



DERECHO PÚBLICO IBEROAMERICANO
REVISTA DEL CENTRO DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL
N° 12
ABRIL DE 2018

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

DERECHO PÚBLICO IBEROAMERICANO
REVISTA DEL CENTRO DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL

AÑO 6 • Nº 12 • ABRIL DE 2018

ISSN 0719-2959

PRESENTACIÓN

7

ESTUDIOS

ESTUDIOS SOBRE DERECHOS FUNDAMENTALES

Alejandra Cabrera

Determinación y fijación de los cauces naturales en Chile.
El límite entre un bien nacional de uso público y la propiedad privada

13

Felipe Lizama

El recurso de amparo y el otorgamiento de libertad condicional
en la jurisprudencia de la Corte Suprema

43

Juan Andrés González

Los derechos sociales:
la nueva tradición constitucional y sus problemas

71

Rudi di Marco

Il dogmatismo dell'autodeterminazione "giuridica" contemporanea
Il diritto di autodeterminazione quale problema gius-filosofico

99

ESTUDIOS SOBRE DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Cristián Román

La ejecución de las resoluciones a firme
en materia de acceso a la información pública

123

ESTUDIOS SOBRE FILOSOFÍA POLÍTICA

Giovanni Turco

Il bene e il giusto: quale relazione?

145



COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

Guillermo Leighon

Derecho de Información al paciente: alcances prácticos

175

Eduardo Soto Kloss

Tribunal Constitucional y derechos de los consumidores

205

RECENSIONES

Guadalupe Fernández Mehle

Stare Decisis: las alteraciones del precedente
en la Corte Suprema de Estados Unidos, de Saul Brenner y Harld Spaeth

217

SIGLAS Y ABREVIATURAS

231

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

237

PRESENTACIÓN

Dr. Julio Alvear Téllez
Director

Estudios

Derecho Público Iberoamericano
Universidad del Desarrollo
N° 12 | 2018

Estudios sobre derechos fundamentales

DETERMINACIÓN Y FIJACIÓN DE LOS CAUCES NATURALES EN CHILE. EL LÍMITE ENTRE UN BIEN NACIONAL DE USO PÚBLICO Y LA PROPIEDAD PRIVADA

DETERMINATION AND FIXATION OF NATURAL WATER SOURCES IN CHILE. THE LIMIT BETWEEN A NATIONAL ASSET FOR PUBLIC USE AND THE PRIVATE PROPERTY

*Alejandra Cabrera Pacheco**

Resumen

En el presente trabajo determinaremos cuáles son las normas jurídicas que, en nuestro país, regulan los cauces naturales como bienes nacionales de uso público, en cuanto a su relación con las propiedades ribe-ranas. Analizaremos el modo en que la jurisprudencia y los órganos de la Administración han enfrentado y resuelto los conflictos que se presentan entre ambos tipos de propiedad, precisando si estas soluciones han sido correctas. Finalizaremos con las correspondientes conclusiones.

Palabras clave: cauces naturales, propiedad ribe-rana, accesión, delimitación.

Abstract

In this paper, we determinate the legal rules governing our country in natural channels as national assets for public use in terms of their relationship with riparian properties. We will analyze how the jurisprudence and administrative bodies have faced and solved conflicts that arise in between the two types of property, specifying if these solutions have been correct. We finish with the relevant conclusions.

Key words: natural channel, riparian property, accession, delimitation.

* Abogada, Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad Diego Portales, Santiago, Chile. Magister en Derecho Ambiental de la Universidad del Desarrollo. Artículo recibido el 26 de octubre de 2017 y aceptado para su publicación el 1 de marzo de 2018. Correo: acabrera@manquehue.net.

Introducción

En Chile, entre los años 2000 y 2002, se presentaron algunos recursos de protección ante los tribunales de justicia, que solicitaban el amparo de los derechos de propietarios riberanos, a cauces naturales. Todo ello generó alguna inquietud en la doctrina para, luego, caer en el olvido.

No obstante, los conflictos en relación con los cauces han seguido presentándose y las soluciones dadas no siempre cumplen con una adecuada individualización de las normas aplicables y una correcta fijación de su sentido y alcance. Esta situación refleja una falta de entendimiento de la genuina relación jurídica existente entre estos bienes nacionales de uso público y la propiedad riberana, cuestión que intentaremos dilucidar.

Para ello, determinaremos y **analizaremos** las normas que regulan la relación entre los dos bienes mencionados, tanto desde la visión del Derecho Público como desde la tradicional visión  *Código Civil* y el Derecho Privado en general. Luego, **analizaremos**  la jurisprudencia de la Corte Suprema y de la Contraloría General de la República.

Es necesario precisar que nuestro trabajo se limita a la relación entre la propiedad privada riberana y el cauce natural de uso público desde el punto de vista del dominio del suelo y la línea que los divide, cuestión no por ello menos importante, ya que puede tener implicancias no solo en materias de construcción sino, también, en derechos de agua, servidumbres con fines energéticos y ambiente.

Para finalizar, ofrecemos las pertinentes conclusiones.

I. La relación jurídica entre los cauces naturales y la propiedad riberana.

Un caso de dominio público versus propiedad privada

Nuestro trabajo versa sobre la relación entre dos clases de bienes: los cauces, que constituyen bienes nacionales de uso público, y las propiedades riberanas que son, por regla general, propiedad privada, aunque también y, eventualmente, pueden tener la calidad de bien nacional. A continuación, ofrecemos una reseña introductoria.

El artículo 19 N° 23 de la Constitución Política consagra la posibilidad jurídica que tiene toda persona de adquirir y ser titular del derecho de propiedad sobre bienes muebles o inmuebles, corporales o incorporeales, protegiendo a las personas de aquellos actos de poderes públicos que de modo arbitrario o contrario al ordenamiento jurídico establezcan

prohibiciones de acceso a la propiedad de bienes lícitos, de acuerdo con los modos de adquirir que establezca la ley¹. Lo descrito corresponde al denominado “derecho a la propiedad” y constituye la regla general en cuanto a la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, salvo las excepciones expresamente contempladas en la misma disposición constitucional².

Ahora bien, la Constitución contempla tres excepciones, taxativas y de derecho estricto, a la libre apropiación por las personas:

- a) Aquellos bienes que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres.
- b) Los bienes que deban pertenecer a la nación toda y la ley lo declare así.
- c) Los bienes exceptuados en otros preceptos de la Constitución³.

El primer caso mencionado es el de las cosas comunes, las que se encuentran reguladas en el artículo 585 del *Código Civil*⁴ y, en estricto rigor, son las únicas no susceptibles de dominio alguno⁵.

En los otros dos casos, esto es, en los bienes nacionales y los exceptuados expresamente por la Constitución, lo que existe es una excepción a la libre apropiabilidad privada, ya que los particulares no pueden ser sus dueños, pero sí puede serlo “La Nación toda”⁶.

En fin, lo que hace el artículo 19 N° 23 es establecer la denominada *summa divisio* entre la libre apropiabilidad privada y el dominio público.

¹ Humberto NOGUEIRA ALCALÁ, *Derechos fundamentales y garantías constitucionales*, pp. 143-144.

² José Luis CEA EGAÑA, *Derecho Constitucional chileno*, p. 556.

³ En esta tercera excepción se encuentran las minas, los hidrocarburos, los canales de televisión, las aguas y las armas. Véase CEA, *op. cit.*, pp. 556-557.

⁴ Véase, Luis CLARO SOLAR, *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado. De los Bienes I*, pp. 151-154. Ejemplos de estos bienes son el aire como elemento respirable, la altamar y el espacio exterior. Véase Ángela VIVANCO MARTÍNEZ, *Curso de Derecho Constitucional. Bases conceptuales y doctrinarias del Derecho Constitucional*, pp. 228-229. Entre las cosas comunes están los espacios internacionales declarados patrimonio común de la humanidad, como la altamar y el espacio extraatmosférico ya mencionados, los grandes fondos marinos y la Antártica. Su carácter limitado y susceptibilidad de agotamiento y deterioro hacen que el Derecho tienda a limitar y controlar su utilización.

⁵ CEA, *op. cit.* p. 556.

⁶ Para un análisis crítico de la titularidad del dominio público, véase Fernando ATRIA y Constanza SALGADO, *La propiedad, el dominio público y el régimen de las aguas en Chile*, p. 36 y ss. Estos autores consideran que la reserva de bienes o *publicatio* no constituye una excepción a la libre apropiabilidad, una “antigarantía” o restricción, sino que debe entenderse como una necesidad de que ciertos bienes cumplan una función pública. La protección se limitaría solo a los bienes que “no deban pertenecer a la nación toda”.

Por su parte, el artículo 19 N° 24 de la Carta Magna establece una reserva exclusiva a favor del legislador en materia de propiedad, la que apunta no solo a las facultades del dominio sino, también, al establecimiento de los modos de adquirirlo. Esta norma resulta importante en nuestro estudio debido a que profundizaremos precisamente en un modo de adquirir el dominio.

El Tribunal Constitucional ha expresado que en el dominio público es indispensable la intervención del legislador. La Constitución regula algunas materias, pero en general, entrega esta tarea a la ley común. Es la denominada reserva o *publicatio*. La incorporación de los bienes al dominio público no se presume, más aún, requiere de acto expreso. Si la reserva corresponde a una categoría de bienes, se puede hacer mediante precepto legal general, y en la medida que los bienes respectivos cumplan con las características físicas definidas, se entienden incluidos⁷.

Lo descrito aplica a los cauces naturales, los cuales tal como lo veremos más adelante y según cumplan con las características físicas que indica el legislador en el *Código de Aguas*, serán bienes nacionales de uso público.

Respecto a la *publicatio*, el Tribunal Constitucional manifiesta que ella produce una vinculación real del bien afectado con una finalidad que el legislador determina, modificando su estatus y sometiéndolo al derecho público. Por ello, los particulares no pueden alcanzar dichos bienes mediante normas de Derecho Privado⁸.

Tal es el caso de los objetivos a que están destinados los cauces naturales, que solo pueden cumplirse si tienen el carácter de bien nacional de uso público. Como ejemplo, podemos mencionar: contener y movilizar las aguas, contribuir a la mantención y protección del ambiente y, en especial, la flora y fauna que depende de ellos, entre otras cosas.

Así, la *publicatio* permite el máximo aprovechamiento posible, respetando el bien y su destino primordial. Por ello la Administración se reserva potestades para salvaguardar la función pública, expresada en el uso eficiente del bien⁹.

En Chile, el enfoque predominante en cuanto al dominio público ha sido la denominada teoría tradicional o clásica, cuyo principal referente es Luis Claro Solar y que es seguida por la mayoría de los autores chilenos¹⁰.

⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2008), rol 1281, 14 de agosto de 2009, considerando trigésimo cuarto, párrafos primero y segundo.

⁸ *Op. cit.*, párrafo tercero.

⁹ *Op. cit.*, párrafo cuarto.

¹⁰ Autores que adhieren a esta teoría son, por ejemplo, Arturo Alessandri, Manuel Somarriva, Guillermo Varas, Ernesto Merino, Manuel Jara Cristi y Enrique Silva Cimma.

Según esta opinión, el dominio público corresponde a los bienes nacionales de uso público y los bienes fiscales o del Estado son de dominio privado. La distinción entre ambos se centra, principalmente, en el atributo de intransferibilidad de los primeros y que es, en efecto, el más relevante para el Derecho Privado¹¹.

La teoría clásica, según Santiago Montt Oyarzún, asimila los bienes nacionales de uso público al dominio público del Estado, y los bienes fiscales a su dominio privado, cuestión que critica de modo enérgico, entre otras cosas, debido a que la teoría tradicional se ha visto superada por el Derecho Administrativo actual. Este es hoy el Derecho Estatutario de la Administración y rige, por regla general, las situaciones en que ella actúa como *potentior personae*.

Además, indica el autor, sería una teoría inconstitucional, ya que los bienes que deben pertenecer a la nación estarían constituidos no solo por los nacionales de uso público sino por todos los que el Estado requiere para cumplir sus cometidos, los que incluirían, también, bienes fiscales afectos a servicios públicos¹².

En definitiva, la discusión doctrinaria se ha dado más bien en el ámbito de los bienes fiscales. En relación con los bienes nacionales de uso público, consideramos que, sea que se acepte la teoría tradicional de corte patrimonialista o las más modernas, basadas en la afectación al uso público o a un servicio público, en definitiva, lo que prima es que es el legislador quien determina, por regla general, cuáles bienes son nacionales de uso público, las características que deben cumplir para ser tales y las normas que los regulan.

Es más, los bienes nacionales de uso público no se encuentran inscritos ni requieren inscripción en los registros de propiedad de los Conservadores de Bienes Raíces a nombre del Estado.

Es necesario tener en mente todo lo expuesto, pues a propósito de los cauces naturales se genera, en principio, una suerte de zona intermedia de difícil precisión dogmática.

Durante la década de 1950, nacen las primeras opiniones que comienzan a proponer categorías nuevas para el análisis de los bienes fiscales, como son Patricio Aylwin Azócar y Jorge Reyes Riveros. Véase Santiago MONTT OYARZÚN, *El dominio público. Estudio de su régimen especial de protección y utilización*, pp. 241-247.

¹¹ Al respecto y para más información véase CLARO, *Explicaciones...*, *De los bienes I*, *op. cit.*, pp. 151-162.

¹² MONTT, *op. cit.*, pp. 253-255.

II. Regulación de los cauces en Chile como una categoría de Bienes Nacionales: entre el Código Civil y el Código de Aguas

Resulta medianamente claro que en la materia que tratamos concurren dos áreas del Derecho en histórica rivalidad, lo que podría hacer resurgir la discusión acerca de la supletoriedad del Derecho Civil con respecto al Derecho Administrativo y lo adecuado o inadecuado que ello puede resultar.

Por un lado, Juan Carlos Ferrada Bórquez expresa que, en principio, el *Código Civil* es un ordenamiento inadecuado para regular las relaciones jurídico-públicas, ya que los presupuestos en que descansa y los fines que persigue son diametralmente distintos a los previstos en el ámbito administrativo. El autor considera imposible tanto una traslación inmediata de las normas privadas al área pública como la aplicación de una regla de supletoriedad general¹³.

El ya citado Santiago Montt indica que el Derecho Privado se admite en la regulación de algunos bienes nacionales solo por lo irrazonable que resulta extender el régimen del dominio público a todos los bienes que usa la Administración. De hecho, muchas veces, y de modo paradójico, resulta más adecuada y correcta la gestión del patrimonio público recurriendo al Derecho Privado, pues permite una mejor definición de la relación del Estado con algunos de los bienes de su patrimonio, en especial de aquellos denominados fiscales¹⁴.

Por su parte, Alejandro Vergara Blanco manifiesta que las normas y la disciplina civil forman parte del Derecho Privado, y las normas y la disciplina del Derecho Administrativo forman parte del Derecho Público, biparticiones que contraponen bases y principios. Por ello, precisa, y salvo que el legislador haga directamente aplicable las normas de distintos sectores, el intérprete puede originar distorsiones en las bases y principios de una institución si arrastra normas de sectores contrapuestos del Derecho¹⁵.

¹³ Juan Carlos FERRADA BÓRQUEZ, “Los principios estructurales del Derecho Administrativo chileno: un análisis comparativo”, p. 116.

¹⁴ MONTT, *op. cit.*, pp. 247-255. Pero la regulación de tales bienes exige la mantención del núcleo básico del Derecho Administrativo y la protección de los derechos fundamentales; y no perder de vista que el Estado está al servicio de la persona humana y su meta es el bien común, para lo cual le resultan indispensables, esenciales e insustituibles ciertos bienes, los que indiscutiblemente pertenecen a la nación toda. Véase MONTT, *op. cit.*, p. 255. En referencia a esta última cuestión, Luis Claro Solar indica que el legislador reconoce que, para alcanzar el común bienestar y el progreso social, es necesario que el Estado tenga un patrimonio propio. Véase CLARO, *Explicaciones... De los bienes I, op. cit.*, p. 158.

¹⁵ Alejandro VERGARA BLANCO, *El Derecho Administrativo como sistema autónomo. El mito del Código Civil como “Derecho Común”*, pp. 43-46.

Los autores citados concuerdan en que, como regla general, el Derecho Privado no resulta idóneo en materias propias del Derecho Público, pero todos ellos hacen alguna precisión. La más relevante para nuestro trabajo surge de las palabras de Alejandro Vergara, quien manifiesta que excepcionalmente se puede aplicar el Derecho Privado cuando el legislador así lo prescribe.

Esta última opinión resulta trascendental respecto de los cauces naturales, ya que, como veremos, el legislador se remite de modo expreso desde el Derecho Público al Privado en dos instituciones: la accesión de suelo y la demarcación.

1. REMISIÓN DEL CÓDIGO DE AGUAS AL CÓDIGO CIVIL: LA ACCESIÓN DE SUELO

Tanto el *Código Civil* como el *Código de Aguas* entregan conceptos de cauce. El *Código* de Andrés Bello en su artículo 650 inciso segundo expresa:

“El suelo que el agua ocupa y desocupa alternativamente en sus creces y bajas periódicas, forma parte de la ribera o del cauce, y no accede mientras tanto a las heredades ribe-ranas”.

Por su parte, el artículo 30 del *Código de Aguas* indica:

“Álveo o cauce natural de una corriente de uso público es el suelo que el agua ocupa y desocupa alternativamente en sus creces y bajas periódicas”.

En nuestro ordenamiento jurídico, el legislador también define los conceptos de bienes nacionales y bienes nacionales de uso público. Sin embargo, el *Código Civil* no incluye entre los últimos a los cauces naturales, limitándose a indicar en su artículo 650 que el suelo que forma parte de ellos, mientras sea tal, no accede a las propiedades ribe-ranas¹⁶.

Es el artículo 30 inciso segundo del *Código de Aguas* el que prescribe que el suelo que constituye cauce es de dominio público, confirmando lo que expresa el *Código Civil*: no accede a las propiedades ribe-ranas.

La Contraloría General de la República ratificó lo anterior en el dictamen N° 50.157 “Sobre entidad competente para determinar que un

¹⁶Téngase presente lo preceptuado en el artículo 35 del *Código de Aguas*, que expresa: “Álveo o lecho de lagos, lagunas, pantanos y demás aguas detenidas, es el suelo que ellas ocupan en su mayor altura ordinaria. Este suelo es de dominio privado, salvo cuando se trate de lagos navegables por buques de más de cien toneladas. Es aplicable a estos álveos lo dispuesto en el artículo anterior”.

cauce natural tiene el carácter de bien nacional de uso público” de fecha 7 de noviembre de 2007, expresando: “...es el legislador quien determina que por regla general un cauce natural tiene el carácter de bien nacional de uso público...”.

Es importante tener en mente que ambas normas legales mencionan la adquisición de suelo como modo de adquirir el dominio con una finalidad que en principio no resulta clara.

Siendo manifiesto que los cauces son bienes nacionales de uso público y que su regulación es mixta, la realidad nos presenta un problema atendida la dinámica de estos bienes. Ante las fluctuaciones de los cauces, ¿cuándo y cómo se determina lo que es cauce y lo que constituye inmueble riberano? Y ¿cómo se fijan los límites entre ambos bienes?

El artículo 34 del *Código de Aguas* indica con claridad, que en los casos de accesiones de suelo se estará a lo dispuesto en el *Código Civil*, y es justamente la institución de la adquisición de suelo como modo de adquirir el dominio la que regula esta relación que se encuentra en permanente mutación. A través de ella, se determina la naturaleza jurídica del suelo, esto es, si se trata de propiedad privada o bien nacional de uso público cauce¹⁷.

Esta relación es constante y dinámica, es decir, está sujeta a un permanente cambio natural regulado de forma expresa en la ley mediante los distintos tipos de adquisición de inmuebles: aluvión, avulsión, mutación del álveo, división de un río en dos brazos que no vuelven a juntarse y nuevas islas.

Si se cumplen los requisitos de la adquisición de suelo, lo que en un momento es propiedad privada al siguiente puede convertirse en cauce, esto es, en un bien nacional de uso público. Del mismo modo, el suelo, que es cauce, puede perder su calidad de tal y pasar a ser parte del inmueble riberano¹⁸.

¹⁷ El modo de adquirir el dominio denominado adquisición se encuentra definido en el artículo 643 del *Código Civil* y regulado en el artículo 644 y siguientes del mismo *Código*. El párrafo segundo del título V del libro II del *Código* de Andrés Bello, denominado “De las accesiones de suelo”, artículos 649 a 656, establece la adquisición entre predios, también llamada por la doctrina “adquisición de bienes inmuebles” o adquisición de inmueble a inmueble o natural”. Arturo ALESSANDRI, Manuel SOMARRIVA y Antonio VODANOVIC, *Tratado de derechos reales. Bienes*, p. 176 y ss.

¹⁸ José P. Vergara Bezanilla indica lo siguiente “Los ríos son dinámicos y la corriente de las aguas es fluctuante. En sus creces y bajas periódicas ocupan y desocupan alternativamente el suelo del cauce, sin que por ello éste pierda su condición de tal, lo que vale tratándose de corrientes discontinuas (artículo 31 del *Código de Aguas*), esto es, que se interrumpan o fluyan intermitentemente. No obstante, cuando en forma lenta e imperceptible las aguas se han retirado provocando un aumento de las riberas, se presenta el fenómeno del aluvión (artículo 649 del *Código Civil*)”. José Pablo VERGARA BEZANILLA, “Notas sobre el aluvión en el dominio fluvial”, p. 134.

En el caso del aluvión, la doctrina clásica chilena concuerda en que se trata de una institución que constituye una compensación natural al riberano por el daño que sufre o puede sufrir debido a la invasión de las aguas en sus tierras o a la destrucción o cambios que experimentan las riberas con el movimiento de las aguas. Se trata, entonces, de una retribución por el riesgo que corren por el hecho de ser colindantes con el agua¹⁹.

El aluvión permite adquirir el suelo de modo lento e imperceptible y solo cuando las aguas se hayan retirado definitivamente, ya que el suelo que el agua ocupa y desocupa en forma alternativa en las creces y bajas periódicas, constituye cauce. Por lo demás, el aluvión nunca puede tener origen en obras que alteren de forma artificial el curso del río, como rellenos o escombros que se arrojan al cauce u obras de ingeniería²⁰. Así lo ha fallado nuestra jurisprudencia²¹.

Las demás clases de accesión de suelo suelen producirse de modo más perceptible, en algunos casos, incluso, violento²².

De la lectura de los artículos pertinentes a la accesión de suelo, se desprende con certeza que debe tratarse de causas naturales, que sean apreciables a la vista del observador y que constituyan modificaciones definitivas del cauce. De no ser así, el agua volverá a escurrir por el mismo suelo que lo hacía antes, no perdiendo, entonces, cada bien su calidad original de nacional de uso público o propiedad privada riberano, respectivamente.

La exclusividad de la aplicación de la accesión de suelo, como modo de adquirir el dominio en materia de cauces naturales, queda clara en palabras de Gonzalo Vial Correa, quien el año 2004 expresaba lo siguiente

¹⁹ Luis CLARO SOLAR, *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado. De los Bienes II*, pp. 136-137; ALESSANDRI, SOMARRIVA, VODANOVIC, *op. cit.*, p. 177. En la misma línea cautelar de la propiedad aldeaña a los cauces, el *Código Civil* entrega a los propietarios riberanos en el artículo 654 –que regula la mutación del álveo– la facultad de hacer, con permiso de autoridad competente, las obras necesarias para restituir las aguas al cauce acostumbrado. Constituye, como es posible apreciar, una forma de proteger la propiedad inmueble de los cambios que sufra el cauce. Su ejercicio impedirá que, en definitiva, se cumplan los requisitos de la accesión como modo de adquirir el dominio. Esta facultad procederá en aquellos casos de modificaciones del álveo más violentas y claramente identificables, y donde no existan obras de ingeniería que mantengan el cauce en su lugar o cuando ellas sean destruidas por la fuerza de las aguas.

²⁰ VERGARA BEZANILLA, *op. cit.*, p. 136.

²¹ CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (2008), “Inmobiliaria Los Cóndores S.A. con Fisco de Chile”, rol 11.960-2004, 10 de diciembre de 2008.

²² Consideremos la particular situación de nuestro país debido al desnivel entre la cordillera y el mar, lo que hace que los cambios en los ríos sean, a veces, en especial desastrosos. Luis CLARO SOLAR, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado. De los bienes*, tomo II, p. 137.

en torno a la controversia judicial que se suscitó unos años antes respecto al cauce del río Mapocho:

“Si no cabe constituir propiedad privada sobre el cauce del Mapocho, ni aún por prescripción, es claro que la sola inscripción o cadena de inscripciones de dominio particular, aunque sea muy extendida en el tiempo, no ha podido ni puede hacer cesar, en ningún momento, el dominio público sobre dicho cauce, ni sobre ninguna parte de él, ni ser antecedente confirmatorio de un correlativo dominio privado”²³.

Esto tiene especial importancia y fundamento legal en los artículos 724, 728 y 2498 del *Código Civil*.

El cauce, como bien nacional de uso público, no puede ser adquirido por prescripción por el propietario riberano debido a lo preceptuado en el artículo 2498 del *Código* de Andrés Bello: el cauce es un bien que está fuera del comercio humano²⁴ y, a su vez, la propiedad ribेरana no puede adquirirse por prescripción por el Estado, ya que no procede prescripción adquisitiva contra inmuebles inscritos, tal como lo indican los artículos 724 y 728 de la misma norma legal.

La posesión inscrita solo cesa si la inscripción se cancela sea por voluntad de las partes o por una nueva inscripción en el Conservador de Bienes Raíces, en que el poseedor inscrito transfiere su derecho, o por sentencia judicial. En el caso de los cauces, solo una sentencia judicial puede *reconocer* la existencia de accesión de suelo, modificando los títulos de dominio y, como consecuencia, la superficie o cabida de los bienes involucrados.

En estricto rigor, la relación entre el cauce y la propiedad ribेरana solo está sometida a las normas de la accesión de suelo. Tal como lo mencionamos, la relación es dinámica y la única vía razonable de regulación es mediante este modo de adquirir que es, así manifestado por Andrés Bello en el artículo 703 del *Código Civil*, el justo título constitutivo de dominio.

Ello implica tener en mente que la accesión como modo de adquirir el dominio es de carácter originario y que el hecho de ser constitutivo de

²³ Gonzalo VIAL CORREA, “Controversia judicial sobre el río Mapocho”, p. 121 y ss.

²⁴ El TC expresa que el dominio público es un ámbito exento de propiedad privada. Esta última resulta ser un límite al dominio público y el artículo 19 N° 23 es un claro indicio de la preferencia del constituyente por la propiedad privada frente al dominio público. Este órgano del Estado manifiesta que la técnica demanial impone contornos negativos a la propiedad privada. Lo bienes nacionales están sujetos a un régimen jurídico especial y entregados para su tuición, conservación y cuidado a distintas autoridades. Su uso privativo por particulares es excepcional y sobre ellos no cabe prescripción, ya que son inapropiables. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2008), rol 1281, 14 de agosto de 2009.

dominio implica que por sí solo sirve para constituirlo²⁵, o sea, es título y modo.

En definitiva, solo en un caso cabe constituir propiedad privada sobre el cauce, y es cuando deja de ser tal, siempre aplicando las normas de la accesión como modo de adquirir. Ello acarrea en consecuencia, que la sentencia judicial que se dicte en el juicio ordinario donde se conozcan controversias sobre esta materia, será meramente declarativa, esto es, se limitará a reconocer la existencia de una situación ya constituida mediante el modo de adquirir el dominio.

2. ACCIONES REIVINDICATORIAS EN MATERIA DE CAUCES NATURALES. LA ACERTADA APLICACIÓN DE LA ACCESIÓN DE SUELO EN MATERIA DE CAUCES

En cuanto a la jurisprudencia dictada por los tribunales superiores de justicia, en materia de acciones ordinarias ejercidas por propietarios riberaños contra el fisco de Chile, la tendencia es manifiesta. Los tribunales han identificado claramente las normas aplicables y las han interpretado de forma correcta.

En los dos casos que veremos, las acciones han sido desestimadas, a nuestro parecer en forma acertada.

El año 1998 en “Inmobiliaria Los Cóndores S.A con Fisco de Chile”²⁶, se dedujo demanda en juicio ordinario de reivindicación, solicitando que se declare que el fisco debe devolver la posesión de un lote de terreno ubicado en la ribera del río Mapocho, el cual había adquirido ese mismo año por compraventa.

En el año 1995, la Municipalidad de Lo Barnechea denunció al secretario regional ministerial de Bienes Nacionales que el terreno riberaño tenía la calidad de inmueble sin dueño, por lo que fueron inscritos a nombre del fisco.

Según expresa la parte demandante, los terrenos en cuestión serían parte de su inmueble principal riberaño al río, invocando la accesión como fuente del dominio.

El fisco solicita el rechazo de la demanda, indicando que la extensión de terreno que reivindica la demandante corresponde a terrenos generados por rellenos llevados a cabo durante **la década de 1960** acción humana **década del sesenta del sigl** 

²⁵ CLARO, *Explicaciones...*, *De los bienes I*, *op. cit.*, p. 445.

²⁶ 18° JUZGADO CIVIL DE SANTIAGO (2008), “Inmobiliaria Los Cóndores S.A con Fisco de Chile”, rol C-3524-1998, confirmada por la CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, rol 11.960-2004, 10 de diciembre de 2008.

y no a suelo producto de aluvión y que el Estado ha tenido la posesión de esa zona desde el año 1979.

El tribunal de primera instancia rechazó la demanda, sentencia que es confirmada por la Corte de Apelaciones, indicando que era el actor quien debía acreditar los fundamentos de su acción en cuanto a que su propiedad ha experimentado crecimiento en su extensión y cabida, producto del aumento de la ribera del río.

El tribunal, sobre la base de informe pericial, concluyó que no ha existido aluvión, sino material árido aportado por el río sobre el cual, durante años, se depositó de forma ilegal basura, y luego material de excavaciones.

A nuestro entender, esta decisión concuerda plenamente con lo sostenido por la doctrina en cuanto a que el aluvión debe tener origen natural y nunca puede ser obra del hombre. Por lo tanto, los terrenos ganados de modo artificial al río, no acceden a las heredades ribeanas.

Por lo demás, el terreno que se pretendía reivindicar no corresponde, a nuestro juicio, a un bien nacional de uso público, sino a un inmueble fiscal, inscrito a nombre del fisco.

El año 2008, en el caso “Sociedad Turística Los Saltos S.A. con Corporación Nacional Forestal y Protección de Recursos Naturales y Fisco”²⁷, se ejerció una nueva acción reivindicatoria, esta vez, por terrenos que deslindaban con el río Petrohué.

La demandante sostenía que su predio tenía como deslinde oriente el río antes mencionado, en la zona donde se encuentran los denominados Saltos del Petrohué. En esta parte, el río tiene dos brazos que se separan y luego vuelven a unirse, dejando una zona en seco. Según la demandante, el límite oriente de su propiedad era el brazo principal del río, el cual llevaba agua durante todo el año. El brazo menor, que al secarse en algunos periodos dejaba un terreno expuesto, de una superficie aproximada de cincuenta hectáreas, era parte de su predio.

La Corte Suprema rechaza los recursos interpuestos y con ello la demanda, considerando que los jueces de la instancia fallaron adecuadamente al aplicar las normas civiles. Por esta vía determinaron que ambos brazos corresponden al mismo río Petrohué y, por lo tanto, no pertenecen a la demandante ni ha podido adquirirlos por accesión de suelo, ya que el curso de agua puede suspenderse en ciertos periodos del año sin afectar la identidad de una misma corriente y, además, se trata de un brazo que se separa y luego vuelve a juntarse. Ello resulta concordante con las especiales

²⁷ CORTE SUPREMA (2008), “Sociedad Turística Los Saltos S.A. con Corporación Nacional Forestal y Protección de Recursos Naturales y Fisco”, rol 3698-2007, 19 de diciembre de 2008.

características topográficas de la geografía chilena, en especial en zonas montañosas, de deshielos y grandes diferencias climáticas²⁸.

En estricto rigor, lo que la Corte Suprema hace es una aplicación rigurosa de las normas civiles sobre accesión de suelo y, en especial, el artículo 655 del *Código Civil*, que regula el caso de un río que se divide en dos brazos. Si los brazos no vuelven a juntarse, los terrenos que quedan en seco permanentemente acceden a las propiedades ribe-ranas. Por el contrario, y como sucede en el caso en estudio, si los brazos vuelven a juntarse, no se produce accesión a favor de los predios ribe-ranos, constituyendo ambos brazos del río parte del cauce.

Estimamos que esta sentencia es no solo clara y correcta sino que, además, sienta un precedente indispensable en materia de accesión de suelo, ciñéndose con fidelidad a las normas civiles que regulan la relación entre el cauce natural y los inmuebles ribe-ranos, tal como ya lo analizamos.

3. NORMAS REGLAMENTARIAS

PARA LA FIJACIÓN DEL LÍMITE DEL CAUCE NATURAL: DECRETO SUPREMO N° 609 Y SU REMISIÓN A LA DEMARCACIÓN

Una segunda clase de normas, ahora aplicables a la fijación del límite, la línea divisoria entre el cauce como bien nacional de uso público y la propiedad ribe-rana, es una regulación de carácter administrativo y específica para esta tarea.

El decreto supremo N° 609²⁹, publicado el año 1979 en el *Diario Oficial*, es la norma reglamentaria que regula la delimitación de los cauces con los inmuebles ribe-ranos, estableciendo con este fin un procedimiento de carácter administrativo.

Esta norma indica en su letra A, número 3) que es el Ministerio de Bienes Nacionales el encargado de *fijar* administrativamente los deslindes de los ríos, lagos y esteros mediante decreto supremo de esta repartición pública. Es posible apreciar que la tarea corresponde en forma expresa al Ministerio mencionado, cuestión que conviene tener presente, pues no es la regla en materia de demarcación entre bienes raíces, tal como lo veremos más adelante.

La fijación del deslinde se puede llevar a cabo de oficio por el Ministerio de Bienes Nacionales "...cuando las circunstancias así lo exigieren..."

²⁸ CORTE SUPREMA (2008), "Sociedad Turística Los Saltos S.A. con Corporación Nacional Forestal y Protección de Recursos Naturales y Fisco", rol 3698-2007, 19 de diciembre 2008, considerando N° décimo séptimo.

²⁹ El decreto supremo N° 609 se titula: "Deroga Decreto N° 1.204, de 1947, y fija normas para establecer deslindes propietarios ribe-ranos con el bien nacional de uso público por las riberas de los ríos, lagos y esteros".

o a petición del propietario riberano respectivo, en ejercicio del derecho a la demarcación regulado en el artículo 842 del *Código Civil*³⁰. Se produce aquí una nueva y nítida remisión desde normas reglamentarias a una institución de naturaleza civil.

En el caso “Tagle con Dirección General de Aguas”³¹, se interpuso recurso de reclamación por una propietaria riberano al río Mapocho en la comuna de Padre Hurtado contra la Dirección General de Aguas, la cual había emitido una resolución obligándola a retirar rellenos llevados a cabo en la ribera del cauce.

El organismo público mencionado se defendió expresando que la reclamante no había dado cumplimiento al decreto supremo N° 609, el cual indica que la única persona que puede solicitar la delimitación es la propietaria; que la mayor parte de las cuencas(sic)³² del territorio nacional no están deslindadas y que es responsabilidad de los dueños solicitarlo.

La Segunda Sala de la Corte Suprema denegó el recurso de casación en el fondo interpuesto por el organismo público, indicando que la aludida “vertiente” (sic)³³ no tiene fronteras fijadas ni siquiera en un procedimiento administrativo.

³⁰ El *Código Civil* no define la demarcación. La doctrina la define como “...un conjunto de operaciones que tiene por objeto fijar la línea de separación de dos predios colindantes de distintos dueños, y señalarla por medio de signos materiales”. ALESSANDRI, SOMARRIVA, VODANOVIC, *op. cit.*, p. 194. Esta facultad se ejerce a través de la acción de demarcación, acción civil conocida y fallada por la justicia ordinaria y que se aplica solo en caso de no existir disputa entre los dueños de los predios; de lo contrario la acción que corresponde entablarse es una reivindicatoria o una posesoria, según sea el caso. Rodrigo BARCIA LEHMANN, *Lecciones de Derecho Civil chileno. De los bienes*, pp. 190-191. Arturo Alessandri, Manuel Somarriva y Antonio Vodanovic, citan jurisprudencia de la Corte Suprema de 28 de marzo de 1955. La Corte Suprema manifiesta que debe concluirse que se trata de una gestión judicial encaminada a la conservación de la cosa, ya que el fallo solo tiene alcance declarativo de derechos preexistentes y no constituye un nuevo título a favor o beneficio de ninguno de los litigantes. Esta última aseveración resulta fundamental en materia de cauces. ALESSANDRI, SOMARRIVA, VODANOVIC, *op. cit.*, tomo II, pp. 194-195.

³¹ CORTE SUPREMA (2001), “Tagle, Magdalena Sofía con Dirección General de Aguas”, rol 473-09, 16 de junio de 2001.

³² Cuenca no es lo mismo que cauce. La primera se encuentra definida por la Real Academia de la Lengua Española del modo que sigue: “Territorio rodeado de alturas. Territorio cuyas aguas afluyen todas a un mismo río, lago o mar”. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, p. 685.

³³ Vertiente es un conjunto de cuencas cuyas aguas van a desembocar a un mismo mar u océano. Geomorfológicamente corresponde a lo que se denomina vertiente hidrográfica. Disponible en www.catedu.es/geografos/images/Documentos/recursos_hidricos_2011_wiki.pdf [fecha de consulta: 12 de marzo de 2017]. Desde este punto de vista, Chile posee solo una vertiente hidrográfica, la vertiente Pacífica. Otro sentido en que puede usarse el término ‘vertiente’ es como escape de aguas subterráneas hacia la superficie. Disponible en <http://significado.net/vertiente/> [fecha de consulta: 12 de marzo de 2017].

Como es posible apreciar, tanto la Corte como la Dirección General de Aguas no solo utilizan sin acierto el lenguaje técnico sino que, además, interpretan de modo absolutamente equivocado el decreto supremo N° 609.

Como vimos, la delimitación del cauce es un derecho basado en la demarcación y puede ser ejercido tanto por el propietario riberano como por el Ministerio de Bienes Nacionales, no siendo en absoluto responsabilidad exclusiva de los dueños de los inmuebles riberanos y menos una obligación. Esta situación no elimina, por supuesto, la conveniencia de su fijación o que el Ministerio lo haga, tal como indica la norma: “cuando las circunstancias así lo exigieren”³⁴.

En un recurso de protección del año 2002, la Corte Suprema vuelve a cometer el mismo error, al confirmar la sentencia de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, donde impide a la Dirección de Obras Hidráulicas de la X Región llevar a cabo acciones de mantención en el denominado estero Lobos³⁵.

Se consideró que lo principal era determinar si los actos se habían llevado a cabo en el cauce o en propiedad privada. Además, se manifiesta que no se está discutiendo la naturaleza del cauce, sino que en el lugar, y sobre la base de la inspección personal del tribunal, no había estero alguno y que, a mayor abundamiento, no se entendía la existencia de inscripción de dominio a favor de los recurrentes.

Nos parece bastante claro que la Corte confunde la situación, pues se trata de un procedimiento cautelar que no permite ahondar en materias propias de acciones ordinarias, que permitirían determinar la naturaleza del suelo. Además, dicta sentencia basado en una inspección personal, pasando por alto cualquier deferencia técnica hacia el órgano administrativo involucrado.

Finalmente, hace alusión a la inscripción registral de dominio particular, la cual no tiene relación con la existencia del cauce. Este bien nacional de uso público existe y es tal mientras se apegue al concepto de cauce entregado por el legislador. Entonces, y ante la duda, lo que correspondía era un juicio declarativo de lato conocimiento.

Por lo demás, y en referencia a los dos casos citados, los órganos administrativos con competencia en materia de cauces deben ejercer control sobre los cauces naturales, aunque sus deslindes no estén fijados, por el solo hecho de ser bienes nacionales de uso público. A nuestro juicio, su

³⁴ Pensamos que la fijación del deslinde en estas circunstancias es una facultad discrecional del Ministerio de Bienes Nacionales, ya que la norma no entrega criterios para tomar la decisión.

³⁵ CORTE SUPREMA (2002), “Agüero Vera, Evalterio con Director de Obras Hidráulicas X Región”, rol 1813-2002, 24 de junio de 2002.

protección no puede quedar condicionada a la dictación de un acto administrativo, que se basa en el ejercicio de un derecho.

Continuando con el análisis del decreto supremo N° 609, entrega algunas normas para determinar los terrenos que constituyen cauce, aunque aclarando que ellas se usan “...sin perjuicio de las demás de orden técnico que deban aplicarse”³⁶. Las normas que entrega son:

- a) un concepto de lecho³⁷
- b) un concepto de cauce³⁸ y
- c) el concepto de creces extraordinarias³⁹.

Para cumplir con la tarea de fijación de deslindes, el Ministerio de Bienes Nacionales *oirá* previamente al Departamento de Defensas Fluviales de la Dirección General de Obras Públicas perteneciente al Ministerio de Obras Públicas. Este órgano emitirá al respecto un informe técnico con un plano de la zona e *indicará* en este documento el deslinde respectivo⁴⁰.

A este mismo respecto, la Contraloría General de la República en el dictamen N° 50.157, ya mencionado dijo

“...al Director General de Obras Públicas le compete indicar los deslindes de los cauces naturales con los particulares ribereños para los efectos de

³⁶ Estas normas denominadas “...demás normas técnicas que deban aplicarse...” presentan el inconveniente de que el legislador no indica cuáles son ni dónde se encuentran.

³⁷ El decreto supremo N° 609 hace sinónimas las palabras ‘lecho’ y ‘álveo’. “Se considerará lecho o álveo de río, lago o estero, la porción de tierra por la que permanentemente corren las aguas”. Por otro lado, el *Código de Aguas* hace sinónimas las palabras ‘cauce’ y ‘álveo’.

³⁸ El decreto supremo N° 609 indica: “Se considerará cauce de río, lago o estero la superficie que el agua ocupa y desocupa alternativamente en sus creces periódicas ordinarias”. Cabe consignar que esta definición es distinta a las que entregan el *Código Civil* y el *Código de Aguas*. Estas normas legales no aluden en ningún momento a “creces periódicas ordinarias”, sino a “creces y bajas periódicas”.

³⁹ El decreto supremo N° 609 expresa: “Se considerarán creces extraordinarias, aquellas de rara ocurrencia y que se deban a causas no comunes, producidas sin regularidad, durante periodos, en general, mayores de cinco años. Los terrenos ocupados y desocupados alternativamente en estas creces extraordinarias, no se considerarán cauce de ríos, lagos o esteros y, por tanto, pertenecen a los propietarios ribereños”. Como ya indicamos, el concepto usado por el legislador para definir el cauce son las crecidas periódicas. No habla de crecidas extraordinarias ni ordinarias. El reglamento introduce una distinción que el legislador no hace. Por lo demás, y si se desea obtener un concepto de crecidas ordinarias, debe interpretarse la norma reglamentaria aludida *a contrario sensu*.

⁴⁰ Respecto al valor del informe mencionado, véase el artículo 38 de la ley N° 19.880 sobre Bases de los Procedimientos Administrativos y Actos de la Administración, que establece, como regla general, que los informes son facultativos y no vinculantes, y cuando deben ser emitidos por otros órganos de la Administración, se puede continuar sin ellos si no han sido emitidos dentro de plazo. La norma permitiría, entonces, que el Ministerio de Bienes Nacionales fije el deslinde sin el informe de la Dirección General de Aguas.

la dictación por el Ministerio de Bienes Nacionales del decreto supremo correspondiente...”,

dejando así claramente determinada cuál es la labor que corresponde a cada uno de los órganos de la Administración involucrados.

Una vez fijado el deslinde por el Ministerio de Bienes Nacionales, este se mantiene en vigor durante la tramitación de un eventual reclamo⁴¹, constituyendo, a nuestro entender, uno de los motivos por los cuales resulta fundamental la protección del propietario riberano, ya que el Estado, basado en el decreto de fijación de deslindes, podría llevar a cabo tanto actos materiales como administrativos sobre ese suelo.

Nos parece errado que el decreto supremo N° 609 señale en su numeral 4, que provee normas para los efectos de “determinar cuáles son los terrenos que constituyen cauces”. Esto resulta contradictorio con el título mismo del decreto en cuestión y con la finalidad de fondo de la norma reglamentaria, que es establecer los deslindes entre las propiedades ribe-ranas y el cauce, esto es, fijar una línea divisoria, y en ningún caso determinar la naturaleza del suelo, cuestión que se lleva a cabo, tal como ya lo hemos dicho, mediante la aplicación de las normas civiles sobre accesión de suelo en juicio declarativo de lato conocimiento.

En lo referente a la impugnabilidad del decreto supremo de fijación de deslindes del cauce, la norma reglamentaria analizada dispone los recursos que proceden en su contra. Ellos son de dos clases: un recurso de reclamación⁴² ante la misma autoridad que dicta el acto administrativo mediante el cual se delimita el cauce y, enseguida, una vez vencido el plazo de sesenta días para su interposición, las acciones y recursos judiciales que correspondan. Entre estos últimos figuran como regla general, por ejemplo, la nulidad de derecho público, la acción reivindicatoria y la acción de protección constitucional⁴³.

⁴¹ El hecho de que el decreto que fija el deslinde se mantenga en vigor mientras se tramita su impugnación se encuentra en armonía con la presunción de legalidad de los actos administrativos establecida en el artículo 3, inciso 8° de la ley N° 19.880. Además, este decreto no se encuentra sujeto a toma de razón por la CGR. Para más información sobre esto último, véase Iván ARÓSTICA MALDONADO, “El trámite de Toma de Razón de los actos administrativos”, p. 152 y ss.

⁴² Pensamos que lo expresado en el decreto supremo N° 609 no excluye los demás recursos administrativos que se puedan interponer, entre otros, el recurso jerárquico, tal como lo preceptúa la ley N° 19.880: “Ley de Bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado”, la cual tiene, por lo demás, el carácter de supletoria de los procedimientos administrativos especiales.

⁴³ Vencido el plazo para reclamar administrativamente, el perjudicado solo puede interponer acciones judiciales. Así lo confirmó el Máximo Tribunal en sentencia de pro-

Por último, el decreto supremo N° 609 determina quién asume los costos que la fijación conlleva. Los propietarios riberaños pagan la mitad de los costos de fijación del deslinde, pero la totalidad de las obras fluviales de defensa. Se indica expresamente que el dueño del inmueble riberaño debe contribuir "...con los fondos necesarios para la construcción de las defensas...". Como el legislador no distingue si el propietario riberaño paga todo o parte de las obras de defensa, es factible entender que no cabe al intérprete distinguir, por lo que le corresponde pagar la totalidad del valor de esas construcciones.

Es indispensable no perder de vista que el fundamento de la delimitación de los cauces se encuentra en la demarcación civil. Si comparamos estas instituciones, ambas tienen el mismo efecto jurídico, esto es, son meramente declarativas y solo fijan una línea divisoria. Así lo dijo también la Contraloría General de la República en el dictamen N° 50.157, indicando en su penúltimo párrafo que los organismos públicos involucrados solo deben limitarse a constatar la existencia y características del cauce al momento de ejercer sus facultades.

No obstante, ambas instituciones difieren en algunos elementos que, a nuestro juicio, encuentran su origen en el área del ordenamiento jurídico donde cada una de ellas se ubica: la demarcación en el Derecho Privado y la delimitación de los cauces en el Derecho Público⁴⁴.

En la delimitación de los cauces las partes no están en posición de igualdad, ya que una de ellas, el Ministerio de Bienes Nacionales, es un órgano del Estado encargado del control superior de los bienes nacionales de uso público⁴⁵ y, a la vez, de fijar su deslinde⁴⁶.

tección, donde se acoge la acción interpuesta por propietarios riberaños al estero Puangue. En su considerando quinto, indica que el plazo para reclamar administrativamente es solo de sesenta días desde la publicación y que con posterioridad solo cabe ejercer acciones jurisdiccionales contra el acto administrativo en cuestión. CORTE SUPREMA, "Madrid Barros, Emilio y otros con Ministerio de Bienes Nacionales", rol 335-2001, 8 de febrero de 2001.

⁴⁴ Para un análisis más profundo de la institución civil de la Demarcación, véase CLARO, *Explicaciones...*, *De los bienes I, op. cit.*, p. 98 y ss. Véase, asimismo, ALESSANDRI, SOMARRIVA, VODANOVIC, *op. cit.*, tomo II, p. 194 y ss.

⁴⁵ Decreto ley N° 1939 del año 1977, que establece las normas sobre adquisición, administración y disposición de los bienes del Estado, expresa que el Ministerio de Bienes Nacionales ejerce el *control superior* de los bienes nacionales de uso público, sin perjuicio de la competencia que en esta materia se asigne por leyes especiales a otras entidades. Así, y como indica Jorge Bermúdez Soto, esta competencia del Ministerio de Bienes Nacionales resulta ser de carácter residual, ya que es sin perjuicio de las entregadas por leyes especiales a otros organismos sobre los mismos bienes, como a las municipalidades en el artículo 5° de la ley N° 18.675. Véase Jorge BERMÚDEZ SOTO, *Derecho administrativo general*, p. 562.

⁴⁶ El Ministerio de Bienes Nacionales actúa como juez y parte en esta materia, ya que, además de ejercer el control superior de los bienes nacionales de uso público cauces,

En el proceso de fijación de los deslindes de los cauces deben construirse obras de defensa necesarias para mantener el deslinde fijado, las cuales, para efectos de la delimitación, ocuparán el lugar que tienen los hitos en la demarcación civil.

Tanto la demarcación como la delimitación del cauce, una vez hechas, no pueden modificarse. Pero esta situación de inmutabilidad en el caso del cauce resulta ser solo la regla general, ya que existe en el mismo decreto supremo una excepción: cuando las riberas han sufrido modificaciones apreciables –a juicio del Departamento de Defensas Fluviales– y por causas naturales. Se desprende, entonces, que la delimitación de los cauces puede no resultar definitiva.

A pesar de las obras de defensa, estas pueden verse destruidas por avenidas, inundaciones u otras fuerzas violentas, lo que implicará llevar a cabo un nuevo procedimiento de delimitación y el levantamiento de estas construcciones.

La fijación del deslinde del cauce es, en este sentido, distinta a la demarcación regulada por el artículo 842 del *Código Civil*, la cual es permanente y definitiva. Esta última no puede ser cambiada por ninguno de los propietarios colindantes. Es más, su alteración se sanciona en lo civil y en lo penal⁴⁷.

4. ALGUNAS CONCLUSIONES

EN TORNO A LA INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DE LAS NORMAS CIVILES, DE AGUAS Y REGLAMENTARIAS

De lo expresado hasta ahora es posible sostener:

- a) Delimitación y demarcación son derechos. Si en el caso de la demarcación la titularidad es de los propietarios colindantes; en la delimitación, los titulares son tanto el propietario riberano como el Ministerio de Bienes Nacionales.
- b) La fijación del deslinde, al igual que la demarcación, es meramente declarativa. En ambos casos su fin es la fijación de una línea divisoria entre dos bienes inmuebles.
- c) Como todo acto administrativo, el decreto supremo de fijación de deslindes goza de eficacia temporal durante su impugnación.
- d) El decreto supremo que fija el deslinde de un cauce natural es, por regla general, inmutable. Su mantención dependerá de que

fija por sí mismo, mediante decreto supremo, el deslinde de estos, situación absolutamente distinta a la demarcación civil, donde son los tribunales ordinarios de justicia quienes conocen la acción de demarcación y fijan el deslinde entre inmuebles.

⁴⁷ Véanse los artículos 843 del *Código Civil* y 462 del *Código Penal*.

las condiciones que ameritaron su dictación se mantengan y no sean alteradas por causas naturales. Si esas condiciones cambian, se puede dictar un nuevo decreto de fijación de deslindes.

- e) Es el propietario riberano quien debe costear la construcción de las obras de defensa necesarias para mantener el deslinde fijado. En la demarcación, la colocación de los hitos es de cargo de todas las partes involucradas.

Cabe concluir, entonces, que en materia de cauces nos encontramos en presencia de tres situaciones jurídicas distintas.

La primera se refiere a que la *determinación general* del suelo que constituye cauce es tarea única y exclusiva del legislador mediante las normas civiles sobre accesión de suelo y aquellas sobre los cauces que entrega el *Código de Aguas*. La segunda, a que la *determinación especial* del suelo, que constituye cauce en cada caso concreto de que se trate, corresponde a los tribunales de justicia en juicio ordinario de lato conocimiento, aplicando las normas sobre accesión de suelo. La tercera y última, a que la *delimitación*, esto es, la fijación de la línea divisoria entre el cauce y la propiedad ribेरana es regulada por el decreto supremo N° 609 y se lleva a cabo mediante la dictación de un acto administrativo por Ministerio de Bienes Nacionales.

III. Acciones de protección contra decretos supremos que fijan deslindes de cauces naturales

El segundo tipo de acciones importantes que se ha incoado contra decretos de fijación de deslindes de cauces naturales fueron recursos de protección, a principios del año 2000.

En cuanto al fondo de las cuestiones ventiladas en dicha sede, la Corte Suprema manifestó distintas opiniones con poco tiempo de diferencia, rechazando y acogiendo casos análogos en menos de un año.

Además, la máxima magistratura no se expresó de modo completamente claro respecto a la naturaleza y efectos del acto administrativo que fija el deslinde del cauce. Esto es así en especial en los casos de actos materiales de la Administración llevados a cabo en ejercicio de sus facultades de control superior sobre los cauces.

En la época mencionada, se presentaron algunos recursos de protección por propietarios ribेरanos al río Mapocho, contra decretos de fijación de deslindes dictados por el Ministerio de Bienes Nacionales en tramos del río ubicados en la zona oriente de Santiago.

Estas acciones cautelares se interpusieron juntamente con recursos administrativos, lo que provocó importantes problemas⁴⁸.

En el caso del río Mapocho y como expresara Gonzalo Vial, numerosos propietarios riberaños colindaban con este, cuyo cauce no había sido fijado. Esa fijación no interesaba hasta ese momento, pues los terrenos aledaños al Mapocho carecían de valor agrícola o urbanístico. Pero, con el desarrollo de las comunas altas de la ciudad y la mayor demanda de terrenos para viviendas, desarrollos urbanos en general y obras públicas, inevitablemente los predios aumentaron de precio y la fijación del deslinde pasó a ser vital.

Es lamentable, según Gonzalo Vial, que plantea hasta hoy, el avance de la ciudad hacia el río, aún en este cauce y en muchos otros, innumerables problemas públicos, como la protección del cauce y sus riberas⁴⁹ y playas(sic)⁵⁰, la defensa del patrimonio fiscal y la seguridad de la población en caso de crecidas.

En el caso “Zúñiga con Ministerio de Bienes Nacionales”⁵¹ del año 2000, se recurre de protección contra el decreto supremo N° 71 publicado en el *Diario Oficial* el año 1999, que fijaba el deslinde del cauce del río Mapocho en el sector San Enrique hasta el puente Lo Salde, modificando por esta vía el decreto supremo N° 74 del año 1995, que ya había delimitado ese tramo de 13,47 km.

La Corte Suprema rechaza la acción de protección expresando que esta situación implicaba cambiar los deslindes de las propiedades riberañas y, como consecuencia, lo que se discutía es “...si se tiene o no derecho de propiedad, sobre estos terrenos”. En vista de ello, considera:

“...no es una materia que pueda dilucidarse por la presente acción cautelar, sino que propia de un juicio declarativo de lato conocimiento...”

Es evidente que la Corte Suprema no lleva la razón al estimar que lo que se discute es el dominio. Ello, debido a que el decreto que fija el deslinde del cauce solo determina una línea divisoria entre los bienes

⁴⁸ Al respecto véase VIAL, *op. cit.*, p. 127.

⁴⁹ Las riberas están definidas en el artículo 33 del *Código de Aguas*, el cual expresa: “Son riberas o márgenes las zonas laterales que lindan con el álveo o cauce”. Estas zonas no constituyen bienes nacionales de uso público. Al respecto véase CLARO, *Explicaciones ..., De los Bienes I, op. cit.*, pp. 209-211.

⁵⁰ Los ríos y lagos no tienen playas, solo existen playas de mar. Véase CEA, *op. cit.*, p. 135.

⁵¹ CORTE SUPREMA (2000), “Zúñiga con Ministerio de Bienes Nacionales”, rol 2750-2000, 29 de noviembre de 2000.

involucrados, teniendo iguales efectos que la demarcación civil y siendo, asimismo, un acto administrativo meramente declarativo, que se limita a reconocer una situación jurídica ya existente y no a constituir una nueva.

El máximo tribunal indica, además, que la vía empleada no es la idónea, ya que las acciones cautelares no pueden ser resueltas a través de un pronunciamiento jurisdiccional que declare dejar sin efecto o modificar el decreto recurrido, acto al que considera como no decisorio de la materia en cuestión y, por lo tanto, no sería posible que por su vía se priven, perturben o amenacen derechos fundamentales.

Un caso contrario al fallo anterior lo constituye en 2001, “Bravo con Ministerio de Bienes Nacionales”⁵², en él los recursos interpuestos y acumulados ahora contra el decreto supremo N° 109 modificatorio del anterior decreto supremo N° 71, que fue dictado como consecuencia del correspondiente proceso administrativo de impugnación, son acogidos. Esta vez se considera el decreto recurrido “...un acto jurídico por medio del cual se fijan definitivamente los citados deslindes...”⁵³.

En este caso, la Corte indica que el objeto de las acciones cautelares interpuestas es determinar si el Ministerio de Bienes Nacionales se ajustó a las normas constitucionales, legales y reglamentarias que rigen la materia o si, por el contrario, hay vicios que pudieran considerarse actos ilegales o arbitrarios que afecten derechos y garantías constitucionales de los recurrentes.

El máximo tribunal estimó que no era razonable utilizar una crecida de rara ocurrencia debida a causas no comunes o extraordinarias, como fue el caso del año 1982, para fijar el deslinde del cauce, esto es, para determinar la superficie que el agua ocupa y desocupa alternativamente en sus creces y bajas periódicas ordinarias, ya que ello va contra lo que la ley exige. Indica, además, que ello se opone a un precedente anterior de la misma autoridad administrativa que había fijado el deslinde de otro tramo el año 1995, usando el periodo de retorno de cinco años.

La Corte indica que la autoridad no entregó criterios valederos para aumentar el período de retorno⁵⁴.

⁵² CORTE SUPREMA (2001), “Bravo con Ministerio de Bienes Nacionales”, rol 2015-2001, 27 de septiembre de 2001.

⁵³ Parte de la sentencia dictada en este recurso de protección fue usada posteriormente como fundamento de una nueva acción reivindicatoria emprendida contra el fisco. Véase: CORTE SUPREMA, “Inmobiliaria Los Cóndores Uno con Fisco de Chile”, rol 31.232-2014, 8 de enero de 2015. Esta reivindicatoria, al igual que el resto de los análisis de este estudio, fue rechazada.

⁵⁴ Periodo de retorno expresado en años, se define como: el número promedio de años en que un evento puede ser igualado o excedido. Disponible en <http://eias.utralca.cl/>

A nuestro parecer, el problema radica en que el decreto supremo N° 609 no entrega criterios para utilizar “las demás normas de orden técnico que deban aplicarse”, entre las cuales podrían encontrarse la utilización de crecidas extraordinarias para la fijación del deslinde y la justificación para hacerlo. Ello constituye una deficiencia o carencia importante de esta norma reglamentaria.

La Corte Suprema estimó que el decreto recurrido:

“...se ha elaborado sobre la base de consideraciones que exceden el marco de la ley, como también la prudencia y razonabilidad necesaria, de lo que deriva su ilegalidad y arbitrariedad afectando gravemente el derecho de propiedad...”.

Como sea, el punto es que debe respetarse tanto la definición legal de cauce contenida en los *Códigos Civil y de Aguas*, como aquella que entrega el decreto supremo N° 609, el que introduce una precisión: constituye cauce solo el suelo que el agua ocupa y desocupa en las creces periódicas ordinarias.

La utilización de una crecida extraordinaria, esto es, aquellas que se producen en periodos mayores a cinco años, implicará para la autoridad administrativa justificar científica y jurídicamente esta decisión.

Arturo Ferandois opina que el fallo cauteló los derechos de los afectados que no habían sido beneficiados por la reposición administrativa, pues mediante el decreto se materializaba una expropiación. Indica, además, que la Corte hizo primar el principio de reserva legal al aplicar la definición legal de cauce, obligando a la Administración a respetar los parámetros fijados por el legislador⁵⁵.

Estamos de acuerdo con este autor en cuanto a la necesidad de protección de los propietarios riberaños y la decisión de la Corte en este sentido, en especial, al hacer primar el principio de reserva legal, pero cabe hacer una prevención. En efecto, el decreto supremo que fija el deslinde de un cauce no puede jamás, como hemos demostrado, privar del dominio al dueño del predio riberaño, materializar una expropiación, ni autorizar la modificación de una inscripción de dominio vigente, ya que solo es un acto administrativo meramente declarativo de una línea divisoria.

isi/publicaciones/unam/estudio_hidrologico.pdf [fecha de consulta: 12 de marzo de 2017]. También se define como: intervalo de tiempo medio a largo plazo transcurrido entre un fenómeno hidrológico y otro de igual o mayor magnitud. Disponible en <http://unesdoc.unesco.org/images/0022/002218/221862M.pdf> [fecha de consulta: 12 de marzo de 2017].

⁵⁵ Arturo FERMANDOIS VÖHRINGER, “Recurso de Protección en contra de decreto que fija cauce del río Mapocho”, pp. 196-197.

Lo que en efecto puede suceder y, por ello, resulta correcta la decisión de la Corte, es que el acto administrativo que fija el deslinde perturbe o amenace el ejercicio del derecho de propiedad.

De hecho, la Corte estima que la situación ameritaría el ejercicio de acciones ordinarias, pero a pesar de ello considera:

“...no es menos cierto que el acto impugnado es el modo en que se afecta el ejercicio del derecho de propiedad de los recurrentes y no el derecho mismo vulnerado. Por tal razón es necesario que se adopten medidas de protección, ya que el número 5 del Decreto Supremo N° 609 establece que durante la tramitación de estos recursos, se mantendrá en vigor el deslinde fijado por el Decreto Supremo, produciendo plenamente efecto y haciendo ilusoria cualquier decisión que pudiese obtenerse en el juicio declarativo”.

Como es posible apreciar, esta vez la Corte acierta plenamente, explicando, de modo claro, el mecanismo legal que funciona en este caso. El decreto de fijación del deslinde no priva del derecho de propiedad, pero puede perturbarlo o amenazarlo, permitiendo a los órganos del Estado, con competencia en materia de cauces, tomar posesión material del suelo y llevar a cabo actos que podrían resultar irreversibles, haciendo imposible el uso y goce del bien por parte de su legítimo dueño.

En el caso en análisis, el acto que la Administración llevaría a cabo era la construcción de la autopista Costanera Norte, lo que habría hecho en la práctica ilusoria cualquier acción ordinaria por parte de los propietarios riberaños una vez terminada la construcción.

Conclusiones

De lo analizado, podemos desprender lo siguiente:

1. El problema fundamental a resolver es por qué la jurisprudencia en materia de cauces ha tenido en nuestro país una constante fluctuación. En materia de reivindicación es constante y clara, pero en materia de recursos de protección y reclamación ha fallado en casi todos los casos de modo erróneo y confuso.
2. Es en el dominio público, en específico, en el ámbito de los bienes nacionales de uso público donde debemos estudiar los cauces naturales y, más específicamente, en un área intermedia que se genera entre ellos y las propiedades privadas riberañas, debido al dinamismo de los cauces. Esto genera la necesidad de tener en mente el principio constitucional de libre apropiabilidad.

Un punto central radicaba, entonces, en preguntarnos cuáles son las normas jurídicas aplicables y su fundamento o justificación, esto es, la dinámica de los cauces, y por qué se ha generado jurisprudencia con tantos altibajos.

3. La conclusión principal es que, en materia de cauces, nos encontramos ante tres situaciones jurídicas por completo distintas y que es necesario tener en mente a fin de evitar confusiones y errores:
 - a) La determinación general del suelo que constituye cauce es tarea única y exclusiva del legislador a través de las normas civiles sobre bienes nacionales, accesión de suelo y aquellas sobre cauces que entrega el *Código de Aguas*.
 - b) La determinación especial del suelo, que constituye cauce en cada caso concreto y su diferenciación con respecto al suelo que constituye propiedad riberana, corresponde a los tribunales de justicia en juicio declarativo de lato conocimiento. Para ello, debe aplicar la norma sobre accesión de suelo y dictar una sentencia que tendrá el carácter de meramente declarativa, ya que la accesión es un modo de adquirir, constitutivo de dominio. Como consecuencia de la distinta naturaleza jurídica de cada uno de los bienes involucrados, el único modo de adquirir aplicable es la accesión. Jamás podrá el propietario riberano adquirir el cauce por prescripción, pues se encuentra fuera del comercio humano. Y, por otro lado, el inmueble riberano jamás podrá pasar a formar parte del cauce por prescripción, debido a que no cabe este modo de adquirir contra inmuebles inscritos. En definitiva, la única vía de regulación de la íntima y cambiante relación entre los cauces naturales y la propiedad riberana es la accesión de suelo.
 - c) La delimitación, esto es, la fijación del límite entre el cauce natural y la propiedad riberana corresponde a un tipo de demarcación con algunas características especiales, y se encuentra regulada en una norma de rango reglamentario, que es el decreto supremo N° 609 del Ministerio de Bienes Nacionales.

El procedimiento, para estos efectos, finaliza con un acto administrativo denominado decreto supremo de fijación de deslindes, el cual también es un acto meramente declarativo en el que la autoridad administrativa debe limitarse a reconocer una situación preexistente. De haber dudas sobre la

naturaleza del suelo que constituye cauce, deberá recurrirse al ejercicio de acciones judiciales ordinarias.

