuerzas del orden porque en esas situaciones sufre una sacudida el sentido de la normalidad y de la legalidad, de manera que quienes obedecen de ordinario por temor se sienten desinhibidos. En el año 2014 el gobierno había aprendido la lección: ante el terremoto del norte decidió desplegar de forma inmediata las fuerzas de seguridad.

Con todo, Thomas Hobbes y Aristóteles se encuentran en universos diferentes. Aristóteles sabe que el amor a la verdad ocupa el centro del alma de todo ser humano³³. Sabe también que, por lo mismo, es posible que algunos puedan conocer la verdad y adherirse a ella y proclamarla en la legislación. Por eso puede el Estagirita llevar a cabo una interesante clasificación de las actitudes existenciales de los hombres: unos pueden conocer la verdad y convertirla en auriga de su vida; otros, aunque no la puedan alcanzar por sí mismos, pueden ser persuadidos de manera que la obedezcan, a causa de sus virtudes o de sus nobles pasiones (como la vergüenza); otros solo la obedecen por temor; otros no la obedecen ni por temor y deben recibir castigos y, finalmente, todavía otros están en absoluto corrompidos y deben ser excluidos de la sociedad de los hombres. Aclara, además, que aun el primer tipo de hombre debe, por su propia voluntad, hacerse dependiente de otros, para evitar que el poder lo seduzca. Lo que ocurre es que, junto al señalado amor a la verdad, se encuentra en nosotros, según Aristóteles, la tendencia al placer. Esta es tanto más poderosa cuanto nuestra alma es guiada por ella antes de ser guiada por la razón³⁴. Santo Tomás y san Agustín añadirían otra observación: el amor propio con facilidad se desorbita, pues vemos todo desde un punto de vista que es ese en el que cada uno se encuentra: solo un amor esmerado al Absoluto por naturaleza puede sacarnos de la órbita del absoluto relativo que es el yo de cada uno³⁵.

³³ ARISTÓTELES, *Metafísica*, Alfa 1, 980a21.

³⁴ ARISTÓTELES, *Ética...*, *op. cit.*, X 9, 1179b7-1180a14 y II 3, 1104b34-1105a13.

³⁵ Rafael Tomás CALDERA, *Sobre la naturaleza del amor*, pp. 118-124. También, santo TOMÁS DE AQUINO, *Quaestiones Disputatae De Malo* q. 8, a. 2. Además, san AGUSTÍN, *De Civitate*, 14, 28.

El respeto a la ley, por tanto, es una necesidad política. Por supuesto, hay que convenir con Platón en que puede haber situaciones extremas en las que se justifiquen medidas extraordinarias que se aparten de la legalidad [ordinaria y promulgada por la autoridad] y aun la suspendan, si es que se cuenta con el hombre prudente capaz de identificar cuáles medidas deban tomarse³⁶. La institución de la dictadura romana, o las reformas de Solón nos dan ejemplos adecuados. Pero el caso de Solón nos permite introducir varias observaciones cruciales.

En materia política no hay recetas. Hace falta un ojo muy agudo para discernir la naturaleza de una situación y las medidas que esta requiere. Por ejemplo, si en una peligrosa emergencia se le dieran plenos poderes a un asesino o a un ideólogo totalitario, en lugar de enfrentar el peligro, lo que se estaría haciendo sería agravarlo. Platón mismo percibió esto en sus alegorías del timonel y del médico. Si estos son unos bandidos, es posible que usen su supuesto arte para saquear a sus pacientes o a sus pasajeros³⁷. Además, un verdadero Solón no tomará partido ni por los pobres ni por los ricos, cambiará el menor número posible de leyes, y volverá a la normal sujeción a la ley lo antes posible³⁸.

Por otra parte, puede ser que una situación no sea lo que los medios de comunicación nos quieren hacer creer que es. Nos encontramos en la era de la guerra psicológica y comunicacional. Con frecuencia, se presenta como una grave crisis un rasgo del lado oscuro de cualquier régimen, como hicieron los puritanos ingleses y como han hecho todos los revolucionarios desde entonces. En el capítulo II del *Manifiesto comunista* se nota un uso magistral de esta técnica: denunciar los vicios que tiene toda institución, generalizarlos, achacarlos a la institución y proponer la abolición de la institución.

La legalidad que fundamentalmente protege al régimen en nuestros días, es la legalidad constitucional. El Derecho Constitucional y la ley que le sirve de guía, sobre todo si se trata de una verdadera Constitución rígida (y no de una mampara revolucionaria), no puede suplantarse la prudencia política, pero intenta cristalizar la preocupación de las élites por la racionalidad política y proteger esa racionalidad de las manipulaciones de la irracionalidad de la mayoría por parte de potenciales tiranos demagógicos.

³⁶ PLATÓN, *Políticos*, *op. cit.*, 300c-d, 303d-305d. En realidad, Platón piensa que el verdadero conocedor del arte regio debería poder apartarse de la ley y usar la fuerza siempre que lo considerara oportuno, puesto que su saber puede encontrar reglas de acción adecuadas a cada circunstancia, mejores que las leyes escritas.

³⁷ PLATÓN, *Políticos*, *op. cit.*, 298a-d

³⁸ Nicholas HAMMOND, *A History of Greece to 322 bC*, pp. 157-160. También, PLUTARCO, "Solón", vol. I, pp. 403-499.

VIII. Constitución y régimen político

Conforme a lo dicho, la Constitución bien entendida no puede constituir una forma de autogobierno. ¿Cómo podría una verdadera ley ser expresión del autogobierno? Una verdadera ley es razón que se impone a los gobernados, quieran o no.

Uno de los rasgos distintivos de la mayor parte de las corrientes ilustradas de pensamiento reside en la pobreza de su teoría de los regímenes políticos. El nominalismo de base las lleva a negar que el saber acerca del bien común (un bien inteligible) sea la fuente de legitimación del gobierno de unos hombres sobre otros o de la ley. De aquí que postulen como única fuente de legitimación el consentimiento o la representación de los gobernados. Por eso han venido a parar (como en “¿Qué es la justicia?”, de Hans Kelsen³⁹) en que solo hay dos tipos de regímenes: la democracia, el autogobierno del pueblo, el “estado civil” que cuenta con el consentimiento de los gobernados, por una parte, y la tiranía o despotismo o dictadura o “estado de naturaleza”, por otra.

Cuando John Locke sentó las bases para este empobrecimiento filosófico, percibía aún que encierra graves problemas. Pero los escamoteó. El más obvio problema es que, no obstante si todos los ciudadanos adultos fueran ciudadanos activos y participaran en el supuesto pacto constitucional, los niños no participarían y, por tanto, el gobierno que surgiera de dicho pacto no los representaría. Cuando responde a este problema, John Locke ignora la diferencia entre propiedad y dominio eminente. En efecto, según John Locke, si los niños quisieren heredar a sus padres, en particular, si quisieren heredar sus tierras, deberán aceptar la legitimidad del gobierno establecido por los padres, que es el que garantiza esa propiedad. Al aceptar la herencia, darán su consentimiento tácito al gobierno; pero, si no quisieren dar su consentimiento al gobierno, deberán rechazar la herencia⁴⁰. Esta ficción es una suerte de *deus ex machina*, que saca de apuros a John Locke.

³⁹ Hans Kelsen, “¿Qué es la justicia?”, pp. 59-63, con la n. 20. Aquí los dos regímenes, totalitarismo y democracia, se oponen de otra manera que la señalada en el texto. La democracia sería el reino del relativismo de los valores y la tolerancia, mientras que la postulación de una verdad sobre la justicia constituiría al otro sistema, que él ejemplifica con la *República* de Platón. Le falta a Hans Kelsen (y a Karl Popper, a quien sigue en esto a aquel) un estudio serio sobre la esencia del totalitarismo. Pero ahora no podemos considerar este punto. La oposición entre el “estado civil” que se funda en el consentimiento de los gobernados, y el “estado de naturaleza” que sería despótico por no fundarse en ese consentimiento, en realidad, procede de John Locke mismo.

⁴⁰ John LOCKE, *Second Treatise of Government*, §§ 117 y 119. Esto implicaría, entre otras cosas, que ningún súbdito de un gobierno extranjero podría ser titular de bienes inmuebles.

Se palpa aquí uno de los problemas más graves del contractualismo político: no puede dar fundamento sólido y sensato al gobierno o a la ley, porque todo gobierno y toda ley entrañan una razón y una voluntad que se impone a los gobernados. No es raro, por tanto, que la expansión del constitucionalismo de tipo lockeano haya coincidido con el rosario de revoluciones y consiguientes guerras que han sufrido Occidente primero, y después Oriente, en los últimos dos siglos y medio. La revolución francesa, las guerras independentistas hispanoamericanas⁴¹, las guerras civiles españolas del siglo XIX, son todas convulsiones ocasionadas remotamente en la obra de John Locke y en la así llamada revolución gloriosa de 1688. Con razón, Orestes Brownson, en su magnífica obra, *The American Republic*, señaló que la influencia de John Locke era responsable de la Guerra de Secesión, y de la falta de justificación teórica coherente a la adecuada respuesta práctica del Norte⁴². También el inicio de la caída del zarismo, que puede situarse en 1905 con la creación del Parlamento, constituyó una capitulación innecesaria desde el punto de vista pragmático, a la ideología lockeana.

La ilustración no puede sino moverse entre el despotismo de un gobierno que sostiene que no pueden oponerse derechos contra él porque nadie sufre injusticia voluntariamente y porque él representa a los gobernados (como en la Revolución francesa y en la *Metafísica de las costumbres*⁴³); y la anarquía de unos gobernados que rechazan todo gobierno porque ninguno los representa en realidad ni puede supuestamente resistir a las causas de su corrupción (como en la obra de Pierre-Joseph Proudhon⁴⁴, no así en la de Karl Marx, por cierto).

Hoy se hace necesario recalcar un hecho palmario que, sin embargo, a menudo se oculta en los tratados de Derecho Constitucional y en los medios periodísticos con que contamos: la democracia como régimen político puro es imposible en los enormes Estados contemporáneos y, en particular, la llamada “democracia participativa” solo la invocan demagogos que aspiran a convertirse en tiranos mediante la destrucción de

⁴¹ En ellas confluyeron las teorías escolásticas y las ilustradas para promover la independencia, pero eso fue posible gracias a la abdicación de los borbones, provocada por la influencia de la Ilustración sobre sus almas y a la invasión napoleónica.

⁴² BROWNSON, *op. cit.*, capítulos IV, pp. 32-34, XII “Secession” y XIII “Reconstruction”.

