



Universidad del Desarrollo
Facultad de Derecho

DERECHO PÚBLICO IBEROAMERICANO
REVISTA DEL CENTRO DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Nº 14
ABRIL DE 2019

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

DIRECTOR

Dr. Julio Alvear Téllez

SUBDIRECTOR

Dr. Eduardo Andrades

COORDINADOR GENERAL

Prof. Sr. José Tomás Herrera

SECRETARIA DE REDACCIÓN

Dra. Vanessa Cisterna

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. Gilles Dumont
Université de Nantes
(Francia)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Prof. Dr. José Manuel Díaz de Valdés
Universidad del Desarrollo
(Chile)

Prof. Dr. Carlos Salinas Araneda
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso
(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 7 • N° 14 • ABRIL DE 2019

ISSN 0719-2959

PRESENTACIÓN

7

ESTUDIOS

JUSTICIA ADMINISTRATIVA Y ECONÓMICA

Iván Aróstica Maldonado

“En cumplimiento de la ley”.

Las leyes administrativas frente a la Carta Fundamental

13

Fernanda Juppet y Diego Pérez Lasserre

Acciones jurídicas y competencia desleal:

Un análisis desde la jurisprudencia

59

DERECHOS FUNDAMENTALES

Araceli R. Saro y Carlos Manuel Rosales

La experiencia del debido proceso

en la Corte Constitucional Colombiana

79

Juan Andrés González Tugas

Razones para un conflicto:

El reconocimiento de los derechos sociales
y la teoría clásica de los derechos constitucionales

107

DERECHO INDÍGENA

Óscar Dávila Campusano

La doctrina sobre derecho indígena en Chile
en la etapa de las radicaciones

(1866-1930)

133

INSTITUCIONES POLÍTICAS

Julio Alvear Téllez

El fundamento de la monarquía como régimen de gobierno:
Las tesis de Rafael Gamba
153

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

Eduardo Soto Kloss

Recurso de protección. Remoción funcionario público
Pérez Gutiérrez Dorothy c/ Bermúdez Soto Jorge
Corte de Apelaciones de Santiago 16 de octubre de 2018
Corte Suprema 30 de noviembre de 2018
181

Rodrigo Céspedes

El derecho de angaria: un precedente chileno del siglo XIX
189

RECENSIONES

Fernando Segovia

La crítica al discurso de los derechos humanos. El origen,
de Julio Alvear Téllez
199

Elio Segovia Olave

La disposición constitucional octava transitoria es inconstitucional,
de Adolfo Paúl Latorre
203

SIGLAS Y ABREVIATURAS

213

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

217

PRESENTACIÓN

En este decimocuarto número de *Derecho Público Iberoamericano* se integran trabajos de Chile y México.

Distribuimos los estudios científicos en cuatro áreas: justicia administrativa y económica, derechos fundamentales, derecho indígena e instituciones políticas.

En el área de la justicia administrativa y económica destacamos dos interesantes trabajos. El primero lleva la firma del presidente del Tribunal Constitucional chileno, profesor Iván Aróstica Maldonado, y se titula “En cumplimiento de la ley. Las leyes administrativas frente a la Carta Fundamental”. En él, se problematizan las leyes proadministración que –a contrapelo de la Constitución– suelen establecer un régimen fuertemente potestativo y fiduciario.

El segundo artículo es de autoría de la profesora Fernanda Juppet Ewing y del profesor Diego Pérez Lasserre. Se denomina “Acciones jurídicas y competencia desleal: un análisis desde la jurisprudencia”. Los autores analizan los requisitos que tanto la Corte de Apelaciones como el Tribunal de la Libre Competencia han señalado para considerar que un ejercicio de acciones jurídicas constituye una hipótesis de abuso del derecho.

En el campo de los derechos fundamentales se dan a conocer dos estudios. Uno sobre la experiencia del debido proceso en la jurisdicción de la Corte Constitucional colombiana de la profesora mexicana Araceli R. Saro y del doctor Carlos Manuel Rosales, del mismo país. Otro, del doctor Juan Andrés González, titulado “Razones para un conflicto: el reconocimiento de los derechos sociales y la teoría clásica de los derechos fundamentales”.

En el ámbito del derecho indígena, el profesor Oscar Dávila nos entrega un interesante estudio de la doctrina chilena sobre el derecho indígena en la etapa de las radicaciones (1866-1930). El trabajo ayuda a comprender la actual problemática sobre la materia.