4. Las normas jurídicas aplicables a los cauces naturales las encontramos en los dos amplios ámbitos en que se divide nuestro ordenamiento, esto es: en el Derecho Público y en el Privado y, como pudimos ver, no existe discusión posible en cuanto a la utilización de normas civiles en una materia de Derecho Público, ya que es el propio legislador el que lo ordena.
5. Fijar correctamente los deslindes de los cauces es importante, no solo debido a la necesidad de protegerlos en su calidad de bienes nacionales de uso público, en especial por el destino que tienen, sino porque, además, es indispensable proteger la propiedad privada ribera de los actos de la Administración. Ello implica tener claro que la delimitación es un derecho tanto para el propietario ribera como para el Ministerio de Bienes Nacionales, no constituyendo, en ningún caso, una obligación para el particular. Solo podría serlo para el mencionado Ministerio en caso de que las circunstancias del caso lo exigieren, tal como indica la norma jurídica aplicable.

Además, cabe tener en consideración que el decreto de fijación de deslindes no puede jamás privar del dominio al propietario ribera, pues solo fija una línea divisoria, sin afectar la propiedad privada inscrita.

Lo que sí puede suceder es que este acto administrativo perturbe o amenace el ejercicio del derecho de propiedad, en especial, considerando que se trata de un acto administrativo que se mantiene en vigor mientras se tramita un eventual procedimiento de reclamación y al que, además, se le aplica presunción de legalidad. Es importante destacar lo que ha confirmado la jurisprudencia: que vencido el plazo para reclamar administrativamente solo se puede recurrir por la vía ordinaria para impugnar del decreto que fija el deslinde. La única y excepcional posibilidad de solicitar una nueva delimitación es cuando actos de la naturaleza han destruido las obras de defensa que fijan el límite.

6. Asimismo, es necesario indicar que preservar y cuidar los cauces naturales es imprescindible, debido a que por ellos circula otro bien nacional de uso público como son las aguas. Otro motivo lo constituye la alta valoración de los suelos aledaños a cauces naturales, que los hace especialmente vulnerables frente a intereses inmobiliarios.

En fin, su cuidado resulta trascendental debido al cambio climático, el cual deja más indefensas que nunca las propiedades riberanas frente a las crecidas producto de lluvias y deshielos. Por otra parte, las sequías disminuyen el caudal de los ríos, provocando una falsa sensación de seguridad e intentos de ocupación de los cauces por parte de los riberanos, cuestión que ante las crecidas ya mencionadas, resulta en extremado peligrosa.

7. En definitiva, el estudio que hemos presentado nos ha permitido visualizar la unidad de lo público y lo privado, pues el legislador remite de forma expresa desde normas públicas a instituciones civiles, no por capricho, sino porque ellas resultan las mejores y más adecuadas para regular los cauces naturales, materia cuya importancia aumenta día a día en nuestro país.

Bibliografía

- ALESSANDRI, Arturo, Manuel SOMARRIVA, Antonio VODANOVIC, *Tratado de derechos reales. Bienes*, 6ª ed., Santiago, Editorial Temis S.A-Editorial Jurídica de Chile, 2001, tomo I.
- ALESSANDRI, Arturo, Manuel SOMARRIVA, Antonio VODANOVIC, *Tratado de derechos reales. Bienes*, 6ª ed., Santiago, Editorial Temis S.A-Editorial Jurídica de Chile, 2001, tomo II.
- ARÓSTICA MALDONADO, Iván, “El trámite de Toma de Razón de los actos administrativos”, en *Revista de Derecho Público*, N° 49, Santiago, 1991.
- ATRIA, Fernando y Constanza SALGADO, *La propiedad, el dominio público y el régimen de las aguas en Chile*, Santiago, Thomson Reuters, 2015.
- BARCIA LEHMANN, Rodrigo, *Lecciones de Derecho Civil chileno. De los bienes*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008, tomo IV.
- BERMÚDEZ SOTO, Jorge, *Derecho Administrativo general*, 2ª ed., Santiago, Legal Publishing, 2011.
- CEA EGAÑA, José Luis, *Derecho Constitucional chileno*, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2012, tomo II.
- CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado. De los Bienes I*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2015, vol. III, tomo VI.
- CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado. De los Bienes II*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2015, vol. III, tomo VII.
- CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado. De los Bienes IV*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2015, vol. IV, tomo IX.
- FERMANDOIS VÖHRINGER Arturo, “Recurso de Protección en contra de decreto que fija cauce del río Mapocho”, en *Ius Publicum*, N° 9, Talca 2002.

- FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos, “Los principios estructurales del Derecho Administrativo chileno: un análisis comparativo”, en *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, N° 221-222, Concepción, 2007.
- MONTT OYARZÚN, Santiago, *El dominio público. Estudio de su régimen especial de protección y utilización*, Santiago, Editorial Lexis Nexis, 2002.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Derechos fundamentales y garantías constitucionales*, Santiago, Librotecnia, 2010, tomo IV.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, Madrid, Espasa Libros S.L.U.- Grupo Editorial Planeta S.A.I.C., 2014, tomo I.
- VERGARA BEZANILLA, José Pablo, “Notas sobre el aluvión en el dominio fluvial”, en *Revista del Consejo de Defensa del Estado*, N° 6, Santiago, 2002.
- VERGARA BLANCO, Alejandro, *El Derecho Administrativo como sistema autónomo. El mito del Código Civil como “Derecho Común”*, Santiago, Legal Publishing, 2010.
- VIAL CORREA, Gonzalo, “Controversia judicial sobre el río Mapocho”, en *Revista del Consejo de Defensa del Estado*, N° 11, Santiago, 2004.
- VIVANCO MARTÍNEZ, Ángela, (2007): *Curso de Derecho Constitucional. Bases y conceptuales y doctrinarias del Derecho Constitucional*, 2ª ed., Santiago, Ediciones Universidad Católica, 2007, tomo I.

DOCUMENTOS EN FORMATO ELECTRÓNICO

- http://eias.utralca.cl/isi/publicaciones/unam/estudio_hidrologico.pdf
- www.catedu.es/geografos/images/Documentos/recursos_hidricos_2011_wiki.pdf
- <http://significado.net/vertiente/>
- <http://unesdoc.unesco.org/images/0022/002218/221862M.pdf>

NORMAS

Constitución Política de la República de Chile.

Código Civil.

Código de Aguas.

DECRETO SUPREMO N° 609, Ministerio de Tierras y Colonización, deroga decreto N° 1.204, de 1947, y fija normas para establecer deslindes propietarios riberanos con el bien nacional de uso público por las riberas de los ríos, lagos y esteros, *Diario Oficial*, 24 de enero de 1979.

LEY N° 19.880, Ministerio Secretaría General de la Presidencia, establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado, *Diario Oficial*, 29 de mayo de 2003.

DECRETO LEY N° 1939, Ministerio de Tierras y Colonización, normas sobre adquisición, administración y disposición de bienes del Estado, *Diario Oficial*, 10 de noviembre de 1977.

Código Penal.

JURISPRUDENCIA

- CORTE SUPREMA, rol 2750-2000, Zúñiga con Ministerio de Bienes Nacionales, 29 de noviembre de 2000.
- CORTE SUPREMA, rol 335-2001, Madrid Barros, Emilio y otros con Ministerio de Bienes Nacionales, 8 de febrero de 2001.
- CORTE SUPREMA, rol 2015-2001, Bravo con Ministerio de Bienes Nacionales, 27 de septiembre de 2001.
- CORTE SUPREMA, rol 1813-2002, Agüero Vera, Evalterio con Director de Obras Hidráulicas X Región, 24 de junio de 2002.
- CORTE SUPREMA, rol 3698-2007, Sociedad Turística Los Saltos con Corporación Nacional Forestal y Protección de Recursos Naturales y Fisco, 19 de diciembre de 2008.
- CORTE SUPREMA, rol 473-2009, Tagle Errázuriz, Magdalena Sofia con Dirección General de Aguas, 16 de junio de 2011.
- CORTE SUPREMA, rol 31.232-2014, Inmobiliaria Los Cóndores Uno Limitada con Fisco, 8 de enero de 2015.
- CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, rol 11960-2004, Inmobiliaria Los Cóndores S.A. con Fisco de Chile, 10 de diciembre de 2008.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, rol 1281-2008, 14 de agosto de 2009.
- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, dictamen N° 50.157, 7 de noviembre de 2007.

EL RECURSO DE AMPARO Y OTORGAMIENTO DE LIBERTAD CONDICIONAL EN LA JURISPRUDENCIA RECIENTE DE LA EXCELENTÍSIMA CORTE SUPREMA

HABEAS CORPUS AND PAROLE GRANTING. SUPREME COURT RECENT JURISPRUDENCE

*Felipe Lizama Allende**

Resumen

La presente investigación expone el examen que hace la Corte Suprema al conocer, por la vía del recurso de amparo constitucional, de los casos de negativa de otorgamiento de libertad condicional; al acoger dichas acciones constitucionales y al ordenar diversas medidas, tales como: revisar antecedentes nuevamente, materializar el otorgamiento de la libertad condicional al interesado o, en fin, otorgar dicha libertad. Hay diversos fundamentos de carácter legal y fácticos que ha tenido a la vista el supremo tribunal para acoger las pretensiones formuladas por la acción constitucional en comento, lo que ratifica la vigencia y operatividad de esta.

Palabras clave: Acciones constitucionales, Recurso de amparo, Libertad condicional, Corte Suprema.

Abstract

This work seeks to show the test performed by the Chilean Supreme Court when it granted the claims presented to it via the constitutional *habeas corpus* remedy, reverting decisions that would not grant the parole benefit. There are several legal and factual grounds that the Supreme Court has considered to grant this parole decisions, which confirms the operational and active nature of the *habeas corpus*.

Palabras clave: Acciones constitucionales, Recurso de amparo, Libertad condicional, Corte Suprema. [ojo traducir](#)

* Licenciado en Ciencias Jurídicas por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo. Artículo enviado el 27 de octubre de 2017 y aceptado para su publicación el 5 de marzo de 2018. Correo electrónico: falizama@puc.cl

“Este disidente ha tenido en cuenta las circunstancias que recién iniciada la investigación no se justifica una medida cautelar tan gravosa para decretar la prisión preventiva. La libertad conjuntamente con el derecho a la vida es uno de los más preciados valores que tiene que el ser humano”
 Juan Escobar Zepeda¹

I. Introducción y objetivos de este trabajo

A propósito de diversos pronunciamientos judiciales referidos al otorgamiento de la libertad condicional que franquea el decreto ley N° 321, “que establece la libertad condicional para los penados”, de 12 de marzo de 1925, y el decreto N° 2.442, que “fija el texto del reglamento de la ley de libertad condicional”, de 30 de octubre de 1926, útil es hacer un recuento de algunos fallos emitidos por el máximo tribunal en los últimos años. Lo es porque hay una diversidad de formas en que la Excelentísima Corte ha conocido, por la vía de esta acción constitucional, de esta problemática, y porque quienes impetran el arbitrio referido son personas actualmente privadas de libertad, para poder recuperar la misma, en la medida que cumplan los requisitos determinados por el ordenamiento jurídico.

Es de suponer que la principal vía por la que la Corte Suprema² ha conocido del otorgamiento de este beneficio ha sido por las acciones

¹ Corte de Apelaciones de Santiago (2015), rol reforma procesal penal N° 713-2015, considerando II. Al dar lectura a la sentencia que se pronunciaba sobre la confirmación o revocación de una medida cautelar personal consistente en la prisión preventiva de ciertos diputados, el entonces ministro de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, Juan Escobar Zepeda, quien fuera fiscal de la Excma. Corte Suprema y actualmente retirado de la judicatura, señaló en la respectiva audiencia de estilo: “Este disidente ha tenido en cuenta en que recién iniciada la investigación no se justifica una medida tan gravosa como la prisión preventiva. Ese es el fundamento desde el punto de vista jurídico. Desde el punto de vista general y humanitario estima este disidente que la libertad, junto con el derecho a la vida, es uno de los más preciados valores de todo ser humano. Cuando don Quijote cabalgaba con Sancho al lado, se le escuchó esta expresión: La libertad es uno de los dones más preciados que los dioses han dado a los hombres”. Si bien la sentencia no trata de un amparo constitucional, se apelaba en contra de la medida cautelar decretada por un juzgado de garantía, consistente en la prisión preventiva.

² Si bien el primer fallo al que se pasará revista no ha sido dictado por la Corte Suprema, y hasta la fecha, según el sistema de seguimiento de causas del Poder Judicial, no ha sido apelada, se hará referencia a él de momento que trata una problemática jurídica relevante y, a su vez, porque coincidió con otro pronunciamiento del que la prensa informó. En efecto, con fecha 6 de septiembre de este año, recurrió de protección el interno Miguel Krassnoff Martchenko, en contra de la presidenta de la Comisión de Libertad Condicional, por haber omitido pronunciamiento respecto del beneficio de libertad

de amparo y protección que regula la actual Carta Constitucional en sus artículos 20 y 21. Fundamentalmente, se tratarán los últimos recursos de amparo que la Corte Suprema ha conocido en la materia³.

Para no agobiar en la lectura farragosa de jurisprudencia, se ha destacado con cursivas las partes atinentes a este trabajo. El caratulado de los fallos citados es aquel que se encuentra disponible en el sistema computacional de seguimiento de causas del Poder Judicial. Por motivos que deben estar sin duda incardinados al Derecho Constitucional comprometido, a saber, la libertad personal y la seguridad individual, las acciones de amparo se signan “contra” la Comisión de Libertades Condicionales, mientras que las acciones de protección se caratulan “con” la Comisión antedicha (ello, al menos, en el sistema de revisión de causas referido a la Corte Suprema).

También debe señalarse que, cuando se hace referencia a la Corte Suprema, se hace en sentido lato, no porque haya sido resuelto el negocio

condicional solicitado por su parte. Esgrime, entre otros argumentos, que cumple con todos los requisitos para el otorgamiento de su libertad condicional, a lo que suma una serie de actividades efectuadas al interior del penal. Las autoridades recurridas (la Comisión de Libertad Condicional, y el alcaide del Centro Penitenciario Punta Peuco) señalaron, por vía de informe, que el recurrente carecía de ciertos requisitos para poder acceder al beneficio solicitado. La I.C.A. de Santiago señaló en su considerando 9°: “Que, sin perjuicio de lo anterior, la Comisión de Libertad Condicional, puede, en casos calificados y previo estudio de los antecedentes, y por la unanimidad de sus miembros, dar por cumplidos los requisitos números 3 y 4 ya citados. De esta forma, una vez presentados los antecedentes del postulante por parte de Gendarmería de Chile, luego de analizados por el Tribunal de Conducta, ya sea en lista 1 o 2, dependiendo si cumple o no con todos los requisitos del artículo 2 del decreto ley N° 321 o artículo 4 de su reglamento, a la Comisión de Libertad Condicional, *sólo le corresponde dictar una resolución que conceda, rechace o revoque el beneficio*”, añadiendo en el considerando 10° “Que en el evento de considerar la Comisión que no se cumplía con el requisito de observar buena conducta o conducta intachable en términos del Decreto Ley, como se desprende de ambos informes al transcribir los motivos de la misma para omitir pronunciamiento, *esgrimiendo que no tienen facultades para salvar el requisito de conducta, lo que en derecho correspondía era dictar una resolución que ‘rechace’ el pretendido beneficio, al no reunirse, precisamente, los presupuestos legales, únicas facultades de que está investida la Comisión en conformidad a la normativa citada*”. Por lo anteriormente expuesto, la Corte de Santiago acogió el recurso en cuanto ordena a la Comisión de Libertad Condicional, que emita pronunciamiento respecto a la procedencia o no del beneficio impetrado. CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (2016), rol N°39.863-2016. Como es dable advertir de dicha sentencia no existe en el fallo un pronunciamiento de fondo respecto a la procedencia o no del beneficio, es más, los recurridos plantean que el interesado no los cumple, pero “omitiendo pronunciamiento” en torno a su solicitud. Aun así, el tribunal de primera instancia ordena que se deba emitir un acto decisorio a la Comisión. Finalmente, fluye del tenor de lo informado el contenido del futuro acto decisorio, que será negativo. El fallo operó, pues, como una suerte de anticipación del informe final.

³ Lo anterior sin perjuicio de hacer referencia a dos recursos de protección en el numeral v del presente estudio.

“en pleno”, pues es la Segunda Sala la que tiene que conocer, por competencias de distribución, las materias penales.

Como apreciará el lector, los pronunciamientos de la Excm. Corte han versado sea sobre el fondo de la pretensión (es decir, el otorgamiento o negativa del beneficio), sea ordenando a la Comisión de Libertad Condicional respectiva que emita en forma directa pronunciamiento respecto a la procedencia o no del beneficio impetrado. También han existido casos recientes en que por revocar el beneficio solicitado la Corte Suprema ha conocido por sede del amparo estatuido en el artículo 21, constitucional, acogiendo los mismos⁴.

Para los casos a que se referirá el estudio, la Corte Suprema ha utilizado parámetros como el control de la arbitrariedad, la fundamentación del acto denegatorio y el principio de igualdad constitucional, estructurado como derecho fundamental a la luz de lo dispuesto en el numeral 2° del artículo 19 de la Carta Fundamental. Lo precedente data en los fallos de recursos de protección a que se hará referencia en el numeral v de este trabajo.

⁴ Como es lógico, análisis de este tipo no son ajenos a la academia. En efecto, un recuento de los temas por los que se han acogido recursos de amparo se encuentra en el trabajo de Miriam HENRÍQUEZ V., “El Hábeas Corpus”, pp. 15-20, donde se incluye un solo caso referido a la libertad condicional (p. 17), citando un fallo del año 2009. Por otra parte, la misma autora ha hecho un recuento referido a la situación de los inmigrantes, véase Miriam HENRÍQUEZ V., “El hábeas corpus como un recurso idóneo para garantizar la libertad personal de los migrantes. Análisis jurisprudencial (2009-2013)”, pp. 365-376. Desde antiguo puede verse, asimismo, un agudo trabajo de Mario VERDUGO M., “El hábeas corpus en los Tribunales”, pp. 439-445.

Así, *v.gr.*, en adición a la referencia contenida en el trabajo citado, la Corte Suprema, en sentencia de 19 de agosto de 2015, revocó una sentencia de la ltma. Corte de Apelaciones de San Miguel, acogiendo la cautela constitucional, señalando: “Que así las cosas, aun cuando el artículo 31 N° 3 del Reglamento de la Ley de Libertad Condicional impone al condenado beneficiario ‘presentarse una vez cada semana, el día Domingo antes de las doce meridiano’, *no puede preterirse que la propia autoridad administrativa informó un horario distinto al amparado para su presentación –12:30– lo cual justificaría que éste se haya ceñido a ese horario al menos en una de las dos ocasiones que sirven de sustento a la decisión revocatoria del beneficio de libertad condicional.* Que lo anterior importa entonces que no concurre en el caso sub lite el extremo previsto en el ordinal 3° del artículo 35 del citado Reglamento para la revocación de la libertad condicional que favorecía al amparado, esto es, ‘No haberse presentado, sin causa justificada durante dos semanas consecutivas’ y, *al decidir lo contrario, se lo ha privado del beneficio en comento desatendiendo los presupuestos legales demandados para ello, poniendo de ese modo en peligro la libertad personal y seguridad individual del amparado Díaz Illescas en un caso no autorizado por la ley, motivo suficiente para acoger la acción de amparo impetrada*”. Acogiendo el amparo impetrado, dejando sin efecto la decisión adoptada por la Comisión de Libertad Condicional de la Corte de Apelaciones de San Miguel en cuanto por ella se revocó el beneficio de la libertad condicional del amparado que le había sido otorgado por la misma Comisión, el que por tanto se mantiene. CORTE SUPREMA (2015), rol N° 10.679-2015, cons. 3° y 4°.

Por último, es necesario precisar que los pronunciamientos del máximo tribunal no son uniformes ni constituyen sendos precedentes doctrinales, lo que podría ser necesario atendida la protección de los bienes jurídicos que subyacen al régimen de libertad condicional, cuyo estudio es propio de la dogmática penal⁵. En efecto, en los fallos sobre recursos de amparo se advertirá que solamente hay referencias a la normativa que regula los beneficios extrapenitenciarios, y no hay un análisis pormenorizado del estatuto de la libertad ambulatoria que consagra la Constitución, en el numeral 7° de su artículo 19.

I. ALGUNAS CONSIDERACIONES PREVIAS SOBRE EL RECURSO DE AMPARO CONSTITUCIONAL

Es necesario advertir que el estudio pretende realizar un análisis histórico sobre los orígenes del *habeas corpus*, de momento que existe para ello literatura especializada. Lo cierto es que, como se ha diagnosticado:

“la lentitud y formalismo que caracterizaba a los procesos penales y concencioso-administrativos resultaban insuficientes para combatir las largas estancias de los detenidos en las comisarias y los tratos vejatorios que a éstos allí se dispensaban. Con la intención de poner fin a estas prácticas abusivas se incluyó en nuestro país el *habeas corpus*. El transcurso de los años, la evolución del régimen democrático y sus instituciones ha provocado una importante transformación del papel desempeñado por la institución que hoy analizamos”⁶.

Debe prevenirse, igualmente, que la normativa que lo disciplina en la actualidad no es tan profusa como la existente hasta antes de la ley N° 19.696 (D.O. 12 de octubre de 2000), que establece el *Código Procesal Penal*, de momento que su reglamentación adjetiva no quedó estatuida en esta preceptiva. A ello hay que añadir otros temas que se han discutido en torno a su tramitación⁷.

⁵ Véase a este respecto Raúl CARNEVALI R. y Francisco MALDONADO F., “El tratamiento penitenciario en Chile. Especial atención a problemas de constitucionalidad”, pp. 385-418.

⁶ Ana GUEDE FERNÁNDEZ, “El Hábeas Corpus”, pp. 306-307. El recuento de la autora citada en pp. 302-307, pasando desde el *Digesto* con el interdicto *homine libero ad exhibendo* hasta la reglamentación de Carlos II, de 1670. También en doctrina chilena véase Humberto NOGUEIRA A., “El hábeas corpus o recurso de amparo en Chile”, pp. 193-198.

⁷ Solo a título ejemplar, la discusión referida a qué tribunal debiera ser competente para conocer de esta acción, véase Andrés BORDALI S., *Temas de Derecho Procesal Constitucional*, pp. 192-198, quien aduce que debieran ser los tribunales ordinarios inferiores, quienes debieran recuperar la competencia para conocer sobre las pretensiones de tutela de los derechos fundamentales, por las razones que allí se indican.

Más allá de lo anterior, es factible pensar que su permanencia en el ordenamiento constitucional chileno se debe a que, no obstante existir una institucionalidad procesal penal con siderales cambios, existen aún áreas en que se requiere de providencias urgentes para remediar el amago a los derechos que emanan de la libertad personal y seguridad individual consagrados constitucionalmente (art. 19 N° 7).

Lo anterior, sin perjuicio de que el texto constitucional vigente hace un tratamiento genérico de la libertad como principio constitucional en su artículo 1°, pero no así como la manifestación de realizar, conforme al plan de cada cual, su propio proyecto de vida. Mas ha entendido que:

“no obstante haberse eliminado la referencia que se hacía en el Acta N° 3 que la libertad personal tiene por objeto el desarrollo de la existencia y personalidad de las personas, debe entenderse que dicha libertad tiene el carácter amplio con que había sido consagrada, y, por lo tanto, corresponde la completa independencia que cabe reconocer a cada persona para actuar o no, o para realizar su actividad en uno u otro sentido. Involucra especialmente la libertad de movimiento, de actividad o física, que posibilite a la persona la realización de su objetivo”⁸.

En este contexto, es dable colegir que la acción de amparo resulta inherente a la justicia constitucional, pues se trata de entender que mediante dicha actividad jurisdiccional no se persigue sino practicar un control de constitucionalidad de actividades de las autoridades, reafirmando la necesidad de aplicar directamente el texto constitucional en comento en la dilucidación de las cuestiones propuestas por esta vía⁹.

Es claro que los casos de recursos de amparo que se tratarán en los apartados que siguen, además de otorgar cautela a quienes hayan sido avasallados en sus derechos de libertad personal, podrían constituirse en fuente de detección de responsabilidades funcionarias, cuando personas que detentan cargos abusan y perjudican la libertad personal y seguridad individual¹⁰.

⁸ Alejandro SILVA BASCUÑÁN, *Tratado de Derecho Constitucional*, p. 17.

⁹ Raúl TAVOLARI O., *Hábeas Corpus*, p. 17.

¹⁰ Así, por ejemplo, Ángela VIVANCO M., *Curso de Derecho Constitucional*, p. 494.

II. Los recientes pronunciamientos en materia de otorgamiento de libertad condicional, conocidos por la vía del recurso de amparo

En sentencia de fecha 8 de agosto de esta anualidad, en el fallo Torres Ramos, la Corte Suprema sostuvo¹¹:

“1° Que según aparece del Oficio Ord N° 13.02.05 4.066/2017, del Alcaide del Centro de Cumplimiento Penitenciario Colina II, Gendarmería de Chile excluyó al amparado del proceso de postulación a la libertad condicional correspondiente al primer semestre del año en curso aduciendo que la calificación final de su conducta se vio alterada por la falta de actividad laboral y educacional, reproches que, de ser efectivos, constituyen una causal de rechazo diversa a la de falta de comportamiento sobresaliente, condiciones en las que al menos pudo ser postulado en Lista 2, a fin de que la Comisión de Libertad Condicional evaluara la procedencia del derecho perseguido.

2° Adicionalmente, según consta de la información recabada en cumplimiento a la medida para mejor resolver, la calificación de su conducta fue modificada después de la fecha de postulación a la libertad condicional, manteniendo en la actualidad comportamiento “Muy Bueno” a partir del bimestre Julio-Agosto de 2016, como se lee de la Ficha de Conducta, de 20 de julio del año en curso.

3° Que, como se aprecia, la falta de postulación del amparado en las condiciones antes anotadas le ha privado ilegalmente de su derecho a recuperar, condicionalmente, su libertad ambulatoria, por lo que la acción de amparo examinada deberá ser acogida en los términos que se dirá en lo resolutivo.”

Por lo anterior revoca la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, acogiendo el arbitrio deducido “a fin de que Gendarmería de Chile ponga a disposición de la Comisión de Libertad Condicional todos los antecedentes y documentos respaldatorios concernientes a su postulación, para que la indicada Comisión sesione a la brevedad en forma extraordinaria y evalúe el cumplimiento de los requisitos exigidos por la Ley para la obtención del derecho pretendido.”

El fallo enmendado en su considerando cuarto, señaló:

“que el acto por el cual se recurre, esto es, el supuesto rechazo de la Comisión de Libertad Condicional a la solicitud del amparado de que se le conceda dicho beneficio, no se ha verificado, por cuanto éste no ha sido postulado al mismo, y en consecuencia no existe acción u omisión

¹¹ CORTE SUPREMA (2017), rol N° 34.493-2017.

sobre la cual esta Corte pueda pronunciarse, de modo que la acción de amparo no podrá prosperar”¹².

En este caso la problemática no está dada por un control de legalidad o de análisis de los requisitos normados por el DL N° 321, sino por una situación fáctica, a saber: la calificación de la conducta en el tiempo intermedio entre la postulación y el rechazo al beneficio.

En reciente sentencia de fecha 31 de julio de 2017, en el caso Cabrera Aguilar la Corte Suprema sostuvo:

“Que el tiempo de cumplimiento de la condena, la edad actual del recurrente, y su deteriorado estado de salud, tornan innecesario prolongar la privación de libertad para los fines de rehabilitación del condenado, se revoca la sentencia (...) y en su lugar, se declara que se acoge el recurso de amparo interpuesto en favor de Armando Edmundo Cabrera Aguilar, dejándose sin efecto la resolución dictada por la Comisión de Libertad Condicional reunida en abril del año en curso, y se le reconoce el derecho a la libertad condicional impetrado, debiendo seguirse a su respecto el procedimiento establecido en la ley y en el reglamento para su materialización”.

Este fallo fue acordado con el voto en contra del ministro **Milton** Jui-ca, quien tuvo en consideración que el carácter de delito de lesa humanidad por el cual fue condenado el solicitante impide concluir, en las actuales condiciones, que el tiempo efectivamente cumplido por él conduzca de forma necesaria a declarar la concurrencia de los elementos mínimos para que acceda a la libertad condicional. Lo anterior es así porque el texto del DL N° 321 permite sostenerlo, y porque el Estatuto de Roma, promulgado por Chile con fecha 1 de agosto de 2009, contempla la posibilidad de reducir la pena de presidio perpetuo por delitos de lesa humanidad solo cuando “el recluso haya cumplido las dos terceras partes de la pena o 25 años de prisión en caso de cadena perpetua” (artículo 110, regla 3^a), situación que impide el examen de lo propuesto en la actualidad¹³. El fallo de primer grado había rechazado la cautela deducida, arguyendo entre otros que la decisión estaba fundamentada (considerandos 7° y 8°)¹⁴.

Examinando el fallo del tribunal supremo no hay una fundamentación referida a la normativa que disciplina el estatuto de la libertad condicional, sino a las razones de salud y edad del mismo. Lo anterior es importante

¹² CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (2017), rol N° 1.485-2017.

¹³ CORTE SUPREMA (2017), rol N° 35.710-2017. El fallo mencionado ha dado lugar a comentarios en la prensa digital. Véase “Polémica por supuestos “indultos encubiertos” de la Suprema” (12 de agosto de 2017).

¹⁴ CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (2017), rol N° 1.868-2017.

desde el momento en que hay posibilidades fácticas de que la Corte entre a examinar circunstancias extrínsecas al cumplimiento de las formalidades habilitantes para la obtención del derecho a la libertad condicional.

A pesar de lo anterior, en un fallo de inicios de este año, caratulado Toledo Puente, la Corte Suprema había hecho un agudo análisis en Derecho sobre los requisitos subjetivos que se han pretendido invocar para denegar el derecho a la libertad condicional. Así puede apreciarse en la sentencia de 15 de febrero de 2017.

“4. Que, en ese orden, si los aspectos que trata el informe psicológico dan cuenta de faltas o afectamientos del correcto desenvolvimiento del interno en el recinto penal, de manera que llevan a que su ‘conducta’ sea considerada por Gendarmería cada sucesivo bimestre como ‘muy buena’, *no resulta aceptable que posteriormente, del resultado de una entrevista el interno llevada a cabo por un psicólogo y otros profesionales se pueda llegar a concluir que por aspectos relativos a su ‘fuero interno’ y no a su ‘conducta’, ésta no pueda calificarse como ‘intachable’, como lo demanda la ley, pues de otro modo, se abandonaría en definitiva dicha determinación a meras apreciaciones del todo subjetivas obtenidas en un determinado momento del encierro que, como se dijo, no se condicen con la conducta observada durante todo el periodo sujeto.*

5. Que, aclarado lo anterior, en el caso sub lite, como se lee en el ‘Registro de nivel de conducta asociados a la condena vigente’ elaborado por Gendarmería y tenido a la vista, la conducta del encartado fue calificada como muy buena desde el bimestre noviembre-diciembre 2010 hasta el que antecedió a la constitución ordinaria de la Comisión recurrida en el primer semestre del año recién pasado, esto es, el bimestre enero-febrero 2016, lo que precisamente llevó a que el Tribunal de Conducta, según se observa en (...) estimara que el amparado Toledo Puente cumplía el requisito de haber observado una ‘conducta intachable’, *lo que supone entonces que los aspectos subjetivos que trata el informe no impidieron que el amparado observara el comportamiento requerido para acceder a la libertad condicional.*

8. Que, entonces, como se ha expuesto, el encartado Puente Toledo satisface los extremos de tiempo mínimo, en este caso dos tercios de la pena, y de conducta intachable. Asimismo, conforme al Acta del Tribunal de Conducta el amparado igualmente cumple los requisitos de haber aprendido bien un oficio y haber asistido con regularidad y provecho a la escuela del establecimiento y a las conferencias educativas que se dicten, lo que, por lo demás, no ha sido controvertido por la Comisión recurrida y, por ende, tampoco fue el fundamento para rechazar la postulación del recurrente”¹⁵.

Como corolario, en los dos primeros casos, el análisis realizado por la Corte se centra en un conjunto de circunstancias distintas del ámbito reglado del otorgamiento del derecho a la libertad condicional.

¹⁵ CORTE SUPREMA (2017), rol N° 4.785-2017. La sentencia tuvo el voto en contra de los ministros Carlos Cerda y Sergio Muñoz.

III. Un caso “difícil”¹⁶

Por otra parte, la Excma. Corte, conociendo por vía de recurso de amparo, en un caso que tuvo amplia difusión por la prensa digital, se pronunció respecto al otorgamiento del beneficio de libertad condicional de un imputado, revocando el fallo de primer grado que sí se la había concedido, rechazando al final su solicitud.

El fallo de la ltma. Corte de Apelaciones, de fecha 5 de octubre de 2016, en lo que nos interesa, señala lo siguiente:

“Séptimo: Que, así las cosas, aparece entonces que la resolución de 28 de julio de este año, a través de la cual la Comisión de Libertad Condicional rechazó, por unanimidad, la concesión del aludido beneficio ‘con el mérito de las argumentaciones vertidas en la sesión que realizara... con fecha 21 de abril del año en curso, las que se dan por reproducidas’, *constituye efectivamente una decisión que ha de considerarse como una perturbación inaceptable al derecho a la libertad personal del amparado, puesto que con ocasión de tal acto se ha visto denegada ilegítimamente su solicitud de libertad condicional*, en razón de un motivo –ausencia de conducta intachable– que como se desprende de lo razonado precedentemente, no es efectivo, motivo por el cual se acogerá la presente acción constitucional, del modo que se explicitará en la parte resolutive de este fallo”¹⁷.

Así, pues, la Corte de Apelaciones acogió el amparo interpuesto dejando sin efecto a su respecto la resolución dictada por esta última en sesión extraordinaria de fecha 28 de julio de este año y en su lugar, se le otorga el beneficio de la libertad condicional impetrado.

En contraste, la Corte Suprema¹⁸, en sentencia de fecha 19 de octubre de 2016, eliminó, entre otros, el considerando precedentemente referido, teniendo, a su vez, presente:

“Resulta inconcuso que *es un elemento esencial de la institución en examen que el interno recupere su libertad ambulatoria con su otorgamiento*, egresando de la unidad penal de Gendarmería, de modo que pudiendo desenvolverse en la sociedad con mínimas restricciones para su vigilancia y control por la autoridad, confirme los indicios de su corrección y rehabilitación de que daba cuenta el cumplimiento de los extremos del artículo 2 del D.L. N° 321 ya referido” (considerando. 2°).

¹⁶ El término ‘difícil’ es utilizado aquí, no en el sentido de la Filosofía del Derecho, o a la usanza de **Ronald** Dworkin, sino por las reacciones que generó en la opinión pública.

¹⁷ CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (2016), rol N° 950-2016. Tal redacción, como se apreciará, se mantiene con pequeñas variaciones en otros fallos. Véase n. 25.

¹⁸ CORTE SUPREMA (2016), rol N° 76.487-2016.

Agrega a lo anterior:

“Es del todo incompatible con la esencia de la libertad condicional que ésta se conceda a aquel condenado a quien, por seguirse otras causas criminales en su contra, no podrá egresar del recinto carcelario aun de otorgársele la libertad condicional, ya sea porque se mantiene sujeto a una medida cautelar privativa de libertad como la prisión preventiva o ha sido condenado por otro proceso no considerado durante el último proceso de postulación a la libertad condicional, pues en ambos casos, el objetivo perseguido por la normativa en estudio será imposible de alcanzar, esto es, que el sujeto demuestre en su desenvolvimiento ‘en libertad’ que se encuentra corregido y rehabilitado, tal como lo permitía presumir el cumplimiento de los requisitos del artículo 2 del D.L. N° 321”.

Añade el máximo tribunal, un punto de la mayor relevancia en el considerando precitado:

“De esa forma, conviene aclarar, no se trata entonces de ‘constituir’ por esta vía jurisprudencial, requisitos adicionales a los fijados en la ley para la obtención de la libertad condicional, sino sólo de ‘reconocer’ o ‘declarar’ un elemento consustancial a dicha institución, pues va ligado a su finalidad y, en definitiva, al motivo de su incorporación a nuestro ordenamiento legal”.

Se cree que esta prevención final tiene una explicación, puesto que, tal como será demostrado, la Excma. Corte Suprema ha sido enfática al momento de acoger amparos o protecciones, negando toda posibilidad de establecer otros requisitos diferentes a los que estatuya la normativa legal o reglamentaria, por lo que no podía “salir” de sus propios dictámenes emitidos con antelación.

Por otra parte, los considerandos 9° y 10° resultan diferentes en relación con los otros casos que se han tenido a la vista, de momento que en esta hay un análisis sobre el principio de proporcionalidad de las penas del amparado en relación con el beneficio solicitado. Ello, por cierto, no puede ser tratado en esta oportunidad¹⁹.

¹⁹ “Que el contexto del D.L. N° 321 debe ser considerado para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía, como dispone el artículo 22 del Código Civil y, en este caso, el contexto reseñado evidencia que la determinación del período que el interno debe cumplir la pena privativa de libertad de manera efectiva antes de que pueda otorgársele la libertad condicional, no puede obviar la gravedad de los delitos imputados ni la extensión de las sanciones impuestas. En el caso sub lite, según consigna el ‘Acta Tribunal de Conducta N° 2 Postulación Libertad Condicional Primer Semestre año 2016’, el encartado Iturriaga Neumann fue condenado por delitos de secuestro calificado, homicidio calificado y asociación ilícita, a dos penas de

Lo que sí resulta relevante para el análisis, es que la Excma. Corte discurre sobre una premisa necesaria para la libertad condicional, cual es que, para quienes desean obtenerla, deben estar *próximos a estar en libertad ambulatoria*, ya sea por total cumplimiento de la condena, ya sea por no estar encausado en otros delitos que den lugar a autos de procesamiento (conforme a la terminología del antiguo procedimiento penal) o, bien, sujeto a medidas cautelares personales, como las que estatuye el *Código Procesal Penal*. Así, se hace valer el predicamento anterior en los considerandos 11° y 12° de la sentencia de alzada:

“Que, no está de más mencionar, *a fin hacer notar la consistencia de esta doctrina jurisprudencial en esta materia*, que los criterios ya expuestos se observaron en la SCS Rol N° 59.006-16 de 8 de septiembre de 2016 (proceso caratulado ‘Ambler Hinojosa Alex/Comisión de Libertad Condicional’), en la que, acogiendo la acción de amparo, *esta Corte otorgó la libertad condicional al amparado, condenado a 7 años por delito de homicidio*

5 años y un día de presidio, 15 años y un día de presidio, 6 años de presidio, y 100 días, calificándose además los ilícitos como de lesa humanidad, de manera que, aun cuando en el presente caso el amparado se encuentra habilitado para postular a la libertad condicional una vez cumplidos diez años de privación de libertad conforme al inciso 4° del artículo 3° del D.L. N° 321 –“A los condenados a más de veinte años se les podrá conceder el beneficio de la libertad condicional una vez cumplidos diez años de la pena, y por este solo hecho ésta quedará fijada en veinte años”–, al haberse sancionado al amparado por la comisión de delitos contemplados en el inciso 3° del artículo 3° del D.L. N° 321, *la libertad condicional no constituye para él un derecho que puede exigir por el mero cumplimiento de todos los requisitos del artículo 2, como en el caso de los delitos comunes no previstos en dicho artículo 3° –a que alude, por tanto, el artículo 2 N° 1–, pues atendida la gravedad de los delitos o de las penas impuestas, en esos casos la libertad condicional sólo constituye una situación excepcionalísima al cumplimiento efectivo de la pena y, por ende, se otorga a la Comisión la “facultad” de conceder la libertad al interno peticionario* (en ese sentido SCS, rol N° 52.827-16 de 8 de septiembre de 2016), pudiendo considerar para no otorgarla, por ejemplo, la gravedad de los delitos objeto de condena y extensión de las penas impuestas, que en el caso de marras, conduce necesariamente a concluir que apenas 10 años de cumplimiento de pena efectiva frente a la extrema gravedad de los delitos de lesa humanidad por los que fue condenado el amparado Iturriaga Neumann, así como ante la mayor extensión de las penas impuestas -incluyendo las no consideradas por Gendarmería en el proceso de postulación-, la concesión de la libertad condicional al encartado resultaría carente del elemento de proporcionalidad que el D.L. N° 321 considera al definir los tiempos mínimos de cumplimiento para acceder u optar a la libertad condicional. (...) Que, engarzando todo lo que se ha venido razonando, *el elemento de proporcionalidad ya tratado obsta a otorgar la libertad condicional al interno contra quien todavía se encuentran pendientes más de una docena de procesos seguidos por delitos de igual gravedad y naturaleza a los que fueron materia de las condenas que actualmente sirve*, pues sólo una vez que todos ellos sean terminados podrá dilucidarse con meridiana certeza cuál es el tiempo de cumplimiento efectivo de las penas que resulta proporcional a la gravedad de todos los delitos que se le imputan y a todas las penas que se impondrán en definitiva”.

calificado de lesa humanidad, al restarle menos de un año de cumplimiento de esa pena al momento de la resolución de este Tribunal, sin que tampoco se tuviera conocimiento de otros procesos pendientes seguidos en su contra. Que, ahora bien, por las razones ya desarrolladas latamente por esta Corte Suprema en pronunciamiento anterior (SCS rol N° 52.941-16 de 23 de agosto de 2016), al cual aquí se remite para evitar reiteraciones innecesarias –y como bien lo advierte la sentencia en alza– *yerra la Comisión recurrida al concluir que no tiene competencia para pronunciarse sobre la libertad condicional pretendida por el amparado*, pues no es efectivo que en el caso sub judice el Tribunal de Conducta no hubiese considerado como intachable la conducta del encartado Iturriaga Neumann en el establecimiento penal en que cumple sus condenas que demanda el artículo 2 N° 2 del D.L. N° 321, ya que tal como se lee en el ‘Acta Tribunal de Conducta N° 2 Postulación Libertad Condicional Primer Semestre año 2016’ de 15 de marzo de 2016, dicho extremo –junto al de tiempo mínimo– ‘se encuentran cumplidos por la totalidad de los postulantes [que incluye al amparado] y corroborados con los antecedentes adjuntos’ –sin perjuicio del consiguiente error del Tribunal de Conducta de incluirlo en Lista N° 2’.

Todo lo anteriormente expuesto llevó a que la Corte Suprema revocara la sentencia apelada, rechazando el recurso de amparo interpuesto a favor de Raúl Iturriaga Neumann contra la resolución dictada por la Comisión de Libertad Condicional reunida en sesión extraordinaria de 28 de julio del año 2016.

Unos breves comentarios para cerrar este acápite:

1. Si este fuera el estándar de los fallos anteriores que la Suprema Corte aduce, parecería del todo necesario explicitarlo antes en sus otros fallos, de momento que para el máximo tribunal es “obvio” que el solicitante debe estar próximo a la libertad ambulatoria, pero jamás lo planteó así en algún fallo precedente. En el primero de ellos, no hay referencia alguna a este supuesto “obvio”, que posiblemente se omite por ser evidente a la luz de la Corte.
2. Lo cierto es que, en materia de derechos constitucionales de relevancia, como la libertad ambulatoria, cualquier planteamiento “obvio”, “evidente” o “lógico”, debería ser explicitado por la judicatura suprema, en especial cuando se conoce sobre acciones constitucionales y aplican directamente el texto constitucional en una gestión *sub lite*. Ello, pues, como se ha sostenido:

“Ignorar o afectar el avance significativo de la supremacía constitucional, de su fuerza vinculante o de la Justicia Constitucional es acudir a lucubraciones que, en sí mismas, aparecen revestidas de lógica, dotadas de cierta o aparente popularidad y consistentes, también en apariencia,

con los valores más queridos de la democracia; pero, en realidad, estimo que se trata de construcciones teóricas que carecen, por ende, de base en los hechos que arroja la experiencia humana y social del siglo XX²⁰.

3. Por último, más allá de ese matiz, se comparte el fondo del fallo. Una somera lectura, *v.gr.*, al artículo 6° del decreto ley precitado permite arribar a idéntica conclusión²¹.

IV. El “fallo Iturriaga” y su conexión con otros predicamentos jurisprudenciales

De los fallos a que se hace referencia en el caso Iturriaga, es menester consignar los siguientes datos:

Respecto a uno de estos casos, a saber Baeza Unda, la Corte Suprema, en sentencia de fecha 23 de agosto de 2016, señaló en sus considerandos 6° y 7°:

“Que, así las cosas, estimando el Tribunal de Conducta que respecto del amparado se cumplieran todos los requisitos de los artículos 2 y 3 del D.L. N° 321, *la Comisión recurrida no carecía de facultades para pronunciarse y, en definitiva, conceder el beneficio pretendido de presentarse todos los requisitos legales demandados al efecto*. Sobre esto último, teniendo a la vista los antecedentes acompañados por Gendarmería en la causa Rol N° 412-2016 de la Corte de Apelaciones de Santiago, en la que se ordenó emitir el pronunciamiento ahora recurrido de la Comisión, aparece que el amparado cumple todos los extremos de los artículos 2 y 3 del D.L. N° 321, el que incluso goza de salida dominical desde el 6 de marzo del presente año y, además, ha sido beneficiado con 14 meses de reducción de condena, lo que conforme al artículo 5 de la Ley N° 19.856 debe considerarse como un antecedente calificado para la obtención de la libertad condicional.

Que, entonces, dado que la Comisión recurrida rechaza conceder la libertad condicional al amparado *basándose únicamente en estimar, erróneamente, que carece de facultades para ello, pero sin negar –conforme a lo antes explicado– la concurrencia de los extremos previstos en el artículo*

²⁰ Miguel Ángel FERNÁNDEZ G., “Fortalezas y debilidades de la Constitución”, p. 22.

²¹ El artículo aludido dispone: “Los condenados en libertad condicional no podrán salir del lugar que se les fije como residencia, sin autorización del presidente de la Comisión respectiva; estarán obligados a asistir con regularidad a una escuela nocturna y a trabajar en los talleres penitenciarios, mientras no tengan trabajo en otra parte y deberán presentarse a la prefectura de policía del respectivo departamento, una vez a la semana, con un certificado del jefe del taller donde trabajen y con otro del director de la escuela nocturna donde concurran, en que conste que han asistido con regularidad y han observado buena conducta”.

2 del D.L. N° 321, resulta que el rechazo de la libertad condicional se sustenta, en este caso, en un supuesto inexistente –la ausencia de facultades de la Comisión– que priva al amparado Baeza Unda ilegalmente de su derecho a recuperar, condicionalmente, su libertad ambulatoria, por lo que la acción de amparo examinada deberá ser acogida”²².

Por estas consideraciones revocó la sentencia apelada de 10 de agosto de 2016, dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, acogiendo el recurso de amparo interpuesto, dejándose sin efecto la resolución dictada por la Comisión de Libertad Condicional, y otorga el beneficio de la libertad condicional impetrado, y empleando una fórmula recurrente en esto fallos, a saber: “debiendo seguirse a su respecto el procedimiento establecido en la ley y en el reglamento para su materialización”. La sentencia es coherente con el caso Iturriaga, atendido que le reconoce la facultad a la Comisión de Libertad Condicional para pronunciarse sobre el otorgamiento del beneficio.

A su vez, en el fallo Iturriaga se hace referencia a otro dictamen del Tribunal Supremo, en el que confirmó un fallo de la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, que había acogido un recurso de amparo. En este segundo caso (Ambler Hinojosa), la Corte capitalina consignó en los considerandos 6° y 7°²³.

Que, luego de lo dicho, *careciendo por lo demás la recurrida, de atribuciones a objeto de desconocer la intachable conducta de un condenado que le es presentado en lista 1 o 2 por Gendarmería de Chile*, lo cierto es que conforme es posible advertir de la “Propuesta del Tribunal de Conducta a Postulación de Libertad Condicional”, tal entidad justificó su sugerencia en orden a denegar el beneficio en comentario expresando sobre el particular que:

“es un individuo con tendencia al polo extrovertido, se le observa con adecuado nivel de habilidades sociales y relaciones interpersonales, tanto con sus pares como con la autoridad penitenciaria. Asimismo, logra adaptarse adecuadamente al régimen carcelario, aunque en general evidencia mediana adherencia a las normas sociales convencionales”.

Que, así las cosas, aparece entonces, que la resolución de 5 de julio de este año, a través de la cual la Comisión de Libertad Condicional rechazó, por unanimidad, la concesión del aludido beneficio 

²² CORTE SUPREMA (2016), rol N° 52.941-2016.

²³ CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (2016), rol N°781-2016.

“con el mérito de las argumentaciones vertidas en la sesión que realizara... con fecha 21 de abril del año en curso, las que se dan por reproducidas”,

constituye efectivamente una decisión que ha de considerarse como una perturbación inaceptable al derecho a la libertad personal del amparado²⁴, puesto que con ocasión de tal acto se ha visto denegada ilegítimamente su solicitud de libertad condicional, en razón de un motivo –ausencia de conducta intachable– que como se desprende de lo razonado precedentemente, no es efectivo, motivo por el cual se acogerá la presente acción constitucional.

La Corte de Apelaciones acoge la acción constitucional interpuesta y decide que queda sin efecto la resolución dictada por la Comisión de Libertad Condicional, otorgando al amparado el beneficio de la libertad condicional impetrada, debiendo –nuevamente– “seguirse a su respecto el procedimiento establecido en la ley y en el reglamento para su materialización”. Se reitera así la tesis de que es la Comisión de Libertad Condicional la facultada para pronunciarse sobre el beneficio y no así Gendarmería.

La Excma. Corte Suprema confirma el fallo²⁵, sin suprimir considerando alguno, pero agrega otros argumentos propios del ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En lo que a esto respecta, en su considerando 5° señala:

“Como resulta evidente, mediante el referido oficio, el Director Regional Metropolitano de Gendarmería, *sin contar con competencias legales para ello, instruye a los integrantes de los Tribunales de Conducta de los recintos penales bajo su dependencia, que no se incluya en Lista N° 1 a quienes, pese a cumplir los requisitos legales y reglamentarios, no satisfagan los extremos que administrativamente añade*, esto es, que el interno esté haciendo uso de beneficios intrapenitenciarios y que cuente con pronóstico criminológico favorable, elementos que la ley ni el Reglamento han considerado para efectos de incluir al peticionario en la Lista N° 1 a que alude el inciso 1° del artículo 24 del Reglamento, *con lo que además de obrar fuera de sus competencias, la referida autoridad hace incurrir a los integrantes de los respectivos Tribunales de Conducta en actuaciones igualmente contrarias a la ley y reglamento ya referidos*. Al respecto, cabe recordar que las normas que estructuran el procedimiento para obtener la libertad condicional, que incluyen disposiciones sobre integración del Tribunal de Conducta, sobre clasificación de las conductas de los internos y sobre la forma de obtener la libertad condicional, *son en gran medida de naturaleza reglamentaria, mismas que, a través de la potestad reglamentaria establecida en el artículo*

²⁴ Idéntica redacción al fallo referido en la n. 18 precedente.

²⁵ CORTE SUPREMA (2016), rol N° 59.006-2016.

32 número 6 de la Constitución Política han podido ser modificadas ‘por la sola voluntad del Poder Ejecutivo’, lo que no ha ocurrido a la época que interesa a estos autos (SCS, rol N° 16.550-2016 de 7 de junio de 2016)”.

Hay acá una novedad argumentativa para los constantes llamados de la Corte Suprema en que los requisitos para otorgar la libertad condicional solo los constituye la ley y el reglamento. Pues bien, a más del argumento precitado (esto es, la ausencia de competencias de Gendarmería), al reconducir a la potestad reglamentaria se señala –dicho de otro modo– que, si se quisieran establecer modificaciones a los requisitos para obtener la libertad condicional, ellos pasan por S.E. el Presidente de la República en el ámbito de su atribución constitucional estatuida constitucionalmente, y no por la potestad instructiva que pueda aducir Gendarmería²⁶.

Se puede detectar que, más allá de si la Corte acoge o no los recursos de amparo impetrados, el objetivo pretendido por la máxima judicatura se dirige a que exista una adecuada fundamentación para otorgar o rechazar el beneficio solicitado. Ese estándar, como es sabido, constituye un deber de los organismos de la Administración del Estado, y resulta de capital importancia en el ejercicio de los derechos de las personas, máxime, aun estando ellas privadas de libertad²⁷.

²⁶ No debe desatenderse que en la potestad reglamentaria de ejecución hay un supuesto discrecional de la misma, pues el Presidente de la República puede dictar los reglamentos “que crea convenientes” para la mejor ejecución de las leyes, con arreglo al artículo 32, numeral 6°, de la Constitución.

²⁷ Esto es evidenciable, por ejemplo, en el artículo 8°, inciso segundo, de la Carta Fundamental, en la ley orgánica constitucional N° 18.575 sobre Bases Generales de la Administración del Estado, artículos 3, 13, y 16. En la ley N° 19.880, que establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los Órganos de la Administración del Estado, especialmente sus artículos 9, 16 y 41. Aunque esta exigencia de fundamentación no se ha hecho en todos los casos con base a la normativa que disciplina la fundamentación de los actos administrativos. Con todo, justo es reconocer que en uno de los últimos fallos (Cabrera Aguilar, ya referido) la Corte de Apelaciones de Santiago adujo (cons. 7° y 8°) “consecuencialmente, la decisión impugnada explicó las razones para denegar esa solicitud, aspecto que, si bien no es compartido por el recurrente, en caso alguno es ilegal y mucho menos antojadizo o caprichoso si se basa en antecedentes criminológicos que emanan de los informes mencionados y que se hizo llegar a la Comisión para evaluar la proposición, máxime si se tiene presente que este organismo tiene la facultad de aprobar o rechazar las solicitudes de los internos, como fluye claramente del tenor del inciso 2° del artículo 3° del citado D.L. 321 de 1925. (...) Que, así y desde la perspectiva de ser esa resolución un acto administrativo terminal, carácter que tiene la decisión de la Comisión de Libertad Condicional pues pone fin a un procedimiento administrativo que consta de varias etapas, lo resuelto también es inobjetable, desde que ha sido suscrito por la autoridad competente para emitir ese pronunciamiento, dentro de la órbita de su competencia, y con los fundamentos exigidos por la ley para denegar la petición del

En sentencia de 1 de julio de 2015, confirmando la sentencia de primera instancia al conocer del caso Franco Villar, la Corte Suprema señaló²⁸:

“4°.- Que el hecho de que el inciso primero del artículo 1° del Decreto Ley 321, considere que el establecimiento de la libertad condicional, constituye un medio de prueba en aras de una corrección y rehabilitación para la vida social a quien se le concede, no tiene más que un sentido de justificación de porqué se otorga tal beneficio, pero ello no conduce necesariamente que esa aspiración se mida de manera discrecional por la sola voluntad del órgano que la dispone, por entender sin mayores fundamentos de que requiere de mayor tiempo una persona de privación de libertad lo que desnaturaliza el sentido de la institución y coarta de manera ilegal el goce de un beneficio respecto del cual, tratándose del derecho penal hay que considerar siempre todo principio en favor del condenado. Razones que llevan a acoger el recurso”.

En este caso, se presenta la particularidad que al acoger el *habeas corpus*, señala que al **encartado** 

“ha de reconocérsele el beneficio de la libertad condicional impetrado, debiendo entonces seguirse a su respecto el procedimiento establecido en la ley y en el reglamento para el goce del mismo”²⁹.

Semejante predicamento se advierte de la sentencia de la Excma. Corte Suprema, en el caso Ocayo Gutiérrez, de fecha 4 de agosto de 2015, pues señala en su considerando 3°:

“Que, en un primer orden de ideas, cuando la Comisión de Libertad Condicional deniega al amparado el beneficio pretendido arguyendo para ello ‘presenta una alta vulnerabilidad a la influencia de terceros’,

recurrente, cumpliendo de esta forma, con lo que dispone el artículo 41 de la Ley 19.880, en relación a la fundamentación de los actos administrativos”. N° Amparo-1868-2017 (18 de julio de 2017). Empero, como ya es sabido, dicha sentencia fue revocada por la Excma. Corte mediante fallo dictado con fecha 31 de julio de 2017, cuyo rol es N° 35.710-17.

²⁸ CORTE SUPREMA (2015), rol N° 8.116-2015.

²⁹ En este fallo el ministro Lamberto Cisternas, junto con emitir un voto en contra, deja constancia que “teniendo además presente que, en su concepto, la comisión recurrida no ha excedido sus facultades que importan formarse convicción sobre el buen pronóstico del comportamiento futuro del solicitante en el medio libre, la que en este caso no alcanzó, por las razones que señala; sin que pueda estimarse ilegal lo actuado por ella en tales condiciones. *Decisión –la de este disidente– que no pugna con anteriores suyas, sobre materia similar, pues entonces la fundamentación de la recurrida contravenía de manera clara las bases legales o reglamentarias aplicables, o no consideraba todos los antecedentes hechos valer por la defensa, o simplemente no existía”.*

agrega un extremo no previsto en la ley para el otorgamiento del beneficio, esto es, que haya elementos –distintos a los que enumera el artículo 2 del D.L. N° 321– que permitan adquirir la convicción de que el condenado se encuentra corregido y rehabilitado. Aceptar lo anterior importaría que al no definirse dichos elementos o circunstancias en la ley, su determinación quedaría a la discreción de la Comisión de Libertad Condicional, la que en la especie estimó que tal exigencia suplementaria se concreta en la ausencia de determinada característica de personalidad por ser ésta incompatible con lo exigido por el D.L. N° 321, exigencia que así formulada conllevaría la improcedencia del beneficio para el amparado de forma permanente, pues se trata de rasgos estructurales de la personalidad de un condenado de más de 60 años que difícilmente pueden modificarse o suprimirse, sino sólo contenerse o controlarse, y es precisamente por esto que el análisis de la Comisión debió integrar también los aspectos sociales, familiares y laborales que sí aborda el informe, como se explica a continuación”.

Añade en su considerando 5°:

“Que, de esa forma, la Comisión recurrida, para fundar su decisión denegatoria de la libertad condicional se asila en una específica y aislada característica de la personalidad del amparado –‘alta vulnerabilidad a la influencia de terceros’–, pero desatiende el resto del informe que claramente evidencia que dicha característica no impide pronosticar su reinserción social, especialmente en cuanto el amparado actualmente hace uso de la totalidad de los beneficios intrapenitenciarios, sin que en su desempeño en libertad tal supuesta vulnerabilidad lo haya conducido a cometer un nuevo delito, además de realizar una actividad laboral y poseer una red familiar de pertenencia, todo lo cual fue pasado por alto en la escueta fundamentación de la Comisión”.

Con base en lo anteriormente expuesto, la Corte Suprema revocó la resolución apelada de fecha 23 de julio de 2015, acogiendo el amparo interpuesto, dejando sin efecto la resolución dictada por la Comisión de Libertad Condicional, de manera que ha de reconocérsele el beneficio de la libertad condicional impetrado, “debiendo seguirse a su respecto el procedimiento establecido en la ley y en el reglamento para el goce del mismo”³⁰.

Téngase presente desde ya que la sentencia fue acordada con el voto en contra de los ministros Haroldo Brito y Lamberto Cisternas, quienes estuvieron por confirmar la decisión del grado en cuanto a rechazar el amparo solicitado,

³⁰ CORTE SUPREMA (2015), rol N° 9.745-2015.

“dado que el dictamen de la Comisión de Libertad Condicional se encuentra debidamente motivado y, *siendo parte de sus facultades exclusivas y excluyentes la de sopesar el mérito de los antecedentes que se ponen a su disposición para dicho efecto, no cabe a esta Corte inmiscuirse y revisar la decisión adoptada por dicha Comisión*”.

Esta disidencia resulta sorprendente, de momento que si esta solamente se erigiera en torno a que existe motivación para rechazar la solicitud de beneficio, como la primera oración de la misma, sería atendible, mas como esta señala que la Corte Suprema *no puede* “inmiscuirse y revisar la decisión adoptada”, ello es un severo dislate, porque lo que hace la Corte –en algunos casos– es en efecto, revisar el fondo de la decisión, cuando ella se aparta de la preceptiva legal o reglamentaria, o cuando se agregan requisitos adicionales a los estatuidos por aquella o esta.

Una disidencia de este tipo puede convertirse, *salva reverentia*, con una pura y simple modificación de integrantes de sala en la Corte Suprema, en una tendencia mayoritaria, con ingentes perjuicios para la tutela de la libertad personal y la protección de los derechos a través de la acción de amparo.

La tendencia a exigir fundamentación se observa, a su vez, en la sentencia de fecha 4 de agosto de 2015 del tribunal supremo, en el fallo Bravo González, esgrimiendo en su cons. 2^o³¹:

“Que la resolución impugnada, reconociendo el acatamiento de los requisitos antes aludidos, *lo que no podía menos de aceptar por la evidencia presentada para la concesión del beneficio denegado, determinó, sin embargo, rechazar la solicitud, porque al no habersele otorgado beneficios intrapenitenciarios, no se puede advertir cuál será su comportamiento en el medio libre*. De este modo, dicha Comisión niega el derecho a la libertad condicional basada en que no lograba convencerse sin un mayor tiempo de observación privado de libertad, de modo que de manera ilegal elevó el tiempo de la mitad de la pena cumplida a un lapso mayor que no se indica y que por supuesto puede llegar al cumplimiento efectivo de la misma sanción”,

y en adición a lo expuesto, el considerando 4° es categórico al afirmar:

“Que el hecho de que el inciso primero del artículo 1° del Decreto Ley 321, considere que el establecimiento de la libertad condicional, *constituye un medio de prueba en aras de una corrección y rehabilitación para la vida social a quien se le concede, no tiene más que un sentido de justificación de*

³¹ CORTE SUPREMA (2015), rol N° 9.898-2015.

porqué se otorga tal beneficio, pero ello no conduce necesariamente que esa aspiración se mida de manera discrecional por la sola voluntad del órgano que la dispone, por entender sin mayores fundamentos de que requiere de mayor tiempo de privación de libertad de una persona lo que desnaturaliza el sentido de la institución y coarta de manera ilegal el goce de un beneficio respecto del cual, tratándose del Derecho Penal hay que considerar siempre todo principio en favor del condenado”.

Por estos argumentos la Corte Suprema revocó la sentencia apelada de 14 de julio del año 2015, acogiendo, a su vez, el recurso de amparo deducido de guisa tal que debe reconocérsele el beneficio de la libertad condicional solicitado, “debiendo seguirse a su respecto el procedimiento establecido en la ley y en el reglamento para el goce del mismo”.

V. Libertad condicional y recurso de protección

Se ha hecho referencia al deber de fundamentación, ante la negativa de otorgamiento de libertad condicional, el que se ha vuelto extensivo también a sentencias recaídas sobre recursos de protección que ha conocido la Corte Suprema. Así puede apreciarse en el fallo Salazar Carrillo, de fecha 2 de mayo de 2016:

“Cuarto: Que, en primer término, no puede desconocerse que el Decreto Ley N° 321, que establece la libertad condicional para los penados, dispone expresamente en su artículo 1 que la libertad condicional constituye un medio de prueba de que el delincuente condenado a una pena privativa de libertad y a quien se le concede, se encuentra corregido y rehabilitado para la vida social.

En razón de lo anterior, sin duda resulta relevante que al efectuarse la evaluación de la conducta del interno por parte del tribunal respectivo, *se tenga a la vista la mayor cantidad de antecedentes posibles tendientes a establecer si dicho requisito se encuentra o no cumplido.*

Quinto: Que, en segundo lugar, *no puede dejar de considerarse que conforme aparece de la revisión de los antecedentes aparejados a los autos, el actor cumplía con la totalidad de los requisitos contemplados tanto en el artículo 2 del Decreto Ley N° 321 y en el artículo 4 del Decreto N° 2442 y que, su incorporación en la Lista 2 se debió a que el Tribunal de Conducta dio cumplimiento a las instrucciones impartidas por Oficio N° 528/15, de 31/7/2015, emanado del Director Regional Metropolitano de Gendarmería de Chile, conforme al cual no se deben incluir dentro de la lista N° 1 a aquellos internos respecto de los cuales no se recomiende el beneficio por el citado Tribunal.*

Sexto: Que en su libelo el actor ha cuestionado el proceder de Gendarmería de Chile, sosteniendo que dicha institución ha privado a la Comisión de Libertad Condicional de información relevante a la hora de decidir sobre la concesión del beneficio, en especial de aquella relativa a la conducta y otros aspectos personales del interno.

Séptimo: Que, tal alegación tiene asidero pues del mérito de los antecedentes aparece de manifiesto que *la información remitida a la Comisión de Libertad Condicional por parte del Tribunal del Conducta del Centro de Cumplimiento Penitenciario Punta Peuco, en lo tocante a la evaluación psicológica y social del interno, es insuficiente, toda vez que se trata un informe elaborado por personal dependiente de Gendarmería de Chile, cuyas conclusiones se repiten reiteradamente y sin mayores modificaciones en cada uno de los casos de quienes se encuentra reclusos en dicho centro penitenciario, lo que permite concluir que en su elaboración no se actuó con la prolijidad y profundidad que tal labor requiere*".

Por estas consideraciones la Corte revocó la sentencia apelada de 10 de febrero del año 2016, acogiendo el recurso de protección deducido, dejándose sin efecto la resolución que negó lugar a conceder el beneficio de la libertad condicional al recurrente, *debiendo elaborarse a su respecto un nuevo informe psicológico y social por un profesional de una entidad pública distinta de Gendarmería de Chile*, para luego de ello emitirse un nuevo pronunciamiento de su solicitud por parte de la Comisión de Libertad Condicional³². El fallo referido no se pronuncia sobre el fondo de la petición, sino que solo ordena una nueva evaluación, por lo que el control judicial de la decisión es deferente con las competencias del organismo. Como es posible observar, pocas veces la Corte "reemplaza" en la decisión.