⁴³ KANT, *Metafísica...*, *op. cit.*, “Doctrina del Derecho”, Segunda Parte, Sección Primera, §§ 49, Observación General (A); y 52 (prohibición de investigar el origen histórico del poder), pp. 318-323 y 339-342 de la edición de la Academia de Berlín.

⁴⁴ Véase por ejemplo, Pierre-Joseph PROUDHON, *General Idea of Revolution in the 19th Century*, “Second Study. Is there Sufficient Reason for Revolution in the Nineteenth Century?”, pp. 40-74.

la legalidad. En consecuencia, la legitimidad del gobierno depende de su sujeción a la justicia, tanto general como particular, no de su origen o naturaleza democráticos.

IX. El fondo de verdad de la concepción representacionista del gobierno

Con todo, cuando se exige que el gobierno *represente* a los gobernados, se puede estar apuntando a una exigencia de la sabiduría política, aunque se haga esto con un lenguaje inadecuado. Platón destacó la necesidad de que el gobierno esté guiado por un saber acerca de la justicia, de esa “medida invisible”, que es previa a cualquier ley escrita y que inspira cualquier ley escrita. Aristóteles aceptó este aspecto de la filosofía política platónica, pero introdujo una corrección. Su maestro suponía que el gobierno debía estar en manos de unos pocos, los “sabios”. Pero Aristóteles observó que no podía entregarse el poder a esos pocos sin introducir alguna forma de equilibrar la constitución. ¿Por qué? Adujo el Estagirita tres razones:

- 1) Los que tienen el saber político son muy pocos, y es peligroso darles todo el poder, ya que podría superar la virtud humana. Por eso es preciso mezclar el principio racional con el principio democrático. En general, el pueblo tiene que participar de alguna manera en el gobierno, a menos que esté demasiado corrompido o exista un monarca que sobresalga notablemente en sabiduría y virtud.
- 2) Platón pensaba que en artes y teatro el pueblo no era buen juez, sino que buen juez era el que sabía. Aristóteles sostuvo que eso era verdad en algunas áreas, pero que en arquitectura, por ejemplo, el que usa la obra y que experimenta su bondad o maldad, puede juzgar de alguna manera. En política, el pueblo es quien sufre las consecuencias del gobierno y puede por ello juzgar sobre la prudencia o imprudencia de una decisión política. Este principio aristotélico se puede ver antes en las *Suplicantes* de Esquilo. Entonces, aunque es necesario que haya un saber en el gobierno, sin embargo, el que recibe las consecuencias de los actos del gobierno también puede juzgar al gobierno y tiene cierto tipo de control sobre él.
- 3) Es muy peligroso e imprudente que en un régimen, los que tienen el poder de decisión sean más débiles que aquellos que no

lo tienen. Es necesario que el pueblo participe del poder para que no se subleve⁴⁵.

Es aconsejable, por tanto, que el régimen de gobierno sea mixto. Es este un rasgo en el que la concepción constitucional de John Locke podría apuntar a la verdad, si se le hacen los debidos cambios. Pero en este punto no fue original John Locke. Fue mixta la Constitución de España en el siglo XVI, como bien señaló Francisco de Vitoria⁴⁶ y, a más tardar, desde el siglo X, la de Castilla y la de Aragón, como mostró William Prescott⁴⁷. Fueron mixtas también muchas constituciones de los reinos latinos o de las repúblicas italianas o clásicas. En Chile, Jaime Guzmán tuvo éxito en establecer un régimen mixto. Tal es, asimismo, el camino que siguieron los originarios constitucionalistas estadounidenses.

XI. *Influencia clásica sobre la Constitución original de Estados Unidos*

En efecto, la Constitución original de Estados Unidos recogió una fuerte influencia clásica y una débil, muy débil, influencia ilustrada. Alexander Hamilton fue un gran filósofo político, un gran orador y un hombre en esencia, bueno. Conocedor de los clásicos, reconoció los peligros que acechaban tras el discurso democratista y utópico de muchos de sus coterreños y contemporáneos. Desarrolló prodigios retóricos para lograr que se aprobara la Constitución y dirigió la publicación de los artículos que hoy conocemos como *Los papeles de El Federalista*. Gracias a su influencia y a la de James Madison y John Jay, la Constitución estadounidense consagró un régimen mixto. Los *referenda* son sobremanera limitados para evitar la desacralización del gobierno y para lograr que el elemento democrático del régimen intervenga en el gobierno guiado por la razón y no por las pasiones que despiertan las frecuentes consultas populares. Se consagra el Senado para que en el Parlamento haya un cuerpo de hombres que no representen a la masa y que cuenten con mayor experiencia que los representantes. Se establece un sistema indirecto de elección presidencial, para evitar en lo posible el acceso de demagogos a la más

⁴⁵ Timoleón, por ejemplo, estableció un régimen mixto en Siracusa, antes de que Aristóteles lo estudiara debidamente en la *Política*. HAMMOND, *op. cit.*, pp. 577-581. PLUTARCO, "Life of Timoleon", vol VI, pp. 293-320.

⁴⁶ Francisco de VITORIA, "Sobre el poder civil", pp. 1-54.

⁴⁷ William PRESCOTT, *History of the Reign of Ferdinand and Isabella The Catholic*, tomo I, pp. 16 y 53.

alta magistratura. Se destaca como ventaja del sistema federal, el que los Estados puedan oponerse a un cambio de la Constitución por parte de un demagogo. Pero, muy destacadamente, se establece una Constitución rígida para que el Derecho proteja a las minorías contra los abusos de mayorías contingentes y a las propias mayorías de los engaños de los demagogos; y se declara que los jueces representan al Derecho y no al pueblo. A causa de esto último, los magistrados de la Corte Suprema de Justicia no son electos popularmente y son vitalicios. A todas luces este régimen no es democrático, y así lo reconoce Alexander Hamilton con desparpajo. Se trata de una “república”, es decir, en términos aristotélicos o polibianos o timoleanos, de un régimen mixto⁴⁸.

XII. Posible contenido pactista de la Constitución

Otro punto que da verosimilitud a la concepción constitucional hobbesiano-lockeana es que también puede ocurrir que la Constitución sea fruto en efecto, de un pacto en lo que se refiere a la vía para su formulación, no en cuanto a su naturaleza. Consideremos un par de ejemplos históricos para ilustrar este punto.

En el año 1958 llegaron al poder en Venezuela los partidos políticos para establecer un gobierno propiamente republicano. El primero, quizá, desde las caídas del régimen español y del breve reinado de los conservadores después de la independencia. Las circunstancias en que Acción Democrática, Copei y URD arribaron a Miraflores y al Congreso eran muy difíciles. Rómulo Betancourt había sido un marxista, pero entre 1948 y 1958 Mariano Picón Salas le había mostrado la locura intrínseca de que adolece el marxismo. Por esto, precisamente, los comunistas lo veían como a un traidor que había que eliminar. Por otra parte, una fuerte facción militar era contraria al nuevo régimen republicano. Para enfrentar las enormes adversidades, Rómulo Betancourt firmó con Rafael Caldera y con Jóvito Villalba el llamado Pacto de Punto Fijo⁴⁹. Se comprometían todos a comparecer con lealtad, en las contiendas electorales, y a unir fuerzas en la defensa de

⁴⁸ Las desviaciones del republicanismo clásico propulsadas en las últimas décadas desde la Corte Suprema de Justicia, se deben a un fenómeno que Alexander Hamilton no pudo prever: el surgimiento de lo que Eric Voegelin ha llamado de diversas maneras: “religiones políticas”, “movimientos de masas gnósticos”, “gnosticismo activista”. VOEGELIN, *The New... , op. cit.*; “The German University and the Order of German Society”, pp. 6-27. En Estados Unidos se trata de movimientos de élites.

⁴⁹ Llamado así no porque se hubiera firmado en la ciudad de Punto Fijo, sino porque se firmó en la casa de Rafael Caldera, que llevaba ese nombre.

la república frente a sus formidables enemigos. Venezuela, de hecho, tuvo que enfrentar dentro de sus límites, una guerra contra los comunistas que duró unos doce años y que incluyó dos desembarcos cubanos; y continuó Venezuela después esa guerra en Centroamérica y en otras latitudes.

Lo interesante del Pacto es que permite ver cómo varias tendencias de pensamiento pueden ponerse de acuerdo para establecer un marco republicano de acción, porque se impone la captación de la realidad y la búsqueda del bien común por encima de la diversidad de puntos de vista. En este contexto, la técnica constitucional resulta bastante útil. Gustav Zagrebelsky en *El derecho dúctil*⁵⁰ ha puesto en evidencia que algo semejante es lo que se dio en Europa con el constitucionalismo posterior a la II Guerra Mundial, y (yo podría añadir) hasta la caída de Helmut Kohl y Julio Andreotti. Diversas ideologías se vieron obligadas a convivir dentro de un marco institucional, y eso las obligó a usar un tipo de discusión racional abierto a la realidad y en el que cada parte fuera capaz de convencer y ser convencida por el adversario. Es decir, las obligó a recurrir a una lógica de discusión, una dialéctica, semejante a la clásica.

Pero aun en este contexto, debe quedar claro, primero, que el pacto no produce la articulación política, la cual, en realidad, lo precede; segundo, que el mismo pacto se da dentro de una juridicidad general que le da fuerza ética al compromiso de las partes, y que limita el espectro de acuerdos lícitos⁵¹; tercero, que la Constitución, aunque surja como fruto de un pacto, no tiene una naturaleza consensual, sino normativa. Por este motivo, el tribunal que debe aplicarla representa al Derecho, no al pueblo. Por la misma razón, el pueblo como un todo está sujeto a ella, a menos que se dé una revolución que destruya los presupuestos sobre los que se asienta esa legalidad. Este punto lo exploró Eduardo Piacenza con profundidad lógica insuperable y divertida⁵². Sostener que el poder constituyente originario esté por encima de la Constitución y que, por tanto, esta puede siempre ser reformada por referenda, aunque no estén establecidos como procedimientos de reforma, es no haber entendido ni un ápice de la naturaleza del gobierno o de la legalidad. O quizá sea sencillamente un intento de establecer una tiranía por caminos demagógicos, en el más puro estilo griego clásico⁵³.

⁵⁰ Gustav ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil*, pp. 65-92 y 115. Para una valoración crítica de este aspecto de esta obra, cfr. mi libro *Racionalidad y justicia*, capítulo III, 4C.

⁵¹ En este sentido, Herbert L. A HART, *El concepto de Derecho*, capítulo IV, donde el autor muestra que toda autoridad legislativa, por suprema que sea, está sometida a reglas.

⁵² Eduardo PIACENZA, *Sobre el uso de la noción de poder constituyente originario en el fallo n° 17 del 19/1/99 de la CSJ: algunos materiales para su discusión académica*.