Finalmente, en el área de las instituciones políticas, se publica un artículo del director de esta revista titulado “El fundamento de la Monarquía como régimen de gobierno. Las tesis de Rafael Gamba”.

En la sección dedicada a “Comentarios de jurisprudencia” incluimos dos trabajos. El doctor Eduardo Soto Kloss destaca la disputa jurídica –inédita en sus alcances actuales– entre el Contralor General de la República y

quien ejerce el cargo de subcontralora, zanjada por sentencia de la Corte Suprema. Por su parte, el doctor Rodrigo Céspedes analiza un caso histórico: el derecho de angaria, como precedente chileno del siglo XIX.

Concluimos con las Recensiones, donde se revisan dos obras: *La crítica al discurso de los derechos humanos. El origen*, de Julio Alvear Téllez y *La disposición constitucional octava transitoria es inconstitucional* de Álvaro Paúl.

Dr. Julio Alvear Téllez
Director

Estudios

Derecho Público Iberoamericano

Universidad del Desarrollo

N° 14 | 2019

Justicia administrativa
y económica

“EN CUMPLIMIENTO DE LA LEY”.
LAS LEYES ADMINISTRATIVAS
FRENTE A LA CARTA FUNDAMENTAL

“THE ENFORCEMENT OF THE LAW”
THE ADMINISTRATIVE LAWS
AGAINST THE CONSTITUTION

*Iván Aróstica Maldonado**

¿Acaso nos atreveremos a decir que estas leyes
son injustas, o más bien que son nulas?
Pues a mí me parece que no es ley la que es injusta.
San Agustín, *El libre albedrío*, libro I, v, 11)¹.

Resumen

Este artículo forma parte de una obra mayor sobre la justicia administrativa en Chile. El amplio número de reclamos de ilegalidad contra actos de la Administración del Estado que son rechazados en la práctica en sede judicial, entre otras causas, encuentra explicación en el hecho de que esa legalidad es *opus suum* de la misma autoridad. Lo que se traduce en unas leyes pro Administración que –a contrapelo de la Constitución– suelen reincidir en un ancestral régimen fuertemente potestativo y fiduciario: aquel que deposita amplias e indeterminadas potestades a la autoridad, sin tomar más resguardos que asegurar la buena designación de quien las ejerce y confiarse en su autocontrol.

* Licenciado en Ciencias Jurídicas de la Universidad de Chile. Presidente del Tribunal Constitucional chileno. Artículo recibido el 13 de noviembre de 2018 y aceptado para su publicación el 1 de marzo de 2019. Correo electrónico: iarostica@tcchile.cl

¹ Nieto BLÁZQUEZ, *Filosofía de san Agustín*, pp. 188-193. En *La ciudad de Dios*, XIX, 21, 1, pp. 608-609, san Agustín agregó: “Porque donde no hay justicia no puede haber tampoco un derecho. Lo que se hace según derecho se hace con justicia. Pero lo que se hace injustamente es imposible que sea según derecho. Y no podemos llamar derecho ni tenerlo como tal a las injustas determinaciones de los hombres, siendo así que estos mismos hombres sostienen que el derecho dimana de la fuente de la justicia, y desmienten como espuria la afirmación que suelen repetir algunos espíritus torcidos, que es derecho lo que reporta utilidad al más fuerte. Así que donde no hay verdadera justicia no puede haber una multitud reunida en sociedad por el acuerdo sobre un derecho, es decir, no puede haber un pueblo...”.

Acerca de la ley injusta, santo Tomás de AQUINO, *Suma Teológica*, I-II, q. 96, a. 4.

Palabras claves: leyes administrativas, reclamos de ilegalidad, Administración del Estado.

Abstract

This article is part of a broader project about the administrative courts' system in Chile. In our country, judges typically reject most legal claims challenging executive orders because the laws regulating the administrative agencies' authority usually benefit those agencies. Those pieces of legislation –which are in tension with the Constitution– often come from an ancient regime that strengthens administrative authority by providing for wide and open-textured powers, and only constraining those powers by regulating the appointment mechanisms of the agencies' chiefs.

Keywords: administrative laws, illegality claims, the state administration.