La sentencia fue acordada con dos votos en contra. El primero de la ministra **María Eugenia** Sandoval, quien estuvo por confirmar el fallo en alzada agregando otros fundamentos, pero, además, el de la ministra **Rosa** Egmen, quien tiene únicamente presente que:

"el reclamo de amparo constitucional relacionado con la privación, perturbación o amenaza a la libertad personal o a la seguridad individual, debe ser analizado y resuelto en relación con la garantía fundamental prevista y regulada por el artículo 19 N° 7 de la Constitución Política de la República, esto es, a través del recurso de amparo, mismo que no se encuentra comprendido en el ámbito de las garantías cubiertas por el recurso de protección a que se refiere el artículo 20 de la Carta Fundamental, razón por la que este último no resulta ser la vía adecuada para dirimir el conflicto planteado".

³² CORTE SUPREMA (2016), rol N° 15.030-2016.

Tres argumentos consideramos útiles para discrepar respetuosamente de la disidencia de la ministra **Rosa Egmen**:

- i) En efecto, como primera aproximación, se señalará que en la actualidad 

“la discusión, en el contexto y por los objetivos del Constitucionalismo Humanista, empero, parece hoy constitutiva de un tecnicismo impropio de la defensa adecuada y eficaz de los derechos fundamentales. Es nítido que, a la luz de los principios y valores que se sustentan por aquella especie de Constitucionalismo, los instrumentos contenidos en la Carta Fundamental para su defensa no deben hallarse limitados o constreñidos a ser idóneos sólo frente a ciertas decisiones o respecto de los actos u omisiones de autoridades precisas. Antes bien, ellos tienden a cautelar derechos y, sin importar quién o cómo los amenaza o los vulnera, el medio procesal previsto para su cautela tiene que ser siempre admitido”³³.

Para esta labor se requiere más que el esfuerzo doctrinal, necesario dogmáticamente hablando, que los jueces asuman el contenido de los textos constitucionales como un imperativo a seguir en los negocios que conozcan. Mientras no se logre aquello, se estará predicando en el desierto.

- ii) Aunque referido a otras circunstancias históricas del país, señaló en su momento Raúl Tavolari:

“La formación jurídica de los jueces es fundamental. Es probable que en el caos chileno simplemente el problema de los jueces no fuera de falta de coraje moral, sino de una preparación y formación inadecuadas, que acentuaron una enseñanza positivista del derecho, con olvido de las divisiones generalistas. Se creó así un operador jurídico que confundió su apego a la legalidad, esto es, al conjunto de normas que le imponen sus deberes y derechos, con la sumisión irreflexiva al texto legal, en la idea que ‘las leyes son órdenes o mandatos que una autoridad dirige a los súbditos’ y que la ‘meta de la interpretación judicial de la ley es recomponer la voluntad histórica que el legislador ha depositado en las leyes al momento de crearlas o producirlas’³⁴. Lo anterior va más allá de su caracterización en cuanto acción (que emane de las facultades conservadoras, interdicto posesorio, recurso jurisdiccional, acción de rango constitucional, como recurso, como derecho humano o como garantía jurisdiccional)”³⁵;

³³ Miguel Ángel FERNÁNDEZ G. “El recurso de amparo, sobre todo considerando que un proyecto de ley regule su tramitación”, p. 22.

³⁴ TAVOLARI, *op. cit.*, p. 172.

³⁵ En este sentido el trabajo de Alejandro Pérez Mellado conceptualiza la acción en comento como una “garantía jurisdiccional que se desarrolla a través de un proceso de

iii) Asimismo, esta disidencia no atiende a la propia normativa inquisitiva que disciplina tanto al recurso de protección como al *habeas corpus*, máxime aún si de la negativa a la libertad condicional se erosionan otros derechos de relevancia para el constituyente, fundamentalmente la igualdad ante la ley. Un aserto parecido tiene la doctrina analizándolo desde un prisma procesal, con todas las medidas que franquea la acción constitucional del numeral 21 de la Constitución³⁶.

Con todo, la Corte Suprema en ciertos casos ha entrado “más allá” en el análisis del cumplimiento de los requisitos. En efecto, en la protección ventilada Neira Donoso, al revocar una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, mediante fallo de fecha 14 de abril de 2015, señaló³⁷:

“Quinto: Que el referido beneficio, de acuerdo con la ley y el reglamento, se otorga a quienes hayan cumplido un determinado tiempo de la condena que se les impuso por sentencia definitiva y hayan observado conducta intachable en el establecimiento penal en que ella se cumple, correspondiendo a la Comisión determinar si concurren los requisitos que señala la ley pero no cuestionar la naturaleza de los hechos que ya fueron objeto de juzgamiento, por lo que la denegación del beneficio en estos términos se transforma en ilegal; debiendo señalarse además que confrontados los antecedentes del recurrente que se sometieron al conocimiento de la referida Comisión con los fundamentos que entregó la misma para negarle el beneficio, no existe correspondencia entre ellos, de modo que la decisión adoptada carece de razonamientos respecto de los requisitos establecidos por el Decreto Ley N° 321.

Sexto: Que en definitiva la Resolución de 30 de octubre de 2014 de la Comisión de Libertad Condicional de la Corte de Apelaciones de Santiago importa una conducta arbitraria e ilegal que afecta la garantía de la igualdad ante la ley contemplada en el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República, ya que al no conceder el beneficio de libertad condicional al recurrente basada en la naturaleza de los hechos por los cuales fue condenado, obviando los requisitos objetivos establecidos en el artículo 3° del Decreto Ley N° 321 de 1925, ha incurrido en una vulneración de la garantía constitucional señalada”.

carácter constitucional, declarativo, especial y breve ante la magistratura que señala la ley, y cuyo objeto es controlar la constitucionalidad y legalidad de toda privación, perturbación o amenaza de la libertad personal y la seguridad individual, previniendo o reparando y permitiendo la sanción de toda violación a dicho derecho realizada por sujetos públicos o particulares”. Alejandro PÉREZ M., *Generalidades del hábeas corpus constitucional chileno*, p. 217. Sobre su naturaleza jurídica véase de este mismo autor las pp. 136-216. Igualmente, una revisión de dicha problemática en NOGUEIRA, *op. cit.*, pp. 199-203.

³⁶ TAVOLARI, *op. cit.*, en especial, pp. 140-145.

³⁷ CORTE SUPREMA (2015), rol N° 3. 623-2015.

En este fallo, la Corte Suprema acoge la pretensión y dispone que la Comisión de Libertad Condicional deberá *resolver y justificar la decisión con relación a la postulación del recurrente de acuerdo con los requisitos establecidos en el Decreto Ley N° 321 de 1925*.

VI. Conclusiones

- a. Se ha intentado mostrar, a la luz de este somero recuento, que el recurso de amparo tiene importante cabida en aquellos casos en que se rechaza una solicitud de libertad condicional, reguladas por la ley con su respectiva colaboración reglamentaria, y que más allá de las nuevas estructuras del procedimiento penal, los tribunales superiores de justicia tienen algo que decir sobre el tema. Contrariamente a lo que se podría suponer, el amparo constitucional tiene un interesante ámbito de aplicación que no debe ser desatendido.
- b. El examen de los casos compulsados lleva a concluir que existe un control judicial que varía en su intensidad al conocer de estos temas. De tal modo, puede hacerse más intenso a falta de fundamentación alguna o, bien, cuando sucedan omisiones consistentes en la negativa a dar respuesta. Los recientes fallos de 2017 dan a entender que la Corte Suprema puede valorar otras circunstancias respecto a la calidad del detenido. A partir de ese estadio previo, la Corte Suprema entrará de lleno a conocer del fondo de la decisión, para la cual es del todo competente, merced a lo dispuesto en el artículo 21 de la Constitución³⁸.
- c. Naturalmente, quienes buscan la pureza del Derecho desde una torre de marfil, siempre podrían esperarse mayor fineza o profundidad en ciertos argumentos en sede constitucional, una referencia dogmática al contenido de la libertad ambulatoria, o un análisis mayor sobre la ilegalidad que consiste la ausencia de motivos, o los presupuestos errados en que descansaron ciertas actuaciones de las Comisiones de Libertad Condicional. Esta ausencia se hizo patente en el fallo Iturriaga, más allá de las referencias jurisprudenciales.

³⁸ Norma que le faculta en su inciso primero a adoptar “de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado”, y en su inciso segundo a que “Instruida de los antecedentes, *decretará su libertad inmediata o hará que se reparen los defectos legales o pondrá al individuo a disposición del juez competente, procediendo en todo breve y sumariamente, y corrigiendo por sí esos defectos* o dando cuenta a quien corresponda para que los corrija”.

- denciales que hiciera el tribunal supremo. Mas hay que trabajar con la realidad y destacar el trabajo de la judicatura suprema, que ha preterido los formalismos de la primera instancia que conoce del *habeas corpus*. Sin duda, algo encomiable.
- d. En el ámbito del recurso de protección, por su propia naturaleza, siempre cabe la posibilidad de un mayor examen jurídico por parte del tribunal supremo, atendidos los requisitos de “arbitrario” e “ilegal” que estatuye el artículo 20, constitucional, para dar cautela al derecho amagado. Los fallos revisados lo han tratado desde la perspectiva de la fundamentación del acto y del principio de igualdad constitucional, contenido en el numeral 2° del art. 19.
 - e. Expuesto lo anterior, se postula que el balance es favorable. De los fallos revisados en sede de amparo hay un análisis que no se agota en la mera formalidad de señalar que dichas resoluciones fueron “practicadas por la autoridad competente, facultada al efecto”, pues podría bastar con ello para rechazarlos casi *in limine litis*, sin adentrarse a la inmensa problemática subyacente en el otorgamiento de este beneficio, que debe ser analizado en clave constitucional, ámbito a tratar en otra oportunidad.

Bibliografía

- BORDALI S, Andrés, *Temas de Derecho Procesal Constitucional*, Valdivia, Universidad Austral de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Editorial Fallos del Mes, 2002.
- CARNEVALI R., Raúl & FRANCISCO MALDONADO F., “El tratamiento penitenciario en Chile. Especial atención a problemas de constitucionalidad”, en *Ius et Praxis*, año 19, N° 2, Talca, 2013.
- FERNÁNDEZ G. Miguel Ángel, “Fortalezas y debilidades de la Constitución”, en José Francisco García G. (coord.). *¿Nueva constitución o reforma? Nuestra propuesta: evolución constitucional*, Santiago, Thomson Reuters, 2013.
- FERNÁNDEZ G., Miguel Ángel, “El recurso de amparo, sobre todo considerando que un proyecto de ley regule su tramitación”, en *Estudios Constitucionales*, año 5, N° 2, Talca, 2007.
- GUEDE FERNÁNDEZ, Ana, “El Habeas Corpus”, en Pablo Lucas Murillo de la Cueva & Encarna Carmona Cuenca (coords.), *La tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios*, Valencia, Universidad Carlos III, Instituto de Derecho Público Comparado, Editorial Tirant lo Blanch, 2008.
- HENRÍQUEZ V., Miriam, “El Habeas Corpus”, en María Pía Silva G. & Miriam Henríquez V. (coords.), *Acciones protectoras de derechos fundamentales*, Santiago, LegalPublishing-Thomson Reuters, 2014.

- HENRÍQUEZ V., Miriam, "El habeas corpus como un recurso idóneo para garantizar la libertad personal de los migrantes. Análisis jurisprudencial (2009-2013)", en *Ius et Praxis*, año 20, N° 1, Talca, 2014.
- NOGUEIRA A. Humberto, "El habeas corpus o recurso de amparo en Chile", en *Revista de Estudios Políticos* (nueva época) N° 102, Madrid, octubre-diciembre 1998.
- PÉREZ MELLADO, Alejandro, *Generalidades del hábeas corpus constitucional chileno*, Santiago, Librotecnia. 2008.
- SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008, tomo XII.
- TAVOLARI O., Raúl, *Hábeas Corpus. Recurso de Amparo*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1995.
- VERDUGO M., Mario, "El habeas corpus en los Tribunales", en Enrique Navarro Beltrán (ed.), *20 años de la Constitución Chilena, 1981-2001*, Santiago, Jurídica Conosur Ltda.
- VIVANCO M, Ángela, *Curso de Derecho Constitucional*, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2006.

JURISPRUDENCIA

Corte de Apelaciones

- Ambler Hinojosa, Alex, contra Comisión de Libertad Condicional, sentencia de 20 de agosto de 2016, rol N°781-2016.
- Iturriaga Neumann, Raúl Eduardo contra Comisión de Libertad Condicional, sentencia de 5 de octubre de 2016, rol N° 950-2016.
- Krassnoff Marchenko, Miguel con presidenta de la Comisión de Libertades Condicionales de la II. Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 6 de septiembre de 2016, rol N°39.863-2016.
- Mobarec Hasbún Rodrigo Ignacio con Irrázaval Larráin, Samuel, sentencia de 14 de marzo de 2015, rol reforma procesal penal N° 713-2015.
- Torres Ramos Daniel Alfonso Contra CCP Colina II, Gendarmería de Chile, sentencia de 5 de julio de 2017, rol N°1.485-2017.

Corte Suprema

- Ambler Hinojosa, Alex, contra Comisión de Libertad Condicional, sentencia de 8 de septiembre de 2016, rol N° 59.006-2016.
- Baeza Unda, Carlos Manuel contra Comisión de Libertad Condicional, sentencia de 23 de agosto de 2016, rol N° 52.941-2016.
- Bravo González, César Rodrigo contra Comisión de Libertad Condicional, sentencia de 4 de agosto de 2015, rol N° 9.898-2015.
- Cabrera Aguilar, Armando Edmundo contra Comisión de Libertad Condicional, sentencia de 31 de julio de 2017, rol N° 35.710-2017.

- Díaz Illescas, Fernando, contra Comisión de Libertad Condicional de la I. Corte de Apelaciones de San Miguel, sentencia de 3 de agosto de 2015, rol N° 10.679-2015.
- Franco Villar, Waldemar Ernesto contra Comisión de Libertad Condicional, sentencia de 1 de julio de 2015, rol N° 8.116-2015.
- Iturriaga Neumann, Raúl Eduardo contra Comisión de Libertad Condicional, sentencia de 19 de octubre de 2016, rol N° 76.487-2016.
- Neira Donoso, Emilio con Comisión de Libertad Condicional, sentencia de 14 de abril de 2015, rol N° 3.623-2015.
- Ocayo Gutiérrez, Raúl Enrique contra Comisión de Libertad Condicional, sentencia de 4 de agosto de 2015, rol N° 9.745-2015.
- Salazar Carrillo, Rodrigo con Comisión de Libertad Condicional de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago y otros, sentencia de 2 de mayo de 2016, rol N° 15.030-2016.
- Toledo Puente, Francisco contra Comisión de Libertad Condicional, sentencia de 15 de febrero de 2017, rol N° 4.785-2017.
- Torres Ramos Daniel Alfonso Contra CCP Colina II, Gendarmería de Chile, sentencia de 8 de agosto de 2017, rol N° 34.493-2017.

LOS DERECHOS SOCIALES: LA NUEVA TRADICIÓN CONSTITUCIONAL Y SUS PROBLEMAS

SOCIAL RIGHTS: THE NEW CONSTITUTIONAL HERITAGE AND ITS ISSUES

*Juan Andrés González Tugás**

Resumen

El artículo resume las distintas tradiciones constitucionales con el objetivo de confrontar sus postulados ante el reconocimiento de nuevos derechos, en especial, la irrupción de los derechos sociales.

De esta forma, el análisis describe las tres tradiciones clásicas que buscan instaurar un sistema eficaz de límites y contrapesos al poder, a saber: la inglesa, la americana y la francesa. Luego, expone la tradición constitucional alemana de la posguerra en lo que concierne al reconocimiento de ciertos valores fundamentales, a fin de evitar las consecuencias del positivismo puro de reglas y los excesos del autoritarismo. El texto continúa con la irrupción de los derechos sociales como nueva tradición constitucional y la experiencia del constitucionalismo multinivel de la Unión Europea.

El trabajo concluye con una serie de problemas que plantea la tradición de los derechos sociales.

Palabras clave: tradición constitucional, derechos sociales, reconocimiento de derechos sociales.

Abstract

The present text summarizes the different constitutional traditions to confront their postulates before the recognition of new rights, especially the irruption of social rights.

* Doctor en Derecho Universidad de los Andes. Texto recibido el 1 de noviembre de 2017 y aceptado para su publicación el 1 de marzo de 2018. Correo electrónico: jagontu@gmail.com

Thus, the analysis describes the three classical traditions that seek to establish an effective system of limits and counterweights to power: the English, the American and the French. Then, the German constitutional tradition is exposed in what concerns the recognition of certain fundamental values to avoid the consequences of pure positivism of the rules and the excesses of authoritarianism. The text continues with the irruption of social rights as a new constitutional tradition and the experience of multilevel constitutionalism in the European Union.

At the end of the work, a series of problems that raise the tradition of social rights are exposed.

Key words: constitutional traditions, social rights, recognition of social rights.

I. La tradición constitucional

En la Antigüedad, no existió un texto normativo que contemplase los preceptos esenciales de la sociedad tal como en la actualidad.

En efecto, aun cuando en un sentido absoluto la Filosofía clásica hubiese descrito y analizado la estructura, disposición y formas de organización de los distintos regímenes políticos¹, únicamente es reconocible un derecho superior a cualquier legislación implícito en la naturaleza de las cosas.

De esta forma, no se plantean temas normativos ni abstractos, como podrían ser la soberanía, la voluntad general o el Estado, sino más bien cuestiones concretas, como el conflicto (*stásis*), el orden (*eunomía*) y el consenso (*isonomía*). Esas eran las premisas de la *polis*: alcanzar la *politike koinonia*².

Por ello, si bien algunos textos clásicos hacen referencia a la Constitución, la ley o al Estado, no lo hacen en los términos y el sentido que aquí preocupa.

¹ Sobre el concepto absoluto de Constitución como “la concreta situación de conjunto de la unidad política” de un pueblo Carl SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, pp. 29-30.

² La *politike koinonia* representa una diversidad de formas de organización unificadas en torno a un *ethos*. En este sentido, la racionalización del poder aparece como uno de los aportes de la Grecia clásica en la tradición occidental. De igual manera, la primacía del ágora y el valor de la palabra, las elecciones por sorteo a cargos públicos y altas magistraturas, la alternancia en el poder y el gobierno responsable, todas las cuales van delineando un hombre no individualista, vinculado al mundo de las cosas y las personas por lazos reales y no superficiales o instrumentales. Esa fueron las claves de la *politeia* que luego son traspasadas a la *civitas* romana.

Los primeros fundamentos de la Tradición Constitucional se desarrollan a propósito del problema político que plantea la cristiandad medieval sobre poder temporal y poder espiritual³.

1.1. LA TRADICIÓN CONSTITUCIONAL INGLESA

“La fase medieval de la historia inglesa es como la prehistoria constitucional del mundo”⁴.

En efecto, la tradición inglesa sentó las bases de la doctrina constitucional. En esa línea, se reconoce el régimen de representación, el *Common Law* y el vínculo de las personas con el Derecho, sucesos sobre los que se funda el *Rule of Law* o Imperio del Derecho.

De igual forma, la existencia de un Parlamento con facultades deliberativas y judiciales, y los primeros textos constitucionales, como fue la renombrada Carta Magna de 1215, van conformando la tradición constitucional inglesa⁵.

Con el advenimiento de las dinastías Tudor y Estuardo se pretendió instaurar un régimen de monarquía absoluta justificado en reglas de derecho divino.

Frente a los excesos de poder y ante un clima de guerra civil, surge la necesidad de reconocer reglas del Derecho Natural que, junto con garantizar el orden, disponga límites y controles. En ese contexto, se elabora la teoría contractual de **Thomas** Hobbes para fundamentar el poder absoluto⁶.

Como reacción a las medidas restrictivas adoptadas por Jacobo I y Carlos I en materia de cultos e impuestos, surge el concepto de “monarquía limitada”. Desde entonces, la tarea legislativa no será vista como una

³ “Si el poder espiritual y el poder temporal tienen el mismo origen y el mismo fin, la identificación de ambos está justificada y la separación o distinción es innecesaria. Pero si no hay tal unidad en el origen o en el fin de ambos, la absorción de uno en el otro es injustificable: se verificaría una extralimitación o abuso de poder”. Mariano FAZIO, *Historia de las ideas contemporáneas. Una lectura del proceso de secularización*, p. 22.

⁴ Antonio Carlos PEREIRA MENAUT, *El ejemplo constitucional de Inglaterra*, p. 48.

⁵ La carta se dirige a la jerarquía eclesiástica, a la nobleza y a las autoridades oficiales del reino. Ella establece “en forma pactada una serie de heterogéneas reglas casuísticas” como las prescritas para la construcción de puentes, o las dispuestas para establecer derechos e inmunidades de los clérigos y la Iglesia, o aquellas que regulaban las obligaciones de familia o los impuestos. Asimismo, reconoce principios fundamentales de la libertad de las personas como el famosísimo artículo XXXIX (recogido primero por la Constitución de Estados Unidos y luego por todas). *Op. cit.*, p. 49.

⁶ FAZIO, *op. cit.*, p. 62, 66. Todo hombre en estado de naturaleza tiene derecho a todas las cosas. Este hecho es la causa de un estado de guerra generalizado entre los hombres. El medio más eficaz para conservar la paz es la renuncia de cada uno a sus propios derechos a favor de un poder absoluto: el Leviatán.

función privativa del Rey, sino como una que le cabe realizar al pueblo representado por los estamentos⁷.

Las pretensiones absolutistas sobreviven a la ejecución de Carlos I y la Constitución republicana de Oliver Cronwell de 1653. Sin embargo, a partir de ese periodo se diferencia entre “poder constituyente” y “poder legislativo constituido”⁸. Igual cosa ocurre entre “ley ordinaria” y “ley constitucional”.

A propósito del concepto de “monarquía limitada”, se acuña en la tradición inglesa el principio de separación de poderes⁹. De esta forma, el *Instrument of Government* descarta la aplicación de una soberanía absoluta y la sustituye por una conjunta, que propicia una relación representativa entre el ciudadano y el poder público.

Las nociones de “monarquía limitada” y “soberanía conjunta” permiten un orden constitucional equilibrado fundado en el balance de poderes. De estos dos principios surge la Constitución mixta, que radica el Poder Ejecutivo en el Monarca y el Poder Legislativo en el pueblo representado en el Parlamento¹⁰.

En función del debate sobre los orígenes del poder¹¹, el principio de “soberanía conjunta” fue ampliamente debatido por los juristas ingleses. Mientras que para algunos, el poder del Rey era originario y el del Parlamento delegado; para otros el poder del pueblo representado en el Parlamento era originario y el poder del Rey, delegado.

En 1685 Jacobo II adopta una serie de medidas autoritarias que incrementan de manera arbitraria las potestades reales. Al dictaminarse por los tribunales la ilegalidad de estas medidas en función del *Common Law*, el Rey deroga la Constitución. Estas circunstancias originan la *Glorious Revolution* de 1688.

En 1689 se dicta el *Bill of Right*. Su texto establece una serie de prohibiciones a la Corona en materia de recaudación de dineros bajo la

⁷ Es en ese contexto que se dictan la *Petition of Rights* de 1627, el *Habeas Corpus* de 1640, la *Star Chamber Abolition Act*, la *Grand Remonstrance* de 1641, y las *Nineteen Propositions* de 1642. Mauricio FIORAVANTI, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, pp. 85, 89.

⁸ “Corresponde al poder constituyente del pueblo la instauración de la forma institucional del poder legislativo al que dicho pueblo confía la regulación de su vida política para el bien público”.

⁹ PEREIRA, *El ejemplo...*, *op. cit.*, p. 58.

¹⁰ José Ignacio MARTÍNEZ ESTAY, *Jurisprudencia constitucional española sobre derechos sociales*; p. 113.

¹¹ FAZIO, *op. cit.*, p. 53. La teoría política de los siglos XV y XVI se divide en realistas y monarcómacos. Para los primeros, los súbditos deben obedecer pasivamente al Rey como representante de la voluntad divina. Para los segundos, el poder del Rey deriva del pueblo y, en consecuencia, la comunidad puede deponerlo en determinadas circunstancias.

“prerrogativa *regis*”¹², de reclutamiento militar, de aplicación de fianzas, multas excesivas y castigos crueles e inusuales. Además, reconoce el derecho de petición al Rey, el derecho de poseer armas para la defensa personal, la libertad de expresión y debate en el Parlamento, y la libertad de elección de sus miembros¹³.

En materia de derechos, la declaración reconoce:

“...los dichos lores espirituales y temporales y comunes en Parlamento (...) ruegan sea declarado y legislado que todos y cada uno de los derechos y libertades afirmados y reclamados en dicha declaración son los verdaderos antiguos e indudables derechos y libertades de las gentes de este Reino...”.

Con todo, la “soberanía del parlamento” no es absoluta y considera límites. Así, se reconoce el derecho de las personas a desobedecer o resistirse a la ley, prerrogativa que se sustenta en la presunción de libertad y en “los sentimientos morales del tiempo y la sociedad”¹⁴.

Por su parte, los principios de “independencia” e “inamovilidad” judicial¹⁵, concebidas como límites al poder, aseguran la aplicabilidad directa de la Constitución¹⁶. En ese orden, la potestad de los jueces es limitada por los derechos de propiedad, de libertad personal y la cláusula del debido proceso a que alude la Carta Magna.

Guiada por el *Rule of Law* y el principio de “soberanía conjunta”, la tradición inglesa reconoce en la Constitución nuevos mecanismos que permiten controlar y garantizar la responsabilidad política del Parlamento. De esta forma, figuran el *impeachment*, los actos de justicia legislativa o el *bill of attainder*.

¹² PEREIRA, *El ejemplo...*, *op. cit.*, p. 180, en alusión a la doctrina de Benjamin Constant: “El poder real... es un poder neutro...”.

¹³ Este consentimiento se manifiesta en cuatro derechos: 1) Regular la sucesión al trono sin considerar los títulos hereditarios; 2º) Limitar la designación de los miembros de su Consejo privado; 3º) Elegir la Cámara de los Comunes y 4º) Limitar la influencia del Rey en las decisiones de los jueces, so pena de ser destituidos de sus cargos.

¹⁴ El derecho a desobedecer, el derecho a la resistencia a las leyes y la insumisión está asentado en el *Common Law* inglés en el siguiente principio: la libertad se presume, mientras que las restricciones a la misma han de formularse expresamente. Antonio-Carlos PEREIRA MENAUT, *Lecciones de teoría constitucional*, p. 450

¹⁵ Previstas en el *Act of Settlement de 1700* o *Act for the further Limitation of the Crown and better securing the Rights and Liberties of the Subject*.

¹⁶ El carácter normativo y directo de la Constitución reúne tres condicionantes: 1º) “Implica una imposición al Estado en orden a no entorpecer el ejercicio de los derechos”; 2º) “Supone la posibilidad de alegar los derechos ante los tribunales” y 3º) “Que la sola proclamación resulta suficiente para la satisfacción de esos derechos”. MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 126.

Lo anterior, asociado al reconocimiento de un gobierno con oposición política¹⁷, configuran un modelo eficaz de frenos. Así, la *Reform Bill* de 1832, la *Representation of the People Act* de 1867 y de 1884, y la ley de voto universal de 1918, democratizan el régimen político y posibilitan el control de la función gubernamental y parlamentaria por parte de los electores.

Con la fundación del *Labour Party* a fines del siglo XIX y la publicación del Informe *Beveridge* en el primer tercio del siglo XX, se prescriben un conjunto de leyes sociales que darán origen al Estado de Bienestar¹⁸.

1.2. LA TRADICIÓN CONSTITUCIONAL ESTADOUNIDENSE

La tradición constitucional de Estados Unidos se gesta en la Inglaterra de Isabel I de Tudor.

Durante las últimas décadas del siglo XVI y las primeras del siglo XVII, surge en Inglaterra un “movimiento religioso, político y revolucionario”¹⁹ que se opone a la Iglesia y a la Corona²⁰.

En esa época, gran parte del litoral de la costa este de Norteamérica pertenecía a la Corona. Cada asentamiento colonial poseía un sistema político que variaba según el territorio. En unos casos

“el rey sometía a una parte del Nuevo Mundo a un gobierno de su elección, encargado de administrar el país en su nombre y bajo sus órdenes inmediatas”,

en otros, “concedía a un hombre, o una compañía, la propiedad de ciertas porciones del país” o confería a

¹⁷ PEREIRA, *El ejemplo...*, op. cit., pp. 63-64.

¹⁸ El 30 de noviembre de 1942 aparece a la venta en las librerías inglesas un informe titulado “Seguridad social y servicios conexos”, trabajo que en 1941 fuera encargado por el gobierno laborista de Arthur Greenwood a William Beveridge. Aun cuando el encargo se limitaba a un número acotado de problemas sociales, el informe propuso la creación de un ambicioso sistema de salud y subsidios para el desempleo en el ámbito nacional, concluyendo que la cuestión social tenía cinco dimensiones que debían ser abordadas por la autoridad: la necesidad física, la enfermedad que provoca el estado de necesidad, “la ignorancia que ninguna democracia se puede permitir”, la miseria, y la ociosidad que destruye la riqueza y corrompe a las personas. Manuel PUELLES BENÍTEZ, *Política, legislación y educación*, pp. 132-133

¹⁹ Robert M. CRUNDEN, *Introducción a la historia de la cultura norteamericana*, pp. 21-35.

²⁰ El conflicto se produce entre un sector conservador puritano “antiseparatista” y un ala radical “separatista” o “independiente” que reclama independencia con miras a la fundación de nuevas congregaciones. Luego, y a consecuencia de las duras medidas implementadas por Jacobo I en materia de cultos, se inicia el primer proceso de migración desde Inglaterra a las colonias del norte de América.

“un cierto número de inmigrantes el derecho de formarse en sociedad política, bajo el patronato de la madre patria, y de gobernarse a sí mismos en todo lo que no era contrario a sus leyes”²¹.

Para entender el complejo mapa migratorio hay que diferenciar lo que ocurre en los territorios que se extienden a ambas orillas del río Hudson. Mientras que desde 1607 el sur es poblado por un grupo heterogéneo de inmigrantes que da origen a una poderosa aristocracia industrial y terrateniente de origen esclavista; el norte, conocido como Nueva Inglaterra, es colonizado por comunidades puritanas de *pilgrims*.

Estas comunidades sostienen que existe un “pacto de gracia” entre Dios y el hombre por el que habrían sido escogidas²². Dichas comunidades fundamentan su orden sobre la base del “contrato social, la igualdad, la cooperación, y el Derecho natural”²³. De manera que sus creencias no eran de origen oficial ni de carácter nacional, en contraposición al protestantismo anglicano.

A pesar de esta diversidad, todas las colonias reconocían “el *Common Law* y los principios del *local self-government*”²⁴ como fundamentos plausibles que garantizaban una cierta autonomía del gobierno inglés²⁵.

La guerra contra Francia en 1763 deja Canadá y los territorios ubicados al este del Misissippi en posesión inglesa. Sin embargo, también implica un déficit presupuestario en las arcas del gobierno inglés, el que determina un alza impositiva sobre las colonias²⁶. Frente a los excesos de la autoridad es alegado el principio *no taxation without representation*²⁷. La norma es derogada por el Parlamento, pero en 1767 el hecho se repite²⁸.

En 1774, los representantes de las doce colonias se reúnen en Filadelfia y envían al rey Jorge III un memorial de agravios²⁹. Dado el escaso interés que suscita el nuevo petitorio en Inglaterra, en 1775 es convocado un segundo congreso continental. Finalmente, el 4 de julio de 1776 es declarada la independencia de Estados Unidos de Norteamérica.

Para aquellos ciudadanos no solo era importante establecer límites contra un individuo específico, como ocurre en el “dualismo originario”

²¹ Alexis de TOCQUEVILLE, *La democracia en América*, p. 59.

²² FAZIO, *op. cit.*, pp. 50-51.

²³ Antonio-Carlos PEREIRA MENAUT, *El constitucionalismo de los Estados Unidos. La magna carta norteamericana vista desde la española*, p. 20.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ TOCQUEVILLE, *La democracia...*, *op. cit.*, pp. 53, 58.

²⁶ En esa línea son dictadas la *Sugar Act* y la *Stamp Act*, que gravan el azúcar y los papeles comerciales CRUNDEN, *op. cit.*, pp. 47-48.

²⁷ PEREIRA, *El constitucionalismo...*, *op. cit.*, p. 21.

²⁸ Bajo ese contexto es promulgada la *Coercive Acts*.

²⁹ *Op. cit.*, p. 21.

de la tradición inglesa, sino disponer salvaguardias efectivas contra el poder ilimitado de la asamblea constituida en el Parlamento³⁰. Por esa razón, la Declaración de Independencia de 1776 reconoce el derecho de los individuos a limitar las prerrogativas de quien quiera detentar el poder de manera absoluta. En ese sentido, la declaración proclama en el segundo y último párrafo:

“Sostenemos como evidentes por sí mismas dichas verdades: que todos los hombres son creados iguales, que son dotados por su creador de ciertos derechos inalienables; que entre éstos están la Vida, la Libertad y la búsqueda de la Felicidad. Que para garantizar estos derechos se instituyen entre los hombres los gobiernos, que derivan sus poderes legítimos del consentimiento de los gobernados; que cuando quieren que una forma de gobierno se haga destructiva de estos principios, el pueblo tiene el derecho a reformarla, o abolirla, e instituir un nuevo gobierno que se funde en dichos principios y a organizar sus poderes en la forma que a su juicio ofrecerá mayores probabilidades de alcanzar su seguridad y felicidad”.

“Por tanto, Nosotros, los Representantes de los Estados Unidos, reunidos en Congreso General (...) publicamos y declaramos lo siguiente: que estas colonias son y por derecho deben ser estados libres e independientes...”³¹.

Con el objetivo de alcanzar una mayor integración frente a la guerra de independencia, en 1777 el Congreso promulga los *Articles of Confederation*³².

No obstante que los resultados de la guerra de independencia fueran en beneficio de las colonias, la nueva unión política fracasa debido a la incapacidad del Congreso para imponerse como órgano de gobierno. En efecto, el nuevo gobierno no poseía las facultades necesarias para administrar de manera eficaz los tributos y el comercio, hecho que ya había complicado la defensa de sus intereses en la guerra de independencia³³.

³⁰ En esta línea se circunscribe la declaración de los Hijos de la Libertad de Nuevo Londres, que proclama el derecho del pueblo de “asumir el ejercicio de la autoridad que le pertenecía por naturaleza antes de haberlo delegado a individuos” toda vez que se excediesen los límites del poder “impuestos por el pueblo en todas las constituciones”. *Connecticut Courant*, December 30, 1765. Horst DIPPEL, *Constitucionalismos moderno*, p 28.

³¹ Declaración de Independencia de Estados Unidos de América.

³² Los artículos entran en vigor en 1781, con la ratificación del estado de Maryland.

³³ De acuerdo con las competencias atribuidas por estos artículos, el Congreso únicamente podía “declarar la guerra y reunir un ejército (art. IX), pero no obligar a un estado a aportar su cuota de tropas; podía pedir a los estados que abonaran su parte alicuota de la financiación de la Confederación, pero no tenía capacidad sancionatoria ni ejecutiva contra el incumplidor (art. VIII). La potestad tributaria y arancelaria era de los estados, lo mismo la moneda” PEREIRA, *El constitucionalismo...*, *op. cit.*, p. 22.

La carencia de un gobierno federal más vigoroso es resuelta con la Constitución Federal de 1787. En concreto, la nueva Constitución dota a los órganos ejecutivo y legislativo de “facultades efectivas, reforzadas por la previsión de supremacía del derecho positivo federal sobre el de los estados miembros”³⁴. Sin embargo, estas potestades serían delimitadas en un plano funcional y territorial sobre la base de un sistema de frenos y contrapesos (*check and balances system*)³⁵.

Para lograr ese fin, la Constitución dispone, en el ámbito del gobierno federal, de un poder legislativo compuesto por dos entidades: la Cámara de Representantes, que representa a la población en forma proporcional; y el Senado, que representa a los Estados federados. Asimismo, el órgano ejecutivo lo radica en un presidente; y el judicial, en un tribunal supremo con capacidad de control de ambos poderes. Por último, en el ámbito estadual, se reconoce la facultad de ejercer un autogobierno a través de un órgano ejecutivo, un legislativo y un poder judicial, pero siempre limitados por la Constitución.

Llama la atención que el texto nada decía sobre los derechos y libertades. Siguiendo la tradición inglesa, los derechos se entendían implícitos en la Constitución. A este respecto, se sostiene que la redacción de un catálogo de derechos implicaba que estos

“no se tenían por nacimiento sino por concesión del legislador. De igual manera, se afirma que las libertades ya estaban protegidas por las declaraciones de derechos de cada estado”^{36, 37}.

Con todo, a poco más de una década de la Declaración y cuatro años de la promulgación de la Constitución, son aprobadas las primeras diez enmiendas de derechos.

³⁴ En referencia al artículo VI de la Constitución de 1787, MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 117.

³⁵ PEREIRA, *El constitucionalismo...*, *op. cit.*, p. 23.

³⁶ En rigor, a la Declaración de Independencia de 1776 le anteceden las Constituciones de New Hampshire, de 5 de enero de 1776, y de Carolina del Sur, de 26 de marzo de ese año. Ambas tenían un claro matiz representativo. En tanto, las Constituciones de Virginia, New Hampshire, Carolina del Sur, Nueva Jersey y Pensilvania, de 1776, y las Constituciones de Georgia, Vermont y New York, de 1777, incorporan el concepto absoluto de soberanía sin reconocer la independencia judicial. En 1778 es reformada la Constitución de Carolina del Sur con el reconocimiento de un poder judicial y el derecho de enmienda. A partir de estas experiencias nace el principio de “gobierno limitado” (*limited government*) con el cual, siguiendo la doctrina de John Locke “Todo poder se radica en el pueblo” y se “deriva del pueblo”.

³⁷ El reconocimiento de los derechos que realizan las constituciones de los Estados federados constituye un verdadero laboratorio para el desarrollo de la tradición constitucional estadounidense.

En 1861 los Estados federados del sur proclaman su independencia respecto de los Estados de la Unión. Este hito detona la guerra civil de Estados Unidos.

La guerra por la secesión deja una profunda huella en la Constitución y el modelo federal. En efecto, a consecuencia del conflicto, es reconocida la primacía del Derecho Federal respecto del estadual. En otras palabras, el principio de supremacía no solo se manifiesta con la primacía de la Constitución sino que, además, con la legislación federal, los “poderes implícitos”³⁸ y las potestades de control del tribunal supremo.

A partir de 1865, se dicta una nueva serie de enmiendas a la Constitución de Estados Unidos, entre las que destaca la abolición de la esclavitud³⁹, la igual protección de la ley y reconocimiento del debido proceso (enmienda XIV). En 1870, se reconoce el derecho a voto (enmienda XV) y en 1920 el derecho a voto de las mujeres (enmienda XIX).

La aguda crisis que se desata con la debacle financiera de *Wall Street* en 1929 inicia un periodo de reformas sociales que incrementan las prerrogativas del poder central. En este contexto de reformas, Franklin D. Roosevelt propone el 11 de enero de 1944, un segundo *Bill of Rights*.

La propuesta de reforma reconoce un conjunto de derechos de prestación, como: el derecho a una remuneración justa y adecuada; el derecho de alimentos y vestuarios; el derecho a la recreación y el ocio; el derecho de los agricultores a vender sus productos a un precio justo; el derecho de todo hombre de negocio, pequeño o grande, a trabajar en un medio libre de dominaciones injustas y competencias desleales; el derecho de la familia a vivir en una vivienda decente; el derecho a recibir los cuidados médicos y las prestaciones necesarias para disfrutar de una buena salud; el derecho a la protección social para hacer frente a los problemas de naturaleza económica que sobrevienen con la edad, los accidentes, las enfermedades, el desempleo y, por último, el derecho a recibir una buena educación⁴⁰.

Aun cuando este conjunto de reformas sociales y económicas pretendió el reconocimiento de los derechos sociales en la Constitución estadounidense, la iniciativa no prosperó⁴¹.

³⁸ Esta doctrina está contenida en las sentencias *McCulloch v. Maryland* de 1819 y *Gibbons v. Ogden* en 1824, ambas de la Suprema Corte. MARTÍNEZ, *op. cit.*, pp. 117-118.

³⁹ Enmienda XIII

⁴⁰ Franklin D ROOSEVELT, *State of the Union Message to Congress*; Ingo WOLFGANG SARLET, “Los derechos sociales en el constitucionalismo contemporáneo. Algunos problemas y desafíos”.

⁴¹ Sin embargo, hay quienes sostienen que este antecedente sirve para justificar el reconocimiento de los derechos sociales en un plano material de la Constitución, una

1.3. LA TRADICIÓN CONSTITUCIONAL FRANCESA

Teniendo como antecedente las experiencias de las revoluciones en Inglaterra y Estados Unidos de Norteamérica, la tradición constitucional francesa postula un concepto de soberanía de carácter ilimitado, absoluto y perpetuo.

En los siglos XVI y XVII el conflicto social, económico y político que deriva de las cruentas guerras religiosas parece tener solo tres alternativas de solución: someter la voluntad del pueblo a la potestad del Monarca y alcanzar la paz mediante el terror⁴²; someter la voluntad del pueblo y la del Monarca a una suerte de compromiso o arbitraje; o someter esa voluntad a un tercero distinto del pueblo y el Monarca⁴³. Bajo este complejo escenario se acuña la teoría de la soberanía absoluta propuesta por Jean Bodin⁴⁴, que sirve como antecedente a la doctrina de la “voluntad general” ideada por Jean-Jacques Rousseau.

El desenlace del conflicto entre la monarquía y las fuerzas revolucionarias es más o menos conocido: la caída del “Antiguo Régimen”⁴⁵ y la autoproclamación de la Asamblea Nacional Constituyente en 1789. Asimismo, en agosto de ese año se publica la “Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano”, símbolo que representa en plenitud el ideario de la tradición francesa. Dos años más tarde, se aprueba la primera Constitución en cuyo preámbulo se reconoce la Declaración de Derechos:

“Los representantes del pueblo constituidos en Asamblea nacional (...) han resuelto exponer, en una declaración solemne, los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre, a fin de que esta declaración..., les recuerde sin cesar sus derechos y sus deberes; a fin de que los actos del poder legislativo y del poder ejecutivo, al poder cotejarse con la finalidad de toda institución política, sean más respetados y para que las reclamaciones de los ciudadanos, en adelante fundadas por principios simples e

especie de compromiso constitucional o *constitutional commitment*. Cass R. SUNSTEIN, *The second Bill of Rights: FDR's Unfinished Revolution-And Why We Need It More Than Ever*.

⁴² Mariano FAZIO, *Historia de las ideas contemporáneas. Una lectura del proceso de secularización*, pp. 59-60.

⁴³ Martin KRIELE, *Introducción a la Teoría del Estado*, p. 55.

⁴⁴ Jean BODIN, *Les six livres de la République*. Para este autor, la soberanía es un poder perpetuo, no limitado en el tiempo, inalienable, e imprescriptible, que considera como prerrogativas las facultades de dictar leyes sin consentimiento alguno, declarar la guerra, instituir funcionarios, juzgar de manera inapelable, conceder gracias, acuñar monedas e imponer tributos. Sin embargo, el planteamiento admite ciertas restricciones: la ley divina y la ley natural, las antiguas leyes constitucionales y consuetudinarias del reino, y la inviolabilidad de la propiedad privada. FAZIO, *op cit.*, p. 58.

⁴⁵ Alexis de TOCQUEVILLE, *El antiguo Régimen y la Revolución*.

indiscutibles, redunden siempre en beneficio del mantenimiento de la Constitución y de la felicidad de todos”.

La Constitución de 1791 dispone la separación de poderes sobre la base de un poder ejecutivo radicado en el Monarca, un órgano legislativo representado por Asamblea Legislativa y un poder judicial a cargo de tribunales independientes. Corresponde al “pueblo racional” “establecer un equilibrio entre el poder ejecutivo y el poder legislativo”⁴⁶.

Según los postulados de la Constitución de 1791, cualquier limitación a la soberanía representa una desviación de la razón humana. Así, de acuerdo con lo prescrito en su artículo 3

“el principio de toda soberanía reside esencialmente en la Nación. Ningún cuerpo, ningún individuo, pueden ejercer una autoridad que no emane expresamente de ella”.

De esta forma, los individuos que conforman el Estado no son titulares de derechos, sino únicamente sus representantes. En otras palabras; la “soberanía” es el Estado⁴⁷.

Aun cuando la nueva Constitución no hace suyas las consideraciones absolutistas de **Thomas** Hobbes⁴⁸, el poder que encarna la “voluntad general” es, con mucho, superior al que existía en el Antiguo Régimen⁴⁹.

El conflicto teórico que se presenta en la primera etapa de la revolución en torno al concepto de soberanía cambia entre los años 1792 y 1794⁵⁰. En

⁴⁶ Cita del barón de Montesquieu. DIPPEL, *op. cit.*, p. 17

⁴⁷ Jean-Marie COTTERET, *Le Pouvoir Législatif en France*, p. 16.

⁴⁸ En concreto, el poder soberano del Monarca se justificaba sobre la base de tres pilares: uno tradicional, por el que la sucesión dinástica es determinada por el viejo derecho; otro carismático, según el cual la legitimidad depende de un elemento mágico y sacro, y un tercero racional, que justifica el poder soberano de acuerdo a consideraciones de derecho natural. De manera que solo el Rey podía dictar una constitución.

⁴⁹ “La primera y más importante consecuencia... es que sólo la voluntad general puede dirigir las fuerzas del Estado según el fin de su institución, que es el bien común: porque si la oposición de los intereses particulares ha hecho necesario el establecimiento de las sociedades, es el acuerdo entre estos mismos intereses los que lo ha hecho posible. Lo que hay de común en esos intereses diferentes es lo que forma el vínculo social, y si no hubiera algún punto en el que todos los intereses concordaran ninguna sociedad podría existir. Ahora bien, es en razón de este interés común como debe ser gobernada la sociedad”. Jean-Jacques Rousseau, *El contrato social*. Asimismo, ténganse presente la serie de atributos que expone John Rawls sobre la noción de “voluntad general”, resumiendo el pensamiento de Jean-Jacques Rousseau en John RAWLS, *Lecciones sobre la historia y la filosofía política*, pp. 284-285.

⁵⁰ “Cuando la polarización avanza cierto grado de intensidad, resulta decisivo si se incrementa llegando al nivel de conflictos de soberanía, o se modera para dar lugar a

efecto, a la moderación y el respeto de los primeros años de la revolución le suceden el abuso, la desconfianza y la arbitrariedad. De esta forma, son promulgadas una serie de leyes mediante las cuales el clero y la jerarquía deben jurar fidelidad a la Constitución en calidad de empleados del Estado. Frente a la rebeldía de la Iglesia Católica, se decretan medidas más drásticas, como la pérdida de la ciudadanía de los sacerdotes, la jubilación del servicio regular o la expulsión del país⁵¹. El 11 de agosto de 1792, la Asamblea Nacional autoriza a los consejos municipales a detener a todo aquel que opusiera resistencia. Poco tiempo después, el Rey es detenido contrariando lo prescrito por la Constitución en materia de cesación e inviolabilidad del cargo.

En 1793 se aprueba una nueva Constitución. A partir de su texto es posible sustraer algunos elementos germinales del constitucionalismo social. Así se deduce de su preámbulo y del artículo vigésimo tercero:

“El pueblo francés, convencido de la obligación y el deber de unos derechos naturales del hombre... declara solemnemente, como derechos sacros e inalienables, a fin de que todos los ciudadanos puedan cotejar cada uno de los actos de gobierno con todas las instituciones sociales...”⁵². “La garantía social consiste en la acción de todos, para asegurar a cada cual el disfrute y la conservación de sus derechos; esta garantía descansa en la soberanía nacional”⁵³.

La declaración de derechos de 1793 reconoce el derecho de propiedad y libertad de industria⁵⁴, el derecho de sufragio universal masculino⁵⁵, el derecho contra la opresión⁵⁶ y los primeros derechos sociales, como el derecho al trabajo⁵⁷, el deber sagrado a la asistencia pública⁵⁸ y el derecho a la educación⁵⁹.

conflictos políticos dentro del marco de la constitución. Una vez superado el límite del conflicto de soberanía, se desarrolla un automatismo de escalada que conduce irremediablemente hacia una lucha sangrienta.” KRIELE, *op. cit.*, p. 386.

⁵¹ *Op. cit.*, pp. 388-389.

⁵² CONSTITUCIÓN de 24 de junio de 1793, Preámbulo.

⁵³ *Op. cit.*, artículo 23°.

⁵⁴ *Op. cit.*, artículos 8° y 16.

⁵⁵ *Op. cit.*, artículo 29.

⁵⁶ *Op. cit.*, artículo 9°.

⁵⁷ *Op. cit.*, artículo 18.

⁵⁸ *Op. cit.*, artículo 21.

⁵⁹ *Op. cit.*, artículo 22. “La instrucción es una necesidad de todos. La sociedad debe favorecer a todos la facultad para desarrollar la razón pública, y hacer de la instrucción un bien accesible a todos los ciudadanos”.

En septiembre de 1793, la Asamblea se arroga la facultad de nombrar a sus ministros⁶⁰. A partir de ese momento el principio de separación de poderes no es más que letra muerta. Asimismo, los ejes de la soberanía ya no se radican en el “poder constituyente”, sino que en el “poder constituido”⁶¹ de la Asamblea. Nadie ni nada podría detener o limitar los abusos del régimen revolucionario⁶².

Si bien la Constitución de 1793 muestra algunas simetrías con la Constitución de Estados Unidos de Norteamérica de 1787, como la participación directa del pueblo mediante el sufragio universal, la facultad de anular las proposiciones de ley y la diferenciación entre un derecho público y un derecho privado⁶³, toma distancia del poder constituyente que establece los límites a la soberanía popular. En efecto, mientras que para los estadounidenses la propia Constitución es un mecanismo esencial de limitación del poder, para los franceses la soberanía es originaria, ilimitada e indivisible de forma insoslayable.

Era claro que el poder constituyente francés no podía quedar en manos de los poderes constituidos como ocurrió durante la revolución. Sin embargo, y a diferencia del caso estadounidense⁶⁴, la tradición fran-

⁶⁰ Entre los años 1794 y 1795 se desata el régimen del terror. Es durante ese periodo que Maximilien Robespierre y los jacobinos mandan a ejecutar en la guillotina a más de mil realistas sin mediar ningún tipo de procedimiento legal que asegurara la imparcialidad de la pena.

⁶¹ Respecto a la ficción del gobierno representativo, COTTERET, *op. cit.*, pp. 16-19.

⁶² KRIELE, *op. cit.*, pp. 365-366. Diferencia “Estado constitucional” y “Estado no constitucional” sobre la base de la distinción entre “poder constituyente” y “poder constituido”. Desde la óptica de la revolución, el poder constituido no está limitado por la Constitución, es *legibus absolutus* y soberano en sentido propio.

⁶³ En este sentido, el siguiente texto de la carta americana por el cual se faculta al pueblo a dar instrucciones a sus mandatarios: “Todo derecho de naturaleza pública deberá ser prescrito para la consideración del pueblo, antes que ellos sean leídos en asamblea general para el debate y su reforma” (All bills of public nature shall be printed for the consideration of people, before they are read in general assembly the last time for debate and amendment). Todo lo anterior, independiente de las cualidades *indubitable, unalienable and indefensible rights* (traducidas al francés como indivisible, imprescriptible et inalienable) y de otras analogías desde la perspectiva orgánica, como la *House of Representative* de Pensilvania y el *Corp Législatif* francés, que dan origen a una sola cámara representativa del pueblo, o el *Plan or Frame Government* y el *Act Constitutionel* en lo que respecta a asambleas primarias y nacionales, no dejan dudas acerca de la reciprocidad de influencias que comparten ambos textos.

⁶⁴ La tradición constitucional gala toma distancia de la estadounidense en cuatro líneas: 1) en la fundamentación teórica y racionalista del Derecho; 2) en la noción absoluta e ilimitada de la soberanía; 3) en la revisión (sino supresión) del principio básico de separación de poderes y 4) en la subordinación del Poder Judicial a una de las ramas del Ejecutivo. En otras palabras, la tradición constitucional francesa se caracterizará por ser

cesa no aclara el lugar en el que se radica la titularidad del ejercicio de la soberanía. En concreto, no define si ella corresponde a la nación, en pleno, o a sus representantes autorizados por mandato. Luego, se podría afirmar en esta misma materia que la tradición francesa se aproxima al modelo inglés, al dejar en manos de la Asamblea la facultad de disponer de los límites del poder en representación del pueblo.

Con el fracaso del régimen jacobino, son proclamados dos textos constitucionales con un claro sesgo absolutista, a saber: los 1795 y 1799. El primero reproduce los principios que orientan la Declaración de Derechos de 1789, pero elimina los elementos más distintivos que la caracterizan, como el reconocimiento de que “los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos”. También define la libertad en términos negativos y la igualdad en su acepción formal a fin de obstaculizar los medios para reclamar del Estado un nuevo cambio social⁶⁵. El segundo, de 1799, instaura “el cesarismo plebiscitario”. Dicho texto establecerá un régimen autoritario por el que el poder es distribuido de forma tal que es disuelto en beneficio del jefe de gobierno o presidente⁶⁶.

Solo a partir de 1848, la tradición francesa retomará los postulados que nutren la experiencia revolucionaria de 1789 (en particular la Constitución Jacobina de 1793), reconociendo explícitamente la defensa de los derechos sociales⁶⁷.

La tradición francesa define los derechos a partir de la supremacía de la función legislativa. De manera que un derecho es aquella facultad legítima que tienen los individuos para obtener de la comunidad una intervención necesaria que garantice la libertad. Es decir, la libertad se traduce en el poder del individuo para exigir la intervención del legislador.

A propósito de la eficacia de los derechos sociales, la jurisprudencia francesa distingue entre derechos que se bastan a sí mismos (y son directamente aplicables) y derechos que requieren la intervención expresa del legislador.

“más radical, más racional y filosófica, más individualista y más legalista, en el sentido de más positivista”. PEREIRA, *Lecciones...*, *op. cit.*, p. 337.

⁶⁵ De igual forma, se suprime la felicidad como fin de la sociedad, y es reemplazado el sistema de sufragio universal por uno de naturaleza censitaria que instaura un legislativo bicameral (compuesto por el Consejo de Ancianos y el Consejo de los Quinientos). Por último, la labor ejecutiva es radicada en un directorio de cinco miembros.

⁶⁶ En referencia a la CONSTITUCIÓN del año VIII (1799) y su posterior implementación neopresidencialista en diversos regímenes dictatoriales (incluidos latinoamericanos), véase Karl LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, pp. 82-88 y Gregorio PECES-BARBA MARTINEZ, *Historia de los Derechos Fundamentales*, pp. 378-379.

⁶⁷ CONSTITUTION of 1848, II République, **november 4**.

Para que un derecho sea reconocido en cuanto tal es indispensable que el legislador defina con antelación las prerrogativas que corresponden a los individuos y las obligaciones correlativas que se derivan del Estado⁶⁸. Por estas consideraciones, se sostiene que el juez carece de las competencias necesarias y suficientes para aplicar directamente los derechos sociales que consagra la Constitución⁶⁹.

1.4. LA TRADICIÓN CONSTITUCIONAL ALEMANA DE POSGUERRA

Si Europa estaba exhausta al concluir la Segunda Guerra Mundial, más lo estaba Alemania. En efecto, la posguerra le significaría no solo su división política y administrativa sino que la reconstrucción material, social y moral de su pueblo.

En ese contexto, el constitucionalismo alemán inicia un proceso de revisión que hace confluir las reglas del positivismo puro con el iusnaturalismo de los clásicos. Para ello, revisa el régimen representativo y el sistema de controles bajo el cual el *Führer* había alcanzado legalmente el poder. Asimismo, analiza la doctrina de los “derechos fundamentales”.

De esta forma, la tradición de posguerra dirime

“si los derechos fundamentales –o, mejor, los derechos del hombre– son traídos consigo por el hombre con su nacimiento a la sociedad estatal, siendo pues inviolables e inalienables dado su carácter natural, o si, por el contrario, son otorgados por la sociedad estatal en virtud del orden de la comunidad, pudiendo ser, por lo tanto, limitados y determinados en su ámbito de aplicación”⁷⁰.

La nueva ley fundamental no podía disociar la realidad del plano axiológico. Por esa razón, el principio *autoritas, non veritas facit legem* debía mutar: la verdad debía ser el fundamento de la ley. De esta manera, se reconocen la supremacía constitucional, la inviolabilidad de los derechos, la dignidad de la persona y el “derecho a resistencia”⁷¹.

⁶⁸ Lawrence GAY, “La notion de ‘droits-créances’ a l’épreuve du controle de constitutionnalité”.

⁶⁹ En referencia a cita de Rodolfo Clavero y Vigo, véase José Ignacio MARTÍNEZ ESTAY, *Jurisprudencia Constitucional Española sobre Derechos Sociales*, p. 119

⁷⁰ LOEWENSTEIN, *op. cit.*, p. 193.

⁷¹ Las constituciones de la posguerra incorporan cláusulas que proclaman su obligatoriedad respecto de todos los poderes públicos y los particulares, y consideran nociones ajenas a la tradición positivista, como la inviolabilidad de los derechos y dignidad de la persona. Respecto de la vinculación directa de los órganos públicos, sirven de ejemplos

Sin embargo, aun cuando la influencia del positivismo decreciera, muchas de sus premisas seguirían vigentes. Así, la Ley de Bonn, o Norma Fundamental, responde a un “sistema de fuentes formales” conformado por reglas, principios y valores. Sobre la base de este “sistema”, la doctrina permea el contenido *sustancial* de la Constitución a toda la realidad.

Siguiendo esta concepción normativa, la jurisprudencia reconoce el “doble carácter” de los derechos fundamentales⁷². A partir de entonces, la Norma Fundamental representa un orden axiológico que supone la existencia de derechos subjetivos, esto es, derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. Dichos derechos “rigen todos los ámbitos del ordenamiento jurídico, incluida la interpretación del Derecho Privado”. Sin embargo, su eficacia será indirecta y mediata, pues supone la intervención de un juez ordinario.

En consecuencia:

“los derechos fundamentales ya no son considerados como derechos públicos subjetivos de libertad que protegen una esfera individual determinada, sino que pasan a adquirir una dimensión objetiva valorativa que informa todo el ordenamiento jurídico”⁷³.

Esta interpretación que realiza la jurisprudencia alemana sobre la aplicación de los derechos constitucionales evoluciona hacia la eficacia inmediata y directa de los mismos. Por esta vía el juez reconoce “derechos subjetivos de carácter privado”⁷⁴.

Si la Constitución es el reflejo de la realidad y la norma fundamental un mandato objetivo, los derechos fundamentales son 

el artículo 1.3 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949, y 9.1 y 53.1 de la Constitución española de 1978. MARTÍNEZ, *op cit.*, p. 123

⁷² “La función primordial de los Derechos Fundamentales es, sin duda, la de proteger la esfera de libertad del individuo contra las intromisiones del poder público. Ello es consecuencia de la evolución histórica de la idea de los Derechos Fundamentales, como, asimismo, de los acontecimientos históricos, lo que se ha traducido en la incorporación de éstos en las constituciones de los distintos Estados”. *Lüth-Urteil*, 15. November 1958.

⁷³ “Así, los derechos fundamentales ya no se quedan en la norma constitucional misma y garantizando a una posición jurídica concreta, sino que, además, se cuelan en todo el sistema jurídico, principalmente a través de los entresijos axiológicos que proclaman las propias normas”. Juan Carlos Ferrada Bórquez advierte, con razón, sobre el riesgo que existe al interpretar en términos omnicomprendivos la doctrina del efecto de irradiación, transformando el contenido de derechos fundamentales a un estado “vaporoso e impreciso” que sobredimensiona su operatividad. Dicho riesgo fomenta el proceso de desconstitucionalización de los derechos. Juan Carlos FERRADA BÓRQUEZ, “Los derechos fundamentales y el Control Constitucional”, pp. 113-137.

⁷⁴ MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 77.

“indicaciones para intervenciones en el conjunto del ordenamiento jurídico: como ‘norma de principios’, como ‘decisión valorativa vinculante’, o como decisión fundamental válida para todas las esferas del derecho”⁷⁵.

Este razonamiento plantea un problema respecto de la aplicación de los derechos sociales. En efecto, mientras un derecho clásico podía ser exigido de manera directa e inmediata, un derecho social de prestación no. Así, la eficacia de un derecho depende de su contenido, esto es, si es un derecho clásico, si es un derecho social con contenido clásico, o si se trata de un derecho social de prestación⁷⁶.

1.5. LA IRRUPCIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES COMO TRADICIÓN CONSTITUCIONAL

Los derechos sociales irrumpen en la tradición constitucional para cuestionar la legitimidad del individualismo liberal. De esta forma, se afirma que no solo es necesario el reconocimiento de los derechos y libertades individuales sino que, además, se debe garantizar un mayor grado de justicia material.

Este planteamiento doctrinal tiene dos fundamentos: el deber de asistencia como imperativo del accionar del Estado y la crítica al formalismo jurídico. Así, los derechos sociales postulan el interés individual desde una perspectiva colectivista: “de cada cual de acuerdo a sus capacidades, a cada cual de acuerdo a sus necesidades”⁷⁷.

En este contexto la Constitución francesa de 1848 dispone un modelo dirigente. Ya no bastan los límites y derechos de libertad, también es necesario prescribir un conjunto de deberes que determinen el accionar del Estado en cuestiones sociales. Así, dispone un régimen de prestaciones destinado a proteger “a las personas, sus familias, su religión, su propiedad, su trabajo y su instrucción”⁷⁸.

⁷⁵ MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 76.

⁷⁶ Al efecto es necesario distinguir: 1) Si los derechos son clásicos, ellos pueden ser perfectamente exigibles ante un juez de manera directa e inmediata siempre y cuando no exista configuración legal. 2) Si los derechos son sociales con contenido clásico, ellos son exigibles de manera indirecta y mediata siempre y cuando no exista configuración legal. 3) Si los derechos son sociales de prestación, no es posible realizar una aplicación horizontal de los mismos, ya que, para ello, la autoridad debe intervenir de manera activa y pasiva. Por tanto, su aplicación es ineficaz. MARTÍNEZ, *op. cit.*, pp. 82-86.

⁷⁷ Fernando ATRIA, “Existen Derechos Sociales”, pp. 9-46, p. 2.

⁷⁸ En este contexto el artículo 13 garantiza, entre otras, la libertad de trabajo e industria, y el derecho a una enseñanza primaria gratuita y al desarrollo de una educación profesional.

Tomando como referencia la Constitución francesa, en 1917 es promulgada la Constitución mexicana del estado de Querétaro⁷⁹, y en 1919 la alemana de Weimar.

La Constitución de Querétaro considera un conjunto de prestaciones en materia educacional⁸⁰, laboral⁸¹, de salud pública⁸² y en otras relativas a la propiedad de las tierras, aguas y bienes del subsuelo⁸³. Por su parte, la de Weimar contiene una sección especial relativa a la vida social que, junto con dejar en manos del Estado la propiedad de servicios considerados básicos (como ferrocarriles, teléfonos, telégrafos y buques mercantes), prescribe el derecho a prestaciones compensatorias de familias numerosas, la protección de la maternidad⁸⁴, la protección de la juventud contra la explotación y el abandono moral, espiritual y físico⁸⁵ y el derecho a la educación⁸⁶.

En esa misma dirección viajarán las constituciones de Chile en 1925, de España en 1931⁸⁷, y de Irlanda en 1937⁸⁸.

⁷⁹ La Constitución mexicana de Querétaro es producto del conflicto revolucionario que se plantea entre los caudillos de Carranza, su artífice, y los de Villa y Zapata. Alicia HERNÁNDEZ CHÁVEZ (dir.) y Sandra KUNTZ FICKER (coord.); *México. La apertura al mundo*, tomo 3: 1880-1930, pp. 80-90.

⁸⁰ CONSTITUCIÓN MEXICANA DE QUERÉTARO, artículo 3°.

⁸¹ *Op. cit.*, artículo 123.

⁸² *Op. cit.*, artículo 73.

⁸³ *Op. cit.*, artículo 27.

⁸⁴ CONSTITUCIÓN ALEMANA DE WEIMAR, artículo 119.

⁸⁵ *Op. cit.*, artículo 122.

⁸⁶ *Op. cit.*, artículo 120. Por su parte, la sección IV establece la organización del sistema público de enseñanza y algunas reglas sobre la formación del personal docente, el régimen de inspección, el plan orgánico de enseñanza, el régimen privado de educación y la libertad religiosa dentro del plan de instrucción.

⁸⁷ La Constitución española de 1931 define el Estado social y democrático como "República democrática de trabajadores" (artículo 1), reconociendo una serie de derechos sociales en materia de trabajo, seguridad social, educación y salud. En concreto, el capítulo II del título III establece el deber de protección del Estado a la familia y a la igualdad de sexos; el deber de los padres de alimentar, asistir e instruir a los hijos; la igualdad entre los hijos concebidos fuera y dentro del matrimonio; el deber de asistencia de los enfermos y ancianos; y la protección de la maternidad, la infancia y el trabajo de los hombres, mujeres y jóvenes. Asimismo, especifica las materias sociales que serán objeto de regulación, como casos de enfermedad, accidente, paro forzoso, vejez, invalidez y muerte, entre otros (arts. 43-50). Por último, subordinaba la riqueza a los intereses de la economía nacional, los servicios públicos al interés común, y la propiedad a la utilidad social.