⁵³ PLATÓN, *República* VIII 565a-569c. Es verdad que, cuando se da una ruptura fáctica del orden constitucional el poder emergente puede establecer una Constitución por medios

XIII. Conclusiones

He aquí las conclusiones que pueden extraerse de lo dicho hasta ahora:

- a) La Constitución no es un acto fundacional ni de la sociedad política, ni de la juridicidad;
- b) la Constitución es una ley que permite a una élite prudente gobernar la nave de la república e impedir que los demagogos la hagan encallar;
- c) puede haber situaciones extraordinarias que obliguen a apartarse de la legalidad constitucional ordinaria, pero esto solo puede tener sentido si hay hombres prudentes, justos y confiables, que puedan enfrentar con sensatez la emergencia;
- d) es falso que solo el régimen democrático sea legítimo. Si hoy existen comunidades políticas que aún guardan rasgos republicanos es porque su régimen es mixto en el sentido clásico;
- e) puede haber un elemento pactista en la Constitución, pero esto no le resta nada a su carácter de ley;
- f) fuera de los estados revolucionarios en que la Constitución pierde de hecho su efectividad y vigencia, el pueblo está obligado a respetarla y no tiene atribuciones para reformarla por medios no previstos.

Bibliografía

- ADAMS, Marilyn McCord, *William Ockham*, Notre Dame, University of Notre Dame Press, 1987.
- ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1970.
- ARISTÓTELES, *Política*, Oxford, Oxford University Press, 1963.
- ARISTÓTELES, *Metafísica*, Oxford, Oxford University Press, 1973.
- BROCK, Stephen, "Review of Natural Law and Practical Reason. A Thomist View of Moral Autonomy", in *The Thomist*, vol. 66, N° 2, Washington, April 2002.
- BROWNSON, Orestes, *The American Republic*, Wilmington-Delaware, ISI Books, 2003.
- CALDERA, Rafael Tomás, *Sobre la naturaleza del amor*, Pamplona, EUNSA, 1999.

no previstos. Esto es una obviedad. Pero es falso que el hecho de que esto haya ocurrido en Chile tres veces justifica que ahora se haga una reforma por medios no previstos sin que ocurra ningún hecho de fuerza que efectivamente rompa el hilo constitucional. Aceptar que sea posible sería un suicidio de los guardianes del orden constitucional, un permiso para que los revolucionarios rompan ese orden sin siquiera hacer uso de la fuerza.

- CASANOVA, Carlos A., “El bien común como regla última de la verdad del juicio prudencial”, en *Cuadernos Salmantinos de Filosofía*, vol. 37, ciudad, 2010.
- CASANOVA, Carlos A., ¿Es voluntarista la ética de Guillermo de Ockham?, aceptado en *Acta Philosophica*.
- CASANOVA, Carlos A., “Guillermo de Ockham y el origen de la tradición nominalista de los derechos subjetivos”, en *Cauriensia*, vol. xi, Cáceres, 2016.
- CASANOVA, Carlos A., *Racionalidad y justicia*, Santiago, Ediciones Globo, 2013.
- CUENCA GÓMEZ, Patricia, “Una aproximación a la *Teoría pura del Derecho* de Hans Kelsen”, en *Papeles del tiempo de los derechos*, N° 3, 2010. Disponible en www.Academia.edu. [Fecha de consulta: 14 de octubre de 2015].
- ENCYCLOPAEDIA BRITANNICA, Michael Thomas Sadler en la *Encyclopaedia Britannica*, en línea *online*, disponible en: www.britannica.com/biography/Michael-Thomas-Sadler [fecha de consulta: 16 de octubre de 2015].
- HAMMOND, Nicholas, *A History of Greece to 322 bC*, Oxford, Clarendon Press, 1986.
- HART, Herbert L. A., *El concepto de Derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1977.
- HART, Herbert L. A., *Entre utilidad y derechos* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003).
- KANT, Immanuel, *La metafísica de las costumbres*, Tecnos, Madrid, 1999.
- KANT, Immanuel, *Metafísica de las costumbres, Principios metafísicos del Derecho*, Madrid, Librería de Victoriano Suárez, 1873. Disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1563/pl1563.htm>. [Fecha de consulta: 16 de octubre de 2015].
- KELSEN, Hans, *Gleichheit vor dem Gesetz*, “Veröffentlichung der Deutschen Staatsrechtslehrer”, Berlin-Leipzig, Walther de Gruyter, 1927.
- KELSEN, Hans, “¿Qué es la justicia?”, en Albert CALSAMIGLIA (ed.), *¿Qué es la justicia?*, Barcelona, Editorial Ariel, 1992.
- LOCKE, John, *Essay Concerning Human Understanding*, South Australia, ebooks@adelaide, 2015.
- LOCKE, John, *Second Treatise of Government*, London, Hollis, 1689, disponible en <http://oll.libertyfund.org/titles/222> [fecha de consulta: 19 de mayo de 2017].
- MARX, Karl, “Communist Manifesto”, in Karl MARX, *Capital, the Communist Manifesto and Other Writings*, New York, The Modern Man Library, 1932.
- MARX, Karl, *Capital, A Critical Analysis of Capitalist Production*, London, Swan Sonnenschein and Company, 1906.
- MAUROIS, André, *A History of England*, London, Jonathan Cape LTD., 1937.
- OCKHAM, Guillermo, “Breviloquium de principatu tyrannico”, in William Ockham, *Opera politica*, Oxford, The British Academy-Oxford University Press, 1997, vol. iv.
- PIACENZA, Eduardo, *Sobre el uso de la noción de poder constituyente originario en el fallo n° 17 del 19/1/99 de la CSJ: algunos materiales para su discusión académica*, manuscrito.
- PLATÓN, *Critón*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1970.

- PLATÓN, *Políticos*, Oxford, Oxford University Press, 1903.
- PLATÓN, *República*, Madrid, Gredos, 2000.
- PLUTARCO, *Solon*, en *Plutarch's Lives*, Cambridge, Massachusetts, The Loeb Classical Library, Harvard University Press, 1982.
- PLUTARCO, “Life of Timoleon”, en *Plutarch's Lives*, Cambridge, Massachusetts, The Loeb Classical Library. Harvard University Press, 1918), Vol VI, pp. 293–320.
- PRESCOTT, William, *History of the Reign of Ferdinand and Isabella The Catholic*, New York, Thomas Y. Crowell and Co., s.f.
- PROUDHON, Pierre-Josef, *General Idea of Revolution in the 19th Century* (1851), New York, Haskell House Publishers, 1969.
- RADBRUCH, Gustav, “Leyes que no son Derecho y Derecho por encima de las leyes”, en Gustav RADBRUCH, Eberhard SCHMIDT y Hans WENZEL, *Derecho injusto y derecho nulo*, introducción, traducción y selección de textos por José María Rodríguez Paniagua, Madrid, Aguilar, 1971.
- RADBRUCH, Gustav, Eberhard SCHMIDT y Hans WENZEL, *Derecho injusto y derecho nulo*, introducción, traducción y selección de textos por José María Rodríguez Paniagua, Madrid, Aguilar, 1971.
- RHONHEIMER, Martin, “Lo Stato costituzionale democratico e il bene comune”, in E. MORANDI e R. PANATTONI (eds.), *Ripensare lo spazio politico: quale aristocrazia?*, Padova, Il Poligrafo, 1998.
- SAN AGUSTÍN, *De Civitate Dei*, en Jacques Paul MIGNE (edi.), *Patrologia Latina*, tomo 41. Disponible en la página: Documenta Catholica Omnia [Fecha de consulta: 24 de noviembre de 2016]. También está disponible en <http://patristica.net/latina/>
- SCHMITT, Karl, *The Concept of the Political*, Chicago, The University Chicago Press, 1996.
- STEPHEN, sir Lesley & sir Sidney LEE (eds.), *Dictionary of National Biography: From the Earliest Times to 1900*, London, Oxford University Press, 1949, voz *Michael Thomas Sadler*, en “Web of English History”, disponible en www.historyhome.co.uk/people/sadlerbg.htm. [Fecha de consulta: 16 de octubre de 2015].
- SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologiae*, Pamplona, Universidad de Navarra, 2000. Disponible en www.corpusthomicum.org [fecha de consulta: 20 de junio de 2017].
- SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Quaestiones Disputatae De Malo*, Pamplona, Universidad de Navarra, 2000. Disponible en www.corpusthomicum.org [fecha de consulta: 20 de junio de 2017]
- VITORIA, Francisco de, “Sobre el poder civil”, en Luis Fraile Delgado (ed.), *Sobre el poder civil. Sobre los indios. Sobre el derecho de la guerra*, Madrid, Tecnos, 1998.
- VOEGELIN, Eric, *The New Science of Politics*, Chicago University Chicago Press, 1952.
- VOEGELIN, Eric, “The German University and the Order of German Society”, in *The Intercollegiate Review*, Wilmington, Spring/Summer 1985.
- ZAGREBELSKY, Gustav, *El derecho dúctil*, Valladolid, Editorial Trotta, 1997.

Comentarios de jurisprudencia

Derecho Público Iberoamericano

Universidad del Desarrollo

N° 11 | 2017

CONTIENDAS DE COMPETENCIA DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA Y LOS TRIBUNALES DEL PODER JUDICIAL. ANÁLISIS DE UN CASO DE ACTIVISMO JUDICIAL Y DE ACTIVISMO CONTRALOR

*Francisco Zúñiga Urbina**

Resumen

El presente artículo hace una revisión sobre el caso de contienda de competencia planteada por la CGR en relación con tribunales del Poder Judicial ante el TC y ante el Senado, por la decisión sobre el régimen previsional del personal de la DGAC. Continúa el análisis con la relación de esta contienda con el activismo judicial y con el activismo contralor, y los problemas que generaría tal doble activismo para un Estado de Derecho y la democracia. Se concluye con una revisión del *ethos* activista de la judicatura y del organismo contralor al utilizar la composición de conflictos de poder como mecanismo que invade el ámbito de la competencia del legislador.

I. Introducción.

Las contiendas de competencia

Los recientes casos de contienda de competencia que se disputan entre la CGR, los tribunales de justicia y la Corte Suprema, tanto ante el TC como ante el Senado; nos obligan a revisar algunos conceptos sobre activismo judicial (y activismo contralor), dada la mayor injerencia de tribunales en asuntos políticos que, adelantamos, provocan ciertos problemas en el funcionamiento de la democracia y sus instituciones y en el Estado de derecho. Es decir, junto allí donde es esencial la separación de poderes, para el equilibrio de la democracia y, en general, la deferencia entre poderes públicos y órganos estatales. De este modo, si revisamos el concepto de activismo judicial, podemos extender su uso al activismo de control, que aqueja como patología también al organismo contralor.