Introducción

Calificada como verdadera “regla de oro” del derecho público chileno, la norma del artículo 160 de la Constitución de 1833 dispuso:

“Ninguna magistratura, ninguna persona, ni reunión de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les haya conferido por las leyes. Todo acto en contravención a este artículo es nulo”.

Misma que mantuvo vigente la Carta de 1925 (como artículo 4°) y que se complementaba con lo prescrito en el *Código Civil*, en cuya virtud el fisco, las municipalidades y los establecimientos que se costean con fondos del erario “se rigen por leyes y reglamentos especiales” (artículo 547 inciso 2°).

He ahí plasmada la creencia del siglo XIX de que la ley habría de servir como freno al poder. La legalidad entendida como límite al gobernante y garantía de los gobernados; muro de contención infranqueable, más allá del cual los actos exorbitantes de la autoridad administrativa son nulos *ipso iure* y de ningún valor².

Una ley, asimismo, encargada de garantizar los derechos fundamentales y antaño imaginada como suprema barrera contra los abusos del poder, que –a su vez– se supone impoluta de arbitrariedades o excesos.

² Eduardo SOTO KLOSS, *Derecho Administrativo. Bases fundamentales*, pp. 114-194.

Creencia afincada en la supuesta racionalidad en que estaría inspirada; otras veces, basada en el hecho más trivial de que autores y destinatarios de las leyes –representantes y representados– formaban parte, por aquel entonces, de un mismo círculo rector, gracias al voto censitario.

Bien es cierto, también, que esa creencia y este supuesto se desploman apenas despunta el siglo XX, en Europa como en Chile, *servata distantia*. Fruto de la revolución industrial, que pone término a la dispersión rural y congrega la población en grandes urbes o en una capital, nuevos grupos políticos e ideológicos –con intereses parciales compitiendo en regímenes de representación proporcional– se disputan la calidad de artífices de la ley, al acceder a cargos parlamentarios a raíz del término del sufragio censitario; amén que el protagonismo legislativo se desplaza del Parlamento al Rey (o Presidente de la República), lo que, a su vez, conlleva invariablemente poderes acrecentados para la Administración, esta vez montada en andas de una ley con facultades para delimitar los derechos de unos contra otros³.

Fue el sufragio universal el que puso a los partidos socialistas dentro de los parlamentos, con aquellas sus ideas radicales de reforma del Estado que los situarían en antagonismo con los liberales-conservadores, engendrando, así, el temor de que la victoria electoral del otro pudiera ser suficiente para alterar la normativa fundamental⁴. Siendo esa circunstancia la que causó (como se verá)

“que las nuevas Constituciones se hicieran rígidas y fue a partir de esa rigidez donde el control de constitucionalidad de las leyes como problema teórico y práctico comenzó a tener sentido”⁵.

³ Francis SEJERDSTED, “La democracia y el imperio de la legalidad: algunas experiencias históricas de contradicciones en la lucha por el buen gobierno”, pp. 156-175.

⁴ Aristóteles mismo, en *Política*, p. 252, decía que la superioridad en el número de los más pobres al gobernar, podía perpetrar una injusticia al confiscar las propiedades de los ricos, que estarán en minoría y no podrán oponerse. El PSEUDO-JENOFONTE, *Constitución de Atenas*, pp. 101-137, también le asigna una carga negativa a la democracia, como forma de dominación (κρατος) de los pobres sobre los ricos.

De igual manera en Alexander. HAMILTON, James MADISON y John JAY, *El Federalista*, p. 222, se previene que “En una república no sólo es de gran importancia asegurar a la sociedad contra la opresión de sus gobernantes, sino proteger a una parte de la sociedad contra las injusticias de la otra parte. En las diferentes clases de ciudadanos existen por fuerza distintos intereses. Si una mayoría se une por obra de un interés común, los derechos de la minoría estarán en peligro”, queriendo significar con ello que todo poder puede conllevar excesos y, por ende, debe ser jurídicamente controlado.

⁵ Javier TAJADURA, “Constitución y democracia en la Unión Europea”, p. 18. A partir de esos años empieza, también, a acentuarse la idea de un control jurisdiccional sobre las leyes, acaso siguiendo el ejemplo de la Suprema Corte estadounidense (como en Chile

Quien sino Stefan Zweig podía retratar este giro epocal, *ad portas* de la gran guerra y después de ver cómo en su –hasta entonces– idílica Viena los socialistas arrebataban a la oligarquía por la fuerza la ley sobre voto universal:

“con ella –dice– desapareció de la vida política pública la conciliación y los intereses de unos chocaron violentamente con los de otros: la lucha acababa de empezar”⁶.