⁸⁸ La Constitución de Irlanda de 1937 prescribe el deber del Estado de promover el bienestar de todo el pueblo (artículo 45.1). Sin embargo, en materia de derechos sociales el texto sólo reconoce el derecho a la educación y la libertad de elección entre un sistema educativo público y uno privado (artículo 42); garantizando la gratuidad de la enseñanza primaria y el papel subsidiario del Estado en caso de carencia de los padres y ausencia de

A partir de la segunda mitad del siglo XX el lenguaje de los derechos sociales se hace extensivo a muchas otras constituciones y a diversos tratados de Derecho Internacional.

1.6. LA TRADICIÓN CONSTITUCIONAL DE LA UNIÓN EUROPEA

Con miras a lograr un mayor grado de integración económica y financiera, en forma coetánea a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, se gesta la tradición constitucional de la Unión Europea.

Tal como lo expresara Robert Schuman en 1950, para salvaguardar la “paz mundial” eran necesarios .

“esfuerzos creadores equiparables a los peligros que la amenazan”. “Europa no se hará de una vez ni en una obra de conjunto: se hará gracias a las realizaciones concretas, que creen en primer lugar una solidaridad de hecho”⁸⁹.

La propuesta del entonces ministro de Relaciones Exteriores francés invitaba al gobierno de Alemania Federal para crear una “potente unidad de producción” (del carbón y del acero) al alero de una “Alta Autoridad” común abierta a los demás países de Europa⁹⁰.

En 1951 Alemania, Bélgica, Francia, Italia, Luxemburgo y los Países Bajos firmaron el tratado que institucionaliza la CECA⁹¹. Cinco años más tarde, los ministros de Asuntos Exteriores se reunieron para explorar si era pertinente extender dicha unión a otras áreas de la economía, entre ellas, la energética⁹².

El 25 de marzo de 1957 se firmaron en Roma tres tratados: el “Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea” (CEE), el “Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica” (CEEA o EURATOM), y el “Tratado Relativo a las Instituciones Comunes a las Comunidades Europeas”.

la iniciativa privada. Solo por vía judicial se han reconocido los derechos a huelga, a la subsistencia vital (o derecho a ganarse la vida), y el derecho a la protección de la salud. MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 37.

⁸⁹ “Declaración Schuman”, 9 de mayo de 1950, en Antonio-Carlos PEREIRA MENAUT, *Código Constitucional de la Unión Europea*, pp. 173-176.

⁹⁰ *Op. cit.*, pp. 173-174.

⁹¹ El 1 de enero de 1973 ingresan Dinamarca, Irlanda y el Reino Unido. En 1981 se incorpora Grecia y, cinco años más tarde, España y Portugal. En 1995 Austria, Finlandia y Suecia, y entre los años 2004 y 2007 ingresan otros doce países: Bulgaria, Chipre, República Checa, Croacia, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Letonia, Lituania, Malta y Rumania. Actualmente, la Unión está compuesta por veintiocho naciones.

⁹² La reunión tiene como fruto el Informe Spaak, germen del mercado común europeo. El informe es aceptado por los Estados miembros en mayo de 1956, en Viena.

Mediante este último acuerdo se instituyen la Asamblea o Parlamento Europeo, el Tribunal de Justicia Europeo y el Comité Económico y Social, así como el Consejo y la Comisión⁹³. En 1965, en Bruselas, estas instituciones se transforman en la “Comunidad Económica Europea” o “Comunidad Europea”.

En 1979, se celebran las primeras elecciones parlamentarias por sufragio universal, hecho que supone “un cambio radical, cualitativo, en el órgano asambleario europeo”⁹⁴.

Entre 1984 y 1994 se aprueban por el Parlamento Europeo dos proyectos de Constitución, ninguno de los cuales vio la luz.

El Proyecto de Tratado sobre la Unión Europea de 1984 (*Proyecto Spinelli*) reconocía formalmente en su artículo primero a la Unión Europea. Además, disponía la creación de nuevas instituciones y delegaba en ellas competencias específicas. Entre estas instituciones estaban el Consejo de la Unión, la Comisión Europea, el Tribunal de Justicia y el Consejo Europeo. En materia de derechos, el proyecto reconocía en forma diferenciada “los derechos y libertades fundamentales, tal como derivan de los principios comunes de las constituciones de los Estados miembros” y los “derechos económicos, sociales y culturales que derivan de las constituciones”.

Respecto de los primeros, la Unión los reconoce sin más, en tanto que respecto de los segundos el proyecto solo se compromete a mantenerlos y a desarrollarlos “dentro de los límites de sus competencias”⁹⁵.

El siguiente proyecto de Constitución, el Proyecto Herman de 1994, tampoco fructifica⁹⁶.

Entre tanto, en 1986 se adopta el “Acta Única Europea” cuyo objetivo fue el desarrollo de un programa destinado a eliminar trabas a la libre circulación de mercancías dentro de las fronteras. El Acta culmina con el reconocimiento de las “cuatro libertades de circulación del mercado único”: mercancías, servicios, personas y capitales⁹⁷. En 1989, el Consejo de Europa adopta la “Carta comunitaria de derechos sociales”, documento que no sería aprobado por el Reino Unido. El texto prescribe los princi-

⁹³ Yolanda GÓMEZ SÁNCHEZ, *Constitucionalismo multinivel. Derechos fundamentales*, p. 81

⁹⁴ PEREIRA, *Código...*, *op. cit.*, p. 39.

⁹⁵ Artículos 4.1. y 4.2. del Proyecto Spinelli.

⁹⁶ “Proyecto de Constitución de la Unión Europea” (Proyecto Herman), PEREIRA; *Código...*, *op. cit.*, pp. 235-264.

⁹⁷ ACTA ÚNICA EUROPEA, en *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, N° L 169/1, adoptada el 1 de enero de 1987. Por su intermedio se compromete a la defensa de los derechos y libertades a través del reconocimiento en las constituciones de los Estados miembros, en el Convenio de Roma y en la Carta Social Europea.

pios que afectan la libre circulación de los trabajadores, el empleo y las remuneraciones, la libertad de asociación y de negociación colectiva, el desarrollo profesional y la igualdad de género en materia laboral, normas sobre seguridad en el trabajo y de protección de los menores, ancianos y personas con discapacidad.

Los fundamentos y objetivos de la Carta son retomados en el Tratado de Ámsterdam, que incluye las disposiciones sociales del protocolo social de Maastricht⁹⁸.

El 7 de diciembre de 2000 el Parlamento Europeo, la Comisión de la Unión y la Comisión Europea aprueban la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁹⁹, texto que forma parte del Tratado de Lisboa¹⁰⁰.

Dadas las reticencias para la aprobación de una constitución, el 14 de febrero de 2001 es suscrito el Tratado de Niza. El acuerdo establece un procedimiento para la formación de la Unión Europea¹⁰¹. Dicho acuerdo se cristaliza con la Declaración de Leaken¹⁰².

Hasta ese entonces los tratados existentes en la Unión hacen suyos 

“los derechos y libertades inherentes a los fines iniciales de las Comunidades, aunque (*con el tiempo*) incorporan el Imperio del Derecho, a través del Tribunal de Justicia”¹⁰³.

Por esta razón, la ausencia de una constitución se suple con los principios de libre circulación y no discriminación. Por otra parte, la jurisprudencia del tribunal de justicia y de algunos tribunales constitucionales consolidan los derechos y libertades en el plano comunitario¹⁰⁴.

⁹⁸ Paloma DURÁN Y LALAGUNA, “Las referencias onusianas para la definición europea de derechos sociales”, pp. 29-48.

⁹⁹ CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA.

¹⁰⁰ EL TRATADO DE LISBOA, firmado el 13 de diciembre de 2007, es fruto de negociaciones entre los Estados miembros, la Comisión y el Parlamento reunidos en una conferencia intergubernamental. Por intermedio de este tratado se incorporan dos cláusulas sustantivas que modifican el TUE y el tratado constitutivo, que pasa a denominarse Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión. Por este último tratado la Unión adquiere personalidad jurídica.

¹⁰¹ TRATADO DE NIZA, declaración anexa (N° 3).

¹⁰² Al respecto, la “Declaración de Leaken” formula las siguientes cuestiones sobre el futuro de la Unión Europea: a) “si la Carta de Derechos Fundamentales debe integrarse en el tratado básico” y b) si es necesaria “la adhesión de la Comunidad Europea al Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos”. PEREIRA, *Código...*, *op cit.*, pp. 235-264.

¹⁰³ GÓMEZ, *op cit.*, p. 93

¹⁰⁴ Véase *Stauder*, de 2 de noviembre de 1969 e *Internationale Handelsgesellschaft*, del TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÁN, sentencias, 17 de diciembre de 1970. Por su parte,

La tradición constitucional de la Unión Europea responde a un modelo multinivel que reconoce diversas fuentes de producción¹⁰⁵. Por una parte, existe un ámbito interno que es conformado por las constituciones de cada Estado, los respectivos ordenamientos jurídicos y las sentencias dictadas en materia de derechos y libertades. Por otra, hay un marco externo compuesto por el Derecho de la Unión, las cartas de derechos fundamentales, la jurisprudencia del tribunal de justicia y la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tratados de derechos humanos¹⁰⁶.

En este contexto jurídico, la aplicación y eficacia de los derechos sociales depende de las competencias de cada estado miembro.

II. Problemas que plantea el reconocimiento de los derechos sociales como derechos constitucionales

1.1. La tradición constitucional clásica, junto a la de Alemania de posguerra y de la Unión Europea, reconocen y configuran límites a diferentes esferas del poder con el fin de garantizar los derechos y libertades. Así, las constituciones de Inglaterra y Francia reconocen el principio de separación de poderes, y la estadounidense establece un sistema de controles y balanceos en un plano funcional y territorial. Con igual objetivo, la Ley de Bonn contempla un conjunto de valores que se propagan en la realidad, como los de libertad, igualdad y dignidad humana. En fin, la tradición de la Unión Europea dispone un sistema de control escalonado y multinivel que respeta las autonomías estatales en función del reconocimiento de las libertades básicas.

La tradición de los derechos sociales no considera esos límites ni contempla controles especiales. Su objetivo es asegurar la igualdad material.

véase la *Sentencia Frontini*, de 27 de diciembre de 1973, del TC italiano, y *BVerfG, Solange I*, de 29 de mayo de 1974, del TC Federal.

¹⁰⁵ La tradición constitucional de la Unión Europea responde a un modelo de arquitectura de multinivel que “incluye en cierto modo el de sus estados miembros porque no se trata de compartimentos estancos, no consiste en añadir un nivel de constitucionalidad nuevo... como un nuevo piso añadido a un edificio pero completamente incomunicado”. Se trata de un constitucionalismo multinivel que integra los planos sub-estatal, estatal y supraestatal “en el que ninguna de las comunidades políticas tiene todas las competencias (...), ninguna es soberana excepto en el sentido de soberanía originaria”. PEREIRA, *Código...*, *op. cit.*, pp. 61-62.

¹⁰⁶ GÓMEZ, *op. cit.*

- 1.2. La tradición constitucional clásica trae aparejado un quiebre profundo y definitivo con el Antiguo Régimen: la Filosofía liberal remueve las bases del absolutismo a través del principio de separación de poderes y el reconocimiento de los derechos y libertades individuales.

La tradición de los derechos sociales se nutre de un concepto neorrepblicano de libertad, según el cual los derechos son prescritos en defensa de los más desposeídos e indigentes. Se trataría de derechos que harían posible la liberación del pueblo oprimido a través de prestaciones que garantizan la igualdad material. Para ese propósito, la tradición de los derechos sociales requiere un mayor grado de centralización y fortalecimiento del poder.

- 1.3. La estructura de los derechos clásicos se construye sobre la base del concepto de libertad negativa, esto es, a partir de obligaciones de no hacer, de no obstaculizar, de no interferir.

De esta forma, los derechos clásicos se refieren a ámbitos en los que al Estado le está vedada cualquier posibilidad de injerencia. Por esta razón, poseen un carácter absoluto, autónomo, que se deduce de la naturaleza propia de las cosas (y no de la prudencia política).

La estructura de los derechos sociales no responde a posiciones jurídicas definitivas, sino a normas o criterios de optimización que exigen la realización de algo conforme a condicionantes fácticas y normativas. Los derechos sociales son, en este sentido, mandatos de optimización que ordenan el cumplimiento de tareas o programas, la regulación de procedimientos y organizaciones, o el resguardo de realidades institucionales entendidas como esenciales; todas las cuales difícilmente pueden ser objeto de un control jurídico definitivo. De ahí su estructura *prima facie*.

- 1.4. Los derechos clásicos son normas autónomas, preexistentes al Estado.

Los derechos sociales se encuentran ligados a la actividad del Estado, por lo que su contenido específico no les confiere mayor eficacia que la que se deriva de su consideración como garantías institucionales. De manera que los derechos sociales tienen un alcance limitado por el grado de dependencia que existe entre su concreción y los medios que posee el Estado: si los recursos son escasos y las necesidades ilimitadas, no todos los derechos sociales pueden ser satisfechos.

- 1.5. Los derechos clásicos gozan de una eficacia directa e inmediata desde el momento en que cualquier individuo puede reclamar su aplicabilidad ante cualquier tribunal de justicia.

Los derechos sociales gozan de una eficacia relativa. Si se trata de derechos sociales de fuerte contenido clásico y poseen configuración legal, pueden ser exigidos directamente por particulares. Si se trata de derechos sociales de contenido clásico sin configuración legal o si son derechos sociales de prestación, su eficacia es indirecta y mediata, pues su aplicación depende tanto de la intervención del legislador como de la del juez.

- 1.6. Los derechos clásicos son normas justiciables cuyo cumplimiento puede ser íntegramente exigido ante un juez.

Los derechos sociales de prestación que adolecen de una debida configuración legal no son normas justiciables, pues su contenido es difuso y su aplicación ambigua. En este sentido, son meras declaraciones de intención relativas a metas o programas de acción.

Se ha sostenido que los derechos sociales serían exigibles ante un juez cuando el legislador no cumple o cumple sin satisfacción, con su deber de dictar preceptos destinados a ejecutar las disposiciones constitucionales. Así, la supremacía de la Constitución y su naturaleza normativa supondrían la eficacia directa e inmediata de los derechos sociales. Empero, esta afirmación supone un cambio de paradigma por el cual se transgrede la separación de poderes.

- 1.7. El reconocimiento de los derechos civiles y políticos es determinante no solo para establecer controles y límites a la actividad estatal sino para legitimar su actuar.

Los derechos sociales se configuran a partir de la propia actividad normativa del Estado. Bajo esta premisa, estos no garantizan necesariamente los derechos y libertades, ni disponen límites objetivos sobre la actividad del Estado.

Bibliografía

ATRIA, Fernando, "Existen Derechos Sociales", en Claudio ARI MELLO (coord.), *Os Desafios dos Direitos Sociais* Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2005. Disponible en www.cervantesvirtual.com/obra/existen-derechos-sociales-0 [fecha de consulta: 24 de septiembre de 2013].

BODIN, Jean, *Les six livres de la République*, Aalen, Scientia Verlag, 1961.

- COTTERET, Jean-Marie, *Le Pouvoir Législatif en France*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Pichon et Durand-Auzias, 1962.
- CRUNDEN, Robert M., *Introducción a la historia de la cultura norteamericana*, traducción Clara Ronderos, Bogotá, Ancora, 1994.
- DIPPEL, Horst, *Constitucionalismos Moderno*, Madrid, Marcial Pons, 2009.
- DURÁN Y LALAGUNA, Paloma, “Las referencias onusianas para la definición europea de derechos sociales”, en *Persona y Derecho*, vol. 66, **Navarra**, 2012.
- FAZIO, Mariano, *Historia de las ideas contemporáneas. Una lectura del proceso de secularización*, 4ª ed., Madrid, RIALP, 2015.
- FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos, “Los derechos fundamentales y el Control Constitucional”, en *Revista de Derecho*, vol. xvii, Valdivia, diciembre 2004.
- FIORAVANTI, Mauricio, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, Madrid, Editorial Trotta, 2007.
- GAY, Lawrence; “La notion de ‘droits-créances’ a l’épreuve du controle de constitutionnalité”, in *Cahiers du Conseil constitutionnel*, N° 16 (Prix de these 2002), Paris, juin 2004.
- GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda, *Constitucionalismo multinivel. Derechos fundamentales*, Madrid, Editorial Sanz y Torres 2011.
- HERNÁNDEZ CHÁVEZ, Alicia (dir.) y Sandra KUNTZ FICKER (coord.), *México. La apertura al mundo*, Madrid, Taurus, Fundación Mapfre-Santillana Ediciones Generales, 2012, tomo 3: 1880-1930.
- KRIELE, Martin, *Introducción a la Teoría del Estado*, Buenos Aires, Depalma, 1980.
- LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, 4ª reimpresión, Barcelona, Ariel Derecho, 1986.
- MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio, *Jurisprudencia Constitucional Española sobre Derechos Sociales*, Barcelona, Cedecs, 2007.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Historia de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2001, tomo II, vol. III: El Derecho positivo y los derechos humanos
- PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos, *Código Constitucional de la Unión Europea*, Santiago de Compostela, Andavira Editora, 2011.
- PEREIRA MENAUT, Antonio Carlos, *El ejemplo constitucional de Inglaterra*, Madrid, Universidad Complutense, 1992.
- PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos, *El constitucionalismo de los Estados Unidos. La magna carta norteamericana vista desde la española*, Santiago de Compostela, Andavira, 2012.
- PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos, *Lecciones de teoría constitucional*, Madrid, Colex, 2010.
- PUELLES BENÍTEZ, Manuel, *Política, legislación y educación*, Madrid, UNED, 2012.
- RAWLS, John, *Lecciones sobre la historia de la filosofía política*, Barcelona, Paidós, 2009.
- ROOSEVELT, Franklin D., *State of the Union Message to Congress*, disponible en www.fdrlibrary.marist.edu/archives/address_text.html [fecha de consulta: 25 de octubre de 2017].

- SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza Universitaria Textos, 1992.
- SUNSTEIN, Cass R., *The second Bill of Rights: FDR's Unfinished Revolution-And Why We Need It More Than Ever*, **New York**, Basic books, 2004.
- TOCQUEVILLE, Alexis de, *El antiguo Régimen y la Revolución*, 12ª reimpresión México D.F., Fondo de Cultura Económica, 2006.
- TOCQUEVILLE, Alexis de, *La democracia en América*, 12ª reimpresión, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 2002.
- WOLFGANG SARLET, Ingo; "Los derechos sociales en el constitucionalismo contemporáneo. Algunos problemas y desafíos", en Miguel Ángel PRESNO LINERA, Ingo Wolfgang SARLET (eds.), *Los Derechos Sociales como Instrumentos de Emancipación*, Pamplona, Aranzadi, Thomson Reuters, 2010.

CARTAS Y DOCUMENTOS

- ACTA ÚNICA EUROPEA, *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, N° L 169/1, adoptada el 1 de enero de 1987 disponible en: <http://iuee.eu/pdf-dosier/20/t1QKXvhboUvFSpOSnDtj.pdf>. [fecha de consulta: 25 de octubre de 2017].
- CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA, disponible en www.europar.europa.eu/pdf/text_es.pdf [fecha de consulta: 25 de octubre de 2017].
- CONSTITUCIÓN FRANCESA de 24 de junio de 1793, disponible en <http://utionnel/francais/la-constitution/les-constitutios-de-la-france/constitution-du-24-juin-1793.5084.html> [fecha de consulta: 1 de octubre de 2013].
- CONSTITUCIÓN ALEMANA DE LA REPÚBLICA DE WEIMAR de 1919.
- CONSTITUCIÓN DE IRLANDA de 1937.
- CONSTITUCIÓN DE ESPAÑA de 1931.
- CONSTITUCIÓN MEXICANA DE QUERÉTARO.
- CONSTITUCIÓN DE 1848, II République, 4 noviembre. Disponible en www.conseil-constitutionnel.fr [fecha de consulta: 5 de octubre de 2013].
- DECLARACIÓN DE INDEPENDENCIA DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, disponible en http://es.wikipedia.org/wiki/Declaraci%C3%B3n_de_Independencia_de_los_Estados_Unidos [fecha de consulta: 4 de noviembre de 2013].
- DECLARACIÓN ANEXA AL TRATADO DE NIZA, disponible en http://eur-lex.europa.eu/lex/lex.cfm?uri=eurlex_2001_080ES_0071 [fecha de consulta: 5 de octubre de 2013].

FALLOS

- BVERFG, *Lüth-Urteil*, de 15 de enero de 1958.
- BVERFG, *Solange I*, de 29 de mayo de 1974.
- BVERFG, *Internationale Handelsgesellschaft*, de 17 de diciembre de 1970
- BVERFG, *tauder*, de 2 de noviembre de 1969.
- CORTE CONSTITUCIONAL (Italia), *Sentencia Frontini*, de 27 de diciembre de 1973.

IL DOGMATISMO
DELL'AUTODETERMINAZIONE
"GIURIDICA" CONTEMPORANEA
IL DIRITTO DI AUTODETERMINAZIONE
QUALE PROBLEMA GIUS-FILOSOFICO

THE DOGMATISM OF THE CONTEMPORARY
"LEGAL" SELF-DETERMINATION.
THE RIGHT OF SELF-DETERMINATION
AS A JURIDICAL AND PHILOSOPHICAL ISSUE

*

*Rudi Di Marco**

Riassunto

Il articolo tratta una questione giuridica delicata e controversa, prepotentemente impostasi all'attenzione dei giuristi e diventata oggetto della giurisprudenza delle Corti costituzionali e della CEDU.

L'autodeterminazione del soggetto è presupposto del diritto ma è anche presupposto della rivendicazione della sovranità soggettiva che, a sua volta, sta alla base dei "nuovi diritti" (eutanasia, omicidio del consenziente, disponibilità del proprio corpo per finalità di comodo e via dicendo).

Le riflessioni proposte fanno emergere la contraddizione intrinseca alla teoria del moderno diritto di autodeterminazione: esso, infatti, presentato come diritto dell'individuo e dommaticamente difeso come prerogativa di libertà negativa, si sostanzia in un diritto umano, cioè in un diritto civile, all'esercizio delle libertà legali.

Parole chiave: autodeterminazione del soggetto, "nuovi diritti".

Abstract

The essay deals with delicate and controversial juridical issue, powerfully drawn to the attention of all jurists and been subject of Constitutional Courts' and CEDU's jurisprudence.

* Doctor en Derecho por la Universidad de Padua (Italia). Artículo recibido el 15 de enero de 2018 y aceptado para su publicación el 6 de marzo de 2018. Correo electrónico: rudi.dimarco@libero.it.

The subject's self-determination is an essential condition of law, but it is also a condition of subjective sovereignty's claim representing the basis of "new rights" (euthanasia, consensual homicide...).

The reflections developed in the text reveal the contradiction inside of modern self-determination theory. This "new right", in fact, is presented as a human right and it is defended as a form of negative-freedom, but this kind of self-determination transform every individual freedom in legal freedom, id est in a form of freedom limited by positive law.

Keywords: The subject's self-determination, "new rights".

1. *Inquadramento del tema*¹

Il "diritto" all'autodeterminazione, per come viene trasversalmente inteso dalla *post*-modernità politico-giuridica, si condensa in un *μακρός*-diritto dell'individuo all'esercizio di qualunque opzione egli intenda realizzare per sé stesso e su ciò che afferisce alla sua propria sfera di signoria. Si tratta, dunque, di un diritto di e alla libertà negativa.

Tale "diritto", infatti, nella sua proteiformità, sia genetica, sia funzionale, è concepito come *ab-solutus*, cioè esso nasce come potere del soggetto di agire senza che la sua azione sia intrinsecamente normata da una regola e/o da un criterio informatore intrinseci. Ciò significa che, *ex latere subiecti*, esso è un diritto anarchico, anche se, *ex latere obiecti*, esso medesimo sottostà alla regola geografica del proprio limite operativo, ovvero sia esso incontra un *non plus ultra*, esterno ed estrinseci, rappresentato dalla identica, anche se opposta, altrui libertà-autodeterminazione.

La (*ψευδο*-)giuridicità del diritto all'autodeterminazione della *post*-modernità, insomma, dipende dal fatto in virtù del quale il concretamento dell'opzione storica che lo manifesta e invero *hic et nunc* non rechi danno agli altri individui, o, per meglio dire, non invada, senza il loro consenso la sfera del loro privato, della loro *privacy*, punto impedendone l'autodeterminazione libera.

Lo *σχῆμα* che si delinea, allora, con riguardo a questo nuovo "diritto di libertà" è rappresentato, non già dalla contrapposizione ontologica tra *ius*

¹ Il articolo propone, riveduto e ampliato, il testo di una relazione tenuta dall'Autore di esso, su invito del *Comité de Evaluación*, presso la *Pontificia Universidad Católica Argentina* nel settembre del 2017, in occasione delle XX Jornadas abiertas de profundización y discusión sobre el tema Verdad, causalidad y dialéctica del Derecho. L'iniziativa è stata organizzata dal Doctorado en Ciencias Jurídicas-Seminario de Filosofía del Derecho, in collaborazione con il Centro de estudios italo-argentino de Dialéctica, Metodología y Filosofía del Derecho, sotto la direzione dei professori Felix A. Lamas (Buenos Aires), Mauro Ronco (Padova) e Franco Todescan (Padova), Danilo Castellano (Udine).

e *iniuria* e nemmeno, immediatamente, dalla contrapposizione formale-positiva tra legale e illegale, quanto piuttosto esso è rappresentato dalla contrapposizione concettuale tra libertà e regola, o, per meglio dire, tra potere-libero e limite normativo-esterno all'esercizio di esso. Tutto ciò, evidentemente, presuppone una prospettiva ideologica, secondo la quale politica e diritto, cioè potere politico e norma giuridica –per riprendere le parole di Hannah Arendt– altro non sono se non un “male necessario per la sopravvivenza della comunità”², un male, dunque, rappresentato dalla limitazione della libertà soggettivo-negativa, inevitabile ai fini della “pacifica” convivenza degli individui, gli uni accanto agli altri³.

La prospettiva di riferimento di questo “diritto” all'autodeterminazione, allora, sarebbe –sotto un certo profilo– sia quella del binomio *liberty-property* che si riscontra nell'impostazione lockiana⁴; sia quella del binomio felicità-libertà che caratterizza il sistema kantiano secondo il quale, da un lato “ognuno può ricercare la sua felicità per la via che a lui sembra buona”⁵ e dall'altro, la condotta umana è da ritenersi “conforme al diritto quando, per mezzo di essa [...] la libertà dell'arbitrio di ognuno può coesistere con la libertà di ogni altro”⁶.

Ciò significa, invero, che il soggetto, nell'esercizio del suo potere-diritto di autodeterminarsi, godrebbe la facoltà di disporre dei propri beni, della propria libertà e della propria vita –quindi, anche del proprio corpo, delle proprie opzioni familiari⁷ *et coetera*– in modo assolutamente libero,

² Hannah ARENDT, *Che cos'è la politica?*, p. 23.

³ *Contra* la concezione aristotelica della comunità politica (κοινωνία πολιτική). Cfr. in particolare, ARISTÓTELES, *Politica*, III, 4, 1277 b.

⁴ John Locke, invero, fa coincidere la libertà del soggetto con l'esercizio della proprietà legale, vale a dire con l'esercizio del “diritto” di proprietà garantita dalla legge e dalla legge riservata al *dominus* di riferimento, infatti “la ragione per cui gli uomini entrano in società è la conservazione della loro proprietà e il fine in vista del quale essi [...] conferiscono autorità al legislativo è che possano essere emanate leggi [...] per la custodia e la difesa della proprietà di tutti i membri”. JOHN LOCKE, *Secondo trattato sul governo*, p. 363. Per una disamina del pensiero lockiano, con particolare riguardo alle questioni politico-giuridiche, si fa rinvio a Juan Fernando SEGOVIA, *La ley natural en la teleraña de la razon. Etica, derecho y politica en John Locke*.

⁵ Immanuel KANT, “Sopra il detto comune “questo può essere giusto in teoria ma non vale per la pratica”, p. 255.

⁶ Immanuel KANT, *Stato di diritto e società civile*, p. 217.

⁷ In termini paradigmatici può farsi riferimento alla Giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell'Uomo con sede a Strasburgo (c.d. Corte EDU), la quale, in una nota pronunzia (29 Aprile 2002, CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO, *Pretty versus Regno unito*, Ricorso N° 2346/2002), allocando il c.d. diritto all'autodeterminazione nell'ambito concettuale dell'art. 8 CEDU, ha affermato che “comme la Cour a déjà eu l'occasion de l'observer, la notion de ‘vie privée’ est une notion large, non susceptible d'une

vale a dire affermando quella libertà negativa *πάv*-moderna che Danilo Castellano ha efficacemente descritto come libertà esercitata con il solo criterio della volontà, *id est* senza alcun criterio⁸. Si tratta, infatti, di una libertà-autodeterminazione, la quale, così come non ha e non può avere criterii intrinseci per il suo esercizio concreto, poiché l'essenza di questa dipende dal contingente movimento del volere proprio del suo autore storico, essa medesima ha e deve avere necessariamente limiti di carattere operativo per consentire il contemperamento fattuale dell'arbitrio vitalistico di ognuno, con l'arbitrio altrettanto vitalistico degli altri. Questi limiti, allora, sono punto rappresentati dai confini esterni della *property*, tracciati dalle "norme conformative" che la disciplinano positivamente.

Dall'esercizio della libertà negativa, *sub specie* di esercizio del "diritto" di autodeterminazione, allora, si realizza compiutamente lo schema lockiano-kantiano testé veduto: l'atto di autodeterminazione, infatti, viene a sostanzarsi ^a in un atto di libera, *rectius* assoluta (*ab-soluta*) disposizione della *property*; ^b in un mezzo per la ricerca della felicità soggettivamente (e solipsisticamente) intesa⁹ e da ultimo ^c in un coacervo di condotte inidonee (almeno a una superficiale lettura del problema) a ledere altri nell'esercizio delle loro identiche prerogative¹⁰.

définition exhaustive. Elle recouvre l'intégrité physique et morale de la personne [...]. Elle peut parfois englober des aspects de l'identité physique et sociale d'un individu [...]. Des éléments tels, par exemple, l'identification sexuelle, le nom, l'orientation sexuelle et la vie sexuelle relèvent de la sphère personnelle protégée par l'article 8 [...]. Cette disposition protège également le droit au développement personnel et le droit d'établir et entretenir des rapports avec d'autres êtres humains et le monde extérieur [...]. Bien qu'il n'ait été établi dans aucune affaire antérieure que l'article 8 de la Convention comporte un droit à l'autodétermination en tant que tel, la Cour considère que la notion d'autonomie personnelle [recte, dovrebbe dirsi d'autodétermination, giacché l'autodeterminazione come determinazione del volere è altro rispetto all'autonomia quale capacità di riconoscere la «propria» regola e di seguirla razionalmente (nda)] reflète un principe important qui sous-tend l'interprétation des garanties de l'article".

⁸ In un recente articolo-intervista, infatti, Danilo Castellano, alla domanda "¿Puede definir la 'libertad negativa' que Ud. considera irracional?" risponde osservando: "la 'libertad negativa' es aquélla que pretende poder ser ejercida con el solo criterio de la libertad, esto es, con ningún criterio". Bernardino MONTEJANO, "Reportaje a Danilo Castellano", p. 18.

⁹ Il riferimento più immediato, ovviamente, è al testo della Dichiarazione d'Indipendenza degli Stati Uniti d'America del 4 Luglio 1776, a mente della quale, infatti, "we hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty, and the Pursuit of Happiness".

¹⁰ Per un'analisi del problema posto dalla moderna concezione della libertà, in particolare con riferimento alla c.d. libertà di coscienza e alla c.d. libertà di religione, si fa rinvio a Julio ALVEAR TELLEZ, *La libertad moderna de conciencia y de religión. El problema de su fundamento*.

2. L'autodeterminazione dell'esse e l'autodeterminazione del velle

Quando si fa riferimento all'autodeterminazione in quanto tale, indubbiamente ci si riferisce a un movimento della volontà, a una determinazione, cioè, del volere. Di talché, sotto questo profilo, ogni autodeterminazione, ogni forma di autodeterminazione è un'autodeterminazione del *velle*.

Ne discende che la capacità di autodeterminazione dipende dalla capacità di volere, ovverosia dalla capacità del soggetto di esprimere una volontà consapevole e cosciente, di essere –diremo– *compos sui et suorum*. Il bambino, per fare un esempio, come anche il *mentecaptus* e il *demens*, non essendo capaci di intendere e di volere, per immaturità dell'intelletto nel caso del bambino, o per patologia della mente negli altri due casi citati, non posso autodeterminarsi, non possono, cioè, autodeterminare alcuna volontà. Le eventuali manifestazioni o esternazioni che da loro provenissero, infatti, non sono loro imputabili sul piano giuridico¹¹ e morale, dipendendo da una volontà viziata, da una falsa volontà, da un'incontrollabile propulsione intima dettata dall'immaturità o dalla patologia psichica.

Nondimeno, l'autodeterminazione del *velle* può anche essere intesa come autodeterminazione del mero volere, del volere-assoluto, del volere cioè, esercitato con il solo criterio della volontà, del volere heideggerianamente autentico¹² che si afferma come *velle vultum*. In questo caso l'atto di autodeterminazione è dato da un movimento della volontà che è in un tempo causa e fine di sé stesso; esso invero, dunque, l'esercizio della già citata libertà negativa. Sotto questo profilo, allora, nello spettro dell'autodeterminazione può rientrare qualunque condotta effettivamente voluta per sé dal suo autore e a lui direttamente imputabile/attribuibile sul piano della responsabilità: sia la condotta giuridica, sia quella antiggiuridica; sia la condotta morale e razionale, sia quella immorale e irrazionale;

¹¹ Si faccia riferimento, a titolo d'esempio, alla disciplina penalistica dell'imputabilità *sub* art. 85 c.p. italiano, i quale punto prescrive che "nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come reato, se, al momento in cui lo ha commesso non era imputabile. È imputabile chi ha la capacità d'intendere e di volere".

¹² Come è noto Martín Heidegger scrive che "l'esserci per essenza è via la propria possibilità [onde (nda)] questo ente può nel suo essere «scegliere» sé stesso, conquistarsi, perdersi, o conquistarsi solo «in apparenza». Esso può essersi perso o non ancora conquistato, solo in quanto è per sua essenza possibilità di essere autentico, cioè a sé proprio". Martín HEIDEGGER, *Essere e tempo*, p. 69. Nel merito è stato opportunamente osservato che per Martín Heidegger "essere autentico significa essere autentico nel mondo, accettare le cose nel mondo come meramente fattuali e il proprio essere come meramente fattuale [...] siamo, in ultima analisi, di fronte alla mera fatticità o contingenza". Leo STRAUSS, "Introduzione all'esistenzialismo di Heidegger", p. 12.

sia, da ultimo, la condotta propriamente umana, sia quella propriamente disumana.

Viceversa l'autodeterminazione che abbiamo chiamata dell'*esse*, cioè dell'*esse personae*, pur compendiandosi necessariamente in una forma di autodeterminazione del volere, si caratterizza per il fatto di non assurgere il volere medesimo a criterio della stessa volizione; essa, cioè, rappresenta una forma di autodeterminazione –diremo– della volontà qualificata e dunque regolata dalla natura, dall'essere-in-sé del soggetto che vuole e che volendo si autodetermina per quello che egli è e deve essere *ut natura*. L'autodeterminazione dell'*esse*, allora –semplificando i termini della questione– si struttura in una forma di autodeterminazione della volontà razionale, della volontà guidata e orientata sul piano oggettivo dalla razionalità, *id est* dalla ragione che è propria dell'uomo e della sua natura di persona... boezianamente intesa¹³. Si potrebbe anche parlare, in questo caso, di autodeterminazione del *velle secundum esse*, in quanto il movimento della volontà che necessariamente inverte l'atto di autodeterminazione e che, altrettanto necessariamente, ne è causa prima, è regolato dall'essere-in-sé e quindi dall'essenza del soggetto che vuole e che, volendo, egli vuole ciò che è proprio della sua natura volere, ciò che lo compie nell'ordine del suo fine, ciò che, allora, ne esprime compiutamente la dimensione ontologico-teleologica.

3. *Persona, soggetto, libertà soggettiva e diritto soggettivo nell'orizzonte dell'autodeterminazione, tra "positivismo forte" e "positivismo debole"*

Le domande preliminari alle quali occorre rispondere, per entrare *in medias res*, sono (almeno) due: quale persona? E quale diritto? Occorre preliminarmente intendersi, cioè, su quale sia il "modello" di persona-soggetto cui ci si deve riferire e su quale sia il παράδειγμα giuridico che si deve declinare in relazione a esso.

Ebbene, riducendo a un'estrema sintesi i termini del discorso, possiamo individuare tre "protocolli" di riferimento.

Il primo è quello mounieriano della persona-auto-progettantesi, della persona, cioè, che pretende di far-si e di costituir-si in funzione della

¹³ Ricordiamo la nota definizione di persona data da Severino Boezio, secondo la quale "persona est naturae rationalis individua substantia". Severino BOEZIO, *Liber contra Eutichen et Nestorium (De persona et duabus naturis)*, c. 4, 1343.

propria contingente volontà di far-si e di costituir-si *hic et nunc*¹⁴ come modulo¹⁵ a sé, come modulo, cioè, di volta in volta dipendente dalla volontà dell'individuo che si auto-compone secondo il proprio desiderio attuale. Questo, allora, è il παράδειγμα della *post-modernità* debole, del positivismo "inclusente"¹⁶ –diremo, per mutuare una felice immagine di Danilo Castellano– il quale concettualmente dipende dal personalismo moderno e storicamente si attua (*rectius*, cerca di attuarsi), all'interno degli Stati, attraverso le strutture proprie del costituzionalismo liberal-democratico e a livello internazionalistico attraverso l'ideologia dei cc.dd. diritti umani¹⁷ contenuti nelle varie Carte e Dichiarazioni.

Il secondo "protocollo" è quello rousseauiano della persona-cittadino che dipende *in toto* dallo Stato e che esiste, come unità frazionaria, in

¹⁴ È nota la tesi di Mounier, secondo la quale "la persona è un'attività [anziché un ente in sé (nda)] vissuta come autocreazione, comunicazione e adesione che si coglie e si conosce nel suo atto, come movimento di personalizzazione". Emmanuel MOUNIER, *Il personalismo*, p. 8, come a dire che la persona esprime sé stessa auto-creandosi per quello che essa medesima vuole essere nell'*hic et nunc* del suo stesso atto "auto-volitivo".

¹⁵ Mutuiamo, per adesione ideale, la terminologia e l'immagine proposta da Danilo Castellano; egli condivisibilmente osserva, infatti, che la "persona" del/nel personalismo si riduce al "soggetto [che (nda)] si dissolve nella pulsione stessa; diventa un occasionale e contingente fenomeno; perde la sua individualità (quella che l'«io» rivela come realtà sostanziale, duratura, permanente). Il soggetto si dissolve ancora più rapidamente se l'ordinamento giuridico lo rafforza nell'illusione di essere qualcosa di simile a un mobile «composizione» senza essenza; un uomo che si modella da sé e che esiste come serie di compiti autoassegnatisi da eseguire e che, perciò, si sottrae a ogni forma di responsabilità. Questo uomo «modulare» per «comporsi» ha bisogno di altri «moduli». Da qui la «rete», puramente sociologica, rappresentata da una società senza fini e da un ordinamento senza *ratio* e senza fondamento". Danilo CASTELLANO, *L'ordine politico-giuridico "modulare" del personalismo contemporaneo*, p. 16.

¹⁶ Anche in questo caso mutuiamo, sempre per adesione, la terminologia che Danilo Castellano usa in relazione al problema della laicità; egli opportunamente osserva, invero, che la laicità escludente "implica [indicativo nostro (nda)], da una parte, l'esclusione del fenomeno religioso dall'ordinamento giuridico; dall'altra, essa pretende [indicativo nostro (nda)] di regolamentare la coesistenza senza interferenze, né dirette né indirette, dal potere religioso [... mentre la laicità includente (nda)] considera e include il fenomeno religioso ma come diritto all'esercizio della libertà negativa". Danilo CASTELLANO, *Orden ético y derecho*, p. 31.

¹⁷ I quali, come è stato opportunamente detto "non sono riconosciuti perché fondamentali, ma sono definiti [convenzionalmente (nda)] fondamentali perché riconosciuti. La loro esistenza dipenderebbe da una generale 'scelta condivisa'". Danilo CASTELLANO, *Ordine etico e diritto*, p. 24; *viceversa* "i veri diritti dell'uomo sono, innanzitutto, esercizio dei suoi doveri [... e (nda)] sono strettamente legati alla sua natura, alla natura delle sue azioni, alla natura delle sue scelte. Hanno, pertanto, un riferimento 'oggettivo' [...] non un fondamento 'soggettivo', anche se quest'ultimo fosse la volontà dello Stato". Danilo CASTELLANO, *Razionalismo e diritti umani*, p. 18.

virtù di esso e del Corpo politico che questo rappresenta. Quivi si compendia, allora, il παράδειγμα della modernità forte¹⁸, eppertanto quello di un positivismo totalitario e accentratore, il quale, per sistema, esclude –diremo, in contrapposizione all’immagine di prima– ogni istanza, ogni diritto, ogni libertà, ogni potere *et coetera*, i quali non provengano da sé e i quali non trovino, nelle proprie procedure, la loro fonte genetica, la loro legittimazione, la loro causa.

Ebbene, entrambe le impostazioni concettuali testé citate gravitano nell’orbita del positivismo giuridico e del volontarismo che di questo è “padre”; entrambe, dunque, appalesano *ex se* una struttura secolarizzata e secolarizzante, la quale ha come inevitabile destino il nihilismo e il totalitarismo. Ciò che le discerne tra loro, però, è rappresentato dalla circostanza in virtù della quale la prima di esse pone il proprio *ubi consistam* sul soggetto-individuo ed erige la realizzazione della volontà-pretesa di quest’ultimo a scopo stesso dell’Ordinamento e delle sue Istituzioni, mentre la seconda fa della volontà sovrana dello Stato-*Persona civitatis* il perno dell’intero Sistema ordinamentale, si ché gli stessi soggetti-*citoyens* divengono strumenti per il compimento storico e ideologico di essa.

Il terzo παράδειγμα, da ultimo, è quello che potremmo chiamare della persona-in-sé, della persona in quanto persona, della persona che è –come insegna Severino Boezio– “*naturae rationalis, individua substantia*”¹⁹ e che, in quanto tale –come dirà Antonio Rosmini– avendo “nella sua natura stessa tutti i costitutivi del diritto, essa è [...] il diritto sussistente, l’essenza del diritto”²⁰. Con tanto, allora, lungi da ogni forma di positivismo, forte o debole che sia e anche dal personalismo moderno di matrice mounieriana, si definisce l’ontologia della persona *in se*, la realtà oggettiva dell’*esse personae* in quanto tale e così si pone la maggiore premessa concettuale per intendere, classicamente, il diritto e il comando politico nella loro umanità ontologica (*hominum causa omne ius constitutum est*). Vale a dire, per intendere il diritto e il comando politico, non come espressione volontaristica di un potere assoluto e sovrano dello Stato-sui-cittadini o dell’individuo-attraverso-lo-Stato, ma come espressione o esercizio di un’ autorità normata e regolata oggettivamente dall’essenza, dall’essere-

¹⁸ Coerentemente con le premesse della sua impostazione concettuale, Jean-Jacques Rousseau ebbe a precisare che “le buone istituzioni sociali sono quelle che meglio riescono a snaturare l’uomo”. Jean Jacques ROUSSEAU, *Emilio o dell’educazione*, p. 192, e ciò, proprio in quanto l’uomo dello stato di natura –condizione del tutto ipotetica, della quale non vi è stata, né mai vi sarà esperienza storica– deve scomparire con il contratto sociale –altrettanto ipotetico, fittizio– per lasciare spazio al solo cittadino, alla sola frazione del Corpo politico.

¹⁹ BOEZIO, *op. cit.*, c. 4, 1343.

²⁰ Antonio ROSMINI, *Filosofia del diritto*, I, p. 192.

in-sé dei soggetti che alla stessa sono sottoposti... naturalmente e non per convenzione (sia essa data da un Contratto sociale, da un Patto costituzionale, da una deliberazione referendaria *et coetera*). Il diritto, infatti, è caratterizzato dall'umanità non in quanto esso è creato e voluto, per sé, dall'uomo nell'ambito della sua esperienza storica, ma in quanto esso è proprio dell'uomo sul piano ontologico e sul piano teleologico. Sul piano ontologico, in quanto il diritto, per essere *ius* e non *iniuria*, per essere *ars boni et aequi* e cioè per essere diritto *in se*, è intrinsecamente informato ai principii oggettivi della giustizia e della ragione, è intrinsecamente razionale, ha un'intrinseca intelligenza dell'essere in sé delle cose e del loro ordine naturale; sul piano teleologico, in quanto esso è necessario all'uomo per orientarne (se necessario anche con la forza della sanzione, la quale è sempre esterna alla norma cui dà ausilio) i movimenti della volontà-libero arbitrio sempre nella direzione del giusto-razionale, anche quando questa non venga autonomamente colta e deliberata per sé dal *subiectum agens*, anche quando, cioè, l'autodeterminazione della di lui volontà lo porti a compiere un atto *contra ius et contra rationis*.

Tanto premesso, allora, possiamo declinare le varie *figurae* di libertà e di diritto di autodeterminazione che discendono dai "paradigmi personali" appena enunciati.

Ebbene, se ci si riferisce alla persona mounieriana, alla persona del personalismo contemporaneo e alla modularità strutturale di esso²¹, deve ritenersi che la libertà soggettiva compendiantesi nell'esercizio delle facoltà inerenti al diritto di autodeterminazione coincida *tout-court* con la contingente realizzazione, da parte del soggetto-individuo, del proprio volere più autentico; in altri termini, possiamo dire che la libertà della persona, in questo contesto concettuale proprio del liberalismo e del costituzionalismo *post-moderni*²², è solamente e necessariamente quella

²¹ Danilo Castellano rileva che "il personalismo contemporaneo propone [...] di assicurare alla persona la realizzazione dei suoi desideri e dei suoi progetti [...] per mezzo dello Stato [...] l'ordinamento giuridico deve in questa prospettiva, garantire le condizioni formali e sostanziali dell'eguaglianza nella diversità e alla diversità delle opzioni [...], ritenute tutte legittime, perché tutte consentirebbero alla persona il suo sviluppo e la sua piena realizzazione [...] è per questo che l'ordine politico-giuridico «modulare» del personalismo contemporaneo si rivela un surrogato del vero ordine, indispensabile a ogni persona e a ogni società [...]. L'ordinamento giuridico altro non sarebbe che un provvisorio 'regolamento' subordinato alle sempre mutevoli 'decisioni' della persona e, quindi, delle persone". CASTELLANO, *L'ordine politico-giuridico...*, *op. cit.*, p. 11 e ss.).

²² Non impropriamente Miguel Ayuso Torres ha precisato che "el Derecho constitucional es el 'Derecho natural del Estado moderno' [come lo ha definito Pietro Giuseppe Grasso, citato dallo stesso Miguel Ayuso Torres (nda)] y el constitucionalismo non es otra cosa que la ideología de la Constitución liberal". MIGUEL AYUSO TORRES, ¿Hay un poder

negativa, quella, cioè, che riprendendo le parole di Hegel, è “determinata in sé e per sé, perché essa non è altro che l’autodeterminarsi del volere”²³.

Ciò significa, però, che il “diritto liberale” di autodeterminazione della “persona mounieriana”, quale “diritto” alla libertà-negativa ↔ autodeterminazione-assoluta dell’individuo, si sostanzia nel mero potere del *subiectum volens* di agire sulla base della libera volontà che egli stesso manifesta, per sé, *hic et nunc*. Si tratta, allora, di un “diritto” assoluto, anarchico, α -giuridico e α -legale, il quale è figlio della secolarizzazione politico-giuridica *post-moderna* e il quale postula una $\mu\kappa\rho\acute{\alpha}$ -sovranità dell’individuo all’interno della $\mu\kappa\rho\acute{\alpha}$ -sovranità dello Stato. Esso è –in estrema sintesi– un “diritto” assoluto, poiché è *ab-solutus*, vale a dire sciolto da legami e dipendente solo dai movimenti della volontà-libera del suo titolare storico; è un “diritto” anarchico, poiché esso ricusa ogni ordine e ogni *auctoritas* e fa, della volontà auto-voluta e auto-volentesi, l’unico $\alpha\rho\chi\acute{\epsilon}\tau\upsilon\pi\omicron\varsigma$ di riferimento; è un “diritto” α -giuridico e α -legale poiché esso prescinde sia dalla giuridicità in sé, sia dalla legalità, vale a dire che prescinde, per quanto riguarda il proprio contenuto, sia dal riferimento ontologico all’essere della giustizia, sia dal riferimento teorico al Sistema dello *ius positum* ed è, in fine, un “diritto” figlio della secolarizzazione politico-giuridica poiché esso nasce in un contesto concettuale $\pi\acute{\alpha}\nu$ -immanente, il quale ricusa ogni trascendenza, vera o falsa che sia²⁴ e il quale considera l’immanenza del proprio attuar-si-libero, assolutamente bastevole a sé stessa e alla propria “giustificazione/legittimazione”.

La questione, allora, consiste nel capire in quale modo siffatto “diritto” possa trovare una sua “collocazione” nell’ambito dell’Ordinamento positivo vigente e cioè si tratta di capire in quale modo un “diritto” alla libertà negativa possa essere coerente con un sistema di regole pur vigenti e pur vincolanti per i loro destinatari; in altri termini –per usare un’espressione “forte”, ma efficace– si tratta di capire come possano residuare all’interno della c.d. società civile, retaggi dello stato di natura.

constituyente?, p. 139) sicché è “absurdo de considerar como ‘jurídico’ un poder que presenta una absoluta libertad en cuanto al fin y que, consiguientemente, se ejerce en ausencia de normas que lo puedan regular tanto sustantiva como procedimentalmente; un poder, además, que actúa antes de que se establezcan las normas constitucionales, en las que reside [...] la primera y suprema fuente del Derecho, que representan el nacimiento del Derecho ‘objetivo’. Problema que no se resuelve afirmando el nacimiento coetáneo de Estado y Derecho”, *op. cit.*, p. 153.

²³ Georg Wilhelm Friedrich HEGEL, *Lezioni sulla filosofia della storia*, p. 197 e s.

²⁴ Danilo Castellano efficacemente afferma, invero, che “è stata dissolta [...] persino la falsa trascendenza dell’immanenza cui si ispirano la politica e [...] gli ordinamenti giuridici dei cosiddetti Stati forti [...] e si è passati, con l’esperienza dei cc.dd. Stati deboli (nda)] dall’immanentismo dei totalitarismi all’immanentismo dell’anarchia”. Danilo CASTELLANO, “Prefazione”, p. XII.

Ebbene, il diritto all'autodeterminazione del *velle volutum* proprio della *post-modernità* politico-giuridica si sostanzia, all'interno dell'Ordinamento modulare, in un "diritto volitivo" del soggetto di realizzare la propria volontà, qualunque contenuto essa abbia, purché, però –ecco il punto archimedeo!– tale volontà trovi una propria forma di "veicolazione" normativo-legale entro le maglie formali apparecchiate per lei dal Sistema vigente e dalle sue Istituzioni²⁵. Si tratta, cioè, di considerare geograficamente la libertà-autodeterminazione e quindi di considerarla sacrificabile e comprimibile in termini assoluti per consentirne l'espansione più ampia possibile in termini relativi. La quadratura del cerchio, allora, avviene definendo, per norma (amministrativa)²⁶, ambiti e spazi *πáv*-privati rimessi all'anarchia individuale, cioè rimessi alla libera autodeterminazione del soggetto; la quale autodeterminazione, dunque, se incontra limiti invalicabili di carattere esterno, punto definiti dai confini della *property* (lockiana), non è nel contempo soggetta a criterii interni al e per il suo esercizio concreto. Il proprietario lockiano, infatti –per fare l'esempio archetipico– il quale è titolare di un diritto incondizionato sulla propria vita, sulla propria libertà e sui propri beni, da un lato, tutto può fare sopra ciò che costituisce l'oggetto del suo diritto (può suicidarsi, può darsi in ischiavitù, può distruggere o lasciare deteriorare i beni che possiede) e questo rappresenta l'aspetto anarchico di esso, il *quomodo* –diremo– libero e assoluto della sua autodeterminazione liberale; dall'altro lato, però, egli medesimo nulla può oltre il recinto della sua *property*, vale a dire al di là e al di fuori di ciò che costituisce l'oggetto del suo diritto e questo rappresenta il limite normativo/legale esterno, il limite geografico alla sua libertà negativa-autodeterminazione del *velle*. Di talché, da un lato, ogni norma e ogni regola di carattere sostanziale, cioè relativa al *quomodo* dell'esercizio dei diritti soggettivi, rappresentano un ostacolo alla manifestazione concreta e autentica della libertà negativa del soggetto e in quanto tale cozzano con le *rationes* liberali del costituzionalismo moderno e con l'ideologia dell'autodeterminazione; mentre, dall'altro lato tutto il Sistema dello *ius positum* concorre –se così possiamo dire– ad ampliare sempre di più i "recinti" soggettivo-individuali entro i quali ciascun titolare possa autodeterminare il proprio volere nel modo più libero-assoluto possibile.

²⁵ Ralf Dahrendorf, per esempio, ha sostenuto la tesi secondo la quale la libertà politica del cittadino, all'interno del proprio Stato "significa costruire le istituzioni secondo i nostri intendimenti". Ralf DAHRENDORF, *Legge e ordine*, p. 137, vale a dire... soggettarle alla volontà della maggioranza politica, onde esse ne divengano lo strumento attuativo.

²⁶ Sul punto facciamo rinvio –*si vis*– alla più ampia trattazione del tema in Rudi Di MARCO, *Autodeterminazione e diritto, passim*, in particolare, cap. II, § 2, p. 35 e ss.

Il c.d. diritto soggettivo-positivo di autodeterminazione assume, quindi, le foggie di un “contenitore ideologico” atto a incamerare le varie declinazioni del “diritto” alla *property/privacy* individuale e dunque del diritto a non subire ingerenze di carattere *lato sensu* pubblico *in rebus privatis*. Non a caso –lo citiamo a titolo di mero esempio– la Corte di Strasburgo (c.d. Corte EDU) riconduce le varie declinazioni del diritto di autodeterminazione²⁷ entro il contesto concettuale definito dall’art. 8 C.E.D.U. a mente del quale 

“toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale [...]. Il ne peut y avoir ingérence d’une autorité publique dans l’exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu’elle constitue une mesure [...] nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique [...] à la défense de l’ordre [...] ou à la protection des droits et libertés d’autrui”.

Ciò significa, però, che una tale “struttura includente” del Sistema, la quale configura l’Ordinamento e le sue Istituzioni in funzione servente rispetto alle opzioni, ai *desiderata* individuali, palesa quantomeno due profili di problematicità e una *contradictio in adiecto*: il primo profilo concerne la particolare concezione del privato che essa presuppone; il secondo riguarda l’aspetto di “esclusione indiretta”, proprio del sistema includente che rappresenta l’*humus* ideologico di essa, mentre la contraddizione consiste nella necessaria e inevitabile negazione operativa, per sistema, del “principio” che si pretende e afferma *in thesis* come assoluto del sistema. Non possiamo approfondire i problemi *de quibus*; dobbiamo fare emergere, però, alcune questioni. In relazione al primo profilo, infatti, giova osservare che il privato del liberalismo *post*-moderno non coincide con ciò che è privato *in se*, con ciò che è privato, cioè, in quanto proprio della persona e dei rapporti interpersonali, eppertanto con ciò che è soggetto, *ex se*, alle regole del diritto dei privati (dello *ius privatorum*), vale a dire alle regole che disciplinano la vita privata della persona umana e i rapporti di questa con le altre persone nell’ordine del giure proprio di essi, ma coincide, all’opposto, con il “concetto” (di origine nordamericana²⁸) di *privacy* e quindi coincide con una sfera concettuale di

²⁷ A titolo d’esempio può ricordarsi le pronunzie 21 Luglio 2015, CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL’UOMO, Oliari (*et al.*) *versus* Italia, Ricorsi N° 18766/2011 *et* N° 36030/2011 in materia di cc.dd. unioni civili, o anche la sentenza 20 Marzo 2007, CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL’UOMO, Tysiąg *versus* Polonia, Ricorso N° 5410/2003 in materia di c.d. diritto all’aborto *et coetera*.

²⁸ Basti fare riferimento alle teorie sulla *privacy* elaborate da Samuel WARREN – Louis BRANDEIS, “The Right to Privacy”, pp. 193-220.

immunità dell'individuo rispetto a qualunque ingerenza esterna e rispetto a qualunque regola oggettiva: il privato che fa da sfondo all'ideologia dell'autodeterminazione del *velle*, dunque, rappresenta un ambito assolutamente intimo dell'individuo medesimo, il quale ambito è da un lato totalmente rimesso alla volontà di quest'ultimo e dall'altro è radicalmente sottratto a ogni forma di sindacato, di giudizio, di regolamentazione *et coetera* e ciò, come se all'interno della persona umana coabitassero due anime, una pubblica, la quale deve sottostare alle regole del pubblico, alle regole che ne disciplinano *ab externo* la c.d. vita sociale e una privata, completamente indipendente e libera, cioè priva di regole e di principii, rimessa *in toto* alle auto-decisioni subiettive e... *μικραί*-sovrane. Qualora ci si domandi, poi, in che cosa consista e come si definisca il crinale discrezionale tra le due anime e quindi tra il privato-*privacy* e il pubblico *lato sensu* inteso, tosto si ritorna al discorso fatto prima e si deve osservare che ciò dipende, *ex funditus*, dal contenuto delle norme vigenti cui è ufficio di tracciare i confini geografici tra soggetto e soggetto, tra individuo e individuo a seconda dell'estensione quantitativa delle rispettive *properties*. Per quanto riguarda, poi – il discorso è perfettamente collegato a quest'ultimo rilievo – l'aspetto di "esclusione indiretta" del sistema includente cui abbiamo fatto cenno, deve osservarsi che se da un lato l'Ordinamento liberale della *post*-modernità si fa strumento per la realizzazione delle libertà negative individuali e dunque modula il proprio Sistema per includervi i cc.dd. nuovi diritti, dall'altro, nel definirli per norma, esso esclude sia i (o alcuni) diritti in sé, cioè i (o alcuni) diritti naturali, sia quelle pretese soggettive le quali non abbiano avuta la forza necessaria per affermarsi all'interno del Sistema medesimo²⁹. Un esempio può essere offerto dalla legge italiana in materia di divorzio (L. 898/1970), o anche dalla legge italiana, più recente, in materia di cc.dd. unioni civili (L. 76/2016). Entrambe rappresentano sì strumenti che il Sistema apparecchia per consentire sempre maggiori spazi di autodeterminazione individuale: quella di chi non voglia più rimanere vincolato al coniuge nel caso del divorzio, o quella di coloro i quali vogliano che la propria unione sentimentale (innaturale) assuma

²⁹ Per esempio Gustavo Zagrebelsky descrive il c.d. Stato politologico quale stato nel cui sistema "l'atto creativo di diritto legislativo è l'esito di un processo politico nel quale operano numerosi soggetti sociali particolari (gruppi di pressione, sindacati, partiti)". Gustavo ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, p. 44. Carlo Cereti –per fare un altro esempio– nota che "la sovranità dello Stato [...] non può mai prescindere dalle finalità determinate e volute dalle forze politiche". Carlo CERETI, *Diritto costituzionale italiano*, p. 247, prevalenti nelle istituzioni e nei processi formativi delle istituzioni, tant'è che "il carattere elettivo e rappresentativo dei supremi organi costituzionali è garanzia che quelli e non altri fini [...] saranno perseguiti e attuati", *op. cit.*, p. 247 e s.

una veste normativo-istituzionale assimilabile a quella del matrimonio, ma e l'una e l'altra operano una sorta di esclusione indiretta. La legge sul divorzio, infatti, esclude dall'Ordinamento il diritto (naturale) del coniuge il quale, volendo adempiere le obbligazioni nascenti dal vincolo di coniugio, non desideri (e magari rifiuti addirittura) lo scioglimento giudiziale del proprio matrimonio, quindi esclude il diritto all'autodeterminazione nel senso della permanenza del vincolo e del rapporto in parola. La citata legge sulle cc.dd. unioni civili, invece, inserendo nel proprio articolato la disciplina di alcune soltanto tra le forme di possibile "unione sentimentale", esclude che la pretesa di coloro i quali danno luogo ad altre forme di convivenza possa ottenere la medesima "istituzionalizzazione": si pensi all'ipotesi della c.d. poligamia, oppure all'ipotesi della c.d. relazione incestuosa (la quale, almeno in Italia, continua a costituire fattispecie di reato) *et coetera*. È chiaro, allora – e qui veniamo alla *contradictio in adiecto* – che il Sistema *de quo*, pur astrattamente postulando il dogma della libertà negativa e dell'assoluta autodeterminazione del volere e pur legittimandosi in virtù della loro massimizzazione normativa, di fatto, anche quando si industria per includere nel proprio Ordinamento quelle fattispecie le quali, essendo volute dalle *lobbies* di maggiore pressione, riescono ad affermarsi per norma e così ad ampliare gli spazi di libertà negativa individuale (estendendo *in casibus* i confini delle varie *properties* lockiane), di fatto... negano l'autodeterminazione assoluta e l'assoluta libertà negativa del soggetto e quindi la loro stessa *ratio*, punto finendo con il conculcare tutte le forme della loro manifestazione storica, le quali siano eccentriche rispetto a quelle legali, cioè rispetto a quelle sussumibili entro le varie fattispecie positive. E la questione (come tutte le questioni giuridiche o anche solo legali) non è solamente geografica, come potrebbe *ictu oculi* parere, inquantocché essa non concerne la mera estensione quantitativa della *privacy* individuale, ma riguarda, ancora prima e innanzi tutto, l'*an* dei diritti e l'*an* delle libertà, vale a dire che riguarda la loro stessa previsione normativo-legale, eppertanto la loro stessa "esistenza" *in legibus*.

Qualora, invece, cogliendo una differente prospettiva del liberalismo³⁰, si prenda a riferimento lo *σχῆμα* rousseauiano del cittadino-unità

³⁰ Gioele Solari, come è noto, ha ben illustrato i termini del liberalismo rousseauiano legato all'essenza assolutistica del "suo" Stato e Danilo Castellano ha opportunamente osservato che "l'assolutismo di Rousseau [...] lungi dall'essere una deviazione del liberalismo, rappresenta un suo coerente sviluppo". Danilo CASTELLANO, *L'ordine della politica*, p. 59, infatti, "non può negarsi che lo Stato del Rousseau sia assoluto e assoluto non solo nella forma, ma nella sostanza. Ma l'assolutismo del Rousseau è la condizione del suo liberalismo: l'uno e l'altro debbono intendersi eticamente. Lo Stato, scrive il Rousseau, deve poter costringere l'uomo [*recte*, il cittadino (nda)] ad essere libero del suo malgrado.

frazionaria, il quale partecipa della libertà dello Stato-corpo politico, come la frazione partecipa della libertà dell'intero cui appartiene e il quale è e può essere libero solo in virtù dello Stato e della legge-atto della volontà generale che da quest'ultimo promana nella sua stessa effettività, deve coerentemente concludersi che l'unico diritto di autodeterminazione possibile sia quello sostanziantesi nell'esercizio delle facoltà riflesse dal c.d. diritto oggettivo sul soggetto, attraverso le strutture proprie dei diritti soggettivo-positivi, vale a dire attraverso le strutture proprie di quelli che *von Gerber* definiva *Reflexrechte*³¹.

In questo senso, allora, la libertà negativa-autodeterminazione del soggetto coincide con la libertà negativa del *citoyen*, con la libertà civile dello *homme en société*, per mutuare la dizione dell'art. 1 della *Déclaration des droits et devoirs de l'homme et du citoyen* del 1795³² e questa libertà, sempre negativa, ovviamente, si condensa, in ultima istanza, nella libertà legale, ovvero nella libertà che deriva dalle *norme positae* e che dipende dal contenuto sostanziale di queste, nel loro Ordinamento-sistema di riferimento. Esse norme, dunque, non sono da considerarsi alla stregua di meri limiti esterni alla libertà-autodeterminazione della persona-*citoyen*, alla stregua di "recinti legali" deputati a massimizzare, contenendoli, gli ambiti di *property/privacy* individuale e nemmeno –si badi– sono da considerarsi "strumenti inclusivi" dei cc.dd. nuovi diritti, ma al contrario esse sono da considerarsi condizione e mezzo, in un tempo, per l'esercizio della stessa libertà soggettivo-civile, sia pure inteso come "esercizio per partecipazione", in quanto la libertà negativa del *citoyen*-unità frazionaria partecipa quantitativamente e qualitativamente della libertà negativa del Corpo politico cui essa appartiene. Ovviamente... l'*ἀρχέτυπον* di riferimento è alle sole *normae positae*, vale a dire alle sole norme che attuano la volontà sovrana dello Stato –il quale solo è e rimane nella condizione di assoluta e piena libertà negativa– e che compendiano in sé medesime il senso stesso del diritto soggettivo quale *facultas agendi ex norma agendi*³³ o, per

Nello Stato del Rousseau [infatti (nda)] l'uomo [*recte*, il cittadino (nda)] non ha la scelta tra la legge del senso e quella del dovere: esso deve seguire quest'ultima perché vuole essere libero". Gioele SOLARI, *La formazione storica e filosofica dello Stato moderno*, p. 67.

³¹ Cfr. Carl Friedrich Wilhelm VON GERBER, *Diritto pubblico*, *passim*.

³² Peraltro, la stessa *Déclaration des droits et devoirs de l'homme et du citoyen* del 1795, sempre all'art. 1, dopo avere detto che "les droits de l'homme en société sont la liberté, l'égalité, la sûreté, la propriété" precisa che "la liberté consiste à pouvoir faire ce qui ne nuit pas aux droits d'autrui" e in tanto si nota il germe già considerato, sia pure con un breve cenno, dell'ideologia che sarà sviluppata da Immanuel Kant.