* Profesor titular de Derecho Constitucional, Universidad de Chile. Correo electrónico: fzuniga@zcabogados.cl

En primer lugar, debemos precisar que la “contienda de competencia” es aquel conflicto suscitado entre dos o más tribunales u organismos del Estado, para conocer privativamente un determinado asunto judicial, para lo que se recurre a un tercero imparcial que pueda resolver dicha disputa. El concepto en uso lastra su carga procesal abordada de antaño por las leyes de enjuiciamiento y orgánicas del Poder Judicial, carga procesal de la cual debemos despojarnos para definir la impropia denominación de “contienda de competencia”, producida entre autoridades políticas o administrativas y tribunales de justicia. En rigor, este tipo de “contienas de competencia” son conflictos de jurisdicción o conflictos de atribución; como en nuestro medio destacan los procesalistas Juan Colombo y Hugo Pereira, siguiendo a Calamandrei¹. En efecto, la cuestión de jurisdicción es un *prius* en relación con la cuestión de competencia, la cual es un *posterius* de aquella; pudiendo operar delimitando los ámbitos de poder del juez nacional frente al extranjero, o del juez nacional frente a la Administración o el gobierno. Tales conflictos pueden integrar la competencia material de la jurisdicción constitucional, cuando el conflicto concierne al reparto de poder (funciones y atribuciones de fuente constitucional). Por ello, es pertinente precisar que existen varios tipos de contienda de competencia, distinguiendo aquellas que se generan entre autoridades judiciales, entre autoridades administrativas o políticas, y aquellas que se suscitan entre autoridades administrativas o políticas y judiciales que podemos también denominar conflictos de jurisdicción o de atribución.

Para que se genere la contienda de competencia, es necesario que concurren los siguientes requisitos: que al menos dos órganos, de igual o distinta naturaleza, pretendan estar habilitados para conocer y decidir el mismo asunto; que se trate de una materia concreta y determinada; y que su resolución definitiva se encuentre pendiente al momento de plantearse el conflicto².

Sobre las contiendas de competencia no judiciales, la primera racionalización consagrada en la Constitución de 1833, se produce con la asignación al Consejo de Estado de su composición (art. 104 N° 5), Consejo que es un órgano consultivo del Poder Ejecutivo y a su vez, tribunal administrativo, institución de raíz gala y mediada por la Carta de Bayona y la Constitución de 1823; y la segunda racionalización se produce con la

¹ Hugo PEREIRA, *Curso de Derecho Procesal*, p. 152-155; Juan COLOMBO, *La competencia*; Francisco ZÚNIGA, *Elementos de jurisdicción constitucional*, pp. 209-227.

² Lautaro RÍOS, “Contiendas de competencia”, p. 7. Luis CORDERO, “Las contiendas de competencia en el Tribunal Constitucional tras la reforma constitucional de 2005”, pp. 133-142.

Constitución de 1925, que asigna al Senado la composición de las contiendas de autoridades políticas o administrativas con tribunales superiores de justicia (art. 42 N° 4). Finalmente, la gran reforma constitucional de 1970 abrió la composición de contiendas de competencia “que determinen las leyes” al TC; pero fue una apertura vacía (art. 78 b) literal f).

La dualidad de “tribunales” (Senado-TC) a cargo de la heterocomposición de contiendas de competencia, diferenciadas por la jerarquía del tribunal con el cual se traba el conflicto, es fruto de la reforma constitucional de 2005 que, sin poseer mayor explicación, es una innovación a la regla proveniente de la Constitución de 1925, recogida en el art. 49 N° 3 de la Carta de 1980. Según lo señala el art. 53 N° 3 de la CPR, es atribución exclusiva del Senado conocer de las contiendas de competencia que se susciten entre las autoridades políticas o administrativas y los tribunales superiores de justicia. Dicha atribución considera diversas actuaciones del Senado, las que incluyen antecedentes y decidir sobre el conflicto planteado y, si bien la norma no se precisa por qué autoridades políticas, se le ha dado un alcance amplio incluyendo a todos los órganos constitucionales que no sean tribunales superiores de justicia, considerando por tanto a la Contraloría General de la República³.

Por último, la CPR vigente también prevé una racionalización de las “cuestiones de competencia” que se susciten entre autoridades nacionales, regionales, provinciales y comunales (art. 126), encomendada a la ley, no dictada hasta ahora; quedando también en el limbo las “cuestiones de competencia” que se traban con órganos o entes públicos dotados de autonomía constitucional; todo lo cual queda condenado a la judicialización, y en especial al proceso de amparo, que es una vía anómala. En este aspecto, la mora del legislador resulta evidente, y es del todo insuficiente la regla de jerarquía prescrita en el art. 39 de la ley N° 18.575 orgánica constitucional de bases generales de la Administración del Estado; como lo evidencia la olvidada sentencia del TC, rol N° 80-1989 (cons. 4°).

II. El activismo judicial

Antes de revisar el caso en contienda del asunto que podemos designar como “régimen previsional del personal de la Dirección General de Aeronáutica Civil”, es necesario hacer algunas precisiones sobre el activismo judicial. La relación entre la judicatura y el activismo judicial es compleja,

³ José Luis CEA EGAÑA, *Derecho Constitucional chileno*, p. 348.

y plantea como problema final el “gobierno de los jueces”, un tema viejo hoy en la teoría constitucional y la ciencia política⁴. En nuestro medio, el activismo judicial está ligado al neoconstitucionalismo de los tribunales, que pasan a ser reguladores de conflictos más allá de lo jurisdiccional, extendiendo su papel a través de la interpretación de diversas normas principalmente de derechos fundamentales.

En palabras del procesalista Augusto M. Morello, una primera aproximación al concepto de activismo judicial tiene que ver con la *creatividad* de las sentencias, el *protagonismo* del tribunal y el *aggiornamento* del servicio de justicia⁵ (admitiendo como naturales o necesarias las filias, fobias, o el amorfo “sentido de la justicia” que tendrían los jueces).

El activismo judicial tiene como rasgo característico la preponderancia del criterio de los jueces frente a otros poderes estatales que debieran intervenir. Esto, sin que se sujete a su competencia legal, que se caracteriza por extender o redefinir los alcances de las normas jurídicas estableciendo significados o interpretaciones novedosas. De esta forma, los jueces activistas son aquellos que determinan los alcances de las normas jurídicas mediante el establecimiento de significados obligatorios o los que definen –o redefinen– decisiones y políticas públicas diseñadas por los otros poderes del Estado⁶.

Desde la óptica conceptual, para William Wayne el activismo judicial puede ser considerado en dos dimensiones: una en sede jurisprudencial, donde se reconocen judicialmente ciertos valores, que otorgan ciertos derechos a grupos sociales minoritarios, débiles o vulnerables y, otra, en la adopción de una posición por los jueces, al defender un derecho vulnerado, que supone invadir la esfera de competencias de otros órganos políticos o administrativos⁷.

De esta manera, el activismo judicial aparece ligado a la libertad (“discrecionalidad”) de creación de los jueces, al protagonismo de los jueces, al *aggiornamento* del servicio de justicia en que sus sentencias, además de heterocomponer el asunto sometido a su competencia, contienen señales innovadoras para los demás poderes públicos, los jueces inferiores u otros

⁴ Una nueva edición ampliada del texto clásico de 1977, escrito desde el originalismo y crítico con el activismo de la Corte Warren asilado en la decimocuarta enmienda relativa a la cláusula de igual protección, de RAOUL BERGER, *Government by Judiciary: The Transformation of the. The transformation of the fourteenth amendment*.

⁵ Augusto MORELLO, *La Corte Suprema en Acción*, p. 119.

⁶ Marco FEOLI, “El nuevo protagonismo de los jueces: una propuesta para el análisis del activismo judicial”.

⁷ William WAYNE, “The New Awakening: Judicial Activism in a conservative age”, pp. 657-676.

órdenes jurisdiccionales, y a la sociedad en general, tendientes a generar un cambio en la legislación, jurisprudencia o en las costumbres; “señales” que, según Pablo Manili, pueden consistir en:

- a. Crear derechos, es decir, garantizar la protección de un derecho no enumerado por ser este considerado de naturaleza constitucional, ampliando así la norma de derechos protegidos.
- b. Ampliar las garantías procesales para la protección de los derechos, sea mediante nuevas garantías o mediante la interpretación amplia de las existentes.
- c. Señalarle al Congreso Nacional la necesidad de una reforma legislativa en determinada materia.
- d. Allanar los caminos procesales para facilitar u homologar el accionar del gobierno a través de un salto de instancias.
- e. Convalidar normas de emergencia restrictivas de los derechos fundamentales.
- f. Combatir excesos del poder en general⁸.

Este activismo judicial es parte de un proceso de politización de la justicia, propio de las democracias contemporáneas y probablemente un importante indicador de “mala salud democrática”⁹. Entre los factores que contribuyen a que emerjan procesos de judicialización de la política, y dentro de estos los excesos de la judicatura, podemos encontrar: la presencia de un régimen democrático; un sistema de separación de poderes; una cultura de derechos; partidos políticos débiles o coaliciones de gobierno frágiles que produzcan atochamiento tanto en la elaboración como en la ejecución de las políticas públicas y, por último, la delegación a las cortes de la autoridad para tomar decisiones sensibles en ciertas áreas de dichas políticas públicas¹⁰.

En nuestro país el activismo judicial encuentra parte importante de su justificación en el lastre ideológico y neoliberal de la Constitución vigente, por la cual, ante la falta de protección de diversos derechos, en muchas ocasiones los jueces han optado por tomar una posición garantista, extendiendo su papel hacia otras materias para superar el déficit de derechos. Sin embargo, ello tampoco es una buena razón para justificar

⁸ Pablo L. MANILI, “El activismo en la jurisdicción constitucional”, vol, 1, pp. 313-314.

⁹ Francisco ZUÑIGA, “Judicatura y activismo judicial”, pp. 61-62.

¹⁰ Javier COUSO, “Consolidación democrática y Poder Judicial: los riesgos de la judicialización de la política”, p. 39. Por ejemplo, en la magnitud que tiene en Chile el amparo de derechos fundamentales frente a modificaciones tanto de precios como de planes de salud previsional que otorgan empresas gestoras de seguros privados (ISAPRES); reacción tutelar de la Judicatura, ante la mano del legislador en ejecutar la ley de salud previsional a la Constitución y salvaguarda de la salud de las personas.

el activismo, puesto que sustituye los espacios llamados a controlar dichos conflictos, poniendo en entredicho la democracia y la separación de poderes. Esto transforma al activismo en una opción elitista, que asigna poder a una casta o estamento (jueces, letrados) y lo justifica, negando la democracia política o representativa.