El ideal dieciochesco de una ley estable y guardiana de las libertades personales ha dado paso a la realidad más banal de un legislador que –por democrático– reclama para sí el poder para rehacerlo todo bajo la férula del Estado.

“Una vez proclamada la capacidad para hacer y deshacer leyes –apunta Bertrand de Jouvenel– se dio rienda suelta a las voluntades particulares, que se había querido mantener subordinadas mediante la proclamación de la soberanía de las leyes. En lugar de someter a la competición de los partidos únicamente la elección de los gobernantes, fueron todas las normas de la vida social las que quedaron al albur del resultado de una elección. Esta precariedad de las leyes ha sido creciente durante la vida de las democracias. Reyes, cámaras de pares o senados, capaces de impedir que cualquier presión de la opinión se tradujera inmediatamente en ley, fueron por doquier barridos o paralizados. La ley –concluye– ha dejado de presidir, como una necesidad superior, la vida del país: se ha convertido en expresión de las pasiones del momento”⁷.

Al paso que esa subordinación de las autoridades a la ley se difumina en el río revuelto de la inflación legislativa actual, como consecuencia de la multiplicación incontenible de leyes *ad hoc* o aún *ad personam*, inorgánicas y episódicas, gestadas en la premura interventora, y cuya secuela se traduce en incoherencia, falta de plenitud e imposibilidad de conocimiento real. La cuestión es hasta dónde se puede afirmar, hoy, que la ley sea límite y garantía, en este *mundo de leyes desbocadas* descrito por Eduardo García de Enterría:

se hizo a contar de 1925), la que se consolida definitivamente al término de la II Guerra Mundial con la instauración del Tribunal Constitucional alemán.

⁶ Stefan ZWEIG, *El mundo de ayer. Memorias de un europeo*, pp. 89-91, de quien también se toma Paolo Grossi para desarrollar *El novecientos jurídico: un siglo posmoderno*, p. 16 y ss. Para lo que viene en el viejo continente entre 1910-1940, v. Mark MAZOWER, *La Europa negra*, pp. 21-103.

⁷ Bertrand de JOUVENEL, *Sobre el poder. Historia natural de su crecimiento*, p. 368. Véase, además, todo el capítulo XVI: “Poder y derecho”, pp. 397-414.

"la vieja idea de una sociedad libre moviéndose en el cuadro de unos cuantos Códigos y Leyes, claros, concisos y tendencialmente estables, que dejaban a la libertad ciudadana todo el amplio espacio de la vida social así encuadrada con precisión y rigor, esa idea ha dejado paso a la situación actual en que la sociedad se nos aparece inundada por una marea incontenible de Leyes y Reglamentos, no sólo no estables, sino en estado de perpetua ebullición y de cambio frenético"⁸.

Es esta *crisis legal*, caracterizada por la barahúnda de leyes que fueron confiando nuevos e ingentes cometidos a la Administración, circa 1920 en adelante, la que pone en entredicho el rol de límite y garantía normativa asignado a la ley:

- I) por la incerteza acerca de la ley exacta que –dentro de dicha greguería– puede esgrimir la autoridad en cada ocasión; así como
- II) por la inseguridad hacia los derechos que acarrea su aplicación, desde que se trata de una legalidad casi siempre proclive a la potestad administrativa más desaforada o ampliamente discrecional.

Quizá la polémica arquetípica sobre los "resquicios legales", ocurrida en Chile a comienzos de la década de 1970, pueda ilustrar ambas cuestiones. El casi olvidado DL 520, dictado el año 1932 durante el breve gobierno socialista de Carlos Dávila, ¿podía casi cuarenta años después entenderse vigente y constituir parte del "valioso arsenal para la difícil tarea de preparar el camino hacia el socialismo"? El gobierno de la Unidad Popular decía que sí, ya que así podía expropiar aquellas industrias de "utilidad pública" que se negaran a producir artículos básicos en las cantidades y calidades ordenadas por él, y comoquiera que –a la sazón– el Congreso (en la oposición) no iba a aprobar ninguna ley expropiatoria de empresas privadas para formar una nueva "área social de la economía". ¿O este viejo decreto ley contenía reglas de "procedencia espuria, contradictoria interpretación y de vigencia dudosa"?⁹.