³³ Il diritto soggettivo, infatti, viene tradizionalmente definito come "la signoria del volere, il potere di agire (*agere licere*) per il soddisfacimento di un proprio interesse individuale, protetto dall'Ordinamento". Andrea TORRENTE, Piero SCHLESINGER, *Manuale*

meglio dire, che compendiano in sé medesime il senso stesso di quello che Franco Todescan ha chiamato “il primato del diritto oggettivo sul diritto soggettivo”³⁴. Ed è chiaro che un contesto come questo si strutturi in una forma direttamente e palesemente escludente rispetto a ogni istanza estranea alle proprie categorie ideologiche e alle proprie procedure formal-istituzionali; ciò non significa –ovviamente– che il “vecchio” positivismo forte (quello teorizzato da Nicola Matteucci, per esempio³⁵) sia statico e che esso non consenta una certa evoluzione normativa interna a sé, ma solo significa che quest’ultima può e deve avvenire, quantomeno *in thesis*, solamente in funzione dello Stato e in attuazione della sua sovranità e non mai –diremo– per rispondere a esigenze, istanze, pressioni *extra*-statuali e potenzialmente *contra*-statuali. I “nuovi diritti”, invero, che il positivismo *more antiquo* può concepire come evoluzione di quelli già vigenti, non sono da considerarsi, allora, diritti di libertà dell’individuo, diritti, cioè, che l’individuo, attraverso i gruppi di pressione cui appartiene, riesce a conquistar-si all’interno delle Istituzioni, diritti, dunque, che liberano l’individuo dalle prevenienti costrizioni statuali, ma sono da considerarsi, all’opposto (come gli altri!), diritti di libertà dello Stato, ovverosia diritti che esprimono una nuova forma e una nuova manifestazione della medesima libertà-volontà-sovranità-autodeterminazione dello Stato e quindi, per partecipazione, anche del cittadino.

È ben chiaro, allora, che le due impostazioni concettuali appena delineate si collochino, *prima facie*, l’una agli antipodi rispetto all’altra: la prima, infatti, propone un’esaltazione assoluta della libertà negativa dell’individuo, fino a far coincidere l’*esse personae* con il prodotto dello

di diritto privato, p. 64. Anche Alberto Trabucchi, peraltro, scrisse che “si parla [...] di diritti soggettivi (*facultates agendi*) per indicare i poteri attribuiti ai soggetti di agire per il soddisfacimento dei propri interessi; poteri riconosciuti e garantiti dall’ordinamento giuridico, cioè dal diritto oggettivo”. Alberto TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, p. 3.

³⁴ Franco TODESCAN, *Itinerari critici dell’esperienza giuridica*, p. 78.

³⁵ Nicola Matteucci, infatti, afferma che “il concetto di sovranità è un potentissimo strumento teorico per l’affermazione dello Stato moderno: è l’arma più raffinata per vincere tutte le resistenze dal basso, ma sancisce anche la separazione dello Stato dalla società non più padrona del suo *ius* [...] la teoria della sovranità muta con il tempo il suo baricentro: non è più il potere legittimo di fare le leggi, ma il potere reale coattivo di farsi obbedire [...] sovrano [allora (nda)] è il potere di fatto e la sua legittimità dipende solo dalla sua effettività perché *oboedientia facit imperantem*”. Nicola MATTEUCCI, *Lo Stato moderno*, p. 30 e ss. Renzo Capotosti, che citiamo a titolo di ulteriore esempio, afferma, coerentemente coll’ideologia positivista, che “lo Stato crea il diritto positivo, il quale pertanto è un prodotto dello Stato [...] la legge, essendo un prodotto dello Stato, è naturalmente soggetta alla politica [...] la politica può [...] modificare la legge, innovarla o abrogarla [...] sempre salvi i limiti [del tutto legal-formali (nda)] della compatibilità costituzionale”. Renzo CAPOTOSTI, *Etica e responsabilità per il governo delle imprese*, p. 9.

stesso *velle* soggettivo e fino a condensare il *proprium* del diritto di autodeterminazione nel contenuto di una volontà virtualmente assoluta e intrinsecamente priva di criteri operativi, anche se di fatto delimitata *ab externo* per le citate ragioni di c.d. ordine pubblico (*ne cives ad arma ruant*); la seconda, invece, propone un totale e radicale annichilimento della volontà individuale ad appannaggio dell'unica volontà e dell'unica libertà possibile che è quella dello Stato, onde il contenuto del citato diritto di autodeterminazione del *citoyen* si sostanzia nel mero compendio di facoltà legali che promanano *ex lege* dal c.d. diritto oggettivo. È altrettanto evidente, però, che la divergenza tra le due espressioni testé vedute del medesimo positivismo giuridico, se è indubbiamente netta sul piano teorico-concettuale dell'analisi, essa è assai meno marcata di quanto possa apparire nel momento in cui si voglia cogliere l'aspetto pratico e concreto dei problemi che pone.

Invero, possiamo rilevare che la spirale del positivismo travolge e ingloba in sé medesima sia quella che potremmo chiamare "autodeterminazione includente", sia quella che, sempre riprendendo il pensiero di Danilo Castellano (pur espresso in altro contesto e segnatamente con riferimento al problema della laicità³⁶) potremmo chiamare "autodeterminazione escludente". Se è vero, infatti, che la prima è propria del personalismo costituzionalista liberale, in virtù del quale lo Stato deve far-si strumento per la trasformazione delle pretese individuali in diritti soggettivo-positivi e per la realizzazione di essi e se è vero che la seconda è propria del c.d. positivismo forte, in virtù del quale ogni volizione e ogni rivendicazione soggettiva debbono essere escluse dalle questioni *de iure condito*, tutto il significato della libertà, compendiandosi nel contenuto, esplicito o implicito che sia, della legge positiva e vigente, è altrettanto vero che sia l'una, sia l'altra non superino le strutture formali del c.d. diritto soggettivo-positivo e anzi a esse rimandino immediatamente. Sicché... volendo domandarsi, con riguardo ad ambedue le *figurae* di autodeterminazione, in che cosa consistano, di fatto, le facoltà legali della persona di autodeterminarsi, l'unica risposta possibile è quella che rimanda al contenuto delle *normae positae*, onde la persona avrà, in entrambe i contesti concettuali, tutti e soli i "diritti" dei quali l'Ordinamento la faccia capo d'imputazione; ella

³⁶ Danilo Castellano osserva che la laicità escludente implica "da una parte, l'esclusione del fenomeno religioso dall'ordinamento giuridico; dall'altra, essa [... pretende (nda)] di regolamentare la coesistenza senza interferenze, né dirette né indirette, dal potere religioso [... mentre la laicità includente (nda)] considera e include il fenomeno religioso ma come diritto all'esercizio della libertà negativa". CASTELLANO, *Ordine...*, *op. cit.*, p. 31, *id est* come diritto alla realizzazione di un *desideratum* purchessia, come esercizio della c.d. libertà di credenza (non certo come diritto all'adempimento dei propri doveri religiosi).

potrà, dunque, autodeterminare ogni volontà che non contrasti con la legge e potrà giovare di tutte le strutture operativo-istituzionali che la legge medesima abbia variamente apparecchiate con il e nel proprio Sistema.

4. *L'autodeterminazione come contenuto del diritto e come esperienza della libertà autenticamente umana*

Accogliendo, invece, il citato principio boeziano della *persona naturae rationalis individua substantia* e abbandonando, conseguentemente, gli schemi del positivismo, i quali vogliono e debbono fare coincidere la persona stessa con il solo cittadino e la libertà medesima con la sola libertà legale definita dallo *ius positum*, possiamo rilevare che il diritto di autodeterminazione della persona umana, lungi dall'essere un diritto di libertà negativa alla realizzazione di qualsivoglia pretesa del volere e dunque lungi dal porsi nel solco tracciato col vomere dei cc.dd. diritti civili e dei cc.dd. diritti umani, propriamente rappresenta... un diritto dell'uomo³⁷, un diritto, cioè, della persona umana alla libera realizzazione di ogni opzione sua propria, la quale opzione –è inteso– sia in sé legittima, in sé giuridica e in sé razionale e dunque... la quale opzione sia ontologicamente conforme alla sua natura di uomo. In questo senso, allora, riteniamo opportuno parlare di “diritto all'autodeterminazione dell'*esse personae*”, rappresentando, quest'ultimo, nella sua realtà ontologica, il criterio intrinseco alla stessa essenza del diritto in parola.

Ebbene, è chiaro che il movimento della libera volontà soggettiva, l'opzione della persona *compos sui et suorum*, l'atto, in fine, di esercizio del libero arbitrio, rappresentino, in un tempo, il presupposto e il contenuto del diritto in parola, non potendosi concretare, infatti, alcun diritto di autodeterminazione, se non in forza di una libera scelta del titolare di esso, la quale ne definisca un contenuto e un fine precipuo, è altrettanto chiaro che la volontà e il libero arbitrio, in quanto tali, non possano affatto rappresentare il criterio, il principio per individuare ciò che può concre-

³⁷ Danilo Castellano opportunamente rileva che “i veri diritti dell'uomo sono, innanzitutto, esercizio dei suoi doveri [... e (nda)] sono strettamente legati alla sua natura, alla natura delle sue azioni, alla natura delle sue scelte. Hanno, pertanto, un riferimento 'oggettivo' [...] non un fondamento 'soggettivo', anche se quest'ultimo fosse la volontà dello Stato”. CASTELLANO, *Razionalismo...*, *op. cit.*, p. 18; *viceversa*, i cc.dd. diritti umani “non sono riconosciuti perché fondamentali, ma sono definiti [convenzionalmente (nda)] fondamentali perché riconosciuti. La loro esistenza [adunque (nda)] dipenderebbe da una generale «scelta condivisa»”. CASTELLANO, *Ordine...*, *op. cit.*, p. 24.

tamente rappresentare il *proprium* del diritto di autodeterminazione. La persona capace di intendere e di volere, infatti, può coscientemente volere sia il bene, sia il male; sia il giuridico, sia l'antigiuridico e parimenti ella può esercitare il proprio libero arbitrio –che sant'Agostino, opportunamente, ha definito "*libertas minor*"– sia facendo ciò che è giusto fare, sia facendo ciò che è ingiusto fare. Sicché, per potere propriamente parlare di diritto di autodeterminazione e per potere propriamente intendere il diritto *de quo* nell'ordine del giure suo proprio, occorre che l'atto di autodeterminazione della persona sia un atto intrinsecamente qualificato dalla giuridicità, eppertanto intrinsecamente qualificato da quella razionalità ontologica che lo rende veramente confacente all'essere umano; è, insomma, la giuridicità oggettiva dell'atto che rende propriamente giuridica la facoltà e la libertà soggettiva di compierlo, non la deliberazione per sé in quanto auto-decisione, né il potere di fatto o il potere legale (*id est*, "riflesso" dalla *norma legis*).

Di talché il diritto di autodeterminazione, quale diritto di libertà veramente umana e veramente razionale, cioè veramente confacente alla natura dell'uomo *in se*, non può essere definito alla stregua di un diritto all'anarchia *in re propria*, alla stregua, cioè, di un diritto alla *privacy* individuale, quale prerogativa di non ingerenza entro i confini della *property* soggettiva, né può essere definito come un diritto che termina laddove principia quello altrui, ma dev'essere considerato per la giuridicità oggettiva delle legittime scelte e delle legittime opzioni che concretamente consente al suo stesso titolare sulla base del contesto storico concreto nel quale egli si trova.

5. Breve epilogo conclusivo

Per concludere, allora, solo un approccio concettuale che potremmo definire (*si parva licet...*) teoretico, filosofico nel significato classico della *σοφία*, può evitare, con riferimento al problema dell'autodeterminazione soggettiva (ma non solo), derive di carattere ideologico e finalmente dogmatico, chiusure alla verità e aperture ai totalitarismi.

Infatti, solo considerando la persona in ragione della sua natura oggettiva e solo considerando il diritto alla libertà come diritto in sé, cioè come diritto all'esercizio di una facoltà ordinata secondo ragione, eppertanto ontologicamente umana, si può evitare di incorrere nei dogmatismi, siano essi quelli di Stato, proprii dell'impostazione rousseauiano-hegeliana, oppure quelli individualistici proprii dei liberalismi *post-moderni* e dei personalismi di matrice mounieriana.

La contrapposizione, infatti, tra sovranità dello Stato e sovranità dell'individuo è una falsa contrapposizione tutta interna alle *rationes* della modernità: essa, invero, da un lato non supera la concezione della libertà come negativa, concezione punto propria del modernismo politico-giuridico, ma solo ne sposta –eppure su di un piano eminentemente astratto– il capo d'imputazione; dall'altro non emancipa nemmeno l'individuo dalla sua condizione di *πάv*-cittadino, *id est* dalla sua condizione di “prodotto” dello Stato. Si tratta, infatti, di una *ψευδο*-contrapposizione tra sovranità dello Stato-forte, intesa quale sovranità centrale e centralista e sovranità dello Stato-debole intesa quale sovranità liquida e diffusa, astrattamente appartenente agli individui e alle *lobbies* di maggior pressione politica, ma di fatto esercitata ed esercitabile, pur da questi ultimi, attraverso le Istituzioni pubbliche, vale a dire attraverso le strutture dello Stato-apparato e dunque attraverso lo Stato *sic et simpliciter*.

Tutta questa “lotta” interna alla modernità, la quale nasce –potremmo dire– con i costituzionalismi e cioè con la pretesa di arginare il potere statale attraverso una norma “detta” fondamentale, allora, non porta a nulla: lo Stato resta sempre il sovrano, anche quando veste i panni della democrazia (intesa quale fondamento del governo) ed esso resta sempre la prima fonte dello *ius positum* e della libertà civile, cioè della libertà dell'*homme en société*. Tantomeno questo porta alla verità del diritto, alla verità della libertà e alla verità dell'autodeterminazione soggettiva; neppure porta all'affermazione di diritti individuali di libertà-*privacy* azionabili anche contro lo Stato, nella duplice veste di soggetto e di apparato e nemmeno consente, in fine, il superamento dialettico del conflitto e dei conflitti, ma, al contrario, radica dommaticamente il conflitto e i conflitti, nel Sistema e per sistema, pur evitandone gli effetti “epidermici”. Sicché... anche la *post*-modernità, virtualmente opposta ai dommatismi e nata, nel suo relativismo genetico, in virtù di tale opposizione e per il fine di emancipare gli individui dalla verità, dalla legge, dall'ordine *et coetera*, resta prigioniera del proprio auto-dommatismo, eppertanto essa resta *α* -/anti-veritativa come la *ψευδο*-verità dello Stato forte che intenderebbe ricusare. La non-verità relativistico-nihilistica dello Stato-debole, invero, negando una verità trascendente e un ordine naturale-razionale e negando, nel contempo, anche la falsa verità (e la falsa-immanenza) dello Stato forte, afferma perentoriamente, seppure contraddittoriamente, la verità della loro inesistenza o della loro rilevanza... onde essa si manifesta come dogmatica dell'antidogmatismo³⁸.

³⁸ Non a caso Richard Rorty teorizzò e affermò la priorità della democrazia, cioè della “verità” propria del e interna al sistema democratico, rispetto alla verità in sé della filosofia,

Bibliografia

- ALVEAR TELLEZ, Julio, *La libertad moderna de conciencia y de religión. El problema de su fundamento*, Madrid, Marcial Pons, 2013.
- ARENDT, Hannah, *Che cos'è la politica?*, Milano, Edizioni di Comunità, 1995.
- ARISTÓTELES, *Política*, edición bilingue, traducción de Jules Barthélemy-Saint-Hilaire, Paris, Librairie philosophique de Ladrangé, 1874.
- AYUSO TORRES, Miguel, "¿Hay un poder constituyente?", en Miguel AYUSO TORRES (dir.), *El problema del poder constituyente*, Madrid, Pons, 2012.
- BOEZIO, Severino, "Liber contra Eutichen et Nestorium (De persona et duabus naturis)", in Jacques Paul MIGNE, *Patrologia latina*, Parigi, Garnier, 1882-1891, LXIV.
- CAPOTOSTI, Renzo, *Etica e responsabilità per il governo delle imprese*, Torino, Giapichelli, 2013,
- CASTELLANO, Danilo, *L'ordine della politica*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1997.
- CASTELLANO, Danilo, *L'ordine politico-giuridico "modulare" del personalismo contemporaneo*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2007.
- CASTELLANO, Danilo, *Orden ético y derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2010.
- CASTELLANO, Danilo, *Ordine etico e diritto*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2011.
- CASTELLANO, Danilo, *Racionalismo y derechos humanos*, Madrid, Marcial Pons, 2004.
- CASTELLANO, Danilo, *Razionalismo e diritti umani*, Torino, Giapichelli, 2003.
- CASTELLANO, Danilo, "Prefazione", in Pietro GRASSO, *Costituzione e secolarizzazione*, Padova, CEDAM, 2002.
- CERETI, Carlo, *Diritto costituzionale italiano*, Torino, UTET, 1963.
- DAHRENDORF, Ralf, *Legge e ordine*, Milano, Giuffrè, 1991.
- DI MARCO, Rudi *Autodeterminazione e diritto*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2017.
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, *Lezioni sulla filosofia della storia*, Firenze, La Nuova Italia, 1965
- HEIDEGGER, Martín, *Essere e tempo*, Milano, Mondadori, 2011.
- KANT, Immanuel, "Sopra il detto comune "questo può essere giusto in teoria ma non vale per la pratica", in Norberto BOBBIO, Luigi FIRPO, Vittorio MATHIEU (a cura di), *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*, Torino, UTET, 1965.
- KANT, Immanuel, *Stato di diritto e società civile*, Roma, Editori Riuniti, 1982.
- LOCKE, John, *Secondo trattato sul governo*, Milano, BUR, 2013.

come a dire che la prima prevale sulla seconda in quanto opzione maggioritariamente condivisa. Cfr. Richard RORTY, "La priorità della democrazia sulla filosofia", p. 48.

- MATTEUCCI, Nicola, *Lo Stato moderno*, Bologna, Il Mulino, 1993.
- MONTEJANO, Bernardino, “Reportaje a Danilo Castellano”, in *Centuriòn*, Buenos Aires, ottobre-novembre 2014.
- MOUNIER, Emmanuel, *Il personalismo*, Milano, Garzanti, 1952.
- RORTY, Richard, *La priorità della democrazia sulla filosofia*, in Gianni VATTIMO (a cura di), *Filosofia '86*, Roma-Bari, Laterza, 1987.
- ROSMINI, Antonio, *Filosofia del diritto*, Padova, C.E.D.A.M., 1967.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques, *Emilio o dell'educazione*, Roma, Armando, 1994.
- SEGOVIA, Juan Fernando, *La ley natural en la teleraña de la razón. Ética, Derecho y política en John Locke*, Madrid, Marcial Pons, 2014.
- SOLARI, Gioele, *La formazione storica e filosofica dello Stato moderno*, Napoli, Guida, 2000.
- STRAUSS, Leo, “Introduzione all'esistenzialismo di Heidegger”, in AA.VV., *Su Heidegger, cinque voci ebraiche*, Roma, Donzelli, 1998.
- TODESCAN, Franco, *Itinerari critici dell'esperienza giuridica*, Torino, Giappichelli, 1991.
- TORRENTE, Andrea e Piero SHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, Giuffrè, 2004.
- TRABUCCHI, Alberto, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, CEDAM, 2005.
- VON GERBER, Carl Friedrich Wilhelm, *Diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 1971.
- WARREN, Samuel, Louis BRANDEIS, “The Right to Privacy”, in *Harvard Law Review*, vol. IV, N° 5, Harvard, 1890.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 1992.

SENTENCIAS Y DOCUMENTOS

- CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO, *Pretty versus Regno unito*, Ricorso, N° 2346/2002, sentenza 29 aprile 2002.
- CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO, *Oliari (et al.) versus Italia*, Ricorsi N° 18766/2011 et N° 36030/2011, sentenza 21 Luglio 2015.
- CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO, *Tysiàc versus Polonia*, Ricorso N° 5410/2003, sentenza 20 marzo 2007.
- DICHIARAZIONE D'INDIPENDENZA DEGLI STATI UNITI D'AMERICA, 4 Luglio 1776.

Estudios
sobre Derecho Administrativo
Sancionador

LA EJECUCIÓN DE LAS RESOLUCIONES A FIRME EN MATERIA DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

THE EXECUTION OF FIRM DECISION IN THE CONTEXT OF ACCESS TO PUBLIC INFORMATION

*Cristian Román Cordero**

Resumen

Esta investigación indaga acerca de la naturaleza jurídica del contenido de los artículos 45 y 46 de la Ley de Transparencia, con el objetivo de iluminar la errada aplicación de la segunda de estas normas como si se tratara de una sanción administrativa. En efecto, se sostiene que en el marco de la ejecución de resoluciones a firme que ordenen la entrega de información pública, ante la persistencia del órgano o autoridad incumplidora, lo que realmente corresponde es aplicar un apremio, quedando descartada la utilización de los principios del Derecho Administrativo Sancionador.

Palabras clave: información pública, Derecho Administrativo Sancionador, infracción, sanción, apremio.

Abstract

This research seeks to clarify the legal nature of the rules contained in articles 45 and 46 of the Transparency Act to illuminate the wrong application of the second as if it were an administrative penalty. Thus, it is held that, in the context of the execution of a firm decision that mandates the surrender of public information and in the presence of persistence by the non-compliant organism or authority, it should be understood that a compulsion must be applied and that it's not possible to the principles of Administrative Law Penalties in doing so.

Key words: public information, Administrative Law Penalties, infringement, penalty, compulsion.

* Profesor de Derecho Administrativo, Universidad de Chile. Artículo recibido el 24 de agosto de 2017 y aceptado a publicación el 13 de marzo de 2018. Correo electrónico: croman@derecho.uchile.cl

I. El problema¹

Las resoluciones a firme en materia de acceso a la información pública, que declaran como tal cierta información e imponen al respectivo órgano de la Administración su entrega al requirente, pueden ser una decisión del CpT (amparo)² o, bien, una sentencia de CA (reclamo de ilegalidad)³.

La ejecución de tales resoluciones, *a prima facie*, está subordinada al Derecho Administrativo Sancionador, pues la no entrega de información dispuesta por tales resoluciones está “tipificada” en el artículo 46 de la LT, en tanto dispone:

“La no entrega oportuna de la información en la forma decretada, una vez que ha sido ordenada por resolución a firme, será sancionada con multa de 20% a 50% de la remuneración correspondiente. (/) Si la autoridad o jefatura o jefe superior del órgano o servicio de la Administración del Estado, requerido, persistiere en su actitud, se le aplicará el duplo de la sanción indicada y la suspensión en el cargo por un lapso de cinco días”.

Por otro lado, este precepto se contiene en el título VI de la LT, sobre “infracciones y sanciones”. Además, su imposición se sujeta a la tramitación previa de una investigación sumaria o sumario administrativo (conforme a las normas de la ley N° 18.834, sobre EA, o de la ley N° 10.336, LOCCGR, según el instructor sea el CpT o la CGR)⁴ y, finalmente, corresponde al CpT aplicar esta “sanción”⁵.

Estando la ejecución de dichas resoluciones, subordinada al Derecho Administrativo Sancionador, se suscitan los siguientes problemas: primero, el obligado a entregar información conforme a tales resoluciones, a quien se denominó deudor de información pública, cuando incumple, se constituye en “infractor” y, en consecuencia, dispone para sí de todos los principios que inspiran el orden penal, esencialmente garantistas, aun cuando se apliquen con matices⁶. Segundo y en consecuencia, la subordinación a tales principios, en especial, los de culpabilidad y *non bis in idem*, permitiría de manera eventual al CpT, titular único y exclusivo de la potestad sancionadora por

¹ ABBREVIATURAS: CGR: Contraloría General de la República; CpT: Consejo para la Transparencia; CPR: Constitución Política de la República; CA: Corte de Apelaciones; CS: Corte Suprema; LT: Ley de Transparencia; EA: Ley N° 18.834, Estatuto Administrativo; LOCCGR: Ley N° 10.336, Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República; TC: Tribunal Constitucional.

² Artículo 27 de la LT.

³ Artículo 30, incisos 4°, 5° y 6°, de la LT.

⁴ Artículo 49 de la LT

⁵ Artículo 33, letra a), de la LT.

⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencias del, roles N° 244, 479, 480, 1518 y 2264.

infracciones a la LT, absolverlo (y a la CGR, cuando instruye a requerimiento de este⁷, proponer su absolución), por ejemplo, sosteniendo que en el incumplimiento de la resolución a firme no se verifica culpa o, bien, que tal *infracción*, cuando ya ha sido *sancionada*, no podría serlo en una nueva oportunidad (por ejemplo, en el caso de “persistencia” en el incumplimiento).

De esta forma, la ejecución de tales resoluciones, subordinadas al Derecho Administrativo Sancionador, corren el riesgo de constituirse en una instancia de revisión de aquellas no reconocida expresamente por la ley (que, incluso, cabe recordar, puede ser una sentencia de la CA). Además, restaría eficacia a las resoluciones a firme que han ordenado la entrega de la información pública, muy en especial si se absuelve al incumplidor. En efecto, en tal caso dicha resolución, en los hechos dejaría de ser tal, razón por la cual el requirente quedaría burlado en su derecho de acceso a la información pública que le fuera reconocido por aquella.

De ahí que sea necesario determinar si es o no correcta la subordinación del apremio, a fin de forzar el cumplimiento de estas resoluciones a firme, al Derecho Administrativo Sancionador, y si no lo es –posición a la que este artículo adhiere–, determinar cuál es la interpretación que de mejor modo armoniza el señalado artículo 46 de la LT con el derecho de acceso a la información pública, en los términos establecidos en dicha ley⁸, y a la Base de la Institucionalidad conforme a la cual “son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen”⁹; todo lo cual constituye la esencia de esta investigación.

II. La práctica

La práctica de los órganos concernidos sobre el particular puede observarse, a modo ejemplar, en los oficios a través de los cuales el CpT ha solicitado a la CGR instruir sumario administrativo¹⁰, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 49 de la LT. En ellos, es posible advertir que dicho Consejo, cuando ha solicitado a la CGR instruir sumario administrativo, a fin de forzar el cumplimiento de una resolución definitiva (que declaran pública cierta información y, por tanto, ordenan su entrega al requirente), lo ha destacado haciendo referencia a que la conducta por la cual lo solicita se ha verificado “en la etapa de cumplimiento de la decisión”. Y,

⁷ Artículo 49 de la LT.

⁸ Título iv de la LT.

⁹ Artículo 8º, inciso 2º, de la CPR.

¹⁰ A estos oficios se ha podido acceder a través del portal de transparencia del CpT.

también, que los señalados oficios invocan los siguientes artículos (y así cabe concluir que estos son los que el CpT entiende atingentes a fin de forzar la ejecución de la resolución a firme):

- i) los artículos 45 y 46¹¹ (año 2012),
- ii) el artículo 46¹² (año 2013) y
- iii) los artículos 45, 46 o ambos (años 2014-2016)^{13, 14}.

¹¹ Así, por ejemplo, en el oficio N° 3741, de 10 octubre de 2012, se indicó: “el Consejo Directivo de esta Corporación (...) ha acordado disponer se incoe un sumario administrativo en contra del señor Alcalde de la I. Municipalidad de Mostazal, para establecer si su conducta en la etapa de cumplimiento de la decisión recaída en el proceso de Reclamo C611-11, presentado por don Ricardo Rincón González, constituye una denegación del Derecho acceso a la información pública, sancionable de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 45 y 46 de la Ley de Transparencia”. Asimismo, en el oficio N° 2962, de 20 de agosto de 2012: “el Consejo Directivo de esta Corporación (...) ha acordado disponer se incoe un sumario administrativo en contra del señor Alcalde de la I. Municipalidad de Pichilemu, para establecer si su conducta en la etapa de cumplimiento de la decisión recaída en el proceso de Amparo C1111-11, presentado por don Guillermo Hernández Espinoza, constituye una denegación del Derecho acceso a la información pública, sancionable de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 45 y 46 de la Ley de Transparencia”

¹² Así, por ejemplo, en el oficio N° 2392, de 17 de junio de 2013, se indicó: “el Consejo Directivo de esta Corporación (...) ha acordado disponer se incoe un sumario administrativo en contra de la Sra. Directora Nacional del Servicio Electoral para establecer si su conducta en la etapa de cumplimiento de la decisión recaída en el Amparo Rol C1419-12, presentado por don Leonardo Osorio Briceño, da lugar a la infracción consagrada en el artículo 46 de la Ley de Transparencia (...) esto es, la no entrega oportuna de la información en la forma decretada por este Consejo, una vez que ha sido ordenada por resolución a firme”.

¹³ Así, por ejemplo, en el oficio N° 6527, de 1 de julio de 2016, se indicó: “Los hechos someramente expuestos podrían configurar, a juicio del Consejo Directivo de esta Corporación, las conductas tipificadas y sancionadas en los artículos 45 y/o 46 de la Ley de Transparencia...”. Y en los oficios N° 6787, de 24 de noviembre de 2014: “Por lo tanto, en sesión ordinaria ya señalada el Consejo Directivo de esta Corporación determinó solicitar a Ud., en virtud del artículo 49 de la Ley de Transparencia, la instrucción de un sumario administrativo por parte de la Contraloría General de la República en contra del Jefe Superior del SERNAGEOMIN para establecer si su conducta constituyó una denegación infundada al acceso a la información, sancionable de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley de Transparencia, y/o la no entrega oportuna de la información en la forma decretada, sancionable de conformidad al artículo 46 de la misma norma” y N° 4775, de 25 agosto de 2014: “Por tanto, en sesión ordinaria N° 547, de 20 de agosto de 2014, el Consejo Directivo de esta Corporación determinó solicitar a Ud., en virtud del artículo 49 de la Ley de Transparencia, la instrucción de un sumario administrativo por parte de la Contraloría General de la República en contra del Jefe Superior de la USACH para establecer si su conducta en la etapa de cumplimiento de las citadas decisiones constituye una denegación infundada al acceso a la información, sancionable de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley de Transparencia, y/o la no entrega oportuna de la información en la forma decretada, sancionable de conformidad al artículo 46 de la misma norma, y proponga a este Consejo, en definitiva, lo que en derecho corresponda”.

¹⁴ La poca claridad que ha tenido sobre este punto el CpT queda en evidencia en la resolución N° 542, de 2 de septiembre de 2016, en tanto indicó: “Que, con fecha 29 de

De lo anterior se coligen dos cosas: primero, que el CpT siempre ha entendido que el artículo 46 de la LT tiene un papel de primer orden al efecto, ya que en todos esos periodos dichos oficios lo han referido (incluso, en el año 2013, en forma exclusiva). Y, en segundo lugar, que en correspondencia con lo anterior, el artículo 45 de la LT tiene un papel secundario –subsidiario o complementario– (en efecto, en el año 2012, era referido en los mismos términos que el artículo 46 de la LT; en el año 2013 se excluyó de plano; y en el periodo 2014-2016, ha sido referido con la expresión “y/o” respecto del artículo 46 de la LT).

Recientemente, se ha verificado un caso singular que pone de manifiesto la confusión que existe en los órganos concernidos al respecto y, asimismo, la relevancia del problema que abordo. En efecto, la CGR, habiéndosele solicitado por el CpT instruir sumario administrativo, respecto de conductas verificadas “en la etapa de cumplimiento de la decisión”, esto es, incumplimiento de la resolución a firme, evacuó la propuesta en lo medular, propuso la absolucióndel incumplidor, pues, sostuvo el ente de control, el incumplimiento había sido de buena fe (o sea, porque no se había verificado culpa)¹⁵. Luego, el CpT desestimó la propuesta y, finalmente, “sancionó” al incumplidor (el rector de una universidad estatal), conforme al artículo 46 de la LT (a fin de forzar la entrega de la informa-

agosto de 2016, se ingresó a la Corte de Apelaciones de Santiago un Recurso de Protección deducido por el funcionario sancionado, en contra del acuerdo del Consejo Directivo adoptado en la sesión ordinaria N° 726, de fecha 29 de julio de 2016, y la Resolución N° 481 de 2016, que ejecuta dicho acuerdo consistente en la aplicación de una multa, en calidad de sanción por infracción a lo dispuesto en el Art. 46 la Ley N° 20.285. (/) Que, analizada la Resolución N° 481 de 2016, se advierte un error de transcripción en cuanto al numeral II) del número 7°, específicamente al exponerse que ‘(...) con lo dispuesto en el artículo 46 de la Ley de Transparencia’. En circunstancias que la conducta reprochada y acreditada en el sumario administrativo, consiste en aquella descrita en el artículo 45 del precepto legal, o sea, el hecho de haberse denegado infundadamente por la autoridad o jefe superior del servicio el acceso a la información pública, contraviniendo en consecuencia, lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley de Transparencia”.

¹⁵ En lo medular, sostuvo la CGR: “corresponde señalar que analizados los argumentos planteados por el inculpado, y los antecedentes acompañados al proceso sumarial, puede apreciarse que la conducta reprochada al señor Zolezzi Cid, habría estado revestida de buena fe, teniendo su justificación en la imposibilidad de haber obrado en su oportunidad de la forma requerida por el Consejo para la Transparencia, toda vez que la información requerida por los interesados, a esa data, no se encontraban materialmente disponible. (/) En este sentido, cabe indicar que, si bien se advierte que hubo incumplimiento por parte de dicha autoridad al no entregar los antecedentes requeridos, dicha conducta no habría sido injustificada, a la luz de lo indicado anteriormente, razón por la cual debe reevaluarse la medida disciplinaria propuesta, ya que ha desaparecido el supuesto que la hace procedente”. CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, resolución exenta N° 1576-2016, de 6 de abril de 2016.

ción en los términos establecidos por este dictamen)¹⁶. Como consecuencia de lo anterior, este último dedujo recurso de protección en contra de la resolución del CpT a través de la cual le impuso dicha *sanción*. La CGR, al emitir informe en ese recurso de protección, reafirmando su propuesta, agregó que esta tenía carácter vinculante para el CpT (lo que equivalía a sostener que, cuando este le solicitaba instruir el sumario administrativo, el titular de la potestad sancionadora por infracciones de la LT era la CGR, y no el CpT. O bien, que de esta forma este último le delegó a la primera su potestad sancionadora). Por último, la CS¹⁷ resolvió que el titular exclusivo y excluyente de la potestad sancionadora en materia de LT era el CpT, de suerte tal que esta no pudo haber delegado dicha potestad (por cuanto es indelegable), razón por la que no era ilegal que el CpT desatendiera la propuesta de absolucón que en la especie le efectuara la CGR, como se afirmaba en el recurso de protección deducido¹⁸.

Este caso de estas características, releva los problemas que se derivan de subordinar la ejecución de una resolución (decisión del CpT o sentencia de la CA respectiva, que establecen el carácter público de la información y ordenan su entrega al requirente) al Derecho Administrativo Sancionador. A saber:

- Primero: que el incumplidor tiene derecho a un procedimiento administrativo de carácter garantista –sancionador– (que, respecto de la resolución a firme, importa dilatar –sin razón– su ejecución, y para el requirente, al menos, dilatar –de igual modo, sin razón– la concreción de su derecho de acceso a la información pública que le ha sido reconocido en forma indubitada, a través de este tipo de resoluciones, por los órganos competentes).
- Segundo: que el incumplidor detenta a su favor los principios sustantivos del Derecho Penal, aplicados al Derecho Administrativo Sancionador con matices, tal como aconteció en la especie al entender la CGR que el incumplimiento era de buena fe, vale decir, sin culpa, razón por la que propuso la absolucón.

¹⁶ CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA, resolución N° 443-2016 de 19 de julio de 2016.

¹⁷ En lo medular, sostuvo la CGR: “la procedencia o improcedencia de la sanción quedará establecida por la Contraloría General de manera definitiva, sin que el Consejo para la Transparencia u otro órgano de la Administración del Estado pueda dejar sin efecto dicha resolución. (/) Lo anterior, por mandato de lo dispuesto en el artículo 8° inciso primero de la ley N° 10.336, el cual señala que las resoluciones definitivas que dentro de su competencia dicte el Contralor no serán susceptibles de recurso alguno ante otra autoridad”. CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, Informe N° 77.101-2016, de 20 de octubre de 2016, p. 4.

¹⁸ CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, sentencia rol N° 105.398-2016 (confirmada por la sentencia de la CS, rol N° 99.873-2016).

- Tercero: que, en los hechos, dicho procedimiento administrativo sancionador se constituyó, contra ley, en una vía de revisión de una resolución a firme. En efecto, en la especie, la alegación de que el órgano de la Administración no contaba con la información requerida, misma que este hizo presente en las instancias anteriores (amparo y reclamo de ilegalidad), y que en ellas no fue atendida, ahora en sede de mera o simple ejecución, instancia meramente instrumental, sí fue acogida por el instructor (CGR), el cual, entendiendo que el incumplimiento era de buena fe, propuso la absolución (la que, en rigor, importaba dejar sin efecto la resolución a firme que declaraba el carácter público de la información y ordenaba su entrega al requirente).

En este sentido, la CS (confirmando la sentencia de la CA de Santiago) planteó con acierto, que es:

“improcedente referirse a la hipotética buena fe con la que habría actuado el infractor y a la justificación de su conducta, cuestiones que el recurrente hizo valer en los amparos de acceso a la información pública deducidos en su contra, los que fueron rechazados por esta Corte”¹⁹.

III. Análisis teórico

Sobre el particular, se argumentó sobre la base de tres tópicos:

- a) ¿Cuál es la naturaleza jurídica de la figura que contiene el artículo 46 de la LT?
- b) ¿Cómo interactúan los artículos 45 y 46 de la LT? y
- c) ¿Cómo debiera operar el premio que contiene el artículo 46 de la LT?

A). ¿CUÁL ES LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA FIGURA QUE CONTIENE EL ARTÍCULO 46 DE LA LT?

El artículo 46 de la LT dispone:

Artículo 46.- La no entrega oportuna de la información en la forma decretada, una vez que ha sido ordenada por resolución a firme, será sancionada con multa de 20% a 50% de la remuneración correspondiente.

¹⁹ CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, sentencia, rol N° 105.398-2016 (confirmada por la CORTE SUPREMA, sentencia, rol N° 99.873-2016), considerando N° 10.

Si la autoridad o jefatura o jefe superior del órgano o servicio de la Administración del Estado, requerido, persistiere en su actitud, se le aplicará el duplo de la sanción indicada y la suspensión en el cargo por un lapso de cinco días.

Es factible pensar que por más que el artículo 46 de la LT se sitúe en su título VI, referido a las infracciones y sanciones, y emplee la expresión “será sancionada”, en rigor, y aplicando la “teoría de la realidad”, conforme a la cual las cosas son lo que son y no como se les denomina; la figura que contempla no es una *sanción administrativa*, sino un *apremio* (inicialmente, una multa coercitiva). De ello se sigue que su imposición, si bien está inserta dentro del Derecho Administrativo (ya que corresponde disponerlo al CpT), no lo está en el Derecho Administrativo Sancionador, por lo que a quien se le imponga dicho apremio, en caso alguno puede requerir para sí los derechos y garantías que esta última disciplina reconoce al perseguido en esa sede, ya que no es *sancionado*, sino solo un apremiado.

La sanción administrativa, en términos generales, es un acto administrativo de contenido desfavorable, en tanto establece una carga o restringe la esfera de derechos que impone la Administración, previa tramitación del procedimiento administrativo –sancionador–, como reacción frente a una infracción anterior de deberes administrativos, y con una clara finalidad represiva (y, a su vez, preventiva: prevención general)²⁰.

Por su parte, el apremio se inserta dentro de la ejecución de las sentencias judiciales y de los actos administrativos (en específico, en la denominada autotutela administrativa ejecutiva), y tiene por finalidad forzar su cumplimiento, quebrantando la resistencia de quien las incumple (desacato), y no sancionar infracciones. Así, el apremio que establece el artículo 46 de la LT (multa coercitiva y, en caso de persistencia, la multa coercitiva agravada y la suspensión en el cargo por cinco días) opera frente al incumplimiento de las resoluciones a firme que ordenan la entrega de información pública (o sea, la decisión del CpT o la sentencia de la CA respectiva, según el caso). Por tanto, la multa coercitiva y la suspensión que dicho precepto legal establece, no son en caso alguno una sanción administrativa²¹.

²⁰ Véase, entre otros: Jorge BERMÚDEZ SOTO, “Elementos para definir las sanciones administrativas”, p. 323 y ss. Véase, también, TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia N° 2.264.

²¹ Asimismo, Alfredo Gallego Anabitarte y Ángel Menéndez Rexach sostienen que la multa coercitiva “se configura como un medio de ejecución forzosa admisible con carácter general, pues puede ser utilizado respecto de cualquier tipo de obligación, personalísima o no, e incluso respecto de las de carácter pecuniario (...) no es una sanción, sino un medio de ejecución forzosa de obligaciones, por lo que no presenta un carácter represivo”. Alfredo GALLEGO ANABITARTE y Ángel MENÉNDEZ REXACH, *Acto y procedimiento administrativo*, p. 264. Por su parte, Miguel Sánchez Morón observa que la multa coercitiva “consiste en la

En este sentido, Alejandro Huergo Lora ha planteado:

“La multa coercitiva que constituye, por cierto, una técnica habitual para la ejecución forzosa de ciertas resoluciones judiciales (...) y que como tal ha sido incorporada a la LEC de 2000 y también, incluso contra la Administración, en las últimas reformas del contencioso-francés, no constituyen, en efecto, sanciones administrativas”²².

Asimismo, Ignacio Pemán Gavín señala:

“la multa coercitiva es una modalidad de ejecución forzosa de los actos declarativos dirigida a quebrantar la resistencia del particular opuesta al cumplimiento de una orden o un requerimiento de la Administración y es independientemente de las sanciones que puedan imponerse con tal carácter y compatible con ellas.”²³.

Y Luciano Parejo Alfonso, para quien:

“este medio de ejecución reposa sobre la no renuncia a que el particular cumpla por sí mismo la obligación que le incumbe consistiendo en la imposición al mismo de multas con la finalidad exclusiva de doblegar su resistencia al cumplimiento voluntario y personal (...) no tiene por finalidad retributiva social, por lo que pueden confundirse con las multas de carácter sancionador imponibles como sanciones por la comisión de una infracción administrativa”²⁴.

Precisado lo anterior, la figura consultada en el artículo 46 de la LT no es una sanción administrativa, sino un apremio (multa coercitiva y, en caso de persistencia, multa coercitiva agravada y suspensión en el cargo por cinco días), por cuanto no busca sancionar infracciones, sino forzar el cumplimiento de la decisión del CpT o sentencia de la CA respectiva que establecen el deber de entrega de información pública, esto es, quebrantar la resistencia del incumplidor, con el fin de que haga entrega de ella.

imposición de multas, en sus casos reiteradas y periódicas, al interesado para que cumpla las obligaciones que le correspondan en virtud de un acto administrativo. (...) Pero no se trata de sanciones administrativas en sentido estricto (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencias roles 144/1987 y 239/188, entre otras), por lo que no precisan sujetarse al procedimiento sancionador. Se trata de un medio de ejecución forzosa, compatible, además, con las sanciones que pudieran imponerse en relación al mismo asunto”. Miguel SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho Administrativo, parte general*, p. 561.

²² Alejandro HUERGO LORA, *Las sanciones administrativas*, pp. 271-273.

²³ Ignacio PEMÁN GAVÍN, *El sistema sancionador español*, pp. 88-89.

²⁴ Luciano PAREJO ALFONSO, *Lecciones de Derecho Administrativo*, pp. 491-492.

En este sentido, y en correspondencia con lo señalado precedentemente, la doctrina ha afirmado que el artículo 46 de la LT contiene un *apremio* o un *cumplimiento forzado*. En efecto, la profesora Gladys Camacho Cepeda ha observado que dicho precepto legal tiene por objetivo:

“evitar el desacato de sus decisiones (del Consejo para la Transparencia) y asegurar que éstas sean observadas con mayor eficacia (...) pareciera que la disposición contenida en el segundo párrafo del artículo 46 LT más bien está redactada con una finalidad de apremio a la autoridad que se resiste a cumplir la decisión a firme (decisión pronunciada por el Consejo o sentencia judicial según sea el caso). Si fuera este el caso, el objetivo de la disposición sería forzar el cumplimiento de lo ordenado mas no castigar al incumplidor”²⁵.

Y, asimismo, el profesor Andrés Bordalí Salamanca ha afirmado:

“Si la decisión del Consejo adquiere la calidad de irrevocable, ejecutoriada o firme, él mismo podría ordenar su cumplimiento forzoso. Creemos que para hacer ejecutar la decisión del Consejo no es necesario aplicar supletoriamente el artículo 238 CPC que dispone que cuando se trate del cumplimiento de resoluciones no comprendidas en los artículos anteriores, corresponderá al juez de la causa [Consejo] dictar las medidas conducentes a dicho cumplimiento (...) pues la Ley de Transparencia ya establece sanciones para el incumplimiento de lo ordenado por el Consejo por resolución firme, que puede consistir en multa de 20% a 50% de la remuneración correspondiente de la autoridad o jefe superior del órgano o servicio de la Administración del Estado requerido, que podrá duplicarse en el monto y agregarse una suspensión en el cargo por un lapso de cinco días, si persistiere en su actitud rebelde (art. 46 LT)”²⁶.

Dado que el artículo 46 de la LT contempla un apremio, es posible colegir que:

- a) En relación con el principio de culpabilidad, no aplica a su respecto este principio. Por tanto, basta el mero incumplimiento del deudor de información pública, esto es, la no entrega oportuna de la información en la forma decretada por resolución a firme, para que el CpT pueda disponer el apremio en su contra (lo mismo aplica en relación con el caso de persistencia en esa conducta).

²⁵ Gladys CAMACHO CEPEDA, “La Contraloría General y el control a las infracciones a la transparencia”, p. 260.

²⁶ Andrés BORDALÍ SALAMANCA, “Aspectos procesales de la Ley N° 20.285, Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado, Informe en Derecho”, p. 24.

Por tanto, no se requiere de culpabilidad para disponerlo, así como tampoco la no verificación de esta, es causal de justificación a fin de no hacerlo.

- b) En relación con el principio *non bis in idem*, dado que el apremio que contiene el artículo 46 de la LT solo pretende forzar el cumplimiento de la resolución, y no sancionar infracciones, en caso de que el deudor de información pública persista en el incumplimiento (*persiste*, no *reincide* –lo que acontece respecto de infracciones administrativas–), conforme precisa su inciso 2º, cabe disponer una multa coercitiva agravada y suspensión en el cargo por cinco días, sin que esto importe infracción del principio del *non bis in idem*.

A mayor abundamiento, nada obsta para que el CpT pueda, frente a la persistencia, aplicar este apremio, no solo una vez sino tantas veces sea necesario a fin de lograr el cumplimiento por el deudor de información pública de dicha sentencia. No en vano, dicho artículo 46 inciso 2º de la LT no emplea la voz ‘reincidencia’ (propia de las infracciones) sino que ‘persistencia’, la que, a diferencia de la primera, no alude a un acto específico de infracción, sino, más bien, a un estado antijurídico que, precisamente, se busca que concluya.

En este sentido, se ha afirmado:

“La Administración podrá, para conseguir la ejecución de determinados actos a cargo de los particulares obligados, imponer multas coercitivas, reiteradas por lapsos de tiempo que sean suficientes para cumplir lo ordenado”²⁷

y, asimismo:

“lo característico de la multa coercitiva es la posibilidad de su repetición periódica, de forma en principio indefinida, mientras no se produzca el cumplimiento”²⁸.

Sostener lo contrario importaría limitar el apremio, a fin de forzar el cumplimiento de resoluciones a firme de acceso a la información pública, a solo una multa coercitiva y, ante la persistencia, a una multa coercitiva agravada y suspensión en el cargo de cinco días. Luego de esto, y en caso de continuar esa persistencia, el CpT carecería de mecanismos al efecto, lo que lejos de desalentar el incumplimiento, parecería validarlo.

²⁷ Fernando GARRIDO FALLA, Alberto PALOMAR OLMEDA y Herminio LOSADA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho Administrativo*, p. 728.

²⁸ PAREJO, *op. cit.*, p. 492.

Empero, cabe destacar que si se entendiera, de un modo errado, que la figura contenida en el artículo 46 de la LT es una sanción administrativa, se producirían, entre otros, los siguientes perniciosos efectos:

- La ejecución de las resoluciones a firme, que establecen la obligación indubitada de entrega de información, quedaría subordinada al Derecho Administrativo Sancionador, de suerte tal que todas sus garantías sustantivas y procedimentales erradamente favorecerían al deudor de información pública que la incumple.
- Luego, la fase de ejecución de las resoluciones (decisión del CpT o sentencia de la CA respectiva, en su caso) se desnaturalizaría, convirtiéndose en una instancia de revisión de tales resoluciones, no reconocida por la LT.
- En tercer lugar, todo lo anterior le daría un carácter relativo al deber indubitado de entregar información pública en los términos dispuestos por este tipo de resoluciones (decisión del CpT o sentencia de la CA respectiva, según el caso).
- Y, por último, de esta forma podrían introducirse nuevas hipótesis de reserva o secreto de información no reconocidas en la CPR, con grave detrimento del principio constitucional de publicidad y transparencia de la función pública y, en consecuencia, del principio democrático, en tanto aquel es base de este, conforme ha observado en variadas ocasiones el TC²⁹.

B). ¿CÓMO INTERACTÚAN LOS ARTÍCULOS 45 Y 46 DE LA LT?

Conforme se ha señalado, cuando el CpT ha solicitado a la CGR instruir sumario administrativo, a fin de forzar el cumplimiento de una resolución a firme, este ha invocado los artículos (a) “45 o 46”, (b) “46”, y (c) “45 y/o 46”. ¿Qué es lo correcto?

Conforme lo observado con anterioridad, cuando la finalidad es obtener la ejecución de la resolución a firme, el artículo pertinente es solo el 46 de la LT. Ello, en síntesis, por dos razones:

- Por un lado, contiene el *tipo* más pertinente (en efecto, alude con claridad a la “no entrega oportuna de la información en la forma decretada, una vez que ha sido ordenada por resolución a firme”)
- Y, por otro, **no consulta**  rigor, una sanción administrativa, sino un apremio (inicialmente, una multa coercitiva), mecanismo idóneo para ese fin, esto es, quebrantar la resistencia que el

²⁹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia rol N° 634.

deudor de información pública ha opuesto al cumplimiento de la resolución.

Precisado lo anterior, cabe preguntarse si, con la finalidad de ejecución de una resolución a firme, tales oficios (o la resolución terminal del procedimiento sancionador que en razón de ellos se incoe) pueden referirse también, junto con el artículo 46 de la LT, al artículo 45 de la misma ley con la voz 'y' o 'y/o', tal como lo han hecho los oficios señalados previamente en el año 2013 y en el periodo comprendido entre los años 2014 y 2016. Pues bien, la respuesta requiere que antes se precise la naturaleza jurídica de la figura contenida en el artículo 45 de la LT, así como la conducta que sanciona.

El artículo 45 de la LT dispone:

Artículo 45.- La autoridad o jefatura o jefe superior del órgano o servicio de la Administración del Estado, requerido, que hubiere denegado infundadamente el acceso a la información, contraviniendo, así, lo dispuesto en el artículo 16, será sancionado con multa de 20% a 50% de su remuneración.

En cuanto a su naturaleza jurídica, el artículo 45 de la LT, a diferencia del artículo 46 de la misma ley, sí contiene una sanción administrativa, en los términos señalados en el N° 12. En consecuencia, su interposición se debe regir no solo por lo preceptuado en el título VI de la LT sino, también, por los principios del Derecho Administrativo Sancionador, que, conforme se ha reiterado, se informan por aquellos que inspiran el Derecho Penal, aunque aplicados con matices. En consecuencia, es correcto que, tal como establece el artículo 49 de la LT, su imposición se subordine a un procedimiento administrativo sancionador.

En cuanto a la conducta que sanciona el artículo 45 de la LT, obsérvese que se verifica con la denegación infundada de una solicitud de acceso a la información pública. Cabe destacar, por tanto, que esa conducta se sitúa, temporalmente, en la fase inicial del *iter* de acceso a la información pública (que principia con la solicitud de acceso a dicha información y que, en la hipótesis de mayor extensión, concluye con una resolución a firme que ordena su entrega –decisión del CpT o sentencia de la CA respectiva– y su ejecución), y en caso alguno en la “etapa de cumplimiento de la decisión” (posterior a la resolución), tal como acontece con el artículo 46 de la LT.

A mayor abundamiento, a la conducta infraccional consultada en el artículo 45 de la LT, que solo puede tener lugar –como es de toda lógica– antes de la resolución a firme, se refieren, implícitamente, sus artículos 27 y 30, incisos finales, en tanto señalan que en esta resolución (decisión del CpT o sentencia de la CA respectiva), el Consejo/el Tribunal, según corresponda,

“podrá señalar la necesidad de iniciar un procedimiento disciplinario para establecer si algún funcionario o autoridad ha incurrido en alguna de las infracciones al Título VI, el que se instruirá conforme a lo señalado en esta ley”.

A la luz de lo anterior, se coligen dos cuestiones:

- a) En cuanto a la voz ‘o’ (artículos “45 o 46” de la LT), es equívoco su uso, ya que, si se precisa ejecutar una resolución de estas características, el artículo 45 de la LT no sirve al efecto, por cuanto es solo una sanción administrativa y no un apremio. Y, además, la conducta que sanciona solo tiene lugar en la fase inicial del *iter* de acceso la mentada información (la denegación infundada de la solicitud de acceso a la información pública), muy anterior, por cierto, a la resolución a firme y a la “etapa de cumplimiento de la decisión” (lo que es propio del artículo 46 de la LT, conforme ya se ha **mencionado**).
- b) En cuanto a la voz ‘y’ (artículos “45 y 46” de la LT), es utilizada erradamente si se entiende con ello que una misma conducta, a la vez, puede configurar las hipótesis contenidas en tales preceptos legales. En efecto, conforme **se mencionó**, estas tienen lugar en etapas diversas del *iter* de acceso a la información pública: una, con anterioridad a la resolución **a firme**, al denegar en forma infundada la solicitud de acceso a la información pública y, la otra, después de la resolución **a firme**  la “etapa de cumplimiento de la decisión”, cuando esta no ha sido cumplida en forma oportuna.

Sin embargo, el uso es correcto, si se entiende con ello que en un mismo *iter* de acceso a la información pública se pueden configurar tales hipótesis (aunque no en un mismo acto). Ello acontece cuando, habiéndose solicitado acceso a la información pública, el órgano de la Administración la denegó sin fundamento (lo que forzó al requirente a instar por la vía contenciosa ante el CpT y, en su caso, ante la CA respectiva); y cuando, concluida dicha fase contenciosa, a través de resolución **a firme** (sea decisión del CpT o sentencia de la CA respectiva), se ordenó la entrega de información pública al requirente, y esta ha sido incumplida por el órgano de la Administración o, mejor dicho, este no la ha acatado.

Por tanto, sí podría solicitarse instruir e instruirse investigación sumaria o sumario administrativo sobre la base de los “artículos 45 y 46 de la LT”, aunque solo el segundo de estos preceptos legales tiene por objetivo apremiar al deudor de información pública para forzar el cumplimiento de tal resolución. En tanto, el primero busca sancionar la denegación

infundada, que se ha verificado en la parte inicial del *iter* de acceso a la información pública. Con todo, dada la dispar naturaleza jurídica de las figuras contenidas en uno y otro precepto legal, parece conveniente que los procedimientos administrativos sancionadores que se instruyan en razón de ellos (“sancionador”, entre comillas, respecto del artículo 46 de la LT), se tramiten por separado.

Por último, cabe apuntar que entre ambos preceptos legales (arts. 45 y 46 de la LT) no puede existir infracción al principio *non bis in idem*, por dos razones: la figura contenida en el artículo 46 de la LT no es sanción administrativa, sino un apremio y, segundo, los artículos 45 y 46 de la LT “sancionan” conductas distintas: el primero, la denegación infundada por el órgano de la Administración requerido (que tiene lugar solo en la fase inicial del *iter* de acceso a la información pública), y, el segundo, una vez concluida la fase contenciosa con la resolución definitiva que ordena la entrega de la información (etapa que el CpT denomina “etapa de cumplimiento de la decisión”), su incumplimiento.

C). ¿CÓMO DEBIERA OPERAR EL APREMIO QUE CONTIENE
EL ARTÍCULO 46 DE LA LT?

Precisado lo anterior, ¿cómo deben proceder el órgano instructor (CpT o CGR) y el órgano “sancionador” (CpT) cuando el procedimiento disciplinario tiene relación con el artículo 46 de la LT (que, en rigor, no sería disciplinario, sino de ejecución/apremio)? Es razonable afirmar que deberán proceder teniendo muy presente que, si bien han de emplear el procedimiento administrativo disciplinario (contenido en las leyes N° 18.834, sobre EA o 10.336, LOCCGR, según corresponda), ya que así lo dispone la LT expresamente, lo hacen no para imponer sanciones administrativas (responsabilidad administrativa), sino que para forzar el cumplimiento de la resolución a firme, debiendo, por tanto, introducirle modulaciones.

Entre ellas se destaca, en primer lugar, el hecho de que el CpT o la CGR, al instruir, así como el CpT, al “sancionar”, siempre deberán disponer apremio, conforme a lo dispuesto en el artículo 46 de la LT, respecto del deudor de información pública que no ha hecho entrega oportuna de tal información en los términos señalados por la resolución. En otras palabras, no podrán, en caso alguno, disponer absolución a favor de este, ya que ello importaría liberarlo del apremio y, en consecuencia, privar a la resolución a firme de ejecución. Con ello, se establece, contra ley, una vía de revisión de esa resolución no admitida por la LT, y se deja burlado al requirente en su derecho de acceso a la información pública, por esta reconocido.

Asimismo, la formulación de cargos deberá entenderse como un requerimiento al deudor de información pública que ha incumplido la resolución a firme para que se conforme a ella y, por tanto, entregue la información adeudada. Luego, la propuesta del instructor, que debe proponer apremio, conforme se ha observado, tratará, en lo medular, sobre la proporcionalidad de este, específicamente en lo concerniente a la multa coercitiva que establece el artículo 46 de la LT, tanto en su inciso 1° como 2°, según corresponda. Y, por último, se deberá poner término a este procedimiento tan pronto dicho deudor de información pública entregue la información en los términos dispuestos por la resolución, ya que este procedimiento no busca sancionar a un infractor sino solo quebrantar la resistencia de un incumplidor.

Finalmente, cabe recordar que nada obsta para que el CpT pueda, frente a la persistencia, aplicar este apremio no solo una vez sino tantas veces sea necesario a fin de lograr el cumplimiento por el deudor de información pública de la resolución a firme. No en vano, dicho artículo 46, inciso 2°, de la LT, no emplea la voz ‘reincidencia’ (propia de las infracciones) sino que ‘persistencia’, la que, a diferencia de la primera, no alude a un acto específico de infracción, sino, más bien, a un estado antijurídico que, precisamente, se busca que concluya.

IV. Conclusiones

A modo de conclusión, se señala:

- a) El artículo 46 de la LT no contiene una sanción administrativa, sino, más bien, un apremio, por cuanto su finalidad no es sancionar infracciones, sino que forzar el cumplimiento de las resoluciones a firme (ya sea decisión del CpT o sentencia de la CA respectiva) que han establecido el carácter público de la información en poder de la Administración y, en consecuencia, han ordenado su entrega al requirente. De ello, se sigue que su imposición no se rige por el Derecho Administrativo Sancionador, esto es, no ceden a favor del *apremiado* los derechos y garantías que esta disciplina reconoce al *sancionado*.
- b) El artículo 45 de la LT contiene una sanción administrativa, y no es idóneo al fin de forzar el cumplimiento de una resolución a firme en materia de acceso a la información pública. Ello no solo porque sí lo es el artículo 46 de la LT sino, además, porque sanciona una conducta (la denegación infundada de la solicitud de acceso a la información) que solo puede tener lugar en la

fase inicial del *iter* de acceso a la información pública, y en caso alguno en la etapa de cumplimiento de la decisión.

Sin perjuicio de lo anterior, en el curso de un mismo *iter* de acceso a la información pública, bien podría verificarse, por una parte, la infracción contenida en el artículo 45 de la LT –en su fase inicial– y, por otra, que ante la no entrega de información en los términos dispuestos por resolución a firme, se precise disponer el apremio del artículo 46 de la LT. Con todo, se estima que en este caso, dada la diferente naturaleza jurídica de uno y otro (sanción y apremio, respectivamente), debieran tramitarse en forma separada los procedimientos sancionadores respectivos (aunque “sancionador”, entre comillas, respecto de este último precepto legal).

- c) Nada obsta para que el CpT, frente a la persistencia en el incumplimiento de la resolución, pueda aplicar el apremio consultado en el inciso 2° del artículo 46 de la LT (multa coercitiva agravada y suspensión en el cargo por cinco días) tantas veces sea necesario, a fin de lograr que el deudor de información pública haga entrega de ella en los términos señalados por dicha resolución. No en vano, dicho precepto legal no emplea la voz ‘reincidencia’ (propia de las infracciones) sino que ‘persistencia’, la que, a diferencia de la primera, no alude a un acto específico de infracción, sino, más bien, a un estado antijurídico que, precisamente, se busca que concluya.
- d) A pesar de que el artículo 46 de la LT contiene un apremio y no una sanción administrativa, esta ley, en su artículo 49, ha subordinado su imposición a la tramitación de un procedimiento administrativo sancionador (ya sea investigación sumaria o sumario administrativo, conforme a lo previsto en el EA o LOCCGR, según quien instruya sea el CpT o la CGR, respectivamente). No obstante, dado que a través de este procedimiento se encauza la imposición de un apremio, y no la imposición de una sanción administrativa, se estima que deben serle introducidas ciertas modulaciones, a saber:
 - i) siempre se deberá disponer apremio, tanto en la propuesta como en la resolución terminal;
 - ii) la formulación de cargos debe ser entendida como un requerimiento al deudor de información pública, a fin de que entregue la información en los términos establecidos en dicha resolución;
 - iii) la propuesta del instructor solo puede tener relación con la proporcionalidad de la medida de apremio (en específico,

- la multa coercitiva consultada en el artículo 46 de la LT, tanto en su inciso 1° como 2°, según corresponda) y
- iv) se deberá poner término a este procedimiento tan pronto dicho deudor entregue la información pública en los términos establecidos en la resolución definitiva.

V. Bibliografía

- BERMÚDEZ SOTO, Jorge, *Derecho Administrativo General*, Santiago, Editorial Legal Publishing Abeledo Perrot, 2010.
- BERMÚDEZ SOTO, Jorge, “Elementos para definir las sanciones administrativas”, en *Revista Chilena del Derecho*, N° especial, Santiago, 1998.
- BORDALÍ SALAMANCA, Andrés, “Aspectos procesales de la Ley N° 20.285, Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado, Informe en Derecho”. Disponible en www.consejotransparencia.cl/transparencia_activa/RESPUESTASAI/S296.pdf [fecha de consulta: 15 de agosto de 2017].
- CAMACHO CÉPEDA, Gladys, “La Contraloría General y el control a las infracciones a la transparencia”, en *CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. 85 años de vida institucional (1927-2012)*, Santiago, CGR, 2012.
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel Ángel, “La potestad sancionadora del Consejo para la Transparencia”, en Pablo ALARCÓN JAÑA y Jaime ARANCIBIA MATTAR, *Sanciones administrativas*, Santiago, Editorial Legal Publishing, 2014.
- GALLEGO ANABITARTE, Alfredo y Ángel MENÉNDEZ REXACH, *Acto y procedimiento administrativo*, Madrid, Editorial Marcial Pons, 2001.
- GARRIDO FALLA, Fernando, Alberto PALOMAR OLMEDA y Herminio LOSADA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho Administrativo*, 15ª ed., Madrid, Editorial Tecnos, 2010.
- GÓMEZ TOMILLO, Manuel e Íñigo SANZ RUBIALES, *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General. Teoría general y práctica del Derecho Penal Administrativo*, 2ª ed., Pamplona, Aranzadi, 2013.
- HUERGO LORA, Alejandro, *Las sanciones administrativas*, Madrid, Iustel, 2007.
- PAREJO ALFONSO, Luciano, *Lecciones de Derecho Administrativo*, 7ª ed., Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, 2014.
- PEMÁN GAVÍN, Ignacio, *El sistema sancionador Español*, Barcelona, Editorial Cedecs, 2000.
- RAJEVIC MOSLER, Enrique, “El Consejo para la Transparencia como “Administración Independiente””, en Raúl LETELIER WARTENBERG y Enrique RAJEVIC MOSLER, *Transparencia en la Administración Pública*, Santiago, Abeledo Perrot, 2009.
- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho Administrativo, Parte General*, 11ª ed., Madrid, Editorial Tecnos, 2015.

NORMAS CITADAS

Ley N° 20.285, sobre Transparencia y Acceso a la Información Pública.

Ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo.

Ley N° 10.336, Orgánico Constitucional de la Contraloría General de la República.

JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVA

CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA, oficio N° 2962, 20 de agosto de 2012.

CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA, oficio N° 3741, 10 de octubre de 2012.

CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA, oficio N° 2392, 17 de junio de 2013.

CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA, oficio N° 4775, 25 de agosto de 2014.

CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA, oficio N° 6787, 24 de noviembre de 2014.

CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA, oficio N° 6527, 1 de julio de 2016.

CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA, resolución N° 443, 19 de julio de 2016.

CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA, resolución N° 542, 2 de septiembre de 2016.

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, resolución N° 1576-2016. 6 de abril de 2016.

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, resolución N° 77101-2016. 20 de octubre de 2016.

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, sentencia rol N° 105.398-2016.

CORTE SUPREMA, sentencia rol 99.873-2016.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia rol N° 144.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia rol N° 239.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia rol N° 244.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia rol N° 479.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia rol N° 480.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia rol N° 639.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia rol N° 1518

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia rol N° 2264.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia rol N° 2364.