Más allá de lo que se pueda pensar, sobre un activismo que sea favorable tanto a los derechos fundamentales, como a la ampliación de la participación ciudadana y su posible efecto positivo en el sistema político democrático, tildándolo como un activismo “bueno”, frente a un activismo “malo”, entendido como aquel que lesiona los derechos fundamentales y genuflexo con el poder estatal y los gobiernos de turno; debemos señalar que ambos tipos desbordan el papel de la judicatura, por lo que la distinción es artificiosa e interesada ideológicamente, en la medida que permite defender o demonizar al activista de “izquierdas” o de “derechas”, “progresista” –“liberal” o “neoconservador”–“autoritario”–“neoliberal”.

Como hemos sostenido desde el inicio, el activismo judicial no solo es un *ethos* que puede devenir en una patología concerniente a los tribunales del Poder Judicial y en especial a las cortes; también puede aquejar a la CGR que, además posee una estructura organizativa y funcional monocrática y jerárquica, por lo que también podemos hablar de un activismo de control.

En lo que sigue, abordaremos el tema que nos convoca desde el análisis del caso de la contienda de competencia de la DGAC en la arista de la contienda suscitada entre la CGR y la Corte Suprema. También abordaremos de un modo breve la contienda trabada por el organismo contralor ante el TC y de reciente heterocomposición. Por último, desarrollaremos nuestras conclusiones.

III. Activismo judicial en la contienda de competencia en el caso del régimen previsional del personal de la Dirección General de Aeronáutica Civil

En Chile, los últimos años han sido protagonizados por un fuerte activismo judicial por parte de los tribunales nacionales. Especial asunto, el de la Corte Suprema que, en uso del llamado “bloque de constitucionalidad”, ha extendido la protección de derechos no recogidos de forma expresa en la Constitución o en leyes infraconstitucionales. Esto, mediante la inclusión de *facto* nuevas garantías o, por el contrario, dejando de aplicar ciertas normas que serían incompatibles y que pasan a ser derogadas tácitamente (como ocurre *v.gr.* con la inconstitucionalidad sobrevenida).

Esta vez analizaremos otra arista del activismo judicial con el caso de la DGAC, en el cual un número de 1317 funcionarios de dicha institución demandaron ante el Juzgado de Letras Civil contra el fisco de Chile para que declarase la aplicación del sistema previsional correspondiente, la cual habría estado en situación de incertidumbre por un vacío legal al respecto. En primera instancia, la demanda fue rechazada y luego revocada por la Corte de Apelaciones de Santiago en agosto de 2016, sentencia en la que se declaró que a los funcionarios les correspondería la aplicación del sistema previsional contemplado en el DFL 1 de 1968 de la Subsecretaría de Guerra, interpretando genérica y retroactivamente las normas sobre régimen previsional.

Posterior a ello, con fecha 28 de diciembre de 2016, la CGR promueve contienda de competencia con el objeto de que el Senado se pronuncie sobre la institución a la que le correspondería el conocimiento y decisión del asunto, residenciado en la actualidad, en el Poder Judicial, merced de un recurso de casación presentado ante la Corte Suprema deducido en contra de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago (causa “Rodríguez Mendoza con Fisco”, rol N° 76325-2016)¹¹.

Dicha contienda no es importante solo por su resolución en única instancia por el Senado sino que, también, por las consecuencias generales que podría tener aparejadas para el fisco y la hacienda pública, la determinación de un nuevo régimen previsional.

A nuestro juicio, la definición del régimen previsional de los trabajadores del sector público es una cuestión que corresponde exclusivamente al dominio-competencia del legislador, por lo que tanto la Corte Suprema como el Contralor General de la República se arrogan competencia sobre la materia, extendiendo su radio a cuestiones que no son parte de su esfera de control y decisión, es decir, hacia ámbitos que son propios de competencia y decisión legislativa.

Ahora bien, los fundamentos de la CGR para promover la contienda de competencia se referían principalmente a los siguientes puntos:

¹¹ La CGR es un órgano de control interórgano de la Administración del Estado, garante del principio de legalidad, según lo previene el art. 98 de la CPR, que señala: “Artículo 98.- Un organismo autónomo con el nombre de Contraloría General de la República ejercerá el control de la legalidad de los actos de la Administración, fiscalizará el ingreso y la inversión de los fondos del Fisco, de las municipalidades y de los demás organismos y servicios que determinen las leyes; examinará y juzgará las cuentas de las personas que tengan a su cargo bienes de esas entidades; llevará la contabilidad general de la Nación, y desempeñará las demás funciones que le encomiende la ley orgánica constitucional respectiva”.

La Corte Suprema es el tribunal supremo del Poder Judicial; y tiene las funciones de casación, tribunal de amparo de derechos fundamentales y custodio de la cosa juzgada.

- a. Efecto de la sentencia definitiva en una acción declarativa de mera certeza: para la Contraloría, la pretensión de los funcionarios y lo que resuelve la sentencia es un pronunciamiento o decisión de alcance general y abstracto sobre el régimen previsional aplicable al personal de la DGAC, facultad que no les confiere disposición alguna del ordenamiento jurídico a los tribunales de justicia.
- b. Sustitución de competencia de los tribunales de justicia: la potestad exclusiva en materias administrativas, a través de la facultad de interpretar leyes y determinar alcance de las normas al emitir dictámenes y dentro de las que se incluyen las referidas al régimen previsional al que están afectos los funcionarios de la DGCA, es de la CGR. Luego, los tribunales estarían atribuyéndose una competencia que sería privativa de la CGR, contrariando el principio de legalidad.
- c. Error en el procedimiento aplicado: Según la CGR, el camino a seguir debía ser la impugnación de dictámenes que se refiriesen al régimen previsional aplicable a los funcionarios, lo que habría permitido a los tribunales, a través de un recurso de protección o de nulidad de Derecho Público, conocer dentro de sus facultades el asunto. Al contrario, la acción emprendida solo habría buscado dejar sin efecto la jurisprudencia administrativa de la CGR, eludiendo lo que ha dispuesto en el ámbito administrativo sobre la materia, el organismo contralor.

Por otra parte, la Corte Suprema con fecha 23 de enero de 2017, concurrió ante el Senado para solicitar que se le declare como competente para conocer del recurso de casación en el fondo deducido, desechándose la contienda promovida, con los siguientes argumentos, cuyo resumen se expone a continuación:

- a. Principio de inexcusabilidad de tribunales de justicia: dicho principio establecido en el art. 76 inciso segundo de la Constitución obliga a los tribunales a pronunciarse sobre el caso o asunto sometido legalmente a su decisión, en tanto la materia no se encuentre entregada al conocimiento de un tribunal especial o de una autoridad que ejerza jurisdicción.
- b. Acción declarativa de mera certeza: para la Corte Suprema, el conflicto sometido a su conocimiento no corresponde a una declaración de mera certeza, sino a una acción de naturaleza constitutiva, ya que la decisión implicaría una alteración de cómo es aplicada la normativa en la actualidad.
- c. Agotamiento de la vía administrativa: Según la Corte Suprema, el agotamiento de la vía administrativa es una garantía para los

administrados, pero no para el órgano de control, como parte de la Administración, por lo que no puede obstaculizarse el acceso a la justicia de los recurrentes, quienes tendrían el derecho de optar la forma de impugnación más adecuada a sus fines.

- d. Sobre la alegada falta de emplazamiento de la CGR: La CGR aduce como error del procedimiento y fundamento de la contienda de competencia, la falta de emplazamiento que le afectó, lo que mermó su derecho de defensa en el juicio. Ante ello, la Corte Suprema señala que la CGR no habría sido parte en el juicio por lo que no fue emplazada.

La Corte Suprema señala en última instancia que la contienda de competencia plantea un problema institucional en caso de aceptarse, esto es, el de declarar que el máximo tribunal no tiene potestad para conocer del recurso de casación en el fondo deducido, quedando firme lo resuelto con anterioridad, a falta de recursos pendientes.

El planteamiento escrito de la Corte Suprema, contestando la contienda promovida y expuesta por el ministro Sergio Muñoz G., en calidad de presidente subrogante del máximo tribunal ante el Senado, fue observado más tarde por el Contralor General de la República mediante una suerte de “réplica”; y este escrito contestado por la Corte Suprema mediante una suerte de “dúplica”¹².

Sin embargo, y a pesar de todos los argumentos presentados por la Corte Suprema y la CGR, a nuestro parecer no existe en rigor contienda de competencia. En efecto, para establecer una contienda, positiva o negativa, se requiere un conflicto atributivo de potestad de la misma naturaleza ya sea formal, material o ambas. En la especie, tenemos por una parte una atribución de fuente legal: potestad dictaminante de la CGR y, por otra, una potestad de fuente constitucional y legal de la Corte Suprema abierta vía casación en el fondo, sobre un conflicto acerca del derecho objetivo (determinación del régimen previsional de los funcionarios de la DGAC).

¹² Se consignan los documentos consultados para elaborar este trabajo, obrantes en poder de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, a saber:

1. Presentación que promueve la contienda de competencia presentado por la CGR con fecha 28 de diciembre de 2016.
2. Presentación de la Corte Suprema solicitando que se rechace la petición de la CGR o se dirima la contienda declarando que es competente la autoridad jurisdiccional para conocer de recurso de casación en el fondo, con fecha 23 de enero de 2017.
3. Escrito de la CGR, una suerte de “réplica”, mediante el cual formula un conjunto de puntualizaciones relativas a la presentación que hiciera la Corte Suprema, con fecha 3 de marzo de 2017.
4. Escrito de la Corte Suprema, una suerte de “dúplica”, mediante la cual formula observaciones a la presentación de la CGR, con fecha 17 de marzo de 2017.

Cabe mencionar, por lo demás, que en el conflicto intervienen como sujetos procesales los funcionarios demandantes y el fisco representado por el Consejo de Defensa del Estado; no siendo parte el organismo contralor el cual carece de personificación, actuando con la personalidad y patrimonio del mismo fisco.

La pretensión de la Corte Suprema y de la CGR de resolver el conflicto se extiende más allá de sus competencias, politizando en la defensa de la competencia de cada uno, en el conocimiento de una materia que es de dominio legal en lo básico (art. 63 N° 4 de la Constitución), de iniciativa exclusiva del Presidente de la República (art. 63 N° 14 y art. 65, inc. 4°, N° 6 de la Constitución). El dominio de ley y la iniciativa exclusiva quedan reforzadas si la legislación previsional tiene incidencia financiero-presupuestaria, lo que ocurre de forma evidente con la previsión de los funcionarios de la DGAC, volviendo abstracta y general una decisión de tribunales.