Estudios sobre Filosofía política

IL BENE E IL GIUSTO: QUALE RELAZIONE?

WHAT IS GOOD AND WHAT IS RIGHT: WHAT RELATIONSHIP?

*Giovanni Turco**

Riassunto

Il testo pone a tema la relazione tra il giusto e il bene, in prospettiva giuridico-politica. Questa costituisce una questione permanente –posta sia dal vivo dell’esperienza sia dalla riflessione dottrinale e filosofica– rispetto alla quale il giurista è ineludibilmente sollecitato a pronunciarsi. Si tratta di intendere tanto la sostanza dei due termini, quanto la priorità essenziale dell’uno rispetto all’altro. Nella linea della modernità (esemplarmente, a partire da Thomas Hobbes) entrambe le nozioni sono positivizzate ed immanentizzate. Il bene diviene il risultato del giusto, e questo è inteso come effetto del volere in atto del legislatore. La questione è stata recentemente riconsiderata sia da William Ross sia da Jürgen Habermas. Nel pensiero classico il problema emerge nitidamente già nella Repubblica di Platone, e trova poi particolare sviluppo nella trattazione di Tommaso d’Aquino. Prolungandosi con Antonio Rosmini e oltre. In questa prospettiva il bene, realisticamente inteso, è fondamento, criterio e sostanza del giusto.

Parole chiave: Bene; giusto; legge; giustizia; restituzione;

Abstract

The text focuses on the relationship between what is right and what is good, from a legal-political perspective. The latter represents an age-old question –posed both by the reality of lived experience as well as by doctrinal and philosophical thought– with respect to which the jurist is inescapably compelled to pronounce himself. It is a matter of understanding both the substance of the two terms and the essential priority of one with respect to the other. In the line of modernity (notably, starting from

* Doctor en Filosofía. Profesor de la Universidad de Udine. Artículo recibido el 13 de diciembre de 2017 y aceptado para su publicación el 6 de marzo de 2018. Correo electrónico: giovanni.turco@uniud.it

Thomas Hobbes) both concepts are made positive and immanent. What is good becomes the outcome of what is right, and this is understood as the effect of the legislator implementing his will. The issue has recently been reconsidered by both William Ross and Jürgen Habermas. In classical thought the problem emerges clearly in the Republic of Plato, and then finds particular development in the treatment of Thomas Aquinas. It is subsequently dealt with by Antonio Rosmini and beyond. In this perspective, what is good, realistically intended, is the foundation, criterion and substance of what is right.

Keywords: Good; right; law; justice; restoration.

1. *Un problema ineludibile debería estar en italiano??*

La questione della relazione tra bene e giusto ha un rilievo essenziale, perciò risulta imprescindibile sotto il profilo filosofico-giuridico. Non solo essa si staglia con inconfondibile nitore in una prospettiva giusnaturalistica (classica o realistica), ma si palesa ineliminabile, in considerazione della problematicità che l'esperienza presenta alla riflessione filosofica. Si tratta di un campo euristico che emerge in riferimento a dati sostanziali, concettualmente irriducibili. Al di là di ogni riduzionismo empiristico o formalistico, che sia. Proprio in quanto tale, è stato oggetto di attenzione fin dagli albori del percorso (diacronico) del pensiero giusfilosofico.

Tale rapporto è suscettibile di tematizzazione in dipendenza della considerazione dei termini della relazione stessa, nonché dalla consistenza propria di ciascuno di essi. Donde connessioni di priorità o di posteriorità, di originarietà o di derivabilità. E, contestualmente, di distinzione o di separazione, di correlazione o di esclusione. La ricorrenza della questione, anche in interventi ben diversi per impostazione e per contesto, testimonia viepiù l'ineludibilità del problema, nonché l'istanza della sua indagine (che sollecita tutto l'ambito della filosofia pratica, da quella morale a quella giuridico-politica).

2. *L'immanentizzazione del giusto e del bene*

Allorché del diritto viene ridotto alla legge (positiva), da cui sarebbe stabilito il giusto e l'ingiusto, nonché il bene ed il male, questi risultano configurati come variabili, per se stesse mutevoli e provvisorie. Il volere in atto del legislatore sarebbe per se stesso istitutivo del giusto e del bene,

almeno nella sfera pubblica (la quale, nella prospettiva moderna, è fissata dal sovrano, cioè dallo Stato o da ciò che ne assume le funzioni, restando al contempo questi “al di là del bene e del male”). In tal senso il giusto, come statuizione efficace, precederebbe il bene come suo contenuto operativo.

Esemplarmente, secondo Thomas Hobbes, il giusto corrisponde alla negazione dell’ingiusto. Questo, in assenza di un patto previo non dà, mentre una volta stipulato il patto sociale l’ingiustizia non è altro se non l’inadempimento del patto¹ (e tutto ciò che da questo consegue). Mentre nello stato di natura non vi è né giusto né ingiusto², queste nozioni nello “stato civile” sono un effetto della legge. Questa, infatti, è “per ogni suddito l’insieme delle norme che [...] lo Stato gli ha ordinato di applicare per distinguere il diritto dal torto”³, cioè il giusto dall’ingiusto.

A parere di Thomas Hobbes, il bene, per se stesso, corrisponde a ciò che piace (ed il male a ciò che dispiace)⁴. È null’altro se non un nome, che indica ciò verso cui si prova attrazione⁵. Tale nome è parimenti denotativo, allorché il suddito assume come criterio ciò che piace al sovrano (ovvero allo Stato), così come manifestatogli attraverso la legge. Donde la molteplicità delle nozioni di bene sotto il profilo individuale –nello stato di natura, nonché là dove questo in qualche modo si ripresenti– e l’unità di esse nello stato civile, dove è il potere supremo a stabilire “cosa [sia] bene e cosa male”⁷.

In questa visuale, il giusto ed il bene, non ineriscono all’essere, ma afferiscono al sembrare. Non sono qualcosa di originario, ma di posto, rispettivamente da ciascuno nello stato di natura e dal sovrano nello stato civile. Né l’uno né l’altro hanno consistenza propria. Non sono misura obiettiva del giudizio e della volizione. Piuttosto essi vi sono immanenti, quali altrettante variabili. Il bene è derivato come effetto del desiderio

¹ Thomas HOBBS, *Leviathan*, p. 116.

² Nel supposto stato di natura, “le nozioni di diritto e torto, di giustizia e di ingiustizia non vi hanno luogo. Laddove non esiste un potere comune, non esiste legge; dove non vi è legge non vi è ingiustizia”, *op. cit.*, p. 103.

³ *Op. cit.*, p. 219 (corsivo del testo).

⁴ “Tutto ciò che sembra bene, è piacevole, e si riferisce agli organi o all’animo». Thomas HOBBS, *Elementa philosophica de cive*, p. 21. Parimenti “tutte le cose che uno vuole, proprio in quanto le vuole, gli sembrano buone”, *op. cit.*, p. 25.

⁵ Thomas Hobbes sostiene: “ogni uomo [...] chiama ciò che gli piace ed è per lui dilettevole, bene; e male ciò che gli dispiace [...] così chiamiamo bontà o cattiveria le qualità che ci piacciono o ci dispiacciono”. Thomas HOBBS, *Elements of Law Natural and Politic*, pp. 50-51.

⁶ Tale disparità deriva –secondo Hobbes– dalla sensibilità, ovvero dalla “costituzione fisica”, *op. cit.*, p. 50.

⁷ HOBBS, *Elementa...*, *op. cit.*, p. 76.

(dove sorge il volere). Talché può dirsi prodotto dal volere-voluto (perciò chiamato giusto)⁸.

Per Baruch Spinoza il giusto è determinato dalla volontà del potere supremo, giacché per natura “ha il supremo diritto su tutti colui che ha la suprema potestà”⁹. Donde, sulla base del supposto patto costituente, “la suprema potestà non è obbligata da nessuna legge, mentre invece tutti devono ubbidire ad essa”¹⁰. Il giusto (come il torto) esiste solo nello stato civile, ed è stabilito ad arbitrio del potere supremo. A giudizio di Baruch Spinoza, infatti:

“chiunque abbia la suprema potestà –sia uno, siano pochi, siano, infine, tutti– è certo che a lui compete il supremo diritto di comandare ciò che vuole”¹¹.

Così, la libertà che coincide, nello stato di natura, con il bene, cioè con la liceità di fare tutto ciò che piace, nello stato civile si traduce nell’assoluta osservanza delle leggi. Queste determinano per ciascuno la libertà. Il bene è dato dalla conformità ad esse, in quanto la misura del lecito (e dell’illecito) è fissata dai poteri supremi, cui “tutto è lecito [omnia licent]”¹².

Analogamente, secondo Jean-Jacques Rousseau, la giustizia è propria solo dello stato civile, come la moralità deriva esclusivamente da questo. Con il costituirsi del corpo politico (ovvero dello Stato), in seguito al contratto sociale, tanto il giusto quanto il bene non solo si profilano, ma propriamente da esso sono istituiti¹³. Il cittadino ne riceve in qualche modo “la sua vita e il suo essere”¹⁴ e parimenti “un’esistenza parziale e morale”¹⁵. Sicché tanto il giusto quanto il bene sono resi tali dalla volontà generale, che ha un “potere assoluto” ed è presupposta come “sempre retta”¹⁶.

⁸ Thomas HOBBS, *A dialogue between a philosopher and a student of common laws of England*, pp. 404-419.

⁹ Baruch SPINOZA, *Tractatus Theologico-politicus*, p. 527.

¹⁰ *Op. cit.*, p. 529.

¹¹ *Op. cit.*, p. 535. Ne deriva che “chiunque spontaneamente o costretto con la forza, abbia trasferito ad un altro il potere di difendersi, ha ceduto completamente a lui il suo diritto naturale, e, di conseguenza, ha deciso di ubbidirgli perfettamente in ogni cosa”, *Ibid.*

¹² *Op. cit.*, p. 537.

¹³ “Il passaggio dallo stato di natura allo stato civile provoca nell’uomo un mutamento assai considerevole, sostituendo nella sua condotta la giustizia all’istinto, e conferendo alle sue azioni quella moralità di cui erano prive. Allora soltanto [...] si vede obbligato [...] a consultare la sua ragione prima di dare ascolto alle sue inclinazioni”. Jean-Jacques ROUSSEAU, *Du contrat social, ou Principes de droit politique*, p. 41.

¹⁴ *Op. cit.*, p. 63.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ *Op. cit.*, p. 53.

Questa si esprime attraverso la legge, da cui sono fissati “tutti i diritti”¹⁷, e senza cui non vi sono diritti. In definitiva, la legalità risulta istitutrice e regolatrice della moralità.

Nella visione di Georg Hegel, il giusto, stabilito come tale dal Diritto, costituisce una tappa di autoattuazione dell’Idea, la quale, se da una parte coincide con il bene, dall’altra nel suo svolgimento dà a questo la necessaria obiettivazione positiva. In questa visuale il diritto (e così il giusto) giunge a coincidere con la sua positivizzazione: “il generale, il Diritto è positivo”¹⁸. Il sistema giuridico è il regno della libertà realizzata, ovvero dello Spirito come libertà, che attua se medesimo. Si tratta, quindi, del “mondo dello Spirito” prodotto dallo Spirito stesso¹⁹. A sua volta, il bene, per se stesso, è inteso come “l’Idea in quanto unità [...] del concetto della volontà e [...] della volontà particolare”²⁰.

Di modo che sia il bene sia il giusto, sono immanenti allo svolgimento dialettico dello Spirito, si danno come coincidenti con esso, secondo i diversi momenti del divenire, ed al contempo ne costituiscono un risultato, come tale sempre superabile e da superarsi. Dove la priorità del giusto sul bene corrisponde ad una precedenza nel processo di obiettivazione della totalità diveniente.

In una visione d’insieme, quindi, può essere rilevato che nell’alveo della modernità (categorialmente intesa) tanto il bene quanto il giusto costituiscono una variabile immanente. Si presentano come effetti dell’attività e del processo, in cui si risolve l’autoattuazione del potere sovrano (variamente teorizzato e giustificato). Rispetto alla norma, il giusto (piuttosto che criterio) appare come derivazione immediata, mentre il bene (altrimenti che sostanza) risulta una espressione mediata. Al di fuori di tale unificazione non vi sarebbe se non la dispersione dei pareri ed il conflitto degli obiettivi.

Di conseguenza tanto il bene quanto il giusto non possono che risultare desostanzializzati. La loro immanentizzazione equivale alla loro effettualizzazione, e questa alla loro fenomenizzazione. In tal senso la loro obiettività risulta dissolta. Il prevalere del giusto sul bene, corrisponde al primato della legge come espressione del potere del legislatore sovrano (con il primato del “pubblico” sul “privato”). Parimenti il bene non costituirebbe se non il fine in vista, sorto dal volere del sovrano (ovvero dello Stato) o, in assenza di questo, dell’arbitrio individuale.

¹⁷ ROUSSEAU, *op. cit.*, p. 58.

¹⁸ Georg Wilhelm Friedrich HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, p. 77.

¹⁹ *Op. cit.*, p. 87.

²⁰ *Op. cit.*, p. 251.

3. Giusto e bene dalla modernità alla postmodernità

La riflessione sulla relazione tra giusto e bene, con la crisi e le metamorfosi delle teorie della sovranità, ha incontrato nuovi stimoli e tentato diversi percorsi, che, se da una parte segnalano l'attualità del tema, dall'altra presentano ulteriori sbocchi problematici.

In una visuale analitica (e intuizionistica) tale rapporto è stato tematizzato da William Ross²¹. In questa prospettiva il giusto ed il bene non risultano in nessun caso assimilabili. Il primo indica un atto come tale dovuto o obbligato, il secondo un'azione che è (positivamente) valida nell'ordine morale²². Il giusto si riferisce a ciò che è stato compiuto, al contenuto realizzato dell'atto (e dall'atto)²³; il bene rinvia al motivo per cui un'azione è stata compiuta. Il bene afferisce all'agire: il "moralmente buono" è sospeso ai "motivi"²⁴. Il bene ha un carattere esclusivamente interiore²⁵: deriva da un determinato tipo di desiderio (benefico)²⁶. Secondo la terminologia di Ross, il giusto è proprio dell'atto ed il bene dell'azione.

Il giusto costituirebbe una nozione "irriducibile"²⁷. Sicché la qualificazione di giustezza di certi atti risulterebbe "autoevidente"²⁸. La mente umana –afferma William Ross– ha "un'intuizione a priori di certi principi generali della moralità"²⁹. Il giusto non si identificherebbe con il

²¹ William David ROSS, *The Right and the Good*. Sul pensiero che vi si delinea, Ricardo FANCIULLACCI, "L'ordine del bene, l'ordine del giusto e il soggetto pratico. Visione e opacità in etica tra Moore, Ross e Murdoch", pp. 1-36.

²² ROSS, *op. cit.*, pp. 7-8.

²³ Tale va considerato l'atto in se stesso, e non semplicemente nelle sue conseguenze, *op. cit.*, p. 58.

²⁴ *Op. cit.*, p. 182.

²⁵ *Op. cit.*, p. 186. La bontà (morale) sarebbe verificata dalla "forza della devozione al dovere", *ibid.*

²⁶ *Op. cit.*, p. 187. Si tratta del "desiderio di compiere il proprio dovere", *ibid.*, del "desiderio di portare all'esistenza qualcosa di buono", *ibid.*, e del "desiderio di procurare qualche piacere, o di evitare qualche dolore, ad un altro essere", *ibid.*

²⁷ *Op. cit.*, p. 18. Esso (come il bene) è anche corrvivamente definito come "semplice" e "indefinibile".

²⁸ *Op. cit.*, p. 19. Tale "autoevidenza", però, è affermata sul presupposto per cui essa dovrebbe risultare a "menti che abbiano raggiunto il necessario grado di maturità", *ibid.* Onde l'evidenza del giusto presupporrebbe (circularmente) l'evidenza della "maturità", recata necessariamente dal passaggio da una generazione all'altra, nonché l'evidenza stessa della "maturità". Cosa che risulta –a ben vedere– tutt'altro che evidente. Senza contare che, la stessa "evoluzione storica" potrebbe sempre spostare in avanti la "maturità", senza che un possibile approdo "evolutivo" possa mai risultare evidente, in costanza dello stesso mutamento.

²⁹ *Op. cit.*, p. 21. In questo quadro, "vi è un sistema della verità morale, oggettivo come ogni verità dev'essere, di cui siamo interessati a scoprire l'esistenza e le caratteristiche", *ibid.*

(positivamente) prescritto o comandato, quanto alle leggi in vigore o ai costumi praticati³⁰.

Lungo la traiettoria di questa elaborazione (peraltro derivante da un'analisi essenzialmente empirica), affinché un'azione sia giusta occorre che partecipi del giusto secondo la totalità delle sue caratteristiche (moralmente rilevanti). Ma non ogni atto doveroso (quindi, giusto) lo è per la stessa ragione³¹. Un "dovere *prima facie*" deriverebbe anzitutto da una "promessa"; al contempo sarebbe tale anche il "dovere di migliorare se stessi", il "dovere di non maleficenza", nonché la "promozione del benessere generale"³². Anche questo tipo di doveri sarebbe "autoevidente"³³.

Sul presupposto (indimostrato) della separabilità tra intenzione (o motivo) e realizzazione nell'agire, per Ross il bene ed il giusto sono l'uno indipendente dall'altro³⁴ e possono trovarsi addirittura in opposizione (tale che il rinvio all'uno escluda l'altro, e viceversa). Al punto che

"il compiere un atto giusto può essere un'azione moralmente cattiva e che il compiere un atto sbagliato può essere un'azione moralmente buona"³⁵.

Quindi ciò che è giusti non è coestensivo a ciò che rende buoni, né il secondo è il fondamento del primo (o lo include)³⁶.

Secondo questa impostazione, ogni atto "considerati certi aspetti, sarà *prima facie* giusto e, considerati certi altri, *prima facie* sbagliato"³⁷. Nel complesso, un atto giusto sarà determinato da una differenza algebrica tra aspetti qualificanti in alternativa³⁸, senza che si possa individuare una

³⁰ William Ross fa osservare che "fra l'essere vietato dalla comunità e l'esser sbagliato non c'è alcuna connessione necessaria", *op. cit.*, p. 20.

³¹ *Op. cit.*, p. 32.

³² *Op. cit.*, p. 58. Secondo William Ross i principali doveri sono quelli "di riparazione, di gratitudine, di giustizia, di beneficenza e di miglioramento di sé", *op. cit.*, p. 189.

³³ *Op. cit.*, p. 38.

³⁴ *Op. cit.*, p. 182.

³⁵ *Op. cit.*, p. 12. William Ross ribadisce apoditticamente che "un'azione moralmente buona non è necessariamente il compimento di un atto giusto, e il compimento di un atto giusto non è necessariamente un'azione moralmente buona", *op. cit.*, p. 182.

³⁶ *Op. cit.*, pp. 46-49. Senza offrire elementi probativi, William Ross afferma: "anche quando abbiamo un obbligo speciale, la tendenza degli atti a promuovere il bene generale è uno dei fattori principali nel decidere se essi siano giusti", *op. cit.*, p. 49. Peraltro, tale tesi non risulta affatto coerente con quanto affermato in precedenza.

³⁷ *Op. cit.*, p. 53.

³⁸ Il che val quanto dire –finendo per dare all'intuizione un contenuto meramente operativo– "il miglior saldo di giustizia *prima facie*, per gli aspetti per cui essi sono *prima facie* giusti, rispetto al loro esser *prima facie* sbagliati", *op. cit.*, p. 52.

“regola generale”³⁹ per la valutazione della cogenza normativa dei diversi “doveri *prima facie*”.

Diversamente, in una prospettiva proceduralista, per Jürgen Habermas il giusto afferisce al campo della morale, il che equivale, in questa visuale, al pari trattamento degli interessi di tutti. Mentre il bene è ricondotto al dominio dell’etica, il cui punto di vista si riferisce a ciò che è buono per un certo gruppo di soggetti, in quanto appartenenti ad una determinata comunità⁴⁰. La morale esprime il giusto come proprio punto di vista: il che si traduce nella generalizzabilità degli interessi in gioco (trattati in modo imparziale). A sua volta, l’etica ha nel bene il fulcro della sua considerazione, ove il bene deriva dall’autocomprensione di una particolare comunità⁴¹.

Il bene, quindi, non costituisce il criterio della morale; né il giusto appartiene, specificamente, al campo del giuridico. Questo, invece, trova attuazione nella legge, la quale ha legittimazione non in un dato intrinseco e sostanziale, ma nella democraticità della procedura adottata per la produzione delle norme⁴². Le norme giuridiche, per Habermas, “hanno sempre un carattere artificiale”⁴³. In tale contesto la legittimità equivale a democraticità della prassi deliberativa, ovvero del processo discorsivo pubblico (istituzionalizzato, proceduralizzato e operazionalizzabile).

In questa prospettiva –come è stato evidenziato– “il dialogo che si sviluppa nell’opinione pubblica ragionante è l’unico metro di legittimità per le leggi pubbliche”⁴⁴. Il “principio di discorso”, a sua volta, si basa “nei simmetrici rapporti di riconoscimento caratterizzanti forme di vita comunicativamente strutturate”⁴⁵. In questo senso, può dirsi che la legittimazione equivale, in definitiva, ad una autolegittimazione⁴⁶.

³⁹ ROSS, *op. cit.*

⁴⁰ Jürgen HABERMAS, *Die Einbeziehung des Anderen. Studien zur politischen Theorie*, p. 39.

⁴¹ Jürgen HABERMAS, *Replik auf Beiträge zu einem Symposium der Cardozo Law School*, p. 21.

⁴² Essa è intesa come una “prassi d’autodeterminazione”, Jürgen HABERMAS, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaat*, p. 134.

⁴³ *Op. cit.*, p. 135.

⁴⁴ Stefano PETRUCCIANI, *Etica del discorso e democrazia*, p. 41.

⁴⁵ HABERMAS, *Faktizität...*, *op. cit.*, p. 133.

⁴⁶ “Il principio morale deriva dalla specificazione del principio universale di discorso per norme giustificabili *unicamente* nella prospettiva d’una paritaria considerazione degli interessi. Il principio democratico nasce invece dalla corrispondente specificazione del principio di discorso per norme che si presentano in forma giuridica e si giustificano tramite ragioni pragmatiche, etico-politiche e morali”, *op. cit.*, p. 132.

La validità della procedura dialogica, va assunta previamente, sulla base di ciò a cui ciascuno dei partecipanti alla discussione potrebbe dare il suo assenso. Rispetto a questo, ciò che è legittimo non è un *prius*, ma è un *posterius*. In ultima istanza, la legittimazione si attua attraverso il consenso⁴⁷, sulla premessa dell'universalizzabilità degli effetti della norma (con pari, o imparziale, trattamento degli interessi e delle pretese di ciascuno). Questi, come tali, non potranno che avere un'esistenza provvisoria ed un contenuto variabili.

In questa prospettiva, le norme di azione, "ramificate" in norme morali e norme giuridiche, sono derivate dalla prassi discorsiva, per cui "sono valide soltanto le norme d'azione che tutti i potenziali interessati potrebbero approvare partecipando a discorsi razionali"⁴⁸. Tanto il giusto quanto il bene, appaiono come risultati dell'agire comunicativo, resi effettivi dalla prassi deliberativa.

Al contempo, i valori non hanno alcuna assolutezza, ma "vanno intesi come preferenze intersoggettivamente condivise"⁴⁹. Essi hanno, perciò, un carattere situazionale ed effettuale⁵⁰. Per Jürgen Habermas i valori, per se stessi, hanno carattere teleologico, come il bene⁵¹, e gli orientamenti di valore, a loro volta, vanno giudicati da un punto di vista etico, per il quale "la giustizia è ridotta a un valore come tutti gli altri"⁵². Onde tale connotazione risulta appropriata anche al giusto (in quanto tale).

Propriamente, per Jürgen Habermas, "il principio morale opera sul piano della costituzione *interna* d'un determinato gioco argomentativo"⁵³. Le norme morali regolano "relazioni e conflitti" tra soggetti che "si riconoscono mutuamente"⁵⁴, al di là di ogni pretesa di verità⁵⁵. Mentre le questioni

⁴⁷ Jürgen Habermas scrive: "possono pretendere validità soltanto quelle norme che trovano (o possono trovare) il consenso di tutti i soggetti coinvolti quali partecipanti a un discorso pratico". JÜRGEN HABERMAS, *Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln*, p. 103.

⁴⁸ HABERMAS, *Faktizität...*, *op. cit.*, p. 131. Per "discorso razionale" va assunto "qualsiasi tentativo d'intesa circa problematiche pretese di validità, purché avvenga in base a condizioni comunicative tali che consentano [...] di mettere liberamente sotto processo temi e contributi, informazioni e ragioni", *op. cit.*, p. 132.

⁴⁹ *Op. cit.*, p. 303.

⁵⁰ "L'attrattività dei valori ha [...] il senso relativo di una stima di beni che, in determinate culture e forme di vita, è stato ereditato oppure è stato adottato", *op. cit.*, p. 304; "Di per sé, infatti, ogni valore è particolare quanto gli altri", *op. cit.*, p. 308.

⁵¹ Quanto alla relatività del modo in cui intende il bene, Habermas scrive che "dalla prospettiva dell'osservatore nessuno può mai stabilire che cosa una certa persona debba effettivamente ritenere per buono". HABERMAS, *Die Einbeziehung...*, *op. cit.*, p. 43.

⁵² *Op. cit.*, p. 41.

⁵³ HABERMAS, *Faktizität...*, *op. cit.*, p. 135.

⁵⁴ *Op. cit.*, p. 137.

⁵⁵ Per Jürgen Habermas "alle pretese di validità morale manca il riferimento al mondo oggettivo caratteristico delle pretese di verità. Con ciò esse sono private di un punto di

etiche riguardano il modo di concepire la “vita buona”. Il giudizio che le riguarda si commisura

“all’autocomprensione e ai progetti di vita di gruppi particolari, dunque a ciò che dal *loro* punto di vista viene complessivamente visto come qualcosa di ‘buono per noi’”⁵⁶.

Esse sono diverse, dunque, dalle questioni di giustizia. I problemi etici, difatti, corrispondono a questioni di “autochiarimento”⁵⁷ (di ciò che singoli o collettività vorrebbero essere). Queste ultime vertono su “quale regola corrisponda all’uguale interesse di tutti i coinvolti”⁵⁸. Esse non possono che essere intese che a partire da una “determinata concezione di sé e del mondo”⁵⁹. Quanto, poi, alla prassi legislativa, secondo Habermas, “la parte del leone la fanno in ogni caso i compromessi”⁶⁰.

I “progetti di vita” avrebbero un carattere verticale, mentre i rapporti interpersonali un carattere orizzontale. Sotto questo orizzonte emerge la priorità del giusto sul bene. In assenza di tale priorità, “non può neppure esistere una concezione eticamente neutrale della giustizia”⁶¹, sulla cui premessa equiparare legalmente le più diverse visioni del mondo. Il rapporto tra giusto e bene non è neppure riconducibile a una relazione di forma e contenuto⁶². Piuttosto, “il bene che troviamo alla fine sussunto nel giusto è la stessa forma generale di una eticità intersoggettivamente condivisa”⁶³.

Altresi, secondo una prospettiva contrattualista, a parere di John Rawls, tra giusto e bene, pur nella anteriorità del primo rispetto al secondo, si danno inevitabili contrasti, il cui superamento non può intravedersi se non sotto il profilo convenzionalistico della prassi. Tra i due termini si

riferimento trascendente la giustificazione”. Jürgen HABERMAS, *Wahrheit und Rechtfertigung. Philosophische Aufsätze*, p. 288. In tal senso il discorso morale rivela un carattere (non teoretico, ma) operativo: “la validità di giudizi morali si misura sulla natura inclusiva di un accordo normativo raggiunto tra parti in conflitto”, *op. cit.*, p. 292.

⁵⁶ Jürgen HABERMAS, “Kampf um Anerkennung im demokratischen Rechtsstaat”, pp. 80-81.

⁵⁷ HABERMAS, *Replik...*, *op. cit.*, p. 21.

⁵⁸ *Ibid.* La morale, che di esse si occupa, resta “una forma di sapere culturale”. HABERMAS, *Faktizität...*, *op. cit.*, p. 131.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 23. A tal fine è richiesto una prassi discorsiva di “allargamento dell’orizzonte”, *op. cit.*, p. 24 e di “decentramento sempre più ampio delle diverse prospettive”, *ibid.*, che però non va al di là di un “punto di vista morale presuntivamente comune”, *ibid.*

⁶⁰ HABERMAS, *Faktizität...*, *op. cit.*, p. 336.

⁶¹ HABERMAS, *Die Einbeziehung...*, *op. cit.*, p. 41.

⁶² *Op. cit.*, p. 43.

⁶³ *Op. cit.*, p. 44.

a qué obra hace referencia el ibid??

registra una evidente eterogeneità, anzi si danno tre ordini di differenze (o meglio di contrasti). E la priorità del giusto sul bene ha origine dalla teoria medesima⁶⁴.

In questa visuale, “i principi di giustizia (e i principi di giusto in generale) sono quelli che verrebbero scelti nella posizione originaria”⁶⁵. Il giusto, quindi, non è dato obiettivamente *in re*, ma è inteso come effetto contingente⁶⁶. Sulla premessa della sua assunzione come obiettivo, il bene potrà avere un contenuto variabile, in relazione alle preferenze individuali. Così,

“una volta che i principi di giustizia sono stati scelti [...] non c’è alcun bisogno di proporre una descrizione del bene che imponga l’unanimità su tutti gli standard della scelta razionale”⁶⁷.

Per John Rawls, mentre è opportuno che la determinazione del giusto sia stabilita come vincolante per tutti⁶⁸, è invece preferibile che “che le concezioni che gli individui hanno del loro bene differiscano tra loro in maniera significativa”⁶⁹. Si tratta di un secondo aspetto di contrasto tra giusto e bene. I motivi che richiedono l’accordo in materia di giustizia non rilevano nel campo dei giudizi di valore. In questa concezione il bene si identifica con gli obiettivi prefissati da ciascuno.

Così, mentre il giusto sarebbe riservato al campo legale-giudiziario, il bene appartarrebbe all’ambito dell’opinione (più o meno diffusamente condivisa). Le diverse opinioni sul bene sono generalmente considerate solo come consigli. Anche se la tesi che esprime John Rawls sul bene, non si presenta come opinabile né come consiglio. Anzi, egli sentenzia che “questa varietà di concezioni del bene è una buona cosa in se stessa”⁷⁰.

Infine, il giusto e il bene differiscono tra loro, in quanto

⁶⁴ John RAWLS, *A Theory of Justice*, p. 371, intende qui la “giustizia come equità”, secondo il significato che l’espressione assume nell’ambito della sua stessa teorizzazione.

⁶⁵ *Op. cit.*, p. 367.

⁶⁶ La concezione contrattualista del giusto rinvia alla approvazione di uno spettatore razionale e imparziale nei confronti di un sistema sociale “se e solo se esso soddisfa i principi di giustizia che verrebbero adottati nello schema contrattualista”, *op. cit.*, p. 162.

⁶⁷ *Op. cit.*, p. 368.

⁶⁸ Nel campo della giustizia l’uniformità è richiesta, per John Rawls, non solo quanto ai principi generali ma anche quanto alla loro applicazione ai casi particolari, in vista dell’obiettivo pragmatico di “determinare un ordinamento definitivo di pretese conflittuali”, *op. cit.*, p. 369.

⁶⁹ *Op. cit.*, p. 368.

⁷⁰ *Ibid.*

“numerose applicazioni dei principi di giustizia sono limitate dal velo di ignoranza, laddove la valutazione del bene di una persona può avvalersi di una completa conoscenza dei fatti”⁷¹.

Anche in questo caso il bene non si colloca sul piano dei principi, ma su quello meramente empirico, visto che ogni concezione individuale del bene va “conciliata” con la “situazione particolare” (onde la situazione è posta come regolativa del bene, piuttosto che viceversa).

In questa visuale, il giusto e il bene risultano reciprocamente estranei⁷², dacché il primo afferisce alla sfera pubblica (contrattualisticamente intesa) ed il secondo a quella privata (individualisticamente concepita). In definitiva, entrambi sarebbero il risultato di assunzioni, ovvero di altrettante posizioni. Il primo sarebbe unificato dal consenso istituzionalizzato, il secondo si diversificherebbe secondo le sue molteplici concezioni. Il primo sarebbe convenzionalmente immunizzabile, il secondo sarebbe irriducibilmente esclusivo. Il primato del giusto corrisponde al primato della legalità liberale (istituita su basi contrattualistiche), ritenuta capace di assicurare la coesistenza degli individui⁷³, presupposto il “consenso per intersezione” (teorizzato da John Rawls).

In modo, almeno per certi versi, analogo, secondo un’impostazione politologica, espressa da Nadia Urbinati, il giusto riguarda le azioni compiute e giudicate in relazione al diritto positivo (secondo i limiti imposti da questo). Il giusto corrisponde ad un “giudizio sulle azioni ispirato dal rispetto dei diritti”⁷⁴. In conformità a tale accezione, esso “prescinde dalle motivazioni soggettive dell’agire”⁷⁵, quindi esclude la valutazione dei fini delle azioni. Proprio la sua avalutatività costituisce

⁷¹ RAWLS, *op. cit.*, p. 369.

⁷² Come è stato evidenziato, nella impostazione del liberalismo di John Rawls, “l’idea di fondo consiste nello scindere in due parti la moralità degli individui. Da un lato, ci sarebbe la moralità delle persone nella loro integrità, che poggia su profonde basi etiche o religiose e fa capo alle diverse dottrine comprensive. Dall’altro lato, ci sarebbe un più ristretta moralità istituzionale, che riguarda i cittadini piuttosto che le persone, senza essere radicata nelle profondità etiche o religiose di ciascuno, bensì fondata sulla lealtà di tutti i cittadini nei confronti del sistema politico-istituzionale entro cui vivono la loro vita pubblica. [...] I conflitti che sorgono a proposito del bene – a parere di Rawls [...] – sono separati e diversi rispetto a quelli che riguardano la giustizia. E si può anche dire che questo è il modo in cui si rivela normalmente la priorità del giusto sul bene”. Sebastiano MAFFETTONI, *Liberalismo e pluralismo politico*, pp. 88-90.

⁷³ A riguardo è stato rilevato che “una soluzione di questo tipo va incontro per lo meno a tre tipi di difficoltà. In primo luogo, non è mai del tutto chiaro se e come la giustizia sia relativamente indipendente dalle concezioni del bene”, *op. cit.*, p. 89.

⁷⁴ Nadia URBINATI, *Il bene e il giusto*, p. 8.

⁷⁵ *Ibid.*

“una condizione per il rispetto della pluralità dei fini e delle interpretazioni sul bene, anzi, per la possibilità di avere visioni diverse del bene”⁷⁶,

inteso come rispetto della libertà negativa (la “libertà da”). Di modo che il giusto è teorizzato, in fondo, come neutrale⁷⁷ di fronte alle diverse concezioni del bene⁷⁸. Il diritto (quindi, il “giusto”) supporrebbe, così, non la comunanza, ma l’estraneità⁷⁹ (tra i diversi soggetti).

Viceversa, il bene è inteso come riferito unicamente alla finalità soggettiva dell’azione⁸⁰. Si tratta dello scopo posto come opzione, nello spazio della libertà individuale. Come tale inobiettivabile e sottratto ad una valutazione che trascenda la condivisione o l’antagonismo. L’ambito del bene risulta essere, così, quello (autoreferenziale) dell’individuo (o del gruppo).

In quest’ottica, non è anomalo (o “problematico”) che il bene ed il giusto possano opporsi reciprocamente, ovvero relazionarsi in modo antagonistico⁸¹. La loro “tensione” è considerata “necessaria [...] anzi benefica”⁸², al punto che “l’uno opera quando l’altro è debole”⁸³. Di un eventuale conflitto sarebbe responsabile la pretesa di far prevalere il bene come criterio del giusto⁸⁴. Con la subordinazione del secondo al primo, sarebbe vanificata la funzione stessa del diritto (che, secondo questa impostazione, “è quella di proteggerci nella nostra diversità di opinione sul bene”⁸⁵).

In definitiva, pare di potere arguire che l’eterogeneità del giusto e del bene è nella connotazione per cui alla soggettività (immediata) del *telos*, fa da contrappunto l’empiricità (altrettanto immediata) del giuridico. Onde essi sarebbero contigui (o “limitrofi”), ma mai congruenti. La società sarebbe giusta realizzando le condizioni del “benessere”, e così

⁷⁶ URBINATI, *op. cit.*, p. 9.

⁷⁷ Secondo questa concezione, il diritto (positivisticamente) “non si preoccupa di dirci qual è lo scopo per il quale agire se non rispettare le condizioni del diritto e dell’uguale diritto altrui”, *op. cit.*, p. 13.

⁷⁸ In questa prospettiva il diritto (positivo) deve considerare nell’azione solo “quel che appare e che provoca”, *op. cit.*, p. 10.

⁷⁹ *Op. cit.*, p. 20.

⁸⁰ *Op. cit.*, p. 13.

⁸¹ Ciò, sul presupposto per cui “il diritto presume conflitti”, *op. cit.*, p. 13.

⁸² *Op. cit.*, p. 15.

⁸³ *Op. cit.*, p. 20.

⁸⁴ *Op. cit.*, p. 14. Dal possibile prevalere del bene (inteso soggettivisticamente) sarebbe a rischio la libertà (intesa nella sua accezione liberale).

⁸⁵ *Op. cit.*, p. 15.

consentendo a ciascuno di perseguire le proprie aspirazioni⁸⁶. In questo senso il giusto appare come il “vicino” ed il bene come il “lontano”.

Ora, considerando complessivamente le diverse tesi fin qui analizzate, può essere osservato che la separazione del giusto rispetto al bene risulta tale da isolarli e svuotarli reciprocamente: non si darebbe il bene della giustizia, né la giustizia della bontà. Facendo corrispondere il bene all’interiore-individuale ed il giusto all’esteriore-legale, il primo assume i caratteri della rappresentazione soggettivistica, ed il secondo quelli della positivizzazione convenzionalistica. In entrambi i casi, pare profilarsi il compimento (secolarizzato) della separazione (luterana) tra esteriorità ed interiorità.

Sia il giusto sia il bene si ridurrebbero ad opzioni (che, anche quando siano sostituite da intuizioni, risultano) prive di sostanza propria e di fondamento obiettivo. A maggior ragione, se intesi come risultato di una procedura o di una convenzione, giacché la validità tanto dell’una quanto dell’altra non sarebbe che un effetto della procedura o della convenzione medesima (quale effetto della prassi in cui si sostanzia). Difatti come il riconoscimento non giustifica il riconoscimento, così la decisione non giustifica la decisione. D’altra parte, non può non profilarsi la circolarità della *petitio principii* se da una parte il giusto è il risultato di una convenzione, e dall’altra questa lo richiede come condizione incondizionata. Ed analogamente, se il bene è sempre particolare e tale per un determinato gruppo, ma essa per stabilirlo dovrebbe assumere condizioni deliberative formalmente universali.

4. Dall’intelligenza del giusto a quella del bene

In modo destinato a lasciare una traccia esemplare, Platone fa emergere la questione della relazione tra il bene e il giusto, riflettendo sulla giustizia. Nell’esordio del primo libro della *Repubblica*, il Filosofo, nel contesto di un dialogo che (a partire dallo spunto offerto dalla condizione della vecchiaia) si dipana alla ricerca del concetto della giustizia, precisa ed integra la classica definizione secondo la quale essa consiste nel rendere il dovuto.

In questo contesto, Cefalo fa osservare che la vecchiaia non costituisce un peso per se stessa. Anzi, essa offre il vantaggio di una libertà interiore, assente in altre fasi della vita. In vecchiaia, infatti, venendo meno l’assillo delle passioni, si è come liberati da “padroni numerosissimi e furiosi”⁸⁷.

⁸⁶ URBINATI, *op. cit.*, p. 47.

⁸⁷ PLATONE, *Repubblica*, 329c.

Tuttavia essa pone di fronte all'istanza di un bilancio della propria vita. Allora, solo la consapevolezza di non avere commesso ingiustizie affranca dalle angosce del giudizio incombente, e presenta il ristoro di una speranza confortatrice⁸⁸.

Proprio prendendo occasione da questa testimonianza, Platone pone a tema la questione della giustizia e ne esamina anzitutto la nozione per cui essa è intesa come "il rendere a ciascuno ciò che da lui si è ricevuto"⁸⁹. Discutendola, e pur senza respingerla istantaneamente, si fa strada la definizione secondo cui la giustizia consiste, in primo luogo, nel dire la verità, ovvero, in sostanza, nel riconoscere la realtà per ciò che è e proprio in quanto è.

Ora, nel corso del dialogo, si profila una obiezione di sicuro rilievo, proposta, peraltro, attraverso una immagine destinata ad essere, poi, più volte poi ripresa. Il Filosofo osserva:

"tutti direbbero che, se uno ha ricevuto delle armi in deposito da qualche amico sano di mente, ove questi impazzito gliele richiedesse, non dovrebbe rendergliele, né sarebbe giusto che gliele rendesse; e neppure che a colui, il quale è in tale stato, uno volesse dire tutta la verità"⁹⁰.

A costui, infatti, proprio perché fuori di senno, non bisognerebbe restituire (quindi rendere disponibili) le armi, pur essendone egli il legittimo proprietario.

Al che sembrerebbe non resti che rinunciare alla definizione della giustizia, per cui essa consiste nel "dire la verità e rendere ciò che si è ricevuto". In questo contesto, una indicazione di Simonide risulta illuminante, pur se insufficiente: è il bene ciò che informa la condotta verso gli amici⁹¹. Il dannoso sarà da escludere in ogni caso, anche se si trattasse di rendere il dovuto a chi ha affidato del denaro in deposito ad un amico, allorché il restituirlo gli sia di danno. Ma tale condotta andrà tenuta solo nei confronti degli amici, oppure verso chiunque?

Platone fa un passo oltre: nella mente di Simonide de Ceos (e grazie alla sua osservazione), la giustizia si condensa nel "rendere a ciascuno ciò che gli si conviene"⁹². Così è possibile uscire dall'*impasse*, per cui bisognerebbe conformarsi al giusto solo con gli amici. Per se stesso, infatti, precisa il Filosofo, l'amico non sarà (o non sarà degno di essere amico) se

⁸⁸ PLATONE, *op. cit.*, 331a.

⁸⁹ *Ibid.*

⁹⁰ *Op. cit.*, 331c.

⁹¹ "Egli pensa che gli amici debbano far bene agli amici e non già male", *op. cit.*, 332a.

⁹² *Op. cit.*, 332c.

non colui il quale “sembra ed è buono”⁹³. L'autentico amico non è se non l'uomo retto, e viceversa. Onde è giusto far del bene anche al nemico, che è buono.

Il giusto, per se stesso, non è tale da tradursi nel male, giacché altrimenti contraddirebbe se medesimo (come non è proprio del calore raffreddare, né del secco inumidire). L'uomo giusto, proprio in quanto tale, è buono⁹⁴. Platone conclude che “in nessun caso è giusto danneggiare qualcuno”⁹⁵, amico o nemico che sia. Pertanto, “il giusto [...] somiglia al sapiente e buono”⁹⁶. L'ingiusto, all'inverso. Il principio del suo essere tale è interiore, come intrinseco è il principio agatologico del giusto, in quanto tale.

Insomma, è il bene (il recare vantaggio e non danno) la misura, o meglio il criterio e la sostanza del giusto. E questo, in ogni caso. Onde il giusto ha nel bene il suo principio ed il suo fine. Non solo quanto all'origine, ma anche quanto al compimento. Non solo quanto all'atto, ma anche quanto al contenuto. Non solo quanto al soggetto, ma anche quanto all'oggetto. Consentaneamente ed omogeneamente⁹⁷.

A sua volta, Aristotele chiarisce che il giusto comprende tanto il lecito quanto l'onesto. Questi stanno tra loro, rispettivamente, come il tutto e la parte: pertanto tutto l'onesto è lecito, ma non tutto il lecito è identico all'onesto⁹⁸. In tal senso la giustizia come virtù integrale comprende tutto l'ordine del bene, ma l'onesto riguarda solo il giusto in senso stretto. Sicché il bene (quindi il campo della virtù in senso ampio) risulta logicamente ed assiologicamente tale da includere il giusto (in senso stretto). E non viceversa. Donde la priorità (fondativa) del primo rispetto al secondo.

Analogamente Tommaso d'Aquino osserva che il criterio del giusto nella restituzione di quanto si è avuto in deposito trova nell'ordine del bene un vaglio superiore e decisivo. Onde il secondo emerge come fondamento e misura del primo. Al punto che in qualche caso la restituzione sia da considerarsi irragionevole, e pertanto da rifiutare, come nel momento in cui qualcuno richieda ciò che ha affidato in custodia per servirsene contro la patria. Il danno che ne conseguirebbe impedisce di procedere alla restituzione, in quel determinato momento di quel particolare oggetto⁹⁹.

⁹³ PLATONE, *op. cit.*, 334e.

⁹⁴ *Op. cit.*, 335d.

⁹⁵ *Op. cit.*, 335e.

⁹⁶ *Op. cit.*, 350c. Donde “i giusti appaiono più sapienti e migliori e più capaci d'agire”, *op. cit.*, 352b.

⁹⁷ *Op. cit.*, 353d-353e.

⁹⁸ ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, v, 1130b.

⁹⁹ Tommaso scrive che “deposita sint reddenda. Et hoc quidem ut in pluribus verum est: sed potest in aliquo casu contingere quod sit damnosum, et per consequens

Proprio a proposito della restituzione, Tommaso chiarisce che, in determinati casi non va restituito un bene avuto in consegna, appunto per agire secondo giustizia. Ovviamente non per appropriarsene, ma in conformità di una superiore valutazione agatologica. Precisamente, non è da restituirsì qualcosa che, pur appartenendo ad altri e venendo richiesto dal legittimo possessore, sarebbe a lui o ad altri di grave nocimento¹⁰⁰.

Difatti, ogni possesso è retto dal criterio dell'utilità, o meglio va considerato come un *bonum utile*¹⁰¹. Il bene, ordinato all'utile e retto dall'onesto, ne costituisce il criterio obiettivo dell'uso. Non riconsegnando quanto dovuto al proprietario, osserva l'Aquinate, non si nega il giusto, in quanto non si rifiuta il dovuto per appropriarsene¹⁰². Piuttosto su chi trattiene l'altrui per ragioni (agatologiche) superiori resta l'obbligo di custodire per riconsegnare a tempo opportuno, oppure di affidare ad altri, l'oggetto, affinché sia meglio custodito.

La stessa restituzione –pur essendo dovuta (quanto all'oggetto)– potrebbe non essere lecita (quanto al soggetto). Sia perché quanto è stato corrisposto e ricevuto è in sé illecito (ed illegale), e perciò non necessita sia restituito (come nel caso di una somma versata per un atto di simonia)¹⁰³; sia perché la somma, eventualmente da restituire, sia stata devoluta come compenso di qualcosa di illecito¹⁰⁴.

Analogamente, per Tommaso si presenta il problema della restituzione nel caso in cui questa sia obiettivamente nociva, ovvero costituisca non un bene, richiesto dalla giustizia, ma un male, come tale incompatibile con il giusto. Il caso esemplificato è quello della restituzione della spada (di sua proprietà) ad un pazzo furioso, mentre è fuori di sé, o quella a chi rivolesse la propria spada per usarla in combattimento contro la patria. In simili casi, la restituzione non sarebbe un atto buono, ma, al contrario un atto iniquo¹⁰⁵. Piuttosto, invece, “è bene [...] seguire quello che esige il senso della giustizia e il bene comune, trascurando la lettera della legge”¹⁰⁶.

irrationabile, si deposita reddantur; puta si aliquis petat ad impugnandam patriam”. TOMMASO D'AQUINO, *Summa Theologiae*, I II, q. 94, a. 4, da ora in avanti i riferimenti tomistici saranno indicati con il solo rinvio al testo.

¹⁰⁰ D'AQUINO, *op. cit.*, II II, q. 62, a. 5, ad 1.

¹⁰¹ “Quia restitutio ordinatur ad utilitatem eius cui restituitur; omnia enim quae possidentur sub ratione utilis cadunt”, *ibid.*

¹⁰² “Nec tamen debet ille qui detinet rem alienam, sibi appropriare”, *ibid.*

¹⁰³ “Quia ipsa datio est illicita et contra legem”, *op. cit.*, II II, q. 62, a. 5, ad 2.

¹⁰⁴ “Aliquis illicite dat quia propter rem illicitam dat, licet ipsa datio non sit illicita”, *ibid.*

¹⁰⁵ *Op. cit.*, II II, q. 120, a. 1.

¹⁰⁶ In simili casi “bonum [...] est, praetermissis verbis legis, sequi id quod poscit iustitiae ratio et communis utilitas”, *ibid.*

In certi casi, infatti, osservare la legge (che comandi la restituzione) –ciò che è richiesto ordinariamente dalla giustizia– “sarebbe contro la giustizia e contro il bene comune, che è lo scopo della legge”¹⁰⁷. A valutare tali casi è richiesta propriamente la virtù dell’equità (o *epicheia*), che è parte della stessa giustizia.

L’Aquinata indica la motivazione etica e la ragione ontologica per cui, eventualmente, non va restituito qualcosa tenuto in deposito (come, ad esempio, delle armi ad un pazzo o ad un nemico della patria)¹⁰⁸. La prima è data dalla possibilità di perversione della volontà, onde, in certi casi, pur se obbligata dal dovere di giustizia, la restituzione va (prudentemente) negata (ma non esclusa di principio), in quanto costituirebbe un male (tanto per il proprietario quanto per altri). Tale diniego diviene doveroso affinché sia evitato che ci si possa servire dell’oggetto restituito per il male (cooperando, così, in qualche modo, obiettivamente, ad esso)¹⁰⁹. A sua volta, la premessa ontologica di tale eventualità è costituita dalla mutevolezza della volontà umana (in quanto libera): essa, proprio per questo, può corrompersi moralmente. Onde, pur se la restituzione costituisce per se stessa una obbligazione naturale, a causa di tale possibilità, non è tale sempre e dovunque¹¹⁰.

La considerazione del dovere di restituire ciò che da altri è stato affidato, appare sicuramente indicativa. Essa vede emergere come prioritario il bene rispetto al giusto, o meglio il bene come causa e come fine, come fondamento e come criterio del giusto.

5. L’agatologicità del giuridico

In una prospettiva classicamente realistica il giusto ed il bene hanno sostanza in sé e fondamento *in re*. Il bene è proprio tanto dell’ente quanto

¹⁰⁷ Osservare la legge della restituzione, in certi casi, “est contra aequalitatem iustitiae, et contra bonum commune, quod lex intendit”, D’AQUINO, *op. cit.*, II II, q. 120, a. 1.

¹⁰⁸ *Op. cit.*, II II, q. 57, a. 2, ad 1.

¹⁰⁹ “Quia quandoque contingit quod voluntas hominis depravatur, est aliquis casus in quo depositum non est reddendum, ne homo perversam voluntatem habens male eo utatur”, *ibid.*

¹¹⁰ Illud quod est naturale habenti naturam immutabilem, oportet quod sit semper et ubique tale. Natura autem hominis est mutabilis. Et ideo id quod naturale est homini potest aliquando deficere. Sicut naturalem aequalitatem habet ut deponenti depositum reddatur: et si ita esset quod natura humana semper esset recta, hoc esset semper servandum”, *ibid.*

dell'atto, in se medesimi. Il giusto corrisponde sia alla realtà del *suum* di ciascuno sia all'obbligo del *debitum*, in quanto tali. Il loro essere è misura del loro essere compiuti. La loro sostanzialità è criterio del loro essere perseguiti. In tal senso, tanto il bene quanto il giusto precedono, non seguono, tanto la deliberazione quanto la legislazione, tanto l'esecuzione quanto l'ordinamento.

Il giusto ed il bene sono indissociabilmente correlativi. Il bene è fondamento, criterio e sostanza del giusto. Il giusto costituisce un certo bene, lo determina e lo attua. Senza il bene il giusto neppure è tale in ogni caso, senza il giusto il bene non si dà nelle relazioni di alterità doverosa. Il loro rapporto non rileva solo dal punto di vista della bontà del soggetto o dell'effetto della giustizia. La loro relazione è propria dell'ordine dell'essere, prima ancora che dell'ambito dell'agire. Anzi, si presenta nell'ordine etico-morale, giuridico e politico- perché si dà nel campo ontologico.

Il giusto presuppone il bene, come il bene presuppone il vero. Difatti, l'intelligibilità è condizione essenziale dell'appetibilità, e l'appetibilità lo è della doverosità. In assenza dell'intelligibilità (sostanziale e finalistica) delle cose e delle azioni, il bene risulta irricognoscibile, perciò impraticabile; ed il giusto, se indeterminabile, è, in se medesimo impossibile, quindi inattuabile. Come la verità del bene coincide con la realtà del bene, così la verità del giusto coincide con la realtà del giusto.

Il bene è oggetto e fine del giusto. Il giusto è tale in quanto bene. Non può essere se non un bene, nel suo compimento doveroso sia in quanto atto sia in quanto contenuto. Rendere giustizia è un bene (dovuto). Il bene, infatti, è proprio di ciò che spetta e dell'atto cui questo obbliga; ed il giusto, per se stesso si riscontra dovunque il bene va reso in quanto dovuto. Dovunque è posto in essere un determinato atto giusto, lì si presenta un certo bene. Dovunque è attuato, ordinatamente e prudentemente, un certo bene, mai nega ma compie o oltrepassa qualcosa di giusto.

L'ordine del bene (ovvero del fine) fonda l'ordine del giusto (ovvero del dovuto). L'ordine del dovuto attua, senza esaurirlo l'ordine del fine. Questo trascende quello. Quello attualizza in forma immediatamente vincolante questo. Il bene, infatti, ha un contenuto più ampio del giusto. Tutto ciò che è giusto è anche bene, ma non tutto ciò che è bene è racchiudibile nell'ambito del giusto. Nell'ordine dell'essere il bene coincide (trascendentalmente) con l'ente, quindi comprende e travalica (evidentemente) il campo del dovuto. Nell'ordine dell'agire non ogni bene perseguibile è (strettamente) dovuto, anche se ogni dovuto è un bene. Esemplarmente l'amore (autentico, ovvero ordinato) al contempo presuppone e trascende la giustizia: non si limita a dare il dovuto, ma considera l'amico come un altro se stesso.

Senza il bene, il giusto non è propriamente più tale. Mancherebbe di oggetto e di finalità, tanto riguardo all'atto quanto riguardo al contenuto. Un giusto malvagio costituisce, a rigore, una contraddizione in termini. Impossibile, come tutto ciò che è contraddittorio. Reciprocamente, senza il giusto, il bene non sarebbe obiettivamente più tale. Un bene ingiusto è una *contradictio in adiecto*. Irreale, come tutto ciò che è contraddittorio. In assenza del bene non semplicemente è manchevole il soggetto, ma l'atto stesso è deprivato dell'essenziale per essere giusto. La negazione del bene –sia sotto il profilo ontologico sia sotto quello etico– conduce (coerentemente) alla negazione del giusto.

Come esemplarmente espresso dalla riflessione di Tommaso d'Aquino, l'ordine del giusto si iscrive nell'ordine del bene. In questa prospettiva, il criterio del bene è indissociabile da quello del giusto. Anzi lo precede, lo sostanzia e lo illumina, non estrinsecamente ma intrinsecamente. Non per estraniarlo rispetto a se medesimo, ma affinché sia ciò che è e deve essere. Tra i due non vi può essere contraddizione. Là dove essa fosse riscontrata, non potrebbe che essere apparente. Ciò vale sia in riferimento alla giustizia, sia in rapporto alla legge. Precisamente, il bene, in quanto bene comune, è fondamento, criterio e sostanza del giusto (ovvero del diritto in quanto determinazione di giustizia) e della legge (in quanto partecipazione del giusto).

Il bene è la prima nozione della ragion pratica (*bonum est faciendum*) e, come tale è premessa e condizione dell'ordine etico (in qualsivoglia tipo di relazione esso si espliciti)¹¹¹. Sia ciò che è da farsi sia ciò che è da evitarsi, sono appunto conosciuti come beni umani¹¹². Ciascuno ha una inclinazione naturale a compiere il bene e ad agire virtuosamente¹¹³. Gli atti virtuosi sono sempre riferiti al bene: sia al bene particolare sia al bene comune¹¹⁴.

La giustizia, obbligando anzitutto al rispetto del giusto legale, esige la conformità ai doveri che sono richiesti dall'essere parte di una comunità. Ed il giusto null'altro impone se non di contribuire al bene comune. La giustizia (legale) si attua in vista del bene comune¹¹⁵. Difatti, in qualche modo, "la giustizia è un bene altrui"¹¹⁶. La tendenza naturale a contribuire al bene comune da parte di ciascuno¹¹⁷, sostiene ed anima il dovere di

¹¹¹ D'AQUINO, *op. cit.*, I II, q. 94, a. 2 y I II, q. 94, a. 1, ad 2.

¹¹² *Op. cit.*, I II, q. 94, a. 2.

¹¹³ *Op. cit.*, I II, q. 95, a. 1.

¹¹⁴ *Op. cit.*, I II, q. 96, a. 3.

¹¹⁵ *Op. cit.*, II II, q. 58, a. 12, ad 1.

¹¹⁶ *Op. cit.*, II II, q. 58, a. 12.

¹¹⁷ *Op. cit.*, I II, q. 94, a. 2.

giustizia nei confronti dell'autorità (e della comunità)¹¹⁸. A questo mette capo e corrisponde. L'agire in ordine al bene comune si traduce nell'agire secondo giustizia. Tanto da potersi inferire che senza quello, neppure può darsi (realmente) questo.

La giustizia, come ogni virtù, riguarda beni (in quanto tali)¹¹⁹ ed è finalizzata al bene, tanto obiettivo, rendendo il dovuto, quanto subiettivo, rendendo buono (come ogni virtù) sia il soggetto sia l'atto¹²⁰. Reciprocamente, agire virtuosamente, nel fare ciò che si deve (ovvero nel rendere il giusto), significa agire bene (e per il bene)¹²¹. Come ogni virtù, in quanto abito operativo buono, costituisce una disposizione permanente al bene (ordinatamente conseguito), così la giustizia –di cui il giusto (ovvero il diritto) costituisce l'oggetto–¹²² come qualsiasi altra virtù è, per se stessa, principio di atti buoni¹²³.

Specificamente le virtù ordinate *ad alium* –e tra esse anzitutto la giustizia, in senso stretto– riguardano direttamente il bene comune¹²⁴. Tanto la giustizia come atto quanto la giustizia come abito¹²⁵, hanno il bene come causa e come termine. D'altra parte, la giustizia (ed il giusto che ne è l'oggetto) è detta anche verità (in quanto essa si compie grazie alla rettitudine della ragione, partecipata alla volontà)¹²⁶, e la verità è un bene (in primo luogo delle facoltà conoscitive e quindi anche di quelle appetitive).

L'ordine della giustizia è via (al) e condizione del bene comune. Il bene comune è sostanza e fine dell'ordine della giustizia¹²⁷. Infatti, la giustizia, per se stessa, ordina l'uomo al bene comune. Perciò ad essa possono appartenere gli atti di tutte le virtù, dal momento che qualsiasi bene della parte (ciascun membro della comunità) è ordinabile al bene del tutto (la comunità politica)¹²⁸. Talché, in quanto propria della volontà, la giustizia può avere come oggetto il bene nella sua universalità¹²⁹, donde la giustizia

¹¹⁸ “Cum igitur quilibet homo sit pars civitatis, impossibile est quod sit bonus, nisi sit bene proportionatus bono communi”, D'AQUINO, *op. cit.*, I II, q. 92, a. 1, ad 3.

¹¹⁹ *Op. cit.*, II II, q. 58, a. 10, ad 2.

¹²⁰ *Op. cit.*, II II, q. 58, a. 2.

¹²¹ *Op. cit.*, II II, q. 58, a. 3, ad 1.

¹²² *Op. cit.*, II II, q. 57, a. 1.

¹²³ *Op. cit.*, II II, q. 58, a. 1.

¹²⁴ *Op. cit.*, I II, q. 100, a. 11, ad 3.

¹²⁵ *Op. cit.*, I II, q. 100, a. 12.

¹²⁶ *Op. cit.*, II II, q. 58, a. 4, ad 1.

¹²⁷ *Op. cit.*, I II, q. 100, a. 8.

¹²⁸ *Op. cit.*, II II, q. 58, a. 5.

¹²⁹ *Op. cit.*, II II, q. 58, a. 5, ad 2.

è considerata anche come virtù generale¹³⁰. Mentre la giustizia particolare regola l'uomo al bene di un altro individuo¹³¹.

Anche l'attività di giurisdizione del giudice¹³² e la giustizia penale costituiscono –tanto nella causa quanto nel fine– un bene. Le pene, per se stesse sono dovute ed ordinate al bene della giustizia. In tal senso ogni pena è un bene: è perseguita ed è attuata come un bene (anche se comporta una determinata afflizione del reo), sia in genere con riguardo al complesso dei mali permessi o voluti da Dio¹³³, sia in specie riguardo alle singole pene (fino alla confisca o alla pena capitale)¹³⁴.

Altresì, per quanto riguarda la legge, va osservato che essa è anzitutto correlativa al fine¹³⁵, ovvero al bene¹³⁶, ed eminentemente al fine ultimo (quindi al bene assoluto)¹³⁷. Propriamente il bene comune costituisce il fine della legge (per se stessa)¹³⁸. Tale finalità è essenziale per la legge¹³⁹. Essa vi è ordinata in senso proprio, primario e principale¹⁴⁰. È ragion d'essere del suo sorgere, della sua coerenza ed eventualmente del suo cessare. Ed è dirimente per quanto riguarda la sua legittimità.

La legge è *ordinatio rationis*¹⁴¹, ed è autenticamente tale se e solo se è *ad bonum commune*. Essa è parimenti *aliqualis ratio iuris*¹⁴² (e non è *ipsum ius*), essendo appunto *ad bonum commune*¹⁴³. La retta intenzione del legislatore –rimarca Tommaso– “è ordinata in primo luogo e principalmente al bene comune, e in secondo luogo al buon ordine della giustizia e dell'onestà”¹⁴⁴. Pertanto, una legge *contra bonum commune* non è propriamente legge: sarebbe tale solo in apparenza e perciò sarebbe priva della capacità di vincolare in coscienza alla sua osservanza.

¹³⁰ Ciò che vale, specificamente, per la giustizia legale: D'AQUINO, *op. cit.*, II II, q. 58, a. 6.

¹³¹ *Op. cit.*, II II, q. 58, a. 7, ad 1. La giustizia particolare, propriamente, “ordinatur ad bonum alterius singularis personae”. *Op. cit.*, II II, q. 58, a. 9, ad 3.

¹³² *Op. cit.*, II II, q. 58, a. 1, ad 5 e q. 60, a. 2..

¹³³ *Op. cit.*, I II, q. 79, a. 4, ad 1.

¹³⁴ *Op. cit.*, I II, q. 100, a. 8, ad 3.

¹³⁵ *Op. cit.*, I II, q. 91, a. 1, ad 1.

¹³⁶ In senso ampio può dirsi legge ogni inclinazione al fine, regolata da una determinata legge. *Op. cit.*, I II, q. 90, a. 1, ad 1 e q. 94, a. 2.

¹³⁷ *Op. cit.*, I II, q. 90, a. 2.

¹³⁸ *Op. cit.*, I II, q. 93, a. 1, ad 1.

¹³⁹ *Op. cit.*, I II, q. 90, a. 2, ad 1.

¹⁴⁰ *Op. cit.*, I II, q. 90, a. 3.

¹⁴¹ *Op. cit.*, I II, q. 90, a. 4.

¹⁴² *Op. cit.*, II II, q. 57, a. 1, ad 2.

¹⁴³ “Finis autem legis est bonum commune”, *op. cit.*, I II, q. 96, a. 1.

¹⁴⁴ “Intentio autem legislatoris cuiuslibet ordinatur primo quidem et principaliter ad bonum commune; secundo autem, ad ordinem iustitiae et virtutis”, *op. cit.*, I II, q. 100, a. 8.

Pertanto, la legge, in quanto tale, è un bene, ordinato, a sua volta, al bene (comune). È un bene la sua promulgazione, la sua osservanza, la sua retta applicazione ed interpretazione. La legge ha il compito di indurre i sudditi alla virtù¹⁴⁵, ovvero a quel bene in cui consiste la disposizione permanente ad un certo bene, però non immediatamente, ma gradualmente¹⁴⁶. Tutti gli atti virtuosi (quindi per se stessi, ordinati al bene) in quanto dettati dalla ragione, rientrano nella legge naturale¹⁴⁷. I precetti del decalogo (ricorda l'Aquinate) contengono l'ordine stesso del bene comune, ovvero l'ordine al fine ultimo¹⁴⁸. Parimenti, siccome è compito della legge indurre alla virtù, ovvero far sì che siano buoni coloro ai quali essa si rivolge, ove l'intenzione del legislatore non abbia in vista il vero bene, allora la legge propriamente deflette dal proprio scopo essenziale. Non rende buoni propriamente (*simpliciter*) ma solo strumentalmente (o apparentemente), cioè in funzione dei fini perseguiti dal detentore del potere¹⁴⁹.

La legge, per se stessa, ha la giustizia come principio e criterio¹⁵⁰. Ora, per quanto riguarda la legge umana, occorre distinguere tra la legge giusta e la legge ingiusta. La legge giusta trova nel bene comune il fondamento ed il fine¹⁵¹. Rispetto a questo, la legge umana è come un mezzo ordinato ad un fine o come una regola regolata (o misura misurata)¹⁵². A tal fine può comandare (direttamente o indirettamente) gli atti di tutte le virtù in quanto ordinabili al bene comune¹⁵³. In vista di esso, può essere necessario o opportuno mutare una legge¹⁵⁴, oppure si può essere dispensati dall'osservarla dalla stessa autorità¹⁵⁵. In base ad esso, eventualmente, l'equità (o epicheia) esime dall'obbligo stabilito dalla legge, anzi può rendere doverosa l'inosservanza della legge stessa¹⁵⁶. In determinati casi, infatti, sarebbe un male conformarsi alla legge, mentre è un bene contravvenire ad essa, dove ciò sia richiesto dalla giustizia e

¹⁴⁵ "Proprius effectus legis sit bonos facere eos quibus datur". D'AQUINO, *op. cit.*, I II, q. 92, a. 1.

¹⁴⁶ *Op. cit.*, I II, q. 96, a. 2, ad 2.

¹⁴⁷ *Op. cit.*, I II, q. 94, a. 3.

¹⁴⁸ *Op. cit.*, I II, q. 100, a. 8.

¹⁴⁹ *Op. cit.*, I II, q. 92, a. 1.

¹⁵⁰ *Op. cit.*, I II, q. 95, a. 2.

¹⁵¹ L'Aquinate precisa che la necessità della legge umana "referatur ad remotionem malorum" e la sua utilità «ad consecutionem bonorum», *op. cit.*, I II, q. 95, a. 3 e q. 97, a. 1. ad 3.

¹⁵² *Op. cit.*, I II, q. 95, a. 3.

¹⁵³ *Op. cit.*, I II, q. 96, a. 3.

¹⁵⁴ *Op. cit.*, I II, q. 97, a. 2.

¹⁵⁵ *Op. cit.*, I II, q. 97, a. 4.

¹⁵⁶ *Op. cit.*, II II, q. 120, a. 1.

dal bene comune. Quando obbedire ad una determinata legge umana comporterebbe la violazione dell'ordine della giustizia (come quello del bene comune), allora non solo è lecito sottrarsi alla legge, ma può divenire doveroso disobbedire, fino ad opporvisi positivamente.

A sua volta, la legge è ingiusta se è contraria al bene umano ed a maggior ragione se lo è al bene divino. In quanto tale essa non è neppure legge, ma *perversitas legis*¹⁵⁷, *legis corruptio*¹⁵⁸, o addirittura *violentia*¹⁵⁹. La legge ingiusta può essere tale perché contraria al bene umano secondo il fine, la causa e la forma, oppure può essere radicalmente avversa all'ordine al fine ultimo (cioè al bene divino¹⁶⁰). È l'ordine del bene, quindi, a costituire il criterio di legittimità della legge, ed il principio vincolante alla sua obbedienza¹⁶¹. In difetto di esso, la legge risulta iniqua, e pertanto incapace di obbligare. Potrà essere da osservare, eventualmente, solo in considerazione delle esigenze del bene comune (se contraria solo al *bonum humanum*); e sarà senz'altro da non obbedire se contraria al *bonum divinum*¹⁶². Nel complesso, se l'osservanza di una legge si rivelasse dannosa per il bene comune, allora, proprio in conformità a questo, essa andrebbe violata¹⁶³.

In definitiva, rispetto al bene la legge non può mai essere neutrale. Non può restare indifferente. Non può sospendere il giudizio. Diversamente si ridurrebbe a mera coattività. Anche il cessare (ed il far cessare) di compiere un male¹⁶⁴ è in qualche modo un bene. La legge, anche solo con la punizione del reo, coopera al bene (ed a rendere buoni)¹⁶⁵.

In tal senso, il diritto (in quanto determinazione del giusto) reca in sé significato, contenuto e scopo agatologico. Un diritto, che pretenda di prescindere dal bene, rinuncia a se medesimo, e si muta per ciò stesso in determinazione di potere (dell'individuo, del gruppo o della collettività). Un diritto al male è una contraddizione in termini, come lo è una legge che abbia la pretesa di assicurarlo.

Analogamente, può essere rilevato che per Antonio Rosmini, “il diritto dee riferirsi sempre ad un bene”¹⁶⁶. Se un'azione non avesse alcun pregio agatologico neppure potrebbe essere oggetto di diritto. Un diritto

¹⁵⁷ D'AQUINO, *op. cit.*, I II, q. 92, a. 1.

¹⁵⁸ *Op. cit.*, I II, q. 95, a. 2.

¹⁵⁹ *Op. cit.*, I II, q. 93, a. 3, ad 2.

¹⁶⁰ *Op. cit.*, I II, q. 96, a. 4.

¹⁶¹ *Op. cit.*, I II, q. 96, a. 6.

¹⁶² *Ibid.*

¹⁶³ *Ibid.*

¹⁶⁴ *Op. cit.*, I II, q. 92, a. 2, ad 1.

¹⁶⁵ *Op. cit.*, I II, q. 92, a. 2, ad 4.

¹⁶⁶ Antonio ROSMINI, *Filosofia del diritto*, p. 184.

carente di sostanza agatica, non può propriamente considerarsi tale. Il Roveretano enuclea come principio che “un mero capriccio non può mai esser l’oggetto di alcun diritto”¹⁶⁷. A costituire un autentico diritto (soggettivo)¹⁶⁸ nulla vale la mera pretesa (individuale o collettiva che sia). Il giusto, invocato dal diritto (che presuppone non solo il lecito, ma la stessa autorità o potestà per compiere un determinato atto), presuppone il bene che ne costituisce il contenuto, tanto considerato sotto l’aspetto eudemonologico quanto sotto quello etico.

Il bene è oggetto del diritto ed è “ciò che dà valore all’azione”¹⁶⁹. È questo “che interviene a costituire il diritto”¹⁷⁰, giacché inerente, in qualche modo alla persona umana, secondo una relazione naturale (tanto con riferimento alla natura del soggetto, quanto con riferimento alla natura dell’oggetto). Ovvero in quanto bene umano, finalizzato alla felicità propriamente umana. Ciò che non può darsi se non in presenza del lecito e dell’onesto¹⁷¹.

In questa prospettiva, per Antonio Rosmini la bontà (morale) è perfezione della giustizia, mentre questa è “base e quasi sostanza di quella”¹⁷². Ed “il primo e supremo dovere adunque è il dovere di aderire alla verità”¹⁷³, la quale è il bene dell’intelletto, e al contempo il dovere di conformarvisi indica è un bene. Se la bontà morale del soggetto può andare al di là della stretta giustizia, questa altresì presuppone il bene onde sorge tanto la prima quanto la seconda. Per il Roveretano, infatti, “la morale è [...] l’inconcusso fondamento di tutta la scienza del diritto”¹⁷⁴, per cui il principio del bene risulta fondativo del giusto.

6. In conclusione

Tanto la problematicità dell’esperienza quanto la considerazione delle diverse linee di pensiero, consentono di rilevare che il giusto rimanda al

¹⁶⁷ ROSMINI, *op. cit.*, p. 185.

¹⁶⁸ Tale in quanto, secondo Rosmini, “è una potestà morale”, *op. cit.*, p. 177. Ciò che presuppone la normatività sostanziale del bene morale. Per cui, “l’uomo dunque, propriamente e assolutamente parlando, non può avere un vero diritto di fare un’azione vietatagli dalla legge morale [...]: perocché ciò che è torto, non può esser diritto”, *ibid.*

¹⁶⁹ *Ibid.*

¹⁷⁰ *Op. cit.*, p. 185.

¹⁷¹ *Op. cit.*, p. 187. Antonio Rosmini esplicita che “il diritto non può essere che una facoltà di operare ciò che è intrinsecamente onesto e lecito”, *ibid.* E ne indica la ragione dacché “non si dà diritto di fare cose che sieno moralmente male”, *ibid.*

¹⁷² *Op. cit.*, p. 151.

¹⁷³ *Op. cit.*, p. 116.

¹⁷⁴ *Op. cit.*, p. 154.

bene obiettivamente, intrinsecamente e necessariamente. Lo presuppone sotto il profilo logico, ontologico ed etico (quindi, morale, giuridico e politico). Il giusto, cioè, trova nel bene la sua condizione di intelligibilità, il suo contenuto proprio, il suo fine essenziale. Senza il bene, il giusto neppure sarebbe propriamente tale, giacché un giusto malvagio costituirebbe una contraddizione in termini. Al contempo un giusto senza sostanza agatica, sarebbe negatore –in re– di se medesimo. Parimenti un giusto privo di beneficità non potrebbe che risultare ingiusto.

Reciprocamente un bene ingiusto, evacuerebbe se stesso, tanto dal punto di vista noetico, quanto da quello metafisico e da quello pratico. Un bene ingiusto si autoesclude dal campo dell'intelligibile. Né come tale può avere realtà ed appetibilità. Anche quando il bene sopravanza la giustizia –nell'ordine della filia– non la nega, ma piuttosto la presuppone e la trascende. Non sarebbe possibile andare al di là di essa, in oblatività, senza riconoscerla nella sua obiettiva cogenza.

D'altra parte, la separazione (che non è la distinzione) tra bene e giusto, isolerebbe il bene in una meta arelazionale ed asociale, mentre renderebbe l'ordine dell'alterità doverosa privo di terminus a quo e di terminus ad quem. Il suum, infatti, che il debitum assicura, non può che essere un bonum (tanto sotto il profilo dell'essere quanto sotto il profilo dell'agire). A ben vedere, attribuire il bene al campo della morale ed il giusto al campo del diritto, con reciproca esclusione, comporterebbe l'isolamento reciproco delle due sfere. E con questo l'amputazione dell'ampiezza propria di ciascuna di esse. Donde la prima (più o meno implicitamente) assumerebbe una precomprensione individualistica, e la seconda una fenomenizzazione convenzionalistica. Tanto nell'uno quanto nell'altro caso, entrambi i domini epistemici non potrebbero se non –pur in costanza della denominazione– rinunciare a se medesimi, sia quanto al campo euristico sia quanto al campo eziologico.

Il bene, quale criterio cardine di qualsivoglia ordine dell'agire, tale che non può essere negato senza essere riaffermato, emerge dalla tematizzazione della relazione tra il bene e il giusto, come principio fondante ed ineludibile. Di modo che il classico primato del bene sul giusto non solo nulla esclude della natura, della consistenza e della vincolatività del giusto, ma le fonda, le sostanzia e le corrobora.

Bibliografía

ARISTÓTELES, *Ética Nicomachea*, edición bilingüe y traducción de María Araujo y Julián ías, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

- FANCIULLACCI, Riccardo, "L'ordine del bene, l'ordine del giusto e il soggetto pratico. Visione e opacità in etica tra Moore, Ross e Murdoch", in *Diapsalmata. Rivista di Filosofia*, vol. II, N° 2, **Nocera Inferiore, Salerno**, 2011.
- HABERMAS, Jürgen, *Die Einbeziehung des Anderen. Studien zur politischen Theorie*, traduzione al italiano, *L'inclusione dell'altro. Studi di Teoria politica*, Milano, Feltrinelli, 1998.
- HABERMAS, Jürgen, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaat*, traduzione al italiano *Fatti e norme*, Milano, Guerini e Associati, 1996.
- HABERMAS, Jürgen, "Kampf um Anerkennung im demokratischen Rechtsstaat", traduzione al italiano in Jürgen HABERMAS e Charles TAYLOR, *Multiculturalismo. Lotte per il riconoscimento*, Milano, Feltrinelli, 1998.
- HABERMAS, Jürgen, *Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln*, traduzione al italiano, *Etica del discorso*, Roma-Bari, Laterza, 1985.
- HABERMAS, Jürgen, *Replik auf Beiträge zu einem Symposium der Cardozo Law School*, traduzione al italiano Luigi CEPPE (a cura di), *Solidarietà tra estranei. Interventi su Fatti e norme*, Milano, Guerini e Associati, 1997.
- HABERMAS, Jürgen, *Wahrheit und Rechtfertigung. Philosophische Aufsätze*, traduzione al italiano Mario CARPITELLA (a cura di), *Verità e giustificazione. Saggi filosofici*, Roma-Bari, Laterza, 2001.
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, traduzione al italiano *Lineamenti di filosofia del Diritto*, edizione del testo tedesco, introduzione, traduzione, note e apparati di Vincenzo CICERO, Milano, Rusconi, 1996.
- HOBBS, Thomas, *Leviathan*, traduzione al italiano, Arrigo PACCHI con la collaborazione di Agostino LUPOLI (a cura di), *Leviatano*, Roma-Bari, Laterza, 2010.
- HOBBS, Thomas, *Elementa philosophica de cive*, traduzione al italiano, *De cive. Elementi filosofici sul cittadino*, Roma, Editori Riuniti, 1979.
- HOBBS, Thomas, *Elements of Law Natural and Politic*, traduzione al italiano *Elementi di legge naturale e politica*, presentazione, traduzione e note di Arrigo Pacchi, I rist. della I ed. anast., Firenze, La Nuova Italia, 1989.
- HOBBS, Thomas, *A dialogue between a philosopher and a student of common laws of England*, traduzione al italiano *Dialogo fra un filosofo ed uno studioso del diritto comune d'Inghilterra*, in Thomas HOBBS, *Opere politiche*, a cura di Norberto Bobbio, IV ed., Torino, Utet, 1988.
- MAFFETTONE, Sebastiano, "Liberalismo e pluralismo politico", in Lorella L. CEDRONI e Marina CALLONI (a cura di), *Filosofia politica contemporanea*, Firenze, Le Monnier Università, 2012.
- PETRUCCIANI, Stefano, *Etica del discorso e democrazia*, in Lorella L. CEDRONI e Marina CALLONI (a cura di), *Filosofia politica contemporanea*, Firenze, Le Monnier Università, 2012.
- PLATONE, *Repubblica*, edizione a cura di Patrizio Sanasi, in linea.

- RAWLS, John, *A Theory of Justice*, traduzione al italiano, *Una teoria della giustizia*, Milano, Feltrinelli, 1991.
- ROSMINI, Antonio, *Filosofia del diritto*, a cura di **Michelle** NICOLETTI e **Francesco** GHIA, Roma, Istituto di Studi Filosofici - Centro Internazionale di Studi Rosminiani - Città Nuova Editrice, 2013, volume I.
- ROSS, William David, *The Right and the Good*, traduzione al italiano **Roberto** Mordacci (a cura di), *Il giusto e il bene*, Milano, Bompiani, 2004.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques, *Du contrat social, ou Principes de droit politique*, traduzione al italiano **Roberto** CARIFI (a cura di), *Il contratto sociale*, Milano, Bruno Mondadori, 1997.
- SPINOZA, Baruch, *Tractatus Theologico-politicus*, traduzione al italiano *Trattato teologico-politico*, introduzione, traduzione, note e apparati di **Alessandro** Dini, testo latino a fronte, Milano, Rusconi, 1999.
- TOMMASO D'AQUINO, *Summa Theologiae*, edición en línea de Corpus Thomisticum, según el Textum Leoninum de 1888.
- URBINATI, Nadia, *Il bene e il giusto*, Udine, Forum, 2013.

Comentarios de jurisprudencia

Derecho Público Iberoamericano
Universidad del Desarrollo
N° 12 | 2018

DERECHO DE INFORMACIÓN AL PACIENTE. ALCANCES PRÁCTICOS Comentario de la sentencia de la Corte Suprema de fecha 29 de diciembre de 2017

*Guillermo Leighton García**

Resumen

Se presenta al estudio, un comentario de la sentencia de la Corte Suprema de fecha 29 de diciembre de 2017, dictada en los autos rol N°89.635-2016, referente a la generación de responsabilidad civil por incumplimiento del deber de información de parte de un médico tratante, en el marco de la ley N° 20.584, que regula los Derechos y Deberes que tienen las Personas en Relación con Acciones Vinculadas a su Atención en Salud. Tras una breve noticia de actualidad internacional, se describe la importancia del derecho de información al paciente en el ámbito de la salud, sus fundamentos constitucionales, el bien jurídico amparado, las normas legales nacionales que lo contemplan, el sentido de lo que debe entenderse como una adecuada información del personal sanitario, de la renuncia a este derecho y de la importancia de la ficha clínica y del formulario de consentimiento informado, como medio probatorio.

I. Introducción

Recientemente ha sido noticia en los medios de prensa del vecino país, Estado Plurinacional de Bolivia, la masiva y extensa huelga de médicos, alarmados por la disposición contenida en el nuevo *Código Penal* de dicho país. En ella, se consagraban sanciones penales a los profesionales del área que incurrieran en negligencia en la atención de salud. Este tema era considerado novedoso, puesto que, hasta hoy, los tribunales habían recurrido a fuentes legales de carácter general para sancionar a los involucrados. La paralización abarcó tanto a recintos públicos como privados, recibiendo el apoyo del gremio de enfermeros y farmacéuticos.

La intención del Poder Ejecutivo boliviano era consagrar expresamente la negligencia médica como un tipo penal especial, contenido

* Magíster en Derecho de la Empresa. Universidad de los Andes. Correo electrónico: gleighton@mattarybacal.cl

en el artículo 205 del nuevo *Código Penal*, con características propias y sanciones que van desde la privación de libertad **de hasta seis años hasta** la prohibición del ejercicio de la Medicina. Todo esto le ha traído al gobierno del presidente Evo Morales más que de un fuerte dolor de cabeza, debiendo recurrir al auxilio de médicos cubanos para paliar la situación de emergencia.

El ámbito de la atención médica es un asunto delicado, tanto para los pacientes como para los médicos y los recintos hospitalarios. Para los primeros, el riesgo de empeorar su estado de salud e, incluso, llevarlos a la muerte. Para los segundos, la amenaza de verse expuestos a condenas penales y a altas sumas de dinero que comprometen de forma importante su patrimonio, sin mencionar la potencial exposición pública del caso. Para los terceros, pérdidas presupuestarias y daño en su prestigio.

El ejercicio de la profesión médica ha sido siempre una actividad social importante. Desde antiguo, esta noble función fue rodeada por un velo o aureola de divinidad. Los sacerdotes o chamanes hacían las veces de intermediarios espirituales entre los hombres y los diferentes dioses, pero, además, poseían funciones relativas la sanación de los cuerpos.

Esta importancia, que toda civilización le otorgó a la Medicina y al médico, llevó a no pocos profesionales a opinar que a este último no le era propio ser sujeto de reproche judicial. Así, el médico español Gregorio Marañón se expresaba en el año 1935:

“Sólo excepcionalmente han sido los Tribunales justos que han accedido a la petición de responsabilidad. Cuando, por el contrario, han desechado esa petición, han acertado casi siempre... Pedir cuentas al médico de su fracaso con un criterio científico, como se le pide a un ingeniero que ha calculado mal la resistencia de un puente, *es un disparate fundamental y es en principio totalmente inaceptable*”¹.

Los reclamos de tan insigne médico derivan de un sentir general del personal galeno, puesto que señalan en su favor que no ejercen la Medicina con la intención de dañar o causar un perjuicio, sino que curar tanto el cuerpo como la psiquis de los individuos.

Sin embargo, la realidad actual es diferente. Los médicos se encuentran bajo el escrutinio público y judicial, sujetos a comisiones de ética médica y al juicio de sus pares, a la prudente necesidad de contratar seguros ante el evento de ser condenados por mala praxis médica, en no pocos casos bajo la lupa de la duda, con o sin razón plausible.

¹ Gregorio MARAÑÓN, *Vocación y ética*, p. 15

Pero, cabe la pregunta: ¿la reacción de alarma de los médicos bolivianos se justificaba? Ciertamente, sí. Hasta la promulgación del nuevo *Código Penal* boliviano, la violación grave y culpable de un deber inherente impuesto por una profesión con resultado de muerte era castigado con una pena de reclusión de seis meses a tres años y con una sanción de inhabilitación especial de seis meses a diez años. Lo último debía cumplirse una vez satisfecha la pena principal, cuando el delito importara violación o menosprecio de los derechos y deberes correspondiente al cargo, profesión o actividad médica. Si el actuar ocasionare lesiones gravísimas, graves o leves, podía sancionarse con multa hasta de doscientos cuarenta días o prestación de trabajo hasta un año; y si la víctima hubiese sido infante o adolescente, se aplicaría una pena privativa de libertad de dos a cuatro años.

Con la reforma, los profesionales de la salud estarán expuestos a responder criminalmente en una forma más gravosa. En efecto, la mala praxis médica podrá ser castigada cuando cause daño a la salud o integridad física de otra persona, por infracción a un deber objetivo de cuidado, por imprudencia, negligencia, impericia, inobservancia de los protocolos, reglamentos o deberes inherentes al ejercicio de la profesión. Si se causan lesiones graves o gravísimas, la sanción podrá ser la pena de prisión de dos a cuatro años, reparación económica e inhabilitación para ejercer; si se ocasionare la muerte, la pena de prisión es de tres a seis años y las mismas accesorias mencionadas. Si se determina que existió culpa temeraria en el accionar médico, las sanciones descritas se agravan en un tercio, tanto el mínimo como el máximo. En caso de la pena de inhabilitación incorpora como norma general que esta deberá cumplirse durante el tiempo de la condena principal, al contrario de cómo estaba configurada, y su extensión abarca de seis meses a dos años en infracciones culposas o con sanción no privativa de libertad.

El profesional condenado podrá acceder a la denominada “rehabilitación”, cuando el condenado:

- a) haya cumplido a satisfacción las dos terceras partes de la inhabilitación impuesta;
- b) haya reparado el daño (aunque el texto no señala de qué forma puede repararse el daño, es posible que sea a través del pago de la suma a la que fue condenado, con el consiguiente escollo de reunir una suma elevada de dinero, si fuere del caso. Esto dará oportunidad a las compañías de seguros un nuevo elemento de convencimiento para que el médico contrate sus servicios) y
- c) dar prueba suficiente de haber superado la incompetencia o abuso que provocó su imposición.

En este último caso, quedará aún pendiente para el legislador boliviano la manera como este requisito podrá ser acreditado, ya sea estableciendo instituciones reconocidas por la autoridad competente en materia de salud, la idoneidad de los cursos o estudios requeridos y si estos podrán contener la participación en intervenciones quirúrgicas supervisadas por personal competente, atendido a las exigencias prácticas que impone la Medicina.

Sin embargo, revisadas las últimas noticias, el gobierno boliviano, presionado por los movimientos gremiales, anunció, en primer lugar, el retiro del polémico artículo 205 y, a los pocos días de la promulgación del nuevo *Código*, “abrogarlo” en su totalidad, para que la oposición no hiciera uso de aquel, con motivaciones políticas. En fin, “la golondrina no hizo verano”, como dice el adagio popular.

Siguiendo con el tema médico, pero desde la realidad chilena, recientemente la Corte Suprema se pronunció sobre un caso de responsabilidad médica derivada de la infracción al derecho de información al paciente y sus familiares, hoy regulado por la ley N° 20.584, publicada el 24 de abril de 2012.

Esta sentencia, como otras sobre responsabilidad médica, hacen ver la romántica relación médico-paciente, retratada con maestría, por el pintor inglés sir Lukas Fildes en su cuadro llamado *The Doctor*, de una manera diferente. En la actualidad, este sentimiento tan querido ha dejado paso a una conducta práctica, atendido a la cada vez más intensiva litigiosidad judicial en el ámbito médico, aun a costa de ser considerada en exceso burocrática o de poca consideración personal.

Se hace presente que los lamentables hechos más atrás anunciados, acontecieron el año 2008, antes de la actual normativa de salud que regulan los derechos y obligaciones de los pacientes (ley N° 20.584) y los reglamentos que la complementan. A pesar de lo anterior, el razonamiento judicial aún mantiene su vigencia.

II. El proceso.

Los hechos y decisiones jurisdiccionales

El caso se desarrolla de la manera que sigue:

La Corte Suprema se pronunció a raíz de un recurso de casación en el fondo, en autos rol N° 89.635-2016², en un proceso sobre indemnización

² La individualización del proceso judicial es: CORTE SUPREMA, rol N° 89.635-2016. CORTE DE APELACIONES DE RANCAGUA, rol N° 3259-2015. 2° JUZGADO CIVIL DE RANCAGUA,

de perjuicios, dirigiéndose la acción en contra del Servicio de Salud del Libertador General Bernardo O'Higgins, el sanatorio San Juan de Dios de la ciudad de San Fernando y determinados médicos involucrados en la atención de una joven paciente, confirmando la opinión de la sentenciadora de primera instancia, en cuanto a declarar la existencia de una violación al derecho de información que fue determinante para causar el fatal resultado en la atención médica.

HECHOS

Según los demandantes, padres de la joven AAA, con fecha 22 de septiembre de 2008, falleció su hija a raíz de una "peritonitis no tratada a tiempo". El día anterior la ingresaron a la urgencia del hospital San Juan de Dios de la ciudad de San Fernando, debido a un fuerte dolor abdominal que presentaba. Fue atendida recién una hora después (pasadas las 17:00 horas) por el médico BBB, quien, sin mediar examen alguno, diagnosticó un problema a la vesícula, prescribiendo calmantes y suero, atribuyendo con negligencia la causa del dolor a una patología que no fue bien determinada.

Luego, a las 18:00 horas de ese mismo día, atendió a su hija el médico CCC, que se encontraba de turno a esa hora, y ordenó la práctica de un examen de sangre, cuyo resultado fue informado a las 19:00 horas, observándose que arrojaba la presencia de glóbulos blancos elevados. Según los demandantes, este segundo médico no le habría dado importancia al resultado, negándose a la solicitud de los familiares de ser trasladada a un hospital de Santiago, aduciendo que era necesario observar la evolución de la paciente.

Posteriormente, siendo las 21:00 horas, y a petición de una enfermera, su hija fue ingresada al hospital, previa entrega de un cheque en blanco a nombre de la institución, siendo examinada esta vez por el médico DDD, quien le habría diagnosticado "un problema nervioso", sin mediar nuevos exámenes y solo con la revisión de la ficha clínica.

Al día siguiente, a las 8:00 horas, la paciente evidenciaba su abdomen hinchado, de aspecto pálido y helada. Adujeron que, atendido que el recinto carecía de personal médico de apoyo para intervenirla quirúrgicamente de una peritonitis, "que ya era evidente", el médico DDD ordenó su traslado de urgencia para la ciudad de Santiago, hecho que ocurrió recién a las 11:30 horas, puesto que tuvieron que esperar una ambulancia de un servicio privado, ya que las que se encontraban en el recinto les habrían sido negadas. Finalmente, su hija falleció a las 13:30 horas durante el tra-

rol N° 11.616-2012, caratulados Fernando Emilio Serce Medina y otra con Servicio de Salud de O'Higgins y otros".

yecto a Santiago, revelando la autopsia que la causa de muerte fue “una peritonitis no tratada a tiempo”.

La causa basal del fallecimiento de la hija de los demandantes fue atribuida a los errores de diagnóstico de los tres médicos que la atendieron, quienes interpretaron erróneamente los síntomas que presentaba la paciente, atribuyéndole la causa del dolor a cuadros menores. No siguieron los protocolos, no realizaron una prestación médica de urgencia, fueron tardíos en su traslado a Santiago, faltó, además, personal médico de apoyo para intervenciones quirúrgicas en el propio hospital San de Dios y, por último, le fue negada una ambulancia por parte de dicho recinto.

Un elemento interesante en la exposición de los hechos y que los demandantes atribuyen como fuente de negligencia de los dos primeros médicos que atendieron a la joven, fue su negativa para autorizar su traslado a Santiago o, advirtiendo que en el evento positivo que así ocurriera, sería bajo la exclusiva responsabilidad de la familia.

Otro hecho aportado por los actores fue que, ante la negativa de los médicos a autorizar su traslado, recurrieron a un tercer médico, el médico DDD, quien concurre al establecimiento, ante el llamado de los demandantes. Examinada la paciente por el médico DDD, ordenó su hospitalización bajo la modalidad de medio pensionado. Tras realizar una observación de las condiciones físicas en que se encontraba la paciente y previa revisión de la ficha médica dio la orden de mantener la administración de ciertos medicamentos recetados por los facultativos anteriores. Asimismo, le pidió a la joven que se relajara, atendido a que habría expresado que poseía una personalidad nerviosa.

Concluye la descripción de las circunstancias del fallecimiento de la joven relatando los últimos pormenores del traslado de la fallecida hacia Santiago. Mediando la autorización del médico DDD, previa contratación a instancias de la familia, de un servicio de ambulancia privado, el viaje que además accidentado, pues la conducía un chofer que desconocía el lugar de ubicación del hospital Dipreca, lo que retrasó la llegada a su destino, con el consiguiente resultado fatal.

Para justificar la pretensión resarcitoria, relatan que la fallecida era dependiente del hospital Dipreca de Santiago, desempeñándose en el cargo de auxiliar de enfermería. Era soltera y sin hijos, siendo sus herederos los demandantes, quienes detentaban la calidad de legitimados activos de la acción de indemnización de perjuicios por lucro cesante y daño moral. En virtud de ella, solicitan condenar a los demandados –tres de los médicos que atendieron a la joven paciente, al hospital San Juan de Dios y al Servicio de Salud de la Región de O’Higgins– a abultadas sumas por ambos conceptos.

Para efectos de sustentar jurídicamente la demanda, los actores invocan el artículo 2314 del *Código Civil* a título de responsabilidad extracontractual –como víctimas por repercusión– y los artículos 4 y 42 de la ley N° 18.575 en tanto contempla la responsabilidad por falta de servicio, y los artículos 38, 40 y 41, que establece dicha figura en materia sanitaria, respecto del hospital San Juan de Dios y el Servicio de Salud de la Región de O'Higgins, como organismos públicos que son.

Contestaron todos los demandados.

El primero de ellos, el médico DDD –recordemos que fue el facultativo que autorizó el traslado de la paciente–, quien se defendió señalando:

- a) Siendo el día 21 de septiembre de 2008 a las 21:00 horas, fue contactado telefónicamente por el padre de la joven, relatándole los pormenores de su estancia en urgencia del hospital San Juan de Dios.
- b) Que le habrían manifestado su interés de que fuera ingresada su hija en el pensionado del hospital.
- c) Concurrió al recinto a las 21:55 horas, ordenando su ingreso hospitalario.
- d) Revisó la ficha clínica de la paciente que consignaba “dolor abdominal en estudio y hernia hiatal operada en mayo de 2008”. Practicó el examen físico, concluyendo la existencia de un cuadro absolutamente diferente a los síntomas de una peritonitis, puesto que constató que el abdomen estaba blando y depresible, con dolor difuso a la palpación y con ruidos abdominales. Destacó que la paciente se encontraba en tratamiento farmacológico para el alivio del dolor, situación que explicaría la ausencia del mismo y un posible enmascaramiento de otros síntomas atribuibles a una peritonitis, negando todo diagnóstico de la existencia de un “problema nervioso” como lo señalaba la actora.
- e) Afirmó que el día 22 de septiembre, a las 9:00 horas, realizó la revisión de la paciente, que habría evidenciado síntomas de una peritonitis aguda, cuestión que consignó en la ficha clínica como diagnóstico, cuya consecuente acción requería de una intervención quirúrgica, a realizarse cuanto antes, siendo informados de la gravedad del cuadro a los familiares presentes, quienes optaron por trasladarla al hospital Dipreca, dada la calidad de funcionaria en dicha institución. Aseveró, además, que el hospital San Juan de Dios contaba con todos los elementos técnicos y humanos para realizar la intervención requerida.
- f) Del hecho de haber sido informados del diagnóstico, pasos a seguir y de la insistente decisión de la familia de trasladar a su hija al

hospital Dipreca de Santiago, *se dejó constancia en la ficha clínica de la paciente* como, asimismo, en un informe de una enfermera del recinto que se encontraba en esos momentos.

- g) Reiteró que el establecimiento contaba con todos los medios idóneos para practicar la operación, pero que ciertamente influyó en la decisión de los parientes el hecho de que su familiar era funcionaria del hospital Dipreca, que poseía mayores elementos técnicos.
- h) Negó poseer toda facultad para disponer de las ambulancias del hospital San Juan de Dios, puesto que no estaba dentro de sus atribuciones. Afirmó sí que, establecido el grave diagnóstico, se realizaron las consultas respecto del traslado, a los encargados del recinto y en el hospital Dipreca, pro con infructuoso resultado. Asevera haber realizado todas las diligencias telefónicas para obtener una ambulancia a empresas privadas, al SAMU y a la ACHS. Relata que recién a las 10:00 horas se pudo contar con una ambulancia de un servicio privado de Rancagua.

En uno de los párrafos finales de su contestación se aprecia la siguiente frase

“diagnostiqué correcta y oportunamente, *informé debidamente a la familia*, traté de ayudar en la obtención del móvil para el traslado de la paciente, requerido por la familia”.

Para el objeto del presente análisis, solo se enfatizará que todas las defensas insistieron que no detentaban de legitimidad pasiva por no haber tenido participación en el fallecimiento de la paciente, y, en subsidio, procedieron a contestar la demanda, negando los hechos contenidos en ella y la ausencia de responsabilidad extracontractual y responsabilidad por falta de servicio de los servicios públicos involucrados e, incluso, responsabilidad de la propia familia al consentir sacar del área de urgencia del hospital para derivarla a una atención particular en pensionado.

En la sentencia de primera instancia, al momento de analizar la prueba rendida, el único documento relevante para acreditar que el médico DDD había cumplido con el derecho de información al paciente, fue la ficha clínica.

En ella, aparece descrita la condición de la paciente y la forma como se informó a los parientes del grave diagnóstico. Para ello, se transcribe la parte respectiva de la sentencia, en la hoja encabezada con las palabras “historia y evolución” lo siguiente: “Abdomen tenso-doloroso. Peritonitis Aguda. Se plantea a familiares, quienes solicitan traslado a Santiago (...)”.

A su vez, en la hoja titulada “Epicrisis” se consigna lo siguiente: “Se plantea a familia el diagnóstico y solicitan traslado al Hospital Dipreca”. Por su parte, en las hojas tituladas “Control de Indicaciones y Tratamiento Atención de Enfermería”, en el párrafo correspondiente al 22 de septiembre de 2008, 8:45 horas se puede leer lo siguiente: “(...) es evaluada por el Dr. Sáez, diagnosticó Peritonitis Ag. Familiares desean trasladarla a Santiago Hospital Dipreca”.

A pesar de los descargos del médico tratante, en los cuales insistió en haber procedido en conformidad a los designios de los familiares de la paciente, quienes manifestaron su intención de trasladar a la joven al hospital Dipreca de Santiago, la sentenciadora concluyó que dicha ficha no contenía una manifestación adecuada hacia los familiares de la gravedad de la patología, conducta que motivó a los demandantes a tomar la decisión de insistir en el traslado de recinto de salud, sin el cual, habrían procedido de otra manera.

La Corte Suprema estableció qué debía considerarse como una adecuada y debida información, de manera de quedar liberado el personal médico de responsabilidad:

- a) Debe contener una descripción exacta de la gravedad de la condición del paciente.
- b) Debe explicársele al destinatario, las consecuencias negativas que la falta de un adecuado tratamiento puede acarrear en su salud.
- c) La información que se proporcione debe ser otorgada en términos de tal claridad, que el paciente o sus familiares comprendan la gravedad del diagnóstico.

Del cumplimiento de estos requisitos, no se podía desprender que el médico DDD cumplió con su deber en forma eficaz, de manera de evitar la consecuente muerte de la paciente.

No fue cuestión de reproche la forma y las conclusiones del diagnóstico, que se estimó correcto, sino en la inexacta información proporcionada a los familiares de la paciente, que, de haberse comunicado de forma completa, estos habrían adoptado una posición diferente y hubieran consentido en que su hija hubiese sido intervenida en el hospital de San Fernando, sin incurrir en el riesgo grave de trasladarla a Santiago, afirmación esta –que es de suponer fue el pensamiento de los magistrados– sobre la base de una presunción inferida de lo que una persona “normal” hubiese ejecutado en vista a un grave diagnóstico.

Tampoco fue cuestión debatida la procedencia de la libertad de la paciente y sus familiares, a optar por continuar con el tratamiento o suspenderlo, incluso, citando los preceptos constitucionales que son base del derecho a la libre determinación en materia de salud.

Se trató, simplemente, que la descripción efectuada por el médico tratante en la ficha clínica fue insuficiente como medio liberatorio de la responsabilidad imputada.

III. Fundamentos constitucionales del derecho de información en materia de salud.

Un antes y un después de la ley N° 20.584

Hoy no constituye novedad el hecho de la consagración de los denominados derechos y obligaciones del paciente. La ley N° 20.584 consagró una regulación legal que antes era suplida con la invocación de los códigos deontológicos, resoluciones administrativas emanadas del Ministerio de Salud y los protocolos científicos ampliamente reconocidos por la Ciencia Médica, como fuentes únicas para determinar el contenido de la *lex artis*.

Como bien la sentenciadora lo indicó en su fallo, a falta de una normativa legal expresa y concreta que consagrara el derecho de información, había que recurrir necesariamente a los códigos de ética médica, como descriptores del adecuado comportamiento de los facultativos³.

La manera de entender el concepto de *lex artis* y su contenido, antes de la ley N° 20.584, provenía de la propia autorregulación de los profesionales de la salud vertidas en las costumbres o usos metodológicos utilizados por los médicos para el tratamiento de las afecciones, en general reconocidos por la ciencia médica y aplicados conforme la experiencia en sus resultados. Esto implica, en la medida que los recursos técnicos estén a disposición, la incorporación constante de los avances científicos a los protocolos de salud, el perfeccionamiento de conocimientos y habilidades, todo para obtener el cumplimiento de los fines de la medicina como ciencia⁴.

A partir de la ley N° 20.584, el concepto de *lex artis* debe comprender el contenido de esta norma, como criterio legal rector de la relación

³ Así el considerando octogésimo segundo, se refería: "Qu[ue] ese sentido, ha de tenerse presente que el Código de ética médico vigente al momento de los hechos, que orienta la conducta de los médicos, establezca en su artículo 28 que: "E[ste] derecho del paciente a rechazar total o parcialmente una prueba diagnóstica o un tratamiento deber será respetado, debiendo el médico, en todo caso, informar al paciente, de manera comprensible, las consecuencias que puedan derivarse de su negativa. En esta circunstancia, el facultativo no abandonar al enfermo, debiendo procurar que se le presten los cuidados generales necesarios. (...) En casos de urgencia médica impostergable, el médico actuará en conciencia, protegiendo el derecho a la vida del paciente".

⁴ En la sentencia de primera instancia, se citó un fallo de la Corte Suprema en ese sentido, rol N° 5849-2009.

médico-paciente, sin que ello implique la no aplicación de los protocolos científicos vigentes y reconocidos, dado que el rápido avance del desarrollo de la Medicina en los últimos años impide la creación de normas legales específicas que indiquen cuándo se está frente a un buen actuar técnico, dada las características de toda legislación, que impiden la adecuación rápida a las nuevas circunstancias que se presentan día a día.

En sus orígenes, la posibilidad de regular los derechos y deberes de los pacientes se planteó legislativamente en el año 2000⁵, cuando un grupo de parlamentarios presentó un proyecto de ley proponiendo la dictación de una normativa que consagrara y amparara los derechos del paciente. Así, se colocaría Chile a la altura de los países modernos y algunos latinoamericanos, que ya poseían en aquella época reglamentaciones legales, justificándolo en el grado de “progreso de la ciencia médica y de la ciencia jurídica sobre los derechos humanos”.

En aquel proyecto se enmarcaban los derechos de los pacientes como insertos en los derechos colectivos de orden económico, social y cultural entre los cuales se encuentra el derecho de todos a la protección de la salud, garantía reconocida –se decía– solo a nivel programático en la Constitución Política de 1980 en su art. 19 N° 9.

En el párrafo cuarto, artículo 8° y 9° de aquel proyecto, se describía en forma extensa el contenido del derecho de información, consagrándolo desde dos puntos de vista: por una parte, enfocando a la persona como paciente sujeto a tratamiento médico y, por otra, como consumidor o usuario de los servicios médicos:

“Art. 8.- Todo paciente tiene el derecho a ser informado sobre todo lo relacionado con su salud. Este derecho incluye:

1. El derecho a ser informado completa, oportuna y verazmente sobre su diagnóstico, tratamiento, terapias y pronóstico médico. Esta información debe ser periódica, actualizada y constar por escrito.
2. El derecho a ser informado sobre las distintas alternativas de tratamientos, procedimientos y terapias médicas existentes y disponibles. Esta información deberá constar por escrito si así lo requiere el paciente.
3. El derecho a saber quién, para su caso, autoriza y aplica tratamientos.
4. El derecho a tener un expediente médico completo y legible que incluya al menos una individualización completa del paciente, médico tratante, sistema de salud, tipo de atención, diagnósticos, tratamientos, evolución, procedimientos aplicados, exámenes efectuados.
5. El derecho a tener acceso y copia del expediente médico.
6. El derecho a un intérprete si el paciente es extranjero o no puede darse a entender.

⁵ CÁMARA DE DIPUTADOS, *Boletín* 2597-11.

7. El derecho a la igualdad en el acceso a la información. Este derecho implica que todo paciente sin importar su condición ha de ser informado en términos claros y sencillos sobre su situación de salud. Los profesionales médicos deberán tener en consideración las condiciones personales, de edad, psíquicas, morales y de comprensión del paciente para dar cabal cumplimiento a esta disposición.

8. El paciente tendrá siempre el derecho a saber en detalle sobre su situación de salud. No hay secreto médico entre médico tratante y paciente.

9. El derecho de los niños a conocer su situación de salud en función de su edad y capacidad de comprensión, sin perjuicio del mismo derecho que le compete a los padres o representante legal.

10. La familia como el paciente tienen el derecho a dialogar sobre la situación de salud del primero. Es un deber del médico tratante informar de manera oportuna y fidedigna la situación de salud de su paciente a éste y a sus familiares directos.

Sólo de manera excepcional y tratándose de un pronóstico fatal, puede el médico no informar inmediatamente a su paciente en cuyo caso deberá siempre informar prudentemente a sus familiares cercanos.

11. El derecho a una información epidemiológica veraz y oportuna por parte de la autoridad sanitaria.

12. El derecho a que se le extienda certificado que acredite su estado de salud, cuando su exigencia se establezca por una disposición legal o reglamentaria, o a solicitud del paciente para fines particulares.

Art. 9.- Todo paciente tiene derecho a saber los detalles de las prestaciones que se le practican y los costos asociados a ellas. Este derecho incluye:

1. El derecho a conocer detalladamente y por escrito todos los costos y procedimientos de cobro de las prestaciones de salud que se le apliquen, incluyendo pormenorizadamente los insumos, medicamentos, exámenes, derechos de pabellón, días cama y honorarios de cada uno de los profesionales médicos que lo atendieron.

2. El derecho a que en todas las prestaciones efectuadas se le aplique un precio razonable y justo o de mercado.

3. El derecho a pagar sólo los insumos y medicamentos efectivamente utilizados y al valor de mercado previamente establecido por el centro asistencial”.

Finalmente, este proyecto no prosperó, siendo archivado en el año 2007 a sugerencia de la Comisión de Salud de la Cámara. Un segundo proyecto, con igual contenido que el anterior, fue presentado por un grupo distinto de parlamentarios, pero que también fue archivado, toda vez que la Presidenta de la República había enviado uno nuevo sobre la misma materia, texto que sirvió de base a la ley N° 20.584.

Este último proyecto proponía un nuevo estatuto enmarcado dentro de la reforma de la salud iniciada en el año 2001.

Esta vez, el Mensaje Presidencial buscó como fuente de estos nuevos derechos, tratados internacionales suscritos y ratificados por Chile, resumiéndolos en pactos, convenios y declaraciones dictados en el marco de la Organización de las Naciones Unidas, como de la Organización de Estados Americanos. Se citan expresamente: la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), Declaración de los Derechos del Niño (1959), la Convención Americana de Derechos Humanos (1969), la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (1984) y la Convención sobre los Derechos del Niño (1989)⁶.

Ya no se presentaban estos derechos como una novedosa creación legislativa cuyas fuentes eran las legislaciones comparadas, sino que estos se colegían de la interpretación armónica de los derechos reconocidos en estos textos y la propia Constitución Política. Se trataba de un trabajo de explicitación de derechos a partir de los ya establecidos, pero tratados hasta ese día de una manera más bien general, y no particular al ámbito del paciente como sujeto de protección de su salud, o sea, utilizando una terminología actual “derechos inespecíficos en el ámbito de la salud”, dotando al derecho constitucional de protección de la salud del artículo 19 N° 9 de una eficacia normativa horizontal, de manera de exigirlos respecto de todos aquellos que la norma contemplaba y que se relacionaban con el rubro de la atención médica.

El mismo proyecto describía de dónde arrancaba la razón de ser de esta nueva interpretación en materia de derecho a la salud, de forma semejante a cómo autores en otros países fundaban los derechos de los pacientes.

Si bien el Mensaje Presidencial señalaba diversos principios inspiradores del proyecto, en concreto, la raíz de estos derechos se sustenta en dos principios básicos:

- a) La dignidad de la persona y
- b) La autonomía de las personas para determinar su atención de salud.

⁶ En nuestro país, la regulación de la actividad médica y profesiones afines se encuentra contenida en reglamentos, cuyos objetivos, por regla general, son establecer condiciones mínimas de atención, tales como características de la infraestructura y sanidad de los establecimientos y consultas y sanciones por su infracción, requisitos que debían reunir las personas que ejercieran una actividad, pero no un estatuto de deberes y derechos entre el paciente y el profesional médico o relacionado con la salubridad pública. Por ejemplo, el Reglamento de Laboratoristas dentales, Reglamento para el Ejercicio de la Profesión de Practicante (Paramédicos), Reglamento para Ejercer la Profesión de Podólogo, Reglamento para el Ejercicio de las Prácticas Médicas Alternativas como Profesiones Auxiliares de la Salud y de los Recintos en que Estas se Realizan, decreto N°42 de 2004, Publicado en el *Diario Oficial* de 17 de junio de 2005, etcétera.

A) LA DIGNIDAD DE LA PERSONA

El proyecto explicaba que los derechos que se describían tenían como fuente la dignidad de la persona en los siguientes términos:

“La dignidad inherente a la condición humana como fuente y explicación de estos derechos está largamente reconocida en la discusión acerca de la fundamentación de los derechos humanos. Así, el valor especial y único de cada miembro de nuestra sociedad, constituye a las personas en el fin de toda norma y estructura social.

Los sistemas de salud, públicos y privados, deben responder a dicho mandato”.

La actividad médica es sinónimo de intrusión en la vida íntima de una persona y, no pocas veces, en la vida de su familia. Implica acceder al cuerpo de una persona e, incluso, su psiquis, a su historial médico y el de su familia, a exámenes de laboratorio. La sola concepción del individuo como un sujeto de un tratamiento médico, al cual no se le participa de los detalles de su enfermedad y del tratamiento a seguir, constituye una negación de la naturaleza esencialmente cognoscente y libre del ser humano. En este sentido, el paciente no es un mero objeto de investigación científica en el cual se pueda extender un tratamiento médico, sin tomar en cuenta el grado de sufrimiento moral, físico e, incluso, económico de su familia o ser considerado un “producto” fecundo para las compañías de seguros. Como dice Humberto Nogueira:

“la dignidad de la persona es el rasgo distintivo de los seres humanos respecto de los demás seres vivos. La que constituye a la persona como un fin en sí mismo, impidiendo que sea considerada un instrumento o medio para otro fin... La dignidad es así un valor inherente a la persona humana que se manifiesta a través de la autodeterminación consciente y responsable de su vida y que exige el respeto por ella por los demás”⁷.

Si el personal médico no informa adecuadamente al paciente o a sus familiares, ello implica el no permitirles contar con los apropiados conocimientos para tomar una decisión sobre sí mismo de forma libre. De hecho, no se puede concebir como válida una decisión del involucrado si no cuenta con los datos mínimos que inciden en el diagnóstico y solución terapéutica de manera de evitar las consecuencias de una voluntad

⁷ Humberto NOGUEIRA ALCALÁ, *Derechos fundamentales y garantías constitucionales*, p. 14.

viciada⁸. Por ello, algunos autores lo conciben como un prerrequisito del derecho a decidir libremente.

En consecuencia, el derecho de información deriva del artículo 1º inciso 1º de la Constitución Política, que señala: “Las personas nacen libre e iguales en dignidad y derechos”, que impone tanto a los funcionarios del Estado como a los particulares reconocer el valor que significa el respeto a la persona como ente individual y autónomo.

Del pilar anterior –la dignidad personal– arranca la autonomía de las personas para determinar su atención de salud como justificante del reconocimiento y amparo del derecho de información. Si se asume que un individuo posee voluntad propia y un grado de intimidad que no es lícito al Estado o terceros intervenir, es necesario reconocer el derecho que tiene la persona para decidir sobre los pasos a seguir. Si no fuera así, el informar sería un mero trámite carente de toda relevancia jurídica y práctica. El paciente sería un ser limitado en su libertad desde su ingreso a un recinto hospitalario o consulta particular, sometándose a los procedimientos médicos sin mayor cuestionamiento, sin posibilidad de consultar una segunda o tercera opinión, sin otorgar relevancia al propio sentir del paciente o usuario de los servicios de salud, despreciando la naturaleza inherente a la de un ser dotado de individualidad propia.

B) LA AUTONOMÍA DE LAS PERSONAS PARA DETERMINAR SU ATENCIÓN DE SALUD

La importancia del derecho a ser informado dependerá de cómo se estructure la relación entre médico y paciente.

La adopción de un sistema paternalista o vertical en esta relación, en el cual la voluntad del paciente pasa a un segundo plano, de inferior categoría que la actividad sanadora del médico, conlleva al primero a ser considerado un mero beneficiario del sistema sanitario, y lo urgente es la atención de salud con prescindencia de los aspectos íntimos de su voluntad. Se puede decir que, en un extremo de esta interpretación, la participación del paciente en su enfermedad es visto como una dificultad o molestia para la aplicación de un pronto remedio que restablezca su salud. La legitimidad de la actividad médica radicaría, en este sentido, en lo que es consubstancial a la ciencia: la curación. No habría necesidad de informar a quien no posee el manejo de un lenguaje técnico ni aun básico de la Medicina, abocándose los esfuerzos a dirigir el procedimiento adecuado. Así, el ejercicio médico queda despojado de toda consideración al

⁸ María del Carmen GÓMEZ RIVEROS, *Responsabilidad penal del médico*, p. 85.

paciente como sujeto dotado de voluntad libre y la comunicación asume un mero carácter funcional o protocolar para formar la relación entre médico y paciente.

En cambio, una visión o concepción horizontal lleva a contemplar a la persona como un ser que se encuentra habilitado para dar su opinión o punto de vista frente a la atención médica, frente a un problema de salud que lo involucra directamente. La relación médico-paciente arranca de una posición de igualdad de partes, donde el límite de la intervención de salud estaría radicado en la voluntad del paciente. Por lo tanto, se requiere su consentimiento para obrar, salvo en casos urgentes con privación de sentido, riesgo vital o secuela funcional grave de no mediar atención médica inmediata e impostergable y en virtud de la cual, no se pueda obtener el consentimiento de su representante legal, como lo dispone el artículo 15 de la ley. En estos casos, la legislación ordena actuar al médico sin dilaciones, pasando a ser irrelevante la manifestación de voluntad, dando preeminencia al derecho a la vida e integridad física y psíquica.

Este “derecho a la autodeterminación individual”, como ha sido denominado por la doctrina extranjera, es un reconocimiento a la naturaleza libre y la voluntad de los individuos, que no se materializa en la hipótesis de una inadecuada información. Para que exista una manifestación válida de voluntad, debe contar el paciente o los otros interesados con antecedentes fidedignos y exactos para comprender el alcance de su toma de decisiones, sea para autorizar un tratamiento o procedimiento, sea para rechazarlo o simplemente colaborar a su sanación. Dentro de esta autodeterminación, se legitiman el abandono de todo tratamiento si el estado de la enfermedad es terminal, evitándose, de esa forma, lo que se denomina la “distanasia” o encarnizamiento terapéutico, que implica intrusiones molestas y la exposición a situaciones exasperantes para el paciente (sin mencionar los gravosos costos económicos para las familias) y, en su lugar, si demora se recurre a medios paliativos del dolor.

IV. Normativa regulatoria del derecho de información

El párrafo 4° de la ley N° 20.584 ofrece un catálogo de derechos que comprende el ámbito de información.

Distingue dos tipos de categorías en relación con cómo se concibe al individuo:

A) Como “usuario” de servicios y productos asociados a la salud.

B) Como paciente o sujeto a una actividad de curación y rehabilitación de salud.

A) *COMO USUARIO DE SERVICIOS Y PRODUCTOS
ASOCIADOS A LA SALUD*

El artículo octavo de la ley N° 20.584 describe una serie de derechos de la persona, representándolo como un usuario de servicios de atención respecto de una institución de salud –el Reglamento habla de “usuario”–, sin embargo, se asemeja a la descripción de consumidor que realiza el artículo primero N° 1 de la ley N° 19.496⁹. El individuo se presenta en el marco de una relación contractual con un prestador institucional o individual –sea que su fuente sea un contrato de salud o atención médica, sea de los beneficios propios que consagra la legislación asistencial pública– del cual puede exigir que se le proporcione los pormenores del tipo de atención o atenciones que se brindan, los precios y los mecanismos administrativos para acceder a ellas; las condiciones previsionales requeridas para su atención, antecedentes y trámites necesarios para obtener atención de salud; las condiciones y obligaciones contempladas en sus reglamentos internos que las personas deberán cumplir mientras se encuentren al interior de los establecimientos asistenciales y los canales e instrumentos burocráticos para poder dar su opinión sobre la atención brindada, sea para interponer un reclamo, una sugerencia, comentarios o felicitaciones.

B) *COMO PACIENTE O SUJETO A UNA ACTIVIDAD
DE CURACIÓN Y REHABILITACIÓN DE SALUD*

El artículo décimo de la ley regula el derecho de información desde la óptica de la relación entre médico y paciente.

Se categoriza a la persona en su calidad de sujeto de un tratamiento o atención médica. Se reconoce y desarrolla el derecho del paciente a ser informado de los aspectos de su estado de salud, norma el procedimiento a seguir en caso de encontrarse imposibilitado de manifestar su voluntad, en situaciones de urgencia en que el rápido proceder se impone frente a la obligación de informar detalladamente y el deber de guardar confidencialidad de los antecedentes proporcionados por parte de los prestadores de salud.

⁹ Se reconoce que la palabra ‘usuario’ es el vocablo correcto. En la atención de salud, no solo se dan fenómenos contractuales característicos de la prestación de un servicio como contraprestación de un pago en dinero por aquel; también se encuentra la situación de personas que reciben una atención gratuita, derivado de beneficios legales, propios de un Estado social.

V. Criterios para determinar adecuada la información proporcionada

La forma cómo se ha de proporcionar la información por el prestador institucional e individual ha de ser:

A) SUFICIENTE

Un tema importante es la fijación de estándares que permitan al destinatario del ordenamiento tener la certeza de haber cumplido su deber de información y no caer en una suerte de limbo o indeterminación normativa.

Primero. En relación con el juicio de cumplimiento de información, este ha de realizarse en términos abstractos (qué dice la norma o protocolo) y concretos (las circunstancias presentes) a la situación planteada, toda vez que el juicio de reproche del sentenciador está dirigido al análisis de la licitud o ilicitud de una conducta en particular.

Segundo. Ha de entenderse como adecuado, lo que define la Real Academia Española por tal vocablo, esto es: “apropiado para alguien o algo”, y lo será cuando se informe, tomando en cuenta las condiciones personales y emocionales del usuario, es decir, cobra relevancia el cómo, el qué se comunica y el estado de la persona a quién está destinada la información. Especial dificultad es establecer estándares homogéneos en tal sentido, asunto que la doctrina extranjera también lo reconoce.

El debate sobre el asunto ha girado en torno a tres métodos intentados:

a) La del criterio del médico razonable

Su contenido estaría dado por la general experiencia de la atención médica, determinado por los propios facultativos, con el consiguiente peligro de caer en subjetividades.

b) La del criterio del paciente razonable o sensato

El parámetro estará guiado por la conducta que refleja ante la enfermedad un hombre medio. Otra vez se cae en en la dificultad de establecer qué se entiende como conducta razonable de un paciente o usuario. Es importante recordar que la información proporcionada tiene como objetivo preceder a una toma de decisión del paciente según el inciso segundo del artículo 12 del Reglamento y no pocas veces los tribunales han pronunciado como inadecuado un consentimiento –previa información

consecuente— tomando en consideración el contexto de las circunstancias personales del paciente.

Otro aspecto relevante y que incide en la subjetiva percepción del usuario, es la diversa formación o conocimiento que posea él y sus representantes en temas médicos. ¿Cuál es la respuesta apropiada para un médico o un auxiliar de enfermería o paramédico? En el caso que aquí se analiza, a pesar de que los actores reconocieron que la paciente fallecida era funcionaria del hospital Dipreca, cuyo cargo era auxiliar de enfermería, en estado de conciencia, solo se enfocó el debate en la inadecuada información proporcionada a los familiares, pero no a la paciente, quien, en su calidad de tal, no era un usuario común y corriente. ¿Se le preguntó a ella su deseo de ser trasladada? ¿Se le advirtió de la gravedad del diagnóstico y sus eventuales consecuencias fatales? ¿Dentro de la malla de sus estudios universitarios o técnicos, comprendía la atención y cuidados de pacientes con diagnóstico de peritonitis aguda, de manera de poder evaluar si estaba en condiciones de emitir un consentimiento válido para el traslado de recinto? ¿Primó más el voluntarismo de los parientes, manifestado en la desconfianza hacia el establecimiento público por sobre el del hospital Dipreca de Santiago?

c) El criterio ecléctico

Frente a los inconvenientes anteriores, se ha planteado una solución mixta. Ha de establecerse parámetros según las características de cada paciente según su grado de instrucción y conocimiento en asuntos médicos. El contenido de la información estimada como apta dependerá de la experiencia del facultativo, su obrar en casos semejantes y las circunstancias propias del paciente o usuario.

Ni la ley ni el decreto N° 38 que aprueba el Reglamento Sobre Derechos y Deberes de las Personas en Relación con las Actividades Vinculadas con su Atención de Salud del 17 de julio de 2012, definen qué se entiende por suficiencia.

Sin embargo, aplicando otras normas del mismo estatuto, se puede desprender que se es suficiente cuando:

- Se contenga una descripción del tipo de prestaciones que se ofrecen y sus valores;
- Se publiquen o se den a conocer personalmente las condiciones previsionales requeridas para la atención del usuario, se indique los antecedentes necesarios para acceder a ella y los pasos a seguir.
- Se informe sobre los derechos y limitaciones que tiene el usuario durante la atención de salud en un establecimiento.

- Se comunique que se encuentra a su disposición los medios para hacer valer su opinión sobre la atención recibida.
- Se dé a conocer las normas y protocolos establecidos sobre seguridad del paciente y calidad de la atención, y los riesgos eventuales a que pudiera verse expuesto, que sean conocidos¹⁰.
- Se comuniquen los daños de cualquier magnitud que hayan sido provocados al usuario durante su atención, entiendo como tal, cualquier lesión ocasionada con infracción de las normas y protocolos de atención.
- Cuando se represente al paciente, sus representantes legales o familiares, su estado de salud, posible diagnóstico de su enfermedad, las alternativas de tratamiento disponible para su recuperación, los riesgos que ello pueda representar, el pronóstico esperado y, en su caso, el proceso previsible del periodo posoperatorio, teniendo especial consideración a la edad del usuario, su condición personal y emocional (artículo 12 del Reglamento).
- Proporcionar al personal interno o externo de una credencial de identificación que contenga el nombre y apellidos, función e institución a que pertenece, que sea visible y claramente comprensible.

Los criterios establecidos por la Corte Suprema en el fallo en comento ayudan a complementar el concepto de estado de salud, como la “descripción exacta de la gravedad de la condición del paciente”.

B) OPORTUNA

Un segundo elemento que integra la adecuada información es la oportunidad en que se informa, en el sentido llano de la palabra, cuando sea conveniente.

La conveniencia ha de ser juzgada conforme las circunstancias del caso. Algunas luces otorgan la normativa, distinguiendo el estado en que se encuentre el paciente.

En primer lugar, si el usuario se encuentra plenamente consciente, ha de comunicarse las noticias sobre su estado de salud y futura atención, antes de cualquier procedimiento.

En segundo lugar, en casos de grave urgencia, entendiéndose por tales, el

¹⁰ Por concepto de protocolo se ha de entender, conforme lo expresado en el inciso final del artículo cuarto del Reglamento, los procedimientos médico-técnicos elaborados conforme el avance y evidencia científica a aplicar en cada caso específico.

“de aquellas en que la falta de intervención inmediata e impostergable implique un riesgo vital o secuela funcional grave para la persona y ella no esté en condiciones de recibir y comprender la información”¹¹,

será oportuno cuando se comunique a los representantes legales o las personas que bajo su cuidado se encuentre, antecedentes estrictamente circunscritos a la situación de emergencia. Lo anterior es desde que cesa la situación de atención inmediata y extraordinaria, puesto que la ley privilegia la atención expedita en estos casos e, incluso, prescindir de otorgar conocimiento sobre la atención que se está brindando cuando la vida del usuario se encuentre en peligro.

En tercer lugar, finalizada la hospitalización del paciente o concluida la intervención médica, mediante un informe que contenga las menciones que dispone el artículo 11 de la ley N° 20.584. Sin embargo, esta norma atiende al proceso posterior al egreso de un recinto hospitalario.

En cuarto lugar, se estima que existe un evento que la ley no menciona, y que tiene relación con los sucesos durante la evolución de la intervención de salud. La enfermedad es un estado mórbido en constante evolución, cuyo resultado final se puede aventurar –conforme la experiencia– pero jamás asegurar.

c) Veraz

Un tercer elemento de la adecuada información es el contenido que se otorga o revela. El propio significado de la palabra indica que debe siempre decirse la verdad.

¿Pero el obrar prudente implica también el “tacto” de cómo se dice el diagnóstico y cuánto revelar al usuario?

El paciente no está constituido por un grupo de células que reaccionan frente a un tratamiento. También posee un sentir, propio del aspecto psicológico, que el médico debe proteger y que, en no pocos casos, se encuentra presente. De las características propias de personalidad del usuario o paciente enfrentado a un serio diagnóstico ha de procederse con cautela.

Una expresión cruda y directa puede llevar a un estado de exasperación no tolerable para una persona, por lo que puede ser aconsejable recurrir a un familiar cercano o encargado de su cuidado para contar los detalles. En esto, el ejercicio de la Medicina se asemeja a un arte, donde saber tratar con personas es una expresión más de las características de un buen y comedido médico.

¹¹ Ley N° 20.584, artículo 10 inciso tercero.

No hay pronunciamiento alguno en la ley como tampoco en el Reglamento. Sin embargo, en la mayoría de los códigos deontológicos se destinan algunas palabras para recomendar la prudencia al momento de poner en conocimiento la gravedad del diagnóstico.

Así, el *Código de Ética Médica* del Colegio Médico de Chile, en su artículo 24 se refiere a que es deber del médico cuidar la forma y contenido de la comunicación que va a proporcionar:

“ Toda información que a juicio del médico pudiere causar sufrimiento grave al paciente, deberá ser proporcionada con prudencia, utilizando expresiones mesuradas ”.

Por otra parte, el artículo 15 del *Código de Deontología Médica* del Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos de España invoca la mesura a la hora de informar al paciente:

“ 1. El médico informará al paciente de forma comprensible, con veracidad, ponderación y prudencia. Cuando la información incluya datos de gravedad o mal pronóstico se esforzará en transmitirla con delicadeza de manera que no perjudique al paciente ”.

El *Código de Ética* para los equipos de salud de la Asociación Médica Argentina alude al cómo expresar, de la siguiente manera:

“ Art. 94.- Los miembros del Equipo de Salud *deben extremar la prudencia* para dar una opinión en situaciones críticas, tales como:

Inc. a) Enfermedad grave o desenlace fatal inminente.

Inc. b) Incurabilidad.

Inc. c) Invalidez psicofísica progresiva e irreversible”¹².

El *Codice Di Deontologia Medica* de la Federación Nacional de Órdenes de Cirugía Médica y Odontología italiano prescribe en el artículo 33:

“ El médico adecuará la comunicación a la capacidad de comprensión de la persona asistida o de su representante legal, atendiendo a cada solicitud de aclaración, teniendo en cuenta la sensibilidad y la reacción emotiva de aquellos, en particular en caso de pronóstico grave o adverso, sin excluir el elemento de esperanza ”.

El cuidado que recomiendan o mandatan generalmente los *códigos deontológicos* al momento de notificar al paciente, es el reconocimiento

¹² *Código de Ética para los Equipos de Salud de la Asociación Médica Argentina.*

a posibles reacciones psíquicas negativas de las personas frente a un diagnóstico funesto, pues un exceso o inadecuada transmisión de información puede acarrear un agravamiento de su estado general de salud. El asunto central sobre este aspecto es si esta situación puede constituir una causal de justificación para omitir parte del diagnóstico al paciente o sus familiares. Dada la inspiración de nuestra legislación –reconocer como puntal el derecho a la autodeterminación individual– podría tolerarse la morigeración del diagnóstico, pero nunca callarlo o disfrazarlo, a lo menos, a las personas que declaren ser los responsables de su cuidado personal. Esta hipótesis es descartable bajo patologías o tratamientos en que la colaboración del paciente es indispensable para el restablecimiento de su salud. Sería más propio de estados avanzados de una enfermedad y cuando se estimare que aceleraría de modo negativo la muy precaria condición de salud.

VI. De la renuncia a no ser informado

Hay un aspecto que finalmente no fue incluido en el texto final, pero que se refirió al derecho a no ser informado, a cuyo tratamiento legal se refería el artículo noveno del proyecto¹³. Este texto establecía lo que en doctrina se conoce como un derecho especial y se refería a él de la siguiente forma:

“Toda persona tiene derecho a manifestar, por escrito, su voluntad de no ser informada, a menos que lo exija la protección de la vida de otra persona o que por razones de orden sanitario resulte necesaria la adopción de conductas y hábitos particulares por parte de ella. Podrá designar, en este mismo acto, la o las personas que en su nombre reciban la información respectiva, quienes también quedan obligados a respetar su derecho a no ser informado.