IV. El otro activismo

Con fecha 24 de noviembre de 2016, el Contralor General de la República, señor Jorge Bermúdez Soto, en representación de la CGR, promueve contienda de competencia entre el organismo de control y el 29° Juzgado de Letras en lo Civil de Santiago ante el TC, en virtud de lo dispuesto en el art. 93 N° 12 de la CPR. Solicita el Contralor General de la República que se acoja la contienda a su favor, declarando que es la Contraloría, el órgano competente de forma exclusiva determinar el régimen previsional aplicable a los funcionarios de la DGAC.

La Segunda Sala del TC declaró admisible la contienda y suspendió el procedimiento civil. Para la CGR, los juzgados de letras carecen de facultades para declarar en forma general y abstracta la normativa aplicable a los funcionarios y órganos de la Administración, relativa a pensiones y jubilaciones, no pudiendo inmiscuirse en las atribuciones de otros poderes públicos, o actuar fuera de los “negocios de su competencia”. Sostiene además, que una interpretación de dicha índole, que tiene efectos generales y abstractos, corresponde efectuarla a la Contraloría como entidad fiscalizadora, de conformidad con el art. 6° de su ley orgánica constitucional N° 10.336.

La jueza suplente del 29° Juzgado Civil de Santiago indica que ante su tribunal no se ha opuesto excepción de incompetencia, que sería la vía procesal para corregir un problema de competencia del tribunal y, que aun cuando no exista norma jurídica que haga mención a las acciones decla-

rativas de mera certeza, a la que correspondería la demanda interpuesta por los funcionarios de la DGAC, conforme al mandato constitucional (arts. 6, 7 y 76), el juez en atención al principio de inexcusabilidad, debe dar tramitación y fallar el asunto sometido a su decisión, incluso, a falta de ley que lo resuelva.

Finalmente, una vez producida la vista de este litigio, con fecha 18 de enero de 2017, el TC a través de la Segunda Sala, ha dictado sentencia en causa rol N° 3283-2016 por contienda de competencia promovida por el Contralor, solicitando que se declarara por parte del tribunal cuál es la institución competente para determinar el régimen previsional aplicable a los funcionarios de la DGCA por tener competencia exclusiva sobre la interpretación normativa al respecto, dotado de potestad dictaminadora para informar el sentido y alcance de las normas aplicables a funcionarios de la Administración del Estado. Recogemos los argumentos principales del TC:

- a. La sentencia judicial desborda la potestad legítima o natural, trabando una contienda de competencia, ello por cuanto la normativa previsional de funcionarios públicos puede ser interpretada con fuerza general y obligatoria para la Administración del Estado, pero solo a través de dictámenes que debe pronunciar en exclusiva la CGR. En este sentido, al revisarse el asunto por el tribunal en sede común, se habrían eludido instancias constitucionales.
- b. Usurpación de competencia legislativa, puesto que la determinación de la legislación que regula el sistema previsional de las Fuerzas Armadas y por tanto de la DGCA solo puede ser modificada con imperio general y con efecto retroactivo únicamente por decisión de los “poderes colegisladores”. En este sentido, incorporar otra clase de personal al régimen previsional de las Fuerzas Armadas significaría modificar la normativa existente, lo que exige la concurrencia de los poderes colegisladores.

En efecto, señala el TC que la incorporación al régimen de previsión y seguridad social de las Fuerzas Armadas de una determinada categoría de funcionarios es materia de exclusiva reserva legal (no reserva judicial) conforme al art. 63 N° 4 de la Constitución, y de iniciativa exclusiva del Presidente de la República en virtud del art. 65, inciso cuarto, N° 6, siendo, además, una norma básica que debe ser aprobada por ley orgánica constitucional según indica el art. 105 de la Constitución. La incorporación al estatuto previsional castrense a un número importante de funcionarios civiles de la DGAC, ameritaría en este sentido un cambio constitucional y legal radical, que excede la competencia de la interpretación judicial.

La argumentación del TC expresada en la sentencia al aceptar la contienda de competencia resulta en absoluto contradictoria, pues acepta el conflicto solo con la interposición de una acción declarativa de mera certeza, para luego señalar que es la sentencia de determinado tribunal la que implicaría una intromisión en las potestades entregadas tanto al Poder Legislativo, como a la CGR. En este sentido, debemos señalar que no es posible que la sola interposición de la acción suscite una contienda de competencia, cuando el tribunal civil solo realiza un estudio formal de los requisitos para dar curso a las acciones sometidas a su conocimiento (art. 256 *Código de Procedimiento Civil*). Bajo el principio de inexcusabilidad, el tribunal se encuentra obligado a admitir a tramitación asuntos sometidos a su conocimiento si estos cumplen con los requisitos formales. De esta forma, admitir lo contrario, significaría una limitación injustificable al derecho a la acción y a la tutela judicial del derecho asegurado por nuestra Constitución en el art. 19 N° 3.

Asimismo, resulta paradójica la conclusión a la que arribó el TC que primero reconoce el principio de impugnabilidad de los actos administrativos para luego señalar que las vías de reclamo existentes no están todas a disposición de los funcionarios públicos, para la defensa de derechos laborales o previsionales, limitando tanto el derecho de defensa de los funcionarios públicos como a la acción general de nulidad de Derecho Público.

La decisión favorable del TC respecto de la contienda de competencia importa un prejuicio sobre la pretendida irreprochabilidad de las resoluciones de la CGR; una suerte de inmunidad de jurisdicción inconciliable con un Estado de derecho. El imperio del Derecho significa en último término, que los tribunales de justicia son los llamados a realizar el control judicial de los actos administrativos, según lo dispone el art. 38 de la Constitución.

Además, considerar que la contienda de competencia se traba con motivo de la interposición de una demanda ante un tribunal en una acción de mera certeza, y no con motivo de una decisión recaída en juicio; es una aporía que trae como consecuencia el quebrantamiento del principio de separación y reparto de poderes que la Constitución realiza. En efecto, la aporía es plena: si la acción declarativa de mera certeza importa incursionar en el ámbito reservado al legislador; tampoco es de recibo que la potestad dictaminante de la CGR, que es sub Constitución y sub *lege*, pueda sustituir la voluntad del legislador.

V. Conclusiones.

La extensión del ETHOS activista en el Estado

El *ethos* es un conjunto de rasgos y modos de comportamiento que conforman el carácter e identidad de una persona o comunidad, y que exten-demos a servidores públicos y órganos del Estado. El *ethos* activista hoy se extiende por doquier, de propio de la judicatura se extiende en los casos de contienda de competencia comentados al Contralor, a la CGR, y; en otras materias, a ciertas autonomías constitucionales como el Ministerio Público o, incluso, de autonomías legales como el Consejo para la Transparencia.

El *ethos* activista de control utiliza la composición de conflictos de poder (contiendas de competencia) como un medio para empoderar a una institución estatal de control (CGR) frente al Poder Judicial; pero a nuestro juicio usurpando en rigor el ámbito de la competencia del legislador.

En este *ethos* activista, se producen ciertas conjunciones o alineaciones de órganos del Estado (TC-Senado); que tienen como teatro el reparto de poder estatal, amenazando el arreglo institucional que cristaliza en la Constitución¹³.

Cabe esperar que las relaciones entre los diversos tribunales y órganos de nuestro país pueda ser, de forma coordinada, orientada al balance de poder desde la competencia tasada de cada uno, interactuando en la posición institucional y legal que les corresponde. La política democrática, la deliberación, los espacios de ciudadanía, en fin, la producción de nuevas normas, no deben ser sustituidas por decisiones de una “aristocracia togada” sin poner en entredicho la democracia misma y el imperio de la ley tan propia de un Estado de derecho. Esto transforma al activismo en una posición elitista negadora de la democracia¹⁴.

Eso es aún más importante, cuando la Corte Suprema es un tribunal que influye innegablemente en otros jueces del Poder Judicial, que a través del activismo puede extender el efecto de decidir en materias que son propias de la competencia del legislador. La injerencia de la judicatura atenta contra el equilibrio de poderes en un Estado de derecho, donde los tribunales deben mantener su vinculación primaria al principio de legalidad, extrayendo de la producción jurisprudencial el nexo que puedan tener con ideologías no neutrales.

¹³ Allan R. BREWER CARÍAS. *La dictadura judicial y la perversión del Estado de Derecho. El Juez constitución y la destrucción de la democracia en Venezuela.*

¹⁴ ZUÑIGA, “Judicatura...”, *op. cit.*, p. 64. También Mario D. SERRAFERO, “El rol político de las Cortes Supremas y los tribunales constitucionales”, vol. III, pp. 71-107.

La cuestión de competencia del caso que analizamos, debe abordarse en su lectura o clave hermenéutica constitucional desde las definiciones fundamentales que adopta la Constitución acerca de la forma de Estado: república democrática y Estado de derecho; siendo prevalente entonces la salvaguarda del principio de separación de poderes, y del control judicial de los actos de la Administración. Es de suma relevancia entender desde esta perspectiva el activismo, expresado en la contienda de competencia entre la Corte Suprema y la CGR, dado que la única potestad que podría ser puesta en cuestión, sea por la potestad dictaminante al interpretar la ley administrativa y previsional de manera general y obligatoria para la Administración y los administrados-peticionarios, o por la potestad jurisdiccional en sede de juicio declarativo de mera certeza para los justiciables, es la potestad legislativa¹⁵.

Así, ni los tribunales de justicia que integran el Poder Judicial ni un órgano de la Administración del Estado en su función fiscalizadora o dictaminante como la CGR, poseen competencia legislativa, por lo que ni en sede judicial declarativa de mera certeza a través de una sentencia ni en sede administrativa a través de un dictamen, se pueden establecer

¹⁵ Recientemente, la Tercera Sala de la Corte Suprema en caso de protección rol N° 82.471-2016 de 20 de abril de 2017, recoge conceptos de competencia y potestad dictaminante del organismo cautelar, atinente a este trabajo:

“Quinto: que uno de los principios de la organización administrativa es el de la competencia, que está constituida por la cuota, parte o proporción de poder que se le confiere a cada autoridad que la integra, definida como ‘la medida de la potestad que corresponde a cada entidad y cada órgano o, si se prefiere, es el conjunto de facultades, poderes, atribuciones y responsabilidades que corresponden a una determinada entidad administrativa o a un determinado órgano en relación a (sic) los demás’. Es por lo mismo que se extraen las consecuencias inmediatas derivadas de la actuación de la autoridad, puesto que ‘es un elemento esencial de todo ente y de todo órgano, presupuesto de su lícita actividad y límite de la misma’. Lógico es precisar que, si actúa dentro de la esfera de sus atribuciones, el actuar de la autoridad es legítimo, válido y no merece reproche en este sentido. Por el contrario, en el evento que los actos dictados por un órgano excedan sus facultades, determinándose que no es competente, dichos actos se encontrarán ‘viciados de incompetencia’ y, por lo mismo, “no son válidos”, cesando sus efectos, los que no serán reconocidos por el Derecho (...).