Si la persona decide no designar un receptor de esta información, el médico o profesional tratante deberá registrar los antecedentes relevantes asociados a las acciones vinculadas a la atención de salud y tomar los resguardos necesarios para la debida protección de dicha información.

El ejercicio de este derecho constituye una manifestación voluntaria, consciente y esencialmente revocable”.

¹³ Este aspecto del proyecto reflejaba lo que ya se establece en el *Código de Ética del Colegio Médico de Chile* en su artículo 24 inciso final: “La voluntad del paciente de no ser informado, o la de delegar en otra persona la información, deberá ser respetada”. Una consagración semejante posee *El Código de Deontología Médica* aprobado por el Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos de España que reza: “El médico respetará el derecho del paciente a no ser informado, dejando constancia de ello en la historia clínica”.

En las indicaciones formuladas durante la discusión del proyecto de ley en el Senado, el senador Jorge Arancibia fue de la opinión de suprimir el texto del artículo noveno del proyecto, puesto que, estimaba, era improbable que una persona, de antemano, formulare una solicitud del tal naturaleza. Sin embargo, la ministra de Salud rebatió que, en el orden práctico, aun esa petición era posible escucharla de parte de los pacientes, aunque con tendencia a disminuir, citando como ejemplo el caso de pacientes de edad avanzada, acotación que fue respaldada por el senador Guido Girardi, apoyado en su ejercicio profesional. Consta en las actas que, finalmente, fue retirado por su autor esta indicación. Por último, en términos concretos, el texto aprobado por el Senado no contempló referencia alguna a este derecho en particular.

Esta supresión, sin duda, afecta la posibilidad de aplicar el criterio señalado en el capítulo anterior. La inspiración de la ley N° 20.584 indicaría que no hay más excepciones al derecho de informar que las que enuncia el párrafo cuarto, estableciéndose como norma que todas las personas se encuentran en un estado psicoemocional apto para recibir un diagnóstico por más grave y fatal que sea, desentendiéndose del común sentir de la comunidad médica como lo describe el *Código de Ética* del colegio del ramo nacional.

Aunque puede haberse calificado como “extraña” la ocurrencia de esta petición, llama la atención que no se haya aprobado su texto, puesto que, si se concibe a la persona como dotada de autonomía para decidir sobre su estado de salud, también merece respeto el íntimo sentir del paciente a no someterse a los mayores sufrimientos que le pueda acarrear conocer las últimas consecuencias de su enfermedad y, de paso, constituir una causal de justificación para el personal sanitario y dotar a este derecho del carácter de renunciable bajo ciertas y determinadas circunstancias o requisitos.

La ley española N° 41 de 14 de noviembre de 2000, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, reconoce esta posibilidad en los siguientes términos:

“Artículo 4. Derecho a la información asistencial.

1. Los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la Ley. *Además, toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada.* La información, que como regla general se proporcionará verbalmente dejando constancia en la historia clínica, comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias.

Artículo 5. Titular del derecho a la información asistencial.

4. El derecho a la información sanitaria de los pacientes *puede limitarse por la existencia acreditada de un estado de necesidad terapéutica*. Se entenderá por necesidad terapéutica la facultad del médico para actuar profesionalmente sin informar antes al paciente, *cuando por razones objetivas el conocimiento de su propia situación pueda perjudicar su salud de manera grave*.

Llegado este caso, el médico dejará constancia razonada de las circunstancias en la historia clínica y comunicará su decisión a las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho”.

Como puede observarse, la legislación española reconoce un caso de *estado de necesidad* justificante para limitar el derecho de información, reduciéndolo a la existencia de motivos exentos de subjetividad profesional, y de estricta conveniencia clínica para el paciente. Puede pensarse que esta norma es aplicable en dos casos: el primero, cuando la fragilidad anímica del paciente puede llevarlo a una situación de desesperación y, el segundo, cuando la comunicación resulta del todo inútil por la inexistencia de tratamiento curativo.

Recurriendo a una de las fuentes del concepto de *lex artis*, un ejemplo de ello es la delicadeza del *Codice Di Deontologia Medica* –atrás citado– sobre el tema: “sin excluir el elemento de esperanza”. La esperanza aparece como un elemento clave en la recuperación o atención del paciente. El concepto del buen morir –en el plano de respeto de la dignidad personal– involucra una actividad compleja de actos, que incluye no colocar al paciente en una situación de extrema inquietud que lo aleje de la tranquilidad necesaria para enfrentar un diagnóstico irreversible. En ese sentido –para ello tomo las palabras de un médico amigo– acompañar a un enfermo, en especial en etapas terminales, incluye la sensibilidad propia del momento, donde resulta necesario que el paciente sienta tanto física como espiritualmente el estar acompañado, aun cuando no se trate de un familiar cercano.

Como puede observarse, existen muchas aristas al momento de analizar el derecho a informar, y la normativa vigente requerirá aun del auxilio de los *códigos deontológicos* para resolver los asuntos que se planteen en tribunales.

VII. De la ficha clínica y del formulario de consentimiento informado

Se concluye, no sin antes colocar como tema de análisis el enfoque práctico, procesalmente hablando.

Antes de la ley N° 20.584 y sus reglamentos, no existía una normativa de jerarquía legal, sino solo reglamentaria, que indicaba la forma y contenido de la ficha clínica. La resolución exenta N° 926 de 14 de junio de 1989 de Salud que aprobó el *Manual de Procedimientos de la Sección de Orientación Médica y Estadística*, contiene las instrucciones de carácter obligatorio sobre normas relativas a la admisión de pacientes, recaudación, estadística y otras disposiciones relativas a la atención de los usuarios en los establecimientos asistenciales dependientes del Sistema Nacional de Servicios de Salud, referente obligado desde su vigencia para entender el concepto y contenido de lo que denomina la “historia clínica” de un paciente.

En el capítulo II, letra a) párrafo 4° del *Manual*, se entrega un concepto de lo que se debe entender como “historia clínica” y su contenido, pero no hacía referencia al reconocimiento del derecho de información al paciente, salvo en aquellas instrucciones de carácter administrativo necesarias para brindar atención hospitalaria, como informar al usuario del día de ingreso hospitalario. No se concebía la ficha clínica como un instrumento idóneo para dejar constancia de haber cumplido con el deber de información.

En cambio, una de las grandes novedades de la ley, y con seguridad, una aspiración de los cuerpos médicos, fue establecer un mecanismo a través del cual consagrar el denominado formulario de consentimiento informado y asignarle un peso probatorio específico que antes no se encontraba en nuestra legislación. El inciso final del artículo 14 de la ley N° 20.584 se refiere al tema en el siguiente sentido:

“Se presume que la persona ha recibido la información pertinente para la manifestación de su consentimiento, cuando hay constancia de su firma en el documento explicativo del procedimiento o tratamiento al cual deba someterse”.

Este documento es uno más de aquellos que deben archivar en la ficha clínica de cada paciente, como lo establece el artículo 6° del Reglamento sobre fichas clínicas, que dispone como antecedentes mínimos que la integran los siguientes:

“Artículo 6°. Toda ficha clínica deberá contener los siguientes antecedentes, a lo menos:

a) Identificación actualizada del paciente: nombre completo, número y tipo de documento de identificación: cédula de identidad, pasaporte, u otro; sexo, fecha de nacimiento, domicilio, teléfonos de contacto y/o correo electrónico, ocupación, representante legal o apoderado para fines de su atención de salud y sistema de salud al que pertenece.

b) Número identificador de la ficha, fecha de su creación, nombre o denominación completa del prestador respectivo, indicando cédula de identificación nacional o rol único tributario, según corresponda.

c) Registro cronológico y fechado de todas las atenciones de salud recibidas: consultas, anamnesis, evoluciones clínicas, indicaciones, procedimientos diagnósticos y terapéuticos, intervenciones quirúrgicas, protocolos quirúrgicos u operatorios, resultados de exámenes realizados, interconsultas y derivaciones, hojas de enfermería, hojas de evolución clínica, epicrisis y cualquier otra información clínica.

Si se agregan documentos, en forma escrita o electrónica, cada uno de ellos deberá llevar el número de la ficha.

d) Decisiones adoptadas por el paciente o respecto de su atención, tales como consentimientos informados, rechazos de tratamientos, solicitud de alta voluntaria, altas disciplinarias y requerimientos vinculados a sus convicciones religiosas, étnicas o culturales, en su caso”.

Este artículo debe ser relacionado y vinculado con el artículo 14 de la ley N° 20.584, que contiene el procedimiento a utilizar por el médico tratante para efectos de comunicar al paciente o usuario lo concerniente a su estado de salud y tratamiento a seguir:

- a) Por regla general, es un acto verbal.
- b) Pero para fines de registro, debe constar que se proporcionó la información necesaria cuando se trate de procedimientos invasivos, cualquiera sea su naturaleza.

La definición que proporciona el artículo 12 de la ley N° 20.584 sobre ficha clínica, explicita sus características:

“La ficha clínica es el instrumento obligatorio en el que se registra el conjunto de antecedentes relativos a las diferentes áreas relacionadas con la salud de las personas, que tiene como finalidad la integración de la información necesaria en el proceso asistencial de cada paciente. Podrá configurarse de manera electrónica, en papel o en cualquier otro soporte, siempre que los registros sean completos y se asegure el oportuno acceso, conservación y confidencialidad de los datos, así como la autenticidad de su contenido y de los cambios efectuados en ella.

Toda la información que surja, tanto de la ficha clínica como de los estudios y demás documentos donde se registren procedimientos y tratamientos a los que fueron sometidas las personas, será considerada como dato sensible, de conformidad con lo dispuesto en la letra g) del artículo 2° de la ley N° 19.628”.

La duda que asiste es la siguiente: ¿reemplaza la ficha clínica al formulario de consentimiento informado en cualquiera de sus variantes?

El artículo sexto reproducido da a entender que la relación entre ficha clínica y formulario de consentimiento informado es de continente

a contenido, respectivamente. Este segundo documento es diferente y es el único que tiene la virtud de hacer operar la presunción legal, porque hay un acto por escrito suscrito por el usuario, al contrario de lo que ocurre con la ficha clínica, donde es el profesional médico involucrado en la atención quien debe completarla.

Sin embargo, al tratarse de una presunción, altera el *onus probandi*, pero no por eso la ficha clínica, en su conjunto, deja de poseer peso probatorio para causar convicción. Así lo expresa el artículo 13 de la ley N° 20.584, al permitirse revelar a los tribunales de justicia y a los fiscales del Ministerio Público y a los abogados, previa autorización del juez competente, cuando se vincule con las causas o con las investigaciones o defensas que tengan a su cargo, respectivamente.

Además, la normativa recalca la importancia como instrumento probatorio, el deber del médico de dejar constancia en la ficha clínica de haber informado al paciente de su estado terminal y su aceptación de suspender todo tratamiento médico, cuando se trate de someterse a cualquier tratamiento que alargue de modo artificioso, su vida y del hecho del riesgo a la salud pública la omisión de todo tratamiento. Tratándose de decisiones de gran envergadura, también se deberá tomar el recaudo del hecho de haber informado completa y comprensiblemente de esta situación.

VII. A modo de conclusión

Según lo descrito, en términos prácticos, una *información adecuada* al paciente o a los encargados de su cuidado, es aquella *suficiente*, comprendiendo por tal la descripción de la enfermedad, estadio de evolución, su gravedad, el tratamiento sugerido y las reacciones adversas que puede gatillar, demostradas clínica y científicamente, y las consecuencias de no someterse a dicho tratamiento.

También se debe tratar de una información *veraz*, o sea, apegada a la realidad de la enfermedad y de los procedimientos a practicar.

Y, en tercer término, *oportuna*, entendiéndose por tal la proporcionada en un momento que le permita al paciente tomar una decisión libre en relación con su salud, utilizando un lenguaje que traduzca el léxico técnico a las condiciones culturales del o los receptores de la información y de modo prudente conforme su condición, de manera que hacer entendible la gravedad de la situación; tomando el recaudo por parte del personal médico, de dejarlo consignado por escrito en la ficha clínica y en el formulario de consentimiento informado.

Bibliografía

- COLEGIO MÉDICO DE CHILE, *Código de Ética*, **Santiago, Colegio Médico de Chile A.G., 2013.**
- ASOCIACIÓN MÉDICA ARGENTINA, *Código de Ética para los equipos de salud de la Asociación Médica Argentina*, 3^a ed., **Mendoza, Editorial de la Universidad del Aconcagua, 2016.**
- GÓMEZ RIVEROS, María del Carmen, *Responsabilidad penal del médico*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.
- MARAÑÓN, Gregorio, *Vocación y ética*, Buenos Aires, Espasa-Calpe, 1946.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Derechos fundamentales y garantías constitucionales*, Santiago, Librotecnia, 2010.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
Y DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES.
Comentario a la sentencia rol N°4012.2017,
del 18 de enero de 2018,
sobre el proyecto de ley que modifica ley N° 19.496,
sobre protección de los derechos de los consumidores

*Eduardo Soto Kloss**

Comentario

El fallo del TC que se pronunció sobre distintas normas que inciden en materias de ley orgánica constitucional del proyecto de ley referido y específicamente al SERNAC, ha producido de inmediato, en concertado coro, las críticas de los estatistas de siempre y de lo que yo llamo con cariño “la patrulla juvenil estatista”, talentosos jóvenes y entusiastas cultores de nuestra disciplina del Derecho Administrativo. Y es que la visión estatista –contra la que tanto he luchado desde que comencara a dedicarme a esta apasionante rama del Derecho Público, en cuanto protectora de los derechos y libertades ciudadanas– pretende, en una visión hegeliana típica, el mayor potenciamiento del Estado y su Administración, erigiendo a estos como “el gran hermano”, que es el sabio, el prudente, el que conoce a la perfección lo que cada ciudadano necesita y con un paternalismo [que esconde una soberbia mayúscula] digno de mejor causa, pero que claramente desea que se viva según sus *diktat*, al modo nazi o según sus *ukases*, al modo soviético, según sean sus preferencias del socialismo marxista o neomarxista, sea nacionalista o internacionalista.

Y se habla de “retrocesos”, de planteamientos “simplistas”, de doctrinas “obsoletas”, como si la salvaguarda y defensa de los derechos fundamentales fueran cosas del pasado, como si la primacía de la persona humana fuera “pura música” o “armonías celestiales” [pasando por encima y vulnerándose flagrantemente el artículo 1° de la Constitución], y el imperio del Derecho y de la Constitución fueran ideas buenas solo para oponerlas a las dictaduras, pero innecesarias en una “democracia de globalización” que busca dar el mayor placer a los habitantes siempre que se dobleguen a sus ideas totalitarias...

* Doctor en Derecho, Universidad de París/Panthéon-Sorbonne. Profesor titular de Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica. Correo electrónico: soto-kloss@gmail.com

Y esto a raíz del fallo del TC rol 4012-2017 que, en aplicación de la Constitución, simplemente establece que para “sancionar” la Administración a los ciudadanos que se sindicaron como infractores de las normas sobre protección de los consumidores, debe ceñirse a los principios más elementales del debido procedimiento, que también son en su totalidad aplicables a la Administración. Se suele omitir –pienso que *pro domo sua*– que ello fue claramente establecido en la Comisión Ortúzar en la sesión 101 (9 de enero de 1975) a raíz de una observación del comisionado Sergio Diez Urzúa (a la sazón profesor de Derecho Constitucional en la Universidad Católica de Chile), en cuanto hacer aplicable dicho principio también a los actos sancionadores emitidos por la Administración del Estado (artículo 19 N° 3, inciso 5°, hoy inciso 6°).

Si bien sigo sosteniendo con firmeza –porque estoy convencido de ello por historia y doctrina– que “sancionar es juzgar”, como lo planteara allá por 1978 [y fundamentado en nuestra propia Constitución, desde la de 1833, artículo 108, y, por ello, es que le corresponde solo a un tribunal de la república, o sea, un órgano independiente e imparcial, distinto de ambas partes/Administración e inculpado]¹, desde hace años el TC ha debido ir cada vez más limitando en profundidad esta pretendida potestad sancionadora administrativa, que, de modo tan liviano como inconsciente, el legislador sigue entregándole con muy poca “densidad jurídica”, dando así pábulo a la pura y simple arbitrariedad del burócrata de turno, que piensa que todo ciudadano es un delincuente, un estafador o un aprovechador y que solo el Estado, la Administración, son el santo, el bueno, el generoso y que sus funcionarios buscan únicamente el bien de las personas que habitan el país.

Ante tal situación, que es lo real, lo que muestra el vivir de cada día, solo queda al afectado un baluarte: un “tribunal”, pero que lo sea de verdad, “independiente” del poder de la Administración y del gobierno de turno y, por tanto, “imparcial”, cuyo único interés sea impartir justicia, es decir, aquella constante y perpetua voluntad de dar a cada cual lo suyo, lo que es debido, esto es al infractor sanción, al inocente absolución. Pero ello, siempre otorgando al inculpado las garantías del *debido procedimiento*, partiendo por la presunción de inocencia y en que su culpabilidad deba ser probada debidamente por la Administración, que es quien pretende su castigo.

¹ Véase Eduardo SOTO KLOSS, “El derecho administrativo penal. Notas para el estudio de la potestad sancionadora de la Administración”, pp. 95-103; después, Eduardo SOTO KLOSS, “La potestad sancionadora de la Administración ¿se adecúa a la Constitución?”, pp. 29-49 y Eduardo SOTO KLOSS, “Otra vez sobre la potestad sancionadora de la Administración”, pp. 39-52.

Esto es el punto que el TC ha visto muy bien en este caso, siguiendo una jurisprudencia que poco a poco ha ido desarrollando a través de los últimos años las debidas garantías de las personas ante la Administración al estudiar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de normas de proyectos de ley (como en este caso) o en los casos de acciones de inaplicabilidad de preceptos de ley o de inconstitucionalidad².

En afán de brevedad comentaré aquí solo el tema que aborda el fallo respecto de las *violaciones al debido procedimiento*, garantía que es básica e insoslayable en un Estado de derecho, sin perjuicio que este fallo me parece también importante en cuanto hace referencia a la atribución de potestades normativas e interpretativas a un organismo de la Administración (SERNAC), tema que otro autor bien podría abordar.

El debido procedimiento y “*nemo iudex in causa sua*”

Suele ser habitual que para muchas instituciones jurídicas se acuda al Derecho Romano como origen de ellas, dada la sabiduría que revelaron en estas materias los romanos de los siglos primero antes de Cristo y primero y segundo después de Cristo, y que también en este punto se da como es posible encontrar aquella sentencia que recoge el *Digesto* en 5.3.1, tal *nemo iudex in causa sua*, esto es: “nadie puede ser juez en su propia causa”³. Los fueros españoles del Medioevo lo tenían muy claro, al igual que la Carta Magna leonesa de 1188, el llamado Fuero de Aragón y luego

² Véase sobre el tema Tamara ARANCIBIA M., “Análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de sanciones administrativas”.

³ Resulta curioso el desconocimiento que se tiene de antecedentes jurídicos de la literatura del antiguo Israel, donde es posible encontrar instituciones que la Sagrada Escritura establece muy perfiladamente, muchos siglos antes que los griegos y los romanos. En efecto, la existencia de un tribunal independiente e imparcial (los ancianos del pueblo, por su experiencia, sabiduría y ecuanimidad), la debida audiencia del implicado, un régimen de pruebas, una decisión cuyo cumplimiento era efectivo, una remisión de las deudas pasado cierto tiempo (¿prescripción?), una ‘reversión’ [uso el término moderno] de las propiedades, etc., que es posible encontrar en textos tan antiguos como el *Génesis*, el *Deuteronomio* (verdadera Constitución del pueblo de Israel, véase *v. gr.*, capítulos 12 a 26), el *Levítico* e, incluso, en los libros llamados “sapienciales” (que traducen en aforismos las ideas principales de la justa convivencia cotidiana). Baste indicar que el mismo Dios no castiga a nuestros primeros padres (Adán y Eva los llama el texto), sin oírlos previamente a ambos, y preguntarles la razón de su conducta contraria a lo que se había establecido: véase *Génesis* 3, 8-13, tan fundamental aparece este principio del debido proceso y tan antiquísimo en la historia humana.

hasta *Las Partidas*, como la Carta Magna de los barones ingleses (1215) e, incluso, entre nosotros en la propia legislación indiana. Todo ello fue recogido en nuestra legislación republicana donde la propia Constitución de 1833 establecía con claridad en su artículo 134 que “Ninguno puede ser juzgado por comisiones especiales...”, es decir, debe ser juzgado por el llamado “juez natural”, o sea, un “tribunal” que haya sido establecido con anterioridad al caso que va a conocer y en virtud de una ley. Esa idea de llamar “comisión especial” indica de modo inconcuso la *prohibición* de ser juzgado y sancionado por un órgano que no sea independiente e imparcial respecto del inculpado, que no es sino clara aplicación del romano *nemo iudex causa sua*. Ello pasará íntegro a la Constitución de 1925, artículo 12, y será recogido con mayor precisión en la vigente de 1980, artículo 19 N° 3 inciso 4° (hoy inciso 5°), agregándose el inciso 6° ya referido, que expresamente se refiere al debido proceso, también aplicable a las sanciones dispuestas por las autoridades administrativas.

Pues bien, ante esta irredargüible realidad constitucional, que está dentro de la más antigua tradición indiana y luego republicana chilena, el TC ha ido, como decía, desarrollando una jurisprudencia que tiende a precisar cada vez con mayor rigor y sistematicidad las debidas garantías que el legislador está obligado a disponer cuando legisla en esta materia. No puede omitirse el hecho de que ello es una *obligación constitucional que la Carta de 1980 impone al legislador* y que pareciera que este olvida o avasalla sin rubor: léase con tranquilidad el referido inciso 6°, que perentoriamente impone al legislador “*establecer siempre* las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos” (destacado mío).

Y en este aspecto ha de agregarse, de inmediato, que el debido procedimiento en estos casos supone, por supuesto, la *debida audiencia del inculpado*, lo que significa que en la realidad de los hechos no solo se dé la posibilidad al inculpado de una infracción, de decir su punto de vista y que quede constancia efectiva en el expediente que se siga al respecto, sino muy en especial que se tome en cuenta lo que ha expresado, se sopesa, se razone sobre ello y, luego, se decida, pero fundamentadamente, haciéndose cargo de las argumentaciones de dicho inculpado y controvirtiéndolas si no se está de acuerdo con ellas, justificando así con razón, su propia decisión. De no ser así, el *audium alteram partem* será simplemente una farsa.

Pero en este fallo del TC creo que lo que aparece de verdadero interés es cómo “desenmascara” –si pudiera así decirse, sin ningún ánimo peyorativo– la verdadera índole que se ha querido dar al Servicio Nacional del Consumidor, como una “jurisdicción” propiamente tal, con las potestades con que el proyecto de ley quería dotarlo. Y en este punto, el “debido procedimiento” incide en lo que he dicho respecto a un proceso

justo, esto es, llevado a cabo por *un tribunal*, y que lo sea de verdad, vale decir “independiente” de las partes y, por ende, “imparcial”, exigencias *sine qua non* para que se designe a un “tribunal” propiamente tal y no a una “comisión especial”, en esencia inconstitucional.

Entrando de lleno en el tema, ¿qué “independencia” o “imparcialidad” puede tener un servicio público como el SERNAC, que nada menos que defiende los derechos de los consumidores, para sancionar a quienes *v. gr.* los comerciantes proveedores, los habrían afectado, vulnerado o avasallado? Del todo ilusorio que ello pueda ser aceptado en un Estado de derecho. No puede negarse que es solo una “comisión especial” y, en consecuencia, no “conforme con la Constitución”. Recuérdese que el artículo 6° de ella dispone perentoriamente:

“los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República” (inciso 1°).

Y este “orden institucional” implica, contiene y estatuye que un tribunal es un órgano –en este caso del Estado– que por esencia es independiente e imparcial, ajeno a las partes y que tiende, por tanto, a concretar lo justo en el caso concreto sometido a su conocimiento y decisión respecto de una controversia sobre derechos.

Si se lee el proyecto aprobado por el Congreso podrá advertirse, sin mayor esfuerzo intelectual, que contrariamente a lo que suele aceptarse hoy, de que se confieran por el legislador potestades fiscalizadoras de ilícitos administrativos a organismos de la Administración del Estado, con las debidas garantías del debido procedimiento e, incluso, potestades sancionadores, *aquí no se trata de ello*, porque se ha pretendido ir muchísimo más allá como lo demuestra la sola lectura de sus artículos 50 G, N y S.

En efecto, aquí el legislador no ha conferido potestades de sanción a un tercero, como puede ser un organismo de la Administración del Estado encargado de fiscalizar el cumplimiento de determinadas leyes por los ciudadanos e imponerles sanciones administrativas por su violación, sino que es el mismo órgano que tanto defiende como representa al consumidor denunciante quien dice haber sufrido afectación de sus derechos por un comerciante proveedor a quien el legislador le confiere potestades de sancionar a este. Es decir, le entrega dichas potestades precisamente a quien representa los intereses de una de las partes (denunciante), para hacerlas efectivas respecto de la otra parte (denunciado).

¿Puede imaginarse mayor despropósito e irracionalidad jurídica? ¿Así es como se legisla en Chile? Verdaderamente causa vergüenza ajena y, aun,

si tal aberración hubiera sido planteada por el Ejecutivo en su Mensaje, el legislador, con un mínimo de conocimiento del Derecho, habría debido plantearse la inconstitucionalidad correspondiente y haberlo advertido la mayoría que aprobó dicha norma.

Es más: al revisar los artículos 50 G, N y S me encuentro con un hecho de tal gravedad que el proyecto ha transformado al Servicio Nacional del Consumidor realmente en una *jurisdicción*, o sea, en un tribunal (seudo propiamente) y siendo juez y parte en su propia causa, esto es, en una “comisión especial”. Y lo afirmo –como lo ha hecho el TC en su fallo (considerandos 34 a 38, básicamente)– desde que establece un trámite de conciliación obligatoria, otorga atribuciones para ordenar el cese de las conductas que estima ilícitas y para adoptar medidas [supongo que “cautelares”, que no se señalan, es decir, ¿cualquiera?, ¿*ad libitum*?] para que no se repitan esos ilícitos, calcándose estas dos últimas de las potestades jurisdiccionales que el ordenamiento atribuye a un juez de una acción de amparo (*v. gr.* protección, artículo 20 de la Constitución) en virtud de sus atribuciones conservadoras (artículo 3 del *Código Orgánico de Tribunales*).

Para rematar esta pretensión de erigir al SERNAC en un juez/tribunal, el proyecto le confiere a sus decisiones nada menos que el efecto de “cosa juzgada”, puesto que *se establece que no podrá discutirse en juicio posterior* (por ejemplo, de indemnización de perjuicios) *la infracción que ya ha sido declarada como tal por aquel*. Si alguien pretende que un organismo de la Administración del Estado pueda hacer ello y se afirme que es conforme con la Constitución, pienso que ha sido, tal vez, estudiante de una universidad de cuyo nombre no quiero acordarme... Lo que es en Chile, eso es de una patente y desvergonzada inconstitucionalidad, abierta y descarada.

Pareciera que el Ejecutivo y el legislador ni se han dado cuenta (¿negligencia inexcusable o simple desprecio del Derecho y de la Constitución?) que solo esos artículos muestran con claridad, que se ha querido dar al Servicio referido atribuciones propias de un juez, lo que choca de modo frontal con la Constitución, la cual exige de manera ineludible al legislador para erigir a un órgano como *juez/tribunal*, que sea un “tercero” a las partes de una controversia jurídica (como ocurre, en este caso, entre consumidores y proveedores), *independiente e imparcial*, requisitos inexcusables, además de desarrollar su función por medio de un debido procedimiento, racional y justo (artículo 19 N° 3 inciso 6° de la Constitución)..

Contrariamente a lo que algunos puedan pensar, de que este fallo del TC significa un “retroceso” a posturas sotoklossianas –de que “sancionar es juzgar”–, no hay tal ni mínimamente, desde que no se niega que un organismo de la Administración del Estado pueda contar con atribuciones administrativas de fiscalización y sanción, posición que ya abundante

jurisprudencia ha aceptado, perfilando las garantías de los afectados, tipicidad, legalidad, límites, proporcionalidad de las sanciones, etc. (y que varios autores han explicado y desarrollado⁴, pero otra cosa muy, pero muy distinta es lo que los artículos 50 citados del proyecto mencionado pretenden establecer como es erigir al Servicio Nacional del Consumidor en juez y hasta el extremo de que sus decisiones en las controversias entre consumidores y proveedores (además de ser juez y parte en causa propia) asumieran el carácter de “cosa juzgada”; *este solo hecho demuestra a las claras* que se le está atribuyendo potestades que son únicamente atributos de un órgano jurisdiccional. Jamás un acto administrativo puede producir “cosa juzgada”, ya que de suyo, en esencia, siempre es posible impugnarlo ante los tribunales de justicia por las acciones pertinentes (artículos 73/76 de la Constitución y 9/10 de la ley N° 18.575) y será la decisión judicial ejecutoriada la que determinará su conformidad o contrariedad a Derecho, con la fuerza de cosa juzgada⁵.

Aparece muy claro el párrafo final del considerando 38 del fallo comentado cuando establece:

“Lo que no procede es que el mismo servicio estatal llamado a proteger a una de las partes lucrativamente interesadas, los consumidores, sea

⁴ Al respecto, entre varios, véase Pedro AGUERREA MELLA, “Límites procesales a las potestades sancionadoras de la Administración en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, pp. 73-96; Enrique ALCALDE RODRÍGUEZ, “Aplicación de los principios de tipicidad, culpabilidad y proporcionalidad en la infracción administrativa”, pp. 69-84; Eduardo CORDERO QUINZACARA, *Derecho administrativo sancionador*; Enrique NAVARRO BELTRÁN, “La potestad sancionadora de la Administración y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, n. 1, pp. 17-38, con muy abundante referencia a dicha jurisprudencia (no en vano ha sido ministro de dicho tribunal), reciente Enrique NAVARRO BELTRÁN, “El principio de proporcionalidad en la reciente jurisprudencia constitucional”, pp. 73-89 e inédito aún, Enrique NAVARRO BELTRÁN, *Principios aplicables en materia sancionadora administrativa de acuerdo a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*; Cristian ROMÁN CORDERO, “Los principios del derecho administrativo sancionador”, pp. 25-35 y últimamente. Nicolás ENTEICHE ROSALES, *Las sanciones administrativas. El problema de la proporcionalidad*.

⁵ En nuestro Derecho un acto administrativo, además, y en virtud de la Ley N° 19.880, sobre Procedimientos Administrativos (artículo 53, que es enteramente inconstitucional, pero aún vigente), ni siquiera asume el carácter de “firme” durante los dos años siguientes a su notificación (si es de efectos particulares) o su publicación (si es de efectos generales), según el caso, por lo cual es el acto administrativo siempre “precario” durante todo ese periodo, en el cual se permite a su autor dejarlo sin efecto aduciendo que lo ha dictado en contrariedad a Derecho, o sea, se le dan atribuciones para “invalidarlo”, bajo ciertas exigencias (que son meramente formales); véase al respecto nuestro “Invalidación de los actos administrativos y certeza estabilidad de ellos en Chile. A propósito del artículo 53 inciso 1° de la ley 19.880, sobre procedimientos administrativos”.

instituido como árbitro supremo, para luego dirimir las controversias e impugnaciones que enderecen contra sus proveedores”,

lo que confirma el considerando 39 y siguiente.

Ello es inaceptable en un Estado de derecho, bajo ninguna circunstancia, pretexto o artificio que se pretenda imaginar. Precisamente para hacer respetar la Constitución es que existe el TC y que sea el Derecho el que rija la vida ciudadana y no la voluntad circunstancial de mayorías que sustentan ideologías probadamente fracasadas y despreciativas de las libertades y derechos fundamentales de las personas.

Bibliografía

- AGUERREA MELLA, Pedro, “Límites procesales a las potestades sancionadoras de la Administración en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Sanciones administrativas y derechos fundamentales: regulación y nuevo intervencionismo. Conferencias Santo Tomás de Aquino 2005*, Santiago, Universidad Santo Tomás, 2006.
- ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, “Aplicación de los principios de tipicidad, culpabilidad y proporcionalidad en la infracción administrativa”, en *Actualidad Jurídica*, N° 24, Santiago, 2011.
- ARANCIBIA M., Tamara, “Análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de sanciones administrativas”, en *Cuadernos del Tribunal Constitucional*, N° 58, Santiago, 2015.
- CORDERO QUINZACARA, Eduardo, *Derecho administrativo sancionador*, Santiago, Thomson Reuters, 2014.
- ENTEICHE ROSALES, Nicolás, *Las sanciones administrativas. El problema de la proporcionalidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.
- NAVARRO BELTRÁN, Enrique, “El principio de proporcionalidad en la reciente jurisprudencia constitucional”, en *Sentencias destacadas*, Santiago, Ediciones Instituto Libertad y Desarrollo, 2017.
- NAVARRO BELTRÁN, Enrique, “La potestad sancionadora de la Administración y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Sanciones administrativas y derechos fundamentales: regulación y nuevo intervencionismo. Conferencias Santo Tomás de Aquino 2005*, Santiago, Universidad Santo Tomás, 2006.
- NAVARRO BELTRÁN, Enrique, *Principios aplicables en materia sancionadora administrativa de acuerdo a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, inédito.
- ROMÁN CORDERO, Cristian, “Los principios del derecho administrativo sancionador”, en *Revista de Derecho Público*, N° 69, tomo II, Santiago, 2007.
- SOTO KLOSS, Eduardo, “El derecho administrativo penal. Notas para el estudio de la potestad sancionadora de la Administración”, en *Boletín de Investigaciones*, N° 44/

45, Santiago, Universidad Católica de Chile, Facultad de Derecho, 1979-1980.

SOTO KLOSS, Eduardo, "Invalidación de los actos administrativos y certeza estabilidad de ellos en Chile. A propósito del artículo 53 inciso 1° de la ley 19.880, sobre procedimientos administrativos", en EDUARDO SOTO KLOSS, *Administración y Derecho. Homenaje en los 125 años de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile*, Santiago, Legal Publishing, 2014.

SOTO KLOSS, Eduardo, "La potestad sancionadora de la Administración ¿se adecúa a la Constitución?", en *Sanciones administrativas y derechos fundamentales: regulación y nuevo intervencionismo. Conferencias Santo Tomás de Aquino 2005*, Santiago, Universidad Santo Tomás, 2006.

SOTO KLOSS, Eduardo, "Otra vez sobre la potestad sancionadora de la Administración", en *Sanciones administrativas. X Jornadas de Derecho Administrativo/Valparaíso 2013*, Santiago, Universidad de los Andes-Thomson Reuters, 2014.

Recensiones

Derecho Público Iberoamericano
Universidad del Desarrollo
N° 12 | 2018

SAUL BRENNER Y HAROLD SPAETH, *STARE INDECISIS: LAS ALTERACIONES DEL PRECEDENTE EN LA CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS, 1946-1992*, MADRID, MARCIAL PONS, 2017

Guadalupe Fernández Mehle

¿Por qué los jueces de la Corte Suprema de Estados Unidos votan de la forma que votan? ¿Qué variables pueden influirlos a la hora de decidir un caso? ¿Se puede predecir eficazmente cómo va a votar un juez en una determinada situación? Saul Brenner y Harold Spaeth buscan responder estas interrogantes en *Stare Indecisis: las alteraciones del precedente en la Corte Suprema de Estados Unidos, 1946-1992*, a partir del análisis, tanto de los fallos que formalmente alteran precedentes como de los precedentes alterados por la Corte Suprema de Estados Unidos durante el periodo entre 1946 y 1992.

Al igual que en el resto de los países en los que rige el sistema del *Common Law* (y a diferencia de los que siguen el sistema del *Civil Law*), un parámetro importante para adelantar cómo fallará la Corte Suprema –o cualquier tribunal– de Estados Unidos, es la regla del *stare decisis*. Esta puede definirse como:

“la obligación de los jueces de resolver los casos que se encuentran pendientes de decisión ateniéndose a la *ratio/holding* [es decir, la razón directa que tiene un tribunal para fallar de determinada manera] de las sentencias precedentes dictadas en casos similares por jueces de la misma jurisdicción de jerarquía coordinada o superior”¹.

Este elemento del modelo jurídico es una de las variables que consideran los autores para determinar el motivo que guía las decisiones de

¹ Santiago LEGARRE, *Obligatoriedad atenuada de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, p. 42.

los jueces (capítulo VII). La otra variable se encuentra dentro del modelo actitudinal, que es contrario al jurídico: la ideología política (capítulo VIII).

En la primera mitad de *Stare Indecisis...*, los autores comienzan explicando en qué consiste la regla del *stare decisis*, realizan una breve crítica de los estudios empíricos concernientes a la alteración del precedente en la Corte Suprema de Estados Unidos y, luego, explican y fundamentan su elección de método de estudio y selección de casos. Sobre esto consideramos importante resaltar algunas cuestiones.

El *stare decisis* tiene diferentes dimensiones. En primer lugar, los autores distinguen entre el *stare decisis* vertical, que se refiere a:

“la obligación que los jueces de tribunales inferiores tienen de adherirse a los precedentes de tribunales superiores dentro de la misma jurisdicción”;

y el *stare decisis* horizontal, referido al:

“deber de concordancia de un tribunal con sus propios precedentes o con aquellos de un tribunal hermano, en caso de existir alguno” (p. 16).

Ya que el libro estudia únicamente los precedentes de la Corte Suprema de Estados Unidos, solo nos importa la dimensión horizontal.

Para que la regla del *stare decisis* sea aplicable a un caso, este debe ser *análogo* a un caso decidido anteriormente, es decir, debe tratar sobre el mismo punto; los hechos que motivaron ambos casos deben tener una estrecha relación. Ahora bien, generalmente un caso puede considerarse análogo a más de un precedente, y la elección de cuál será el que se aplicará cae en manos del juez, quien puede usar la técnica conocida como *distinguishing* (que se utiliza para distinguir casos con hechos distintos, o apartarse de algunos de ellos para aplicar otros más cercanos a la situación que se presenta). Así, puede dejar de aplicar un caso claramente análogo y aplicar otro que se acerque más al resultado que él quería obtener, sin la carga de tener que derogar un precedente, pudiendo este continuar aplicándose sin perder validez². Esto también representa una variable significativa a la hora del estudio de cómo votan los jueces, pero Saul Brenner y Harold Spaeth no la incluyen en su estudio, precisamente porque el precedente no resulta modificado, y, es probable, también por el nivel de complejidad que esto representaría.

² Julio Cesar CUETO RÚA, *El “Common Law”: su estructura normativa, su enseñanza*, capítulo IV.

A pesar de que el *stare decisis* se ve bastante suavizado en su plano horizontal al nivel de la Corte Suprema³, durante los cuarenta y seis años que cubre el libro, solamente ciento quince decisiones de la Corte alteraron ciento cincuenta y cuatro precedentes (p. 40). Esto demuestra que, si bien los jueces de la Corte se reconocen una mayor libertad a la hora de reexaminar los precedentes de dicho tribunal, no derogan a la ligera.

En los capítulos IV y V, los autores comparten algunas características de los casos estudiados.

Aunque no nos referiremos a todas ellas, nos gustaría destacar que: ciento veintinueve de los ciento cincuenta y cuatro precedentes alterados no sobrevivieron más de cincuenta años, y setenta y siete de ellos no pasaron los veinte años (p. 50). Explica Julio Cueto Rúa:

“el grado de autoridad que corresponde a tal precedente, depende necesariamente de su acuerdo con el espíritu de los tiempos, y del juicio de tribunales subsiguientes, respecto de su corrección como una manifestación de derecho real o vigente”⁴.

Siguiendo esta línea, si bien es lógico que cuando un precedente sobrevive una determinada cantidad de años sin ser derogado y es afianzado por otras decisiones, adquiera cierta presunción de inamovilidad⁵ –lo cual justifica la tendencia a derogar precedentes más nuevos–, no es de extrañar que precedentes como *Plessy v. Ferguson*⁶ y *United States v. Reese*⁷ fueran reevaluados y derogados.

También señalan los autores que los precedentes más antiguos tendieron a ser derogados por votaciones unánimes o casi unánimes (9-0, 8-0 u 8-1) y los más recientes por una mayoría estrecha (5-4 o 5-3), lo cual puede explicarse por la mayor lealtad que un precedente reciente puede generar debido a la probabilidad de que un juez se encuentre presente en ambos casos (p. 53). Sobre esto volveremos más adelante.

³ LEGARRE, *op. cit.*, pp. 154-164.

⁴ CUETO, *op. cit.*, p. 91.

⁵ Como resaltan los autores: “está claro que incluso los jueces cuyo apego a la *stare decisis* es débil no estarían dispuestos a reexaminar una multitud de decisiones, incluso cuando creen que esas decisiones fueron tomadas incorrectamente”, p. 19.

⁶ 163 U.S. 537 (1896). El fallo sostuvo la constitucionalidad de una ley del estado de Louisiana que permitía “equal but separate accommodations for the white and colored races”.

⁷ 92 U.S. 2014 (1876). La Corte encontró que la 15ª enmienda no le confería un derecho individual al voto, sino que prohibía a los Estados dar tratamiento preferencial a algún ciudadano. Según esto, el derecho a voto provenía de los Estados, en lugar del gobierno federal, y permitía a los Estados determinar cómo los votantes están calificados para votar y bajo qué circunstancias.

Como señalamos, el *stare decisis* se atenúa en su plano horizontal. Pero esto es aún más marcado cuando el precedente trata sobre una cuestión constitucional. Saul Brenner y Harold Spaeth encontraron que 63,9% de los casos que derogan se basaron en fundamentos constitucionales (p. 57).

Los autores ejemplifican dos de las razones que la Corte fue dando a lo largo de los años para justificar por qué los precedentes constitucionales son más vulnerables a la hora de ser revisados. En primer lugar, citan al juez **Lewis F. Powell** en *Mitchell v. W.T. Grant Co.*⁸:

“[...] La revisión de una interpretación constitucional, por otro lado, es habitualmente imposible de forma práctica, ya que requiere de la engorrosa enmienda constitucional. Por lo tanto, no es solo nuestra prerrogativa, sino también nuestro deber, reexaminar un precedente en donde su razonamiento o entendimiento de la Constitución es justamente cuestionado. Y si el precedente o su lógica son de validez dudosa no debería sostenerse” (p. 56).

Y luego, al juez **Antonin Scalia** en *South Carolina v. Gathers*⁹, citando al juez **William O. Douglas**:

“[...] Pero recuerda sobre todo lo demás que es la Constitución lo que juró apoyar y defender, no el barniz que sus predecesores pusieron en ella” (pp. 56-57)¹⁰.

Cuando los jueces establecen un precedente (ya sea fallando en un caso nuevo que no encuentra analogías o derogando un precedente anterior), lo hacen sabiendo que “el caso de hoy también se transformará en precedente para futuros casos del mañana”¹¹. Por lo tanto, frente a su papel como máximos intérpretes de la Constitución, y conscientes de la dificultad a la hora de remediar errores mediante la vía de la enmienda, es su deber priorizar la concreción de sus principios y valores, antes que mantener errores en el tiempo, amparándose en la estabilidad del derecho que el *stare decisis* provee.

“La atención al imperio de la ley puede apoyar el mantenimiento de algunos precedentes defectuosos sobre las bases del *stare decisis*. Pero no puede apoyar una presunción tan poderosa como para impedir la oca-

⁸ 416 U.S. 600 (1974).

⁹ 490 U.S. 805 (1989).

¹⁰ Los autores no mencionan como ejemplo la disidencia de Justice Brandeis en *Burnet v. Colorado Oil and Gas Co.*, 285 U.S. 393, a pesar de ser uno de los precedentes más citados por la doctrina en general a la hora de referirse a este punto.

¹¹ GARAY, Alberto, *La doctrina del precedente en la Corte Suprema*, p. 52.

sional adopción de nuevas interpretaciones que puedan proporcionar un mejor encuadre para la decisión de futuras disputas”¹².

Un precedente puede desfigurar lo que la Constitución o la ley claramente dicen o representan. Stephen Markman los categoriza como “Alice-in-Wonderland precedents”¹³, creando una imagen que, en efecto, representa su desconexión con la realidad. En estos casos, los beneficios que el *stare decisis* conlleva, dejan de ser tales para convertirse en enemigos del imperio de la ley. Si los jueces observan que pueden manipular las leyes a su antojo y que el *stare decisis* perpetuará sus decisiones, en especial en el ámbito de la Corte Suprema, donde no hay otra instancia de revisión que pueda remediar el error, serán menos prudentes a la hora de apegarse a las leyes y más propensos a intentar convertirse ellos mismos en legisladores. “A veces dejar de lado un precedente puede promover el imperio de la ley, y a veces reafirmar un precedente puede perjudicarlo”¹⁴.

Fuera de la presencia de este tipo de errores, el apartamiento de la doctrina de un fallo se justifica cuando “la aplicación de la regla general implícita en ellos ha probado su desconexión con la cambiante realidad”¹⁵.

Hubiese sido imposible para los constituyentes del siglo XVIII prever los innumerables cambios que la sociedad atravesaría a lo largo del tiempo e, incluso, aunque lo hubiesen hecho, no habrían podido escribir una Constitución que se adaptara perfecta e inequívocamente a todas las situaciones y periodos. En palabras de Thomas Jefferson:

“Las leyes e instituciones deben ir mano a mano con el progreso de la mente humana. A medida que se vuelve más desarrollada, más iluminada, que se realizan nuevos descubrimientos, nuevas verdades son reveladas, y modos y opiniones cambian con los cambios de circunstancias, las instituciones [y las leyes] deben avanzar también, y mantener la paz con los tiempos”¹⁶.

Esta necesidad de mantener la Constitución actualizada y la dificultad que representaría realizarlo por otro medio, es lo que convierte la experiencia de la práctica judicial en una fuente invaluable del Derecho¹⁷.

¹² Randy J. KOZEL, “The Rule of Law and the Perils of Precedent”, p. 44.

¹³ Stephen MARKMAN, “Precedent: Tension between Continuity in the Law and the Perpetuation of Wrong Decisions”, pp. 283-287, p. 286.

¹⁴ KOZEL, “The Rule...”, *op. cit.*, p. 38.

¹⁵ GARAY, *op. cit.*, p. 242.

¹⁶ Thomas JEFFERSON, Carta del 12 de julio de 1816 a Samuel Kercheval, extraída de *The Works of Thomas Jefferson*

¹⁷ “Text is what starts the engine of constitutional law, but precedent is what really makes it hum”. Randy J. KOZEL, “Settled Versus Right: Constitutional Method and the Path of Precedent”

La contracara de esta situación sería una corte demasiado laxa a la hora de respetar el *stare decisis*. Si bien es cierto que los jueces deben lealtad principalmente a la Constitución, la generalidad con la que sus cláusulas deben redactarse para que esta pueda ser efectiva y perdurar en el tiempo, vuelve de extrema necesidad que los jueces la interpreten para el caso en concreto y la adapten a los tiempos en que se encuentran. Estas interpretaciones pasan a formar parte de cómo el público en general ve a la Constitución, por lo cual se vuelve esencial para la seguridad jurídica que la Corte siga una línea de interpretación clara y lo más uniforme posible. “La presunción de respeto debe ser significativa pero medida”¹⁸.

Es de extrema importancia que cuando los jueces decidan si derogar un precedente o no, lo hagan sobre bases lo más objetivas posible, juzgando los errores por su desapego a la ley y al contexto, y no se dejen llevar por sus propias convicciones subjetivas o por la reacción que la decisión pudiera provocar en la opinión pública. “La reacción del público se encuentra altamente influenciada por si les gusta o no el resultado” (p. 20). Que *les guste o no el resultado* no siempre se encuentra vinculado con la correcta aplicación de la ley, sino, más bien, con la percepción individual que la gente tiene de lo que la ley *debería ser*; y en algunos casos puede llevar a grandes injusticias. Los jueces no pueden guiarse por esto, sino por lo que la ley verdaderamente dice y representa.

En los capítulos VI, VII y VIII, Saul Brenner y Harold Spaeth desarrollan los resultados de su estudio con respecto a por qué los jueces votan de la forma que lo hacen, analizando –como adelantamos– una variable del modelo jurídico y una del actitudinal.

Antes de comenzar con el estudio en sí, quisiéramos empezar por referirnos al capítulo VII, para terminar con el análisis de cómo el *stare decisis* influye a los jueces antes de pasar a las preferencias políticas.

Además de distinguir al *stare decisis* en su plano horizontal y vertical, podemos hacerlo según si es personal, es decir,

“un juez individual apoya, ya sea la decisión de la Corte en el caso 1 y se opone a su rechazo en el caso 2, o se opone a la decisión de la Corte en el caso 1 y favorece su rechazo en el caso 2”;

o institucional, “cuando un juez concuerda con los precedentes de la Corte”, independientemente de cómo haya votado con anterioridad, en lo personal (p. 102).

Su adherencia al *stare decisis* institucional es lo que marcará su afinidad con el modelo jurídico; cuando vote de acuerdo con el *stare decisis*

¹⁸ KOZEL, “The Rule...”, *op. cit.*, p. 44.

personal, pertenecerá al modelo actitudinal. Cuando su voto sea a la vez personal e institucional, se encontrará dentro de ambos modelos. Por último, cuando vote con la mayoría tanto en el fallo original como en el que deroga al precedente, no pertenecerá a ninguno.

Luego de su análisis, los autores concluyen: “las cuatro Cortes revelaron mayor apoyo para el *stare decisis* personal que para el modelo jurídico” (pp. 116-117).

Parece lógico que, si un juez tomó una posición a conciencia sobre un caso, mantenga la misma posición a la hora de decidir una situación análoga. La importancia del *stare decisis* personal radica en que estar constantemente cambiando de opinión sobre un tema genera dudas sobre las convicciones y la integridad de una persona –cualidades que son cruciales en la personalidad de un juez y vitales para mantener la confianza de la gente en sus decisiones–. En sí, el *stare decisis* personal tiene para el juez individual el mismo valor que el institucional para el sistema en general, lo que significa que debe respetarse siempre que no se tenga un motivo en verdad importante para no hacerlo.

Adherir al *stare decisis* personal no debería ser una fórmula mecánica. A la hora de considerarlo, el juez debería evaluar si el precedente anterior creó certeza y claridad, si fue funcional en la práctica y si su aplicación por otros tribunales estuvo de acuerdo con los valores de la Constitución. También debería considerar si su conocimiento sobre el tema cambió de manera que sus razones anteriores ya no se encuentran justificadas, si los principios de la ley se desarrollaron de manera que las invalida y si el contexto social demanda una decisión diferente¹⁹.

Cuando un juez observa alguna de estas situaciones, cambia su forma de parecer y lo traduce en un cambio de postura ante un caso análogo en el que le toca votar, creemos que gana credibilidad. Las personas, las circunstancias y las leyes evolucionan. Un juez puede estar convencido de algo un día, bajo una determinada situación, y luego reconocer su error y no querer repetirlo. De esta forma no estaría dañando al sistema, le estaría haciendo un favor.

Dañino para el sistema sería que un juez que observase alguna de estas situaciones, decidiera mantener su posición simplemente porque es consciente de que quienes estuvieron de acuerdo con su decisión inicial lo verían como un traidor, o un oportunista²⁰. Puede que esa primera de-

¹⁹ Elaine CRAIG, “Personal Stare Decisis, Hiv Non-Disclosure, and the Decision in Mabior”, pp. 207-227, p. 214.

²⁰ Para un amplio, didáctico y polémico análisis de cómo resuelven los jueces los conflictos entre la ley y cómo ellos quieren que el caso se resuelva y, en especial para este

cisión estuviera intrínsecamente relacionada con su ideología política y, además de preocuparle cómo lo verían quienes la comparten, sienta que se está traicionando a sí mismo. Estas razones no justifican la adherencia al *stare decisis* personal. El juez debería, ante todo, priorizar la correcta aplicación de la ley, y actuar en consecuencia si advierte que su anterior posición es insostenible. “Arraigar de forma consciente decisiones erróneas puede perjudicar la solidez del régimen legal”²¹.

Si bien esta reseña no es el lugar para una acabada explicación del método utilizado por los autores –remitimos al libro, que dedica unas cuantas páginas a esta tarea–, explicaremos brevemente sus lineamientos básicos para poder referirnos a sus conclusiones.

Para su análisis, los autores utilizan la “escala acumulativa”. Para explicar cómo funciona este sistema, imaginemos que a un grupo de personas se les realiza tres preguntas sobre un tema:

- a) ¿prefiere leer un libro antes que no estar haciendo nada?;
- b) ¿prefiere leer un libro antes que mirar televisión? y
- c) ¿prefiere leer un libro antes que hacer cualquier otra cosa?

De acuerdo con la escala acumulativa, “si una persona se compromete con la afirmación extrema, esa persona se comprometerá con todas las afirmaciones menos extremas” (p. 87). En el ejemplo dado, quienes contesten de modo afirmativo la pregunta c) responderán de la misma manera las preguntas a) y b); mientras que quien responda de manera negativa la pregunta a) responderá de igual manera b) y c). Las dos variables restantes serán quienes respondan de forma negativa la pregunta c), pero afirmativamente la b), también estarán de acuerdo con la a); y quien responda afirmativamente la pregunta a) podrá no hacerlo en las preguntas b) y c).

Trasladado esto al comportamiento judicial,

“la escala acumulativa sugiere que, si las actitudes de los jueces explican sus votos, entonces, una vez que un juez se opone a una actitud hipotética, debería continuar haciéndolo en todos los casos decididos por un voto negativo mayor que en los casos en los que apoyó la actitud hipotética” (p. 88).

Los autores utilizan los votos anteriores de los jueces como medio de predicción de los subsiguientes y las variables hipotéticas en las que se basarán dentro de las escalas acumulativas serán “las preferencias políticas personales”, como ser: “derechos y libertades civiles, actividad económi-

punto, cómo influye en los jueces su percepción de cómo los ve la gente, véase Duncan KENNEDY, “Freedom & Constraint in Adjudication: A Critical Phenomenology”.

²¹ KOZEL, “Settled...”, *op. cit.*, p. 21.

ca, federalismo, ejercicio del poder de la judicatura y sistema federal de impuestos” (p. 90). Cuando un juez no vote de la manera en que debería haberlo hecho de acuerdo con las variables medidas por la escala, al voto se lo denominará “no escalar”.

Los autores analizan a cada una de las cortes de forma individual según este método²². La Corte de Vinson (1946-1953), en la que se identificaron seis decisiones que alteran diez precedentes, no dio un resultado claro de acuerdo con la escala, que falló en explicar el por qué de la votación de los jueces (p. 91). La Corte de Warren (1953-1969), que produjo cuarenta y tres decisiones **derogando** sesenta precedentes, votó de acuerdo con el modelo actitudinal por un amplio margen (p. 93). La Corte de Burger (1969-1986), en sus cuarenta y seis fallos dejando sin efecto cincuenta y seis precedentes, generó los suficientes votos no escalares, **rescindiendo** los previos a la Corte de Warren como para quedar debajo del corte que establecieron los autores para determinar que los jueces habían seguido el modelo actitudinal. **Revocando** fallos de la Corte de Warren lo superó por un ligero margen **y derogando** sus propios precedentes lo superó más ampliamente (p. 94). La Corte de Rehnquist (1986-1992)²³, con sus veinte fallos **anulando** veintiocho precedentes, superó el corte de forma holgada (p. 97). Entre las cortes de Warren, Burger y Rehnquist “se emitieron exactamente mil votos computables, de los cuales 976 fueron actitudinalmente consistentes” (p. 98).

Concluye el capítulo VI que “las preferencias políticas de los jueces explican sustancialmente su comportamiento” (p. 99).

En el capítulo VIII, puntualizan que, en cuanto a ideología, dividen a los jueces y a las cortes en *conservadoras* o *liberales*²⁴. Analizan a cada uno según sus votaciones, esperando “una relación inversa entre la dirección ideológica de la Corte [y cada uno de los jueces] y la de las decisiones que rechazan” (p. 121); y efectivamente concluyen:

²² Para lectores que –como quien escribe– no estén familiarizados con la historia de la Corte Suprema de Estados Unidos al momento de leer el libro, puede ser útil consultar las cuatro Cortes abarcadas por el libro en: http://supremecourthistory.org/history_courthistory.html [fecha de consulta: 24 de noviembre de 2017]

²³ La Corte de Rehnquist continuó hasta el año 2005, pero el libro solo abarca el período hasta 1992.

²⁴ Los autores únicamente califican al voto liberal, puntualizando: “apoya a una persona acusada o condenada por un delito y favorece los derechos y libertades civiles de los demandantes. En materia económica, un liberal vota en contra de las empresas, a favor de la competencia, por sindicatos y por responsabilidad. Sobre los conflictos gobierno federal-estados, es pro Estados Unidos y antiestatal, y es activista en términos del ejercicio del poder de la judicatura”, p. 121. Podemos deducir que el voto conservador sería lo totalmente opuesto.

“los jueces *irresistiblemente* rechazan decisiones debido a su ideología [...] 701 de 719 votos (97%) en decisiones que rechazan no unánimes fueron compatibles con la ideología de los jueces. [...] Las Cortes, por supuesto, reflejaron la ideología de sus miembros” (p. 142).

Esto no aparece como una sorpresa. La ley no se aplica de forma mecánica –y menos aún los precedentes–. Necesariamente requiere una apreciación del juez de qué es lo justo en cada caso y esto varía según la concepción de *lo justo* que tiene cada juez. Su ideología política forma parte de lo que entienden por *justicia*. Los jueces no son computadoras, son personas, que fueron educadas de determinada manera, en determinados contextos sociales y que están insertos en su comunidad; la realidad y la política los afectan día a día.

Con esto, de ninguna manera queremos decir que el proceso judicial sea puramente subjetivo. Los jueces no tienen en cuenta solo su ideología política a la hora de votar –algunos más, algunos menos, aunque siempre haya excepciones–, también son conscientes de que forman parte de un sistema que deben defender y no manipular a su antojo. Incluso, aunque en su interior no lo creyeran, no son soberanos, y saben que su nivel de legitimidad está íntimamente vinculado con que la sociedad considere que hacen de forma correcta su trabajo, es decir, cumplan con la ley.

Como aclaran los autores en la conclusión, esto “no desdice la posible relevancia de la influencia del modelo jurídico en la votación” (p. 144). Consideramos que esto es así, principalmente, por dos motivos. En primer lugar, porque una decisión que está de acuerdo con la ideología no necesariamente está en desacuerdo con la ley. Si observan  casos que fueron derogados (los cuales los autores listan y describen de manera breve en los apéndices del libro), es probable encontrar que muchos de ellos fueron correctamente derogados. Fueron rescindidos  e acuerdo con la regla del *stare decisis* que no fue instaurada para prolongar errores o injusticias en el tiempo²⁵. Segundo, si bien es más probable que un juez al que pueda considerarse liberal encuentre *injusta* una decisión considerada conservadora, esto tampoco es una cuestión mecánica, no necesariamente tiene que ser así. Con seguridad, si alguien analizara todos los fallos de la Corte que el libro no estudia, encontraría un montón de decisiones de cortes conservadoras mantenidas por cortes liberales y viceversa. Como remarcamos más atrás, ciento cincuenta y cuatro precedentes derogados en un lapso de cuarenta y seis años demuestran la importancia del *stare decisis*.

²⁵ Kurt T. LASH, “The Cost of Judicial Error: Stare Decisis and the Role of Normative Theory”.

Para concluir con esta reseña quisiéramos referir a una pregunta que hacen los autores casi al principio del libro:

“¿es la *stare decisis* una regla de conveniencia fomentada por los jueces cuando los ayuda a justificar su decisión o es una regla que influencia su toma de decisión?” (p. 23).

Hay quienes creen que es una regla cuando al juez le conviene, como Duncan Kennedy:

“la regla puede en un momento particular aparecer como objetiva; pero al siguiente momento puede aparecer como manipulable. No es, como yo lo veo desde dentro de la práctica de la argumentación legal, esencialmente una cosa o la otra”²⁶.

A favor de la segunda alternativa, señala Randy Kozel que “un sistema de precedentes formulado con el imperio de la ley en mente va a contemplar una cierta cantidad de derogaciones”²⁷.

Desde nuestro punto de vista, la clave a la hora de juzgar si un juez se apega o no al modelo jurídico debería hallarse en si su decisión de derogar un precedente fue objetivamente justa, si luego de un análisis de las consecuencias que el precedente produjo en la sociedad se llegó a la conclusión de que no podía mantenerse o, solo se lo derogó porque a una corte no le gustaba un resultado específico. Esto no es lo que analizan Saul Brenner y Harold Spaeth en su libro y, si bien dentro de los parámetros de su estudio su conclusión es acertada, no es suficiente para contestar sus interrogantes.

Bibliografía

- BRENNER, Saul y Harold SPAETH, *Stare Indecisis. Las alteraciones del precedente en la Corte Suprema de Estados Unidos, 1946-1992*, traducción de Sebastián Figueroa Rubio y Camila Spoerer Grau, Madrid, Marcial Pons, 2017.
- CRAIG, Elaine, “Personal Stare Decisis, Hiv Non-Disclosure, and the Decision in Mabior”, in *Alberta Law Review*, vol. 53, N° 1, **Alberta**, 2015.
- CUETO RÚA, Julio César, *El “Common Law”: su estructura normativa, su enseñanza*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997.
- GARAY, Alberto, *La doctrina del precedente en la Corte Suprema*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2013.

²⁶ KENNEDY, *op. cit.*, p. 45.

²⁷ KOZEL, “The Rule...”, *op. cit.*, p. 44.

- JEFFERSON, Thomas, *The Works of Thomas Jefferson*, Federal Edition, New York and London, G.P. Putnam's Sons, 1904-1905, vol. 12. Disponible en: <http://oll.libertyfund.org/people/thomas-jefferson> [fecha de consulta: 23 de septiembre de 2017].
- KENNEDY, Duncan, "Freedom & Constraint in Adjudication: A Critical Phenomenology", reprinted in James BOYLE (ed.), *Critical Legal Studies* (Dartmouth). Disponible en <http://duncankennedy.net/bibliography/alpha.html> [fecha de consulta: 23 de septiembre de 2017].
- KOZEL, Randy, "Settled Versus Right: Constitutional Method and the Path of Precedent", in *Texas Law Review*, vol. 91, N° 7, ciudad, 2013.
- KOZEL, Randy, "The Rule of Law and the Perils of Precedent", in *Michigan Law Review First Impressions*, vol. 111, N° 37, Michigan, 2013.
- LASH, Kurt, "The Cost of Judicial Error: Stare Decisis and the Role of Normative Theory", in *Notre Dame Law Review*, vol. 89, N° 5, Notre Dame Indiana, 2014.
- LEGARRE, Santiago, *Obligatoriedad atenuada de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Buenos Aires, Ábaco, 2016.
- MARKMAN, Stephen, "Precedent: Tension between Continuity in the Law and the Perpetuation of Wrong Decisions", in *Texas Review of Law & Politics*, vol. 8, N° 2, Texas, 2004.

Siglas y abreviaturas

Derecho Público Iberoamericano
Universidad del Desarrollo
N° 12 | 2018

SIGLAS Y ABREVIATURAS

AA.VV.	autores varios
ACHS	Asociación Chilena de Seguridad
<i>al.</i>	<i>alis</i> (otros)
art.	artículo
arts.	artículos
BVerfG o BVG	Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal Alemán)
CA	Corte de Apelaciones
cap.	capítulo
CECA	Comunidad Europea del Carbón y del Acero
CEDAM	Casa Editrice Dott. Antonio Milani
CEDU <i>a veces</i>	Corte EDU Corte Europea dei Diritti dell'uomo
CEE	Comunidad Económica Europea
CEEA	Comunidad Europea de la Energía Atómica
Cfr.	confróntese
CGR	Contraloría General de la República
Co.	Company
cons. <i>a veces</i>	consid. considerando
coord.	coordinador
Coords.	coordinadores
CPC	<i>Código de Procedimiento Civil</i>
CPR	Constitución Política de la República
CpT	Consejo para la Transparencia
CS	Corte Suprema
Dipreca	Dirección de Previsión de Carabineros de Chile

dir.	director
DL	Decreto ley
D.O.	<i>Diario Oficial</i>
EA	Ley N° 18.834, Estatuto Administrativo
ed.	edición, <i>a veces</i> editor
etc.	etcétera
EURATOM	Comunidad Europea de la Energía Atómica
Excma.	Excelentísima
I.C.A.	Ilustrísima Corte de Apelaciones
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i> (allí, en ese mismo lugar)
Itma.	Ilustrísima
LOCCGR	Ley N° 10.336, Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República
LT	Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información del Estado
Ltda.	limitada
n.	nota
N°	número
<i>op. cit.</i>	<i>opus citatis</i> (obra citada)
Ord.	ordinario
p.	página
pp.	páginas
s.	siguiente
S.A.	Sociedad Anónima
SAMU	Servicio de Atención Médica de Urgencia
SCS	Sentencia de la Corte Suprema
SE	Su Excelencia
SERNAC	Servicio Nacional del Consumidor
SERNAGEOMIN	Servicio Nacional de Geología y Minería siguientes
ss.	siguientes
SSTC	Sentencias Tribunal Constitucional
STC	Sentencia Tribunal Constitucional
TC	Tribunal Constitucional
TUE	Tratado de la Unión Europea

UNED	Universidad Nacional de Educación a Distancia
USACH	Universidad de Santiago de Chile
UTET	Unione Tipografico-Editrice Torinese
<i>v. a veces v.gr.</i>	<i>verbi gratia</i> (por ejemplo)
<i>v a veces</i>	vs. versus
vol.	volumen

Instrucciones para los autores

Derecho Público Iberoamericano
Universidad del Desarrollo
N° 12 | 2018

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 estudios o artículos científicos 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.

Este número, de quinientos ejemplares,
se terminó de imprimir en el mes de abril de 2018
por Versión Producciones Gráficas
Santiago de Chile