Noveno: que, en lo que interesa al análisis, conforme a las normas transcritas, el mandato constitucional es claro y categórico. La Contraloría General de la República sobre materias que son de su competencia. A través del dictamen, el Contralor resuelve consultas jurídicas formuladas por los propios órganos de la Administración del Estado, por un funcionario o por un particular. Estos informes constituyen verdaderas interpretaciones de la ley, respecto de la forma en que ésta debe ser entendida, son instrucciones para los jefes de servicios y fiscales, y, por tanto, vinculantes. En consecuencia, el dictamen constituye una interpretación jurídica vinculante para la Administración del Estado y, para el caso concreto y ante la petición del administrado, la Contraloría está autorizada para emitirlos a propósito de este deber de comprobación. En otras palabras, la recurrida se ha limitado a ejercer sus facultades en situaciones en las que ha sido expresamente requerido para ello por una persona interesada”.

o fijar normas generales, abstractas, ciertas y obligatorias sobre un sistema previsional; caracteres materiales propios de la ley y que le son exigibles constitucionalmente cuando se trata de relaciones jurídicas en que la técnica de los derechos fundamentales asegura intereses y voluntades colectivo-prestacionales como ocurre con la seguridad social.

Sin embargo, existe un riesgo mayor en el choque de activismos (judicial y contralor), y es que los órganos convocados a heterocomponer conflictos de jurisdicción (Senado y TC), terminen con sus decisiones alimentando una hoguera de activismos. Recordamos en este punto la imagen de los fieles del monje dominico Girolamo Savonarola, quienes quemaron en la Florencia renacentista un martes de carnaval objetos pecaminosos (lujo, ostentación, poder, corrupción, gloria) en “la hoguera de las vanidades” (“faló delle vanità”); hoguera que puede terminar consumiendo a sus autores.

La exigencia de ley material en el desarrollo de un derecho fundamental, como el derecho a la seguridad social, tiene directa relación con el principio de igualdad constitucional, de suerte que los usuarios del sistema previsional gocen de prestaciones uniformes sea que se otorguen por instituciones públicas o privadas de gestión. En este sentido, solo la ley cumple los estándares exigidos en la Constitución para declarar o asignar a trabajadores del sector público o privado, o a categorías de estos, en un régimen de previsión social. El acusado incumplimiento de una obligación positiva por parte del Estado, resulta difícil de revertir a través de la actuación judicial. El Poder Judicial es el menos indicado para realizar planificaciones de política pública, entre otras razones, porque el marco de un caso judicial es poco apropiado para discutir medidas de alcance general. Así, la discusión procesal genera problemas de desigualdad hacia las personas afectadas por el mismo incumplimiento que no participan del juicio y porque carece de medios para dictar o sustituir las medidas generales en decisiones *ad hoc* efectuadas por el juez¹⁶.

Bibliografía

ABRAMOVICH, Víctor y Christian COURTIS, *Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales*. Disponible en www.miguelcarbonell.com/

¹⁶ Víctor ABRAMOVICH y Christian COURTIS, “Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales”, pp. 13-24.

- artman/uploads/1/Exigibilidad_de_los_DESC_-_Abramovich.pdf [fecha de consulta: 21 de abril de 2017].
- ALLAN R. BREWER CARÍAS, *La dictadura judicial y la perversión del Estado de Derecho. El Juez constitución y la destrucción de la democracia en Venezuela*, Madrid, Iustel, 2017.
- CORDERO V., Luis, “Las contiendas de competencia en el Tribunal Constitucional tras la reforma constitucional de 2005”, en *Revista de Derecho Público*, N° 72, Santiago, 2010.
- CEA EGAÑA, José Luis, *Derecho Constitucional chileno*, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2013, tomo III.
- COLOMBO, Juan, *La competencia*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1959.
- COUSO, Javier, “Consolidación democrática y Poder Judicial: los riesgos de la judicialización de la política”, en *Revista de Ciencia Política*, vol. XXIV, N° 2, Santiago, 2004.
- FEOLI, Marco, “El nuevo protagonismo de los jueces: una propuesta para el análisis del activismo judicial”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, vol. 22, N° 2, Coquimbo, 2015.
- MANILI, Pablo Luis, “El activismo en la jurisdicción constitucional”, en Pablo Luis MANILI (dir.), *Tratado de Derecho Procesal Constitucional Argentino, Comparado y Transnacional*, Buenos Aires, Edit. La Ley, 2010, 3 vols.
- MORELLO, Augusto M., *La Corte Suprema en Acción*, Buenos Aires, Librería Editora Platense-Abeledo Perrot, 1989.
- PEREIRA, Hugo, *Curso de Derecho Procesal*, Santiago, Editorial Cono Sur, 1993, tomo I.
- RÍOS, Lautaro, “Contiendas de competencia”, en *Gaceta Jurídica*, N° 168, Santiago, 1994.
- SERRAFERO, Mario D., “El rol político de las cortes supremas y los tribunales constitucionales”, en Pablo Luis MANILI (dir.), *Tratado de Derecho Procesal Constitucional Argentino, Comparado y Transnacional*, Buenos Aires, Edit. La Ley, 2010, 3 vols.
- WAYNE, William, “The New Awakening: Judicial Activism in a conservative age”, in *SMU Law Review*, vol. 43, Dallas, Texas, October, 1989.
- ZÚNIGA, Francisco, “Judicatura y activismo judicial” en *Revista de Derecho Público*, vol. 73, Santiago, 2010.
- ZÚNIGA, Francisco, *Elementos de jurisdicción constitucional*, Santiago, Universidad Central, 2002, 2 vols.

NORMAS CITADAS

- Constitución Política de la República.
- Ley N° 18.575 orgánica constitucional de bases generales de la Administración del Estado
- Ley N° 10.336 orgánica de la Contraloría General de la República.

JURISPRUDENCIA CITADA

Rodríguez Mendoza Héctor Eduardo con Dirección General de Aeronáutica, Fisco de Chile, 29° Juzgado de Letras en lo Civil de Santiago, rol C-4017-2012.

Rodríguez Mendoza con Fisco, Corte Suprema (recurso de casación en el fondo), rol N° 76325-2016.

Contraloría General de la República y el 29° Juzgado de Letras en lo Civil de Santiago, Tribunal Constitucional, 18 de enero de 2017 (contienda de competencia), rol N° 3283-2016.

Recensiones

Derecho Público Iberoamericano
Universidad del Desarrollo
N° 11 | 2017

NICOLÁS ENTEICHE ROSALES, *LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS: EL PROBLEMA DE LA PROPORCIONALIDAD*, VALENCIA, TIRANT LO BLANCH, 2017, 160 PÁGS.

Julio Alvear Téllez

En nuestro país, la sanción administrativa ha sido con frecuencia mal abordada. Se le ha tratado como una cuestión puramente formal, como si a través de ella no se pudiera tocar la esencia de las libertades. Como si bajo su sombra no se mentaran conceptos de Estado de muy diverso calibre.

La obra del profesor Nicolás Enteiche, publicada por la prestigiosa editorial española, tiene el mérito de abordar esta cuestión, en una feliz concurrencia entre el análisis de principios y las aplicaciones técnico-administrativas. Al respecto, el autor da cuenta de conocer toda la doctrina nacional sobre la materia. Pero también la comparada, y con particular profundidad, la española.

El libro nos introduce en el ámbito de las sanciones administrativas desde una visualización que podríamos llamar abarcadora. Para el autor las sanciones son decisiones desfavorables que emiten organismos dotados de potestades públicas, previo un proceso y con la finalidad esencial de reprimir una infracción.

Es en este escenario, específicamente en cuanto a la sanción de multa, que el autor sitúa su obra. Con fibra polémica se afirma que el preciso alcance de las garantías constitucionales sobre las decisiones sancionadoras de la Administración, es un terreno fértil donde no han sembrado los autores nacionales. Es por ello que se decide a trabajar sobre el principio de proporcionalidad y el sentido que este debería tener en los sectores regulados, y de manera específica en aquellos donde existe una superintendencia.

El libro define, con sentido histórico, los contornos del principio de proporcionalidad. Hace lo propio con la redundante noción –de raigam-

bre española y manifestación nacional– de que las garantías del Derecho Penal Constitucional se aplican con “matices” al Derecho Administrativo sancionador.

Para el profesor Nicolás Enteiche, las leyes que contienen sanciones administrativas (así como su subsecuente aplicación) deben someterse a la Constitución y a la lógica del *Código Penal*, el cual cumpliría con el respeto al principio de proporcionalidad (arts. 3°, 25, y 70). A la luz de estos cuerpos normativos el autor elabora un modelo, el cual debe emplearse en dos momentos: uno, al observar la ley (proporcionalidad legislativa) y, otro, al revisar el actuar de los intérpretes (la proporcionalidad en concreto).

La proporcionalidad *legislativa* es conceptualizada como aquella necesidad de que las normas de rango legal sancionadoras ponderen las conductas infraccionales al momento de fijar una sanción ideal. Lo que debe ser completado, además, con el deber del legislador de fijar parámetros para situar la sanción en un rango justo, y con la existencia de márgenes dentro de los cuales ha de establecerse el castigo de multa.

Por su parte, la proporcionalidad *en concreto* implica la obligación del intérprete (juez o Administración del Estado) de utilizar, en efecto y en los casos concretos, el anterior paradigma.

El libro explica detenidamente el modo en que opera la proporcionalidad en el Derecho Penal, y cómo se utilizaría esta en el Derecho Administrativo Sancionador chileno. Como proyección concreta, se estudia el modelo propuesto en un área regulada específica: el Derecho Eléctrico. Para ello, el autor indaga en más de mil seiscientas resoluciones sancionadoras de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles. En este punto, se revela la necesidad de que la proporcionalidad, como todos los principios que se aplican en beneficio de los particulares (sean estos grandes empresas o instaladores eléctricos), tengan una definición en cuanto a su aplicación a la realidad.

En conclusión, la tesis de la aplicación de los principios del Derecho Penal Constitucional al Administrativo Sancionador, está llamada a tener una acogida muy superior a la que ha tenido en la doctrina nacional. La obra que comentamos es un notable primer eslabón, en especial por su valor monográfico y su consistencia científica.

JULIO ALVEAR TÉLLEZ, *LIBERTAD ECONÓMICA, LIBRE COMPETENCIA Y DERECHO DEL CONSUMIDOR. UN PANORAMA CRÍTICO. UNA VISIÓN INTEGRAL*, VALENCIA, TIRANT LO BLANCH, 2017, 357 PÁGS.

Ignacio Covarrubias Cuevas

El autor nos entrega su tercer libro.

El tema explorado es de máxima actualidad en nuestro país: la libertad económica –en particular, la libertad de empresa– es un derecho fundamental que exige el ajuste entre el interés individual y el bien común. La formulación puede sonar, en principio, un tanto abstracta, pero el autor se encarga, a lo largo de su obra, de concretarla con el estudio particularizado de las distintas aristas del problema.

El libro del doctor Julio Alvear constituye un esfuerzo por fundamentar y desarrollar con espíritu científico, su tesis, de cara a las controversias que se han planteado en Chile y en el mundo a propósito de los denominados “abusos” de la gran empresa. El autor demuestra un impresionante manejo de fuentes, particularmente en la doctrina y la jurisprudencia chilenas, pero también, cuando es oportuno, en la doctrina y en la jurisprudencia comparadas, en especial la española, la alemana y la comunitaria europea.

La obra cuenta con seis capítulos. El primero lleva como título “La libertad económica: el problema de su naturaleza y finalidad. Hacia una concepción integral”. En él, se revisa íntegra y escrupulosamente la doctrina y la jurisprudencia chilenas, identificando los grandes aportes y las carencias. Al hilo de una perspectiva que el autor llama integral se revisan los fundamentos de la libertad económica, su nombre, su objeto, sus atributos y facultades, su relación con el lucro y su finalidad. Desde una perspectiva polémica con los excesos del liberalismo y del socialismo, se propugna una visión correlacionada de la libertad en estudio, con especial

atención a los derechos y deberes que el proceso productivo va generando en el ámbito del mercado.

El segundo capítulo estudia el amparo económico ejemplificando en dicha sede el deficiente entendimiento de la libertad económica en nuestro país. El título de este capítulo es ilustrativo: “Abusos en torno a la libertad de empresa. Amparo económico: balance de una Jurisprudencia (2000-2016)”. El autor identifica y explora tres abusos: el defecto de reducción del amparo económico al solo inciso segundo del art. 19 N° 21 de la Constitución; la reducción de la sentencia de amparo económico a la sola función declarativa de mera certeza y, por último, el ejercicio desorbitado, ilegítimo, de la libertad de empresa por parte de su titular, por no conjugar lo suficiente su actividad, con la norma legal que la regula.

El tercer capítulo trata de la libertad económica y sus vínculos con el mercado, con especial atención a la defensa de la libre competencia. En una primera parte se analiza la vulgarización de la filosofía liberal que lleva a académicos, empresarios y tribunales a suponer que el solo ejercicio de la libertad individual redundaría en el interés general. En este plano, se reivindica la distinción clásica entre economía y crematística, y se repasan los grandes problemas que el olvido de esta distinción genera: la utopía de la mano invisible competitiva, la libertad de empresa asimétrica, la ilusión del sujeto económico racional, la revuelta de las organizaciones y la injustificada concentración económica, entre otros. Posteriormente se evalúa la legislación de la libre competencia en Chile, distribuyéndola con una cronología en seis etapas, resaltando sus aciertos y notando sus falencias. Como cierre, se evalúa la jurisprudencia ejemplar en la materia.

El cuarto capítulo está dedicado a analizar los vínculos entre libertad económica y derecho del consumidor. El autor critica duramente la perspectiva conflictiva, que imagina que ambos derechos se aproximan a manera de dos gladiadores en continuo estado de lucha. Al respecto, reivindica la tesis de los derechos convergentes o concurrentes, tanto desde el punto de vista jurídico como económico. En esta clave se revisa, con impresionante manejo bibliográfico, el *statu quo* de la doctrina chilena sobre el consumidor, sopesando y superando las divergencias. El mismo ejercicio se realiza con la jurisprudencia nacional. El autor demuestra los ámbitos de concurrencia entre la libertad de empresa y los derechos del consumidor.

El quinto capítulo está dedicado a los vínculos entre la libertad económica y los derechos sociales. En un capítulo que, siguiendo con un estilo ya probado, parte por lo teórico para desembocar en lo práctico. El autor distingue, con erudición, entre justicia social, Estado social y derechos sociales, deshaciendo los errores históricos que han llevado a algunos a

confundir defensa de lo social con socialismo y estatismo. A tales efectos, evalúa con ojo crítico e ingente acopio de fuentes, la doctrina nacional sobre los derechos sociales, proponiendo una concepción menos ideológica y más jurídica, concepción que el autor denomina “plurivalente”. Ejemplifica el punto con el denominado derecho a la salud. Concluye, destacando la importante función que le cabe a la libertad de empresa en el ámbito de los derechos sociales.

El sexto y último capítulo se titula “¿Neocapitalismo o economía social de mercado? Principios para una controversia”. Es el cierre, por así decirlo, doctrinario, de toda la obra. Desde el ángulo de la cultura económica y de la filosofía económica, y mirando a los problemas específicos de Chile, se opta por el desarrollo de la libertad de empresa dentro del modelo de economía social de mercado, por oposición al socialismo y a la economía liberal (“neocapitalismo”). Entre las “nocivas tendencias” de este último destacan la ideología economicista, el capitalismo disruptivo, la subordinación de la economía productiva a la economía financiera, el modelo irracional de los negocios y la economía degradada. Los fundadores germanos de la economía social de mercado, que en muchos puntos reivindicaron principios esenciales del magisterio pontificio, sirven de apoyo para las conclusiones del autor.

La tesis primordial de esta obra es que es posible el ajuste entre libertad económica y bien común, en la medida en que se adopte una visión integral de la primera. En concreto, ello significa que la libertad de empresa debe concurrir con la libertad análoga de terceros (particularmente de los pequeños y medianos empresarios) en el marco de una competencia real, leal y suficiente. Pero también con los derechos del consumidor y de los trabajadores y, en general, con los denominados derechos sociales. Cuando hay conflicto, es porque uno de los derechos se está ejerciendo de un modo ilegítimo, y no se están respetando los criterios de justicia a través de los cuales se alcanza la concurrencia entre todos ellos al interior del mercado, o eventualmente, fuera de él.

Como constata la propia editorial, esta obra constituye una síntesis inigualable, de amplísimo manejo de fuentes, donde las conclusiones jurídicas se enriquecen con la suplementaria perspectiva de la historia, la filosofía económica y la reflexión política. Se recomienda asiduamente su lectura.

Siglas y abreviaturas

Derecho Público Iberoamericano
Universidad del Desarrollo
N° 11 | 2017

SIGLAS Y ABREVIATURAS

| | |
|----------------------|---|
| art. | artículo |
| arts. | artículos |
| BID | Banco Interamericano del Desarrollo |
| (c) | candidato |
| CADH | Convención América de Derechos Humanos |
| CE | Consejo de Europa |
| CEDAW | Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer |
| CEE | Comunidad Económica de Europa |
| CEPAL | Comisión Económica para América Latina |
| Cfr. | confróntese |
| CGR | Contraloría General de la República |
| CIA | Central Intelligence Agency |
| CIDA | Comité Internacional de Desarrollo Agrícola |
| CIDH | Corte Interamericana de Derechos Humanos |
| cons. <i>a veces</i> | consid. considerando |
| Copei | Comité de Organización Política Electoral Independiente |
| CORA | Corporación de la Reforma Agraria |
| CPR | Constitución Política de la República |
| DESAL | Desarrollo Económico y Social para América Latina |
| D.F. | Distrito Federal |

| | |
|--------------|---|
| DFL | decreto con fuerza de ley |
| DGAC | Dirección de Aeronáutica Civil |
| DILAPSA | Distribuidora Latinoamericana de Publicaciones S.A. |
| DL | Decreto ley |
| DO L | <i>Diario Oficial de la Unión Europea Legislación</i> |
| DT | Dirección del Trabajo |
| ed. | edición, <i>a veces</i> editor |
| EDEVAL | Ediciones Valparaíso |
| eds. | editores |
| EUNSA | Ediciones Universidad de Navarra S.A. |
| FAO | Organización de Alimento y Agricultura de las Naciones Unidas |
| IEA | Instituto de Estudios Administrativos |
| INDAP | Instituto de Desarrollo Agropecuario |
| <i>Ibid.</i> | <i>Ibidem</i> (allí, en ese mismo lugar) |
| IEF | Instituto de Estudios Fiscales |
| IEP | Instituto de Estudios Políticos |
| IMPROA | Instituto de Promoción Agraria |
| INAP | Instituto Nacional de Administración Pública |
| inc. | inciso |
| ISAPRES | Instituciones de Salud Previsional |
| LGOP | Ley General de Obras Públicas |
| LL.M. | Master of Laws |
| LOC | Ley Orgánica Constitucional |
| LQC | leyes de quórum calificado |
| LRC | Ley de Reforma Constitucional |
| MAPU | Movimiento de Acción Popular Unitaria |
| MCR | Movimiento Campesino Revolucionario |
| MIR | Movimiento de Izquierda Revolucionario |
| MOP | Ministerio de Obras Públicas |
| n. | nota |
| N° | número |
| OEA | Organización de Estados Americanos |

| | |
|-------------------------|---|
| ONU | Organización de Naciones Unidas |
| <i>op. cit.</i> | <i>opus citatis</i> (obra citada) |
| Ord. | ordinario |
| p. | página |
| PDC | Partido Demócrata Cristiano |
| pp. | páginas |
| PRI | Partido Revolucionario Institucional |
| RAE | Real Academia Española |
| R.D | Real Decreto |
| <i>RDJ</i> | <i>Revista de Derecho y Jurisprudencia</i> |
| R.D.S. | real decreto supremo |
| <i>RIDETUR.</i> | <i>Revista Internacional de Derecho del Turismo</i> |
| S.A. | Sociedad Anónima |
| SCS | Sentencia Corte Suprema |
| secc. | sección |
| SERVIU | Servicio de Vivienda y Urbanismo |
| s.f. | sin fecha |
| SOQUIMICH | Sociedad Química y Minera de Chile |
| Sr. | señor |
| ss. | siguientes |
| TC | Tribunal Constitucional |
| TFUE | Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea |
| URD | Unión República Democrática |
| USA | Unites State of America |
| <i>v. a veces v.gr.</i> | <i>verbi gratia</i> (por ejemplo) |
| <i>v a veces</i> | <i>vs</i> versus |

Instrucciones para los autores

Derecho Público Iberoamericano

Universidad del Desarrollo

N° 11 | 2017

INSTRUCCIONES 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 comillas 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. [Fecha de consulta: ...].

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. María José González Scarpa.

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.