Con otro ejemplo se puede percibir mejor el fenómeno: sin paramientos que la Constitución únicamente convoca a una ley orgánica constitucional para fortalecer la libertad de enseñanza, y solo regularla en los aspectos específicos que ella prevé (artículo 19 n.º 11), a la Ley General de Educación se han sumado la de Subvención Preferencial y del

⁸ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, pp. 47-48.

⁹ Eduardo NOVOA MONREAL, "La crisis del sistema legal chileno", pp. 227-243 y *Los resquicios legales*, pp. 51-59; Jorge MAGASICH, "Los 'resquicios legales'. La utilización de la ley por el Gobierno de Salvador Allende"; Cristián VILLALONGA, *Revolución y ley. La teoría crítica del derecho en Eduardo Novoa Monreal*, p. 239.

Sistema de Aseguramiento de la Calidad, la Ley de Inclusión, la Ley de Educación Pública, entre otras que han sido objeto de múltiples decretos, reglamentos y circulares con cada vez más grávidos poderes para la Administración. Y cambiando.

Pero ¿qué hay de aquello que decía Jorge Luis Borges (en “Las versiones homéricas” de 1932), de que el concepto de texto definitivo no corresponde, sino a la religión o al cansancio? ¿No es acaso la legislación administrativa un *perpetuum mobile*, precisamente porque la renovación en las apetencias y necesidades va modificando lo que a cada momento se entiende por interés general? ¿O se olvidará que fue Georges Orwell, en 1984, quien peculiarizó al Estado totalitario como aquel que establece dogmas incuestionables para modificarlos de un día para otro? ¿O, tal vez, el cambio normativo debe obedecer a alguna suerte de ordenación, exigiendo evidencia en cuanto a la necesidad y utilidad de la mutación?

Puede que un edulcorante arrellanamiento lleve a mirar con lejanía el Imperio soviético o que en los años treinta del siglo pasado Alemania demostró la posibilidad de que un régimen democráticamente electo puede transformarse en una tiranía totalitaria, voceando la voluntad general¹⁰. Y que suene exagerado el magistrado Joseph P. Bradley en el caso *Boyd vs. United States* (1886), alertando contra la posibilidad de permitir las invasiones de los derechos constitucionales solo porque esas invasiones son suaves y los perjuicios de carácter ligero:

“las prácticas ilegítimas e inconstitucionales consiguen su primer apoyo por ese camino, a saber, mediante ataques silenciosos y ligeras desviaciones de los modos legales de proceder. Sólo puede evitarse esto adhiriéndose a la regla de que la interpretación de las disposiciones constitucionales establecidas para la seguridad de las personas y de la propiedad debe ser amplia. Una interpretación estricta y literal las priva de la mitad de su eficacia y conduce a una gradual depreciación de los derechos, como si éstos pudieran consistir más en la expresión que en la sustancia. Es deber de los tribunales estar vigilantes en cuanto se refiere a los derechos constitucionales del ciudadano y contra cualquiera intromisión o abuso que pueda hacerse de ellos. Su lema debería ser *obsta principis*”¹¹.

A fin de cuentas y como sea, el problema empieza ineludiblemente con el hecho de que la legalidad

¹⁰ Como si recordar el alfa y el omega de todo estatismo, de la ideología al totalitarismo, fuera propio de un autor “especialmente acalorado”: Adrian VERMEULE, *La abdicación del derecho. Del imperio del derecho al Estado administrativo*, p. 65.

¹¹ Cita de Charles EVANS HUGHES, *La Suprema Corte de los Estados Unidos*, p. 172.

“ya no es un derecho *a priori* o trascendente al Estado, sino que es un derecho creado por el mismo Estado. En verdad que el Estado actúa sólo *secundum legem* y, por consiguiente, está limitado en su actuación; pero puesto que lo que caracteriza al Estado es constituir un poder originario, no derivado de ningún otro, es claro que sus limitaciones no pueden ser más que autolimitaciones”,

según apostillaba Manuel García-Pelayo en 1950¹². En palabras que también podrían hallarse en la obra capital de Georg Jellinek sin que aparezcan extrañas:

“El Estado moderno tiene como punto final lo que para el antiguo tiene punto de partida. Como el segundo, atribúyese también él, y aún en una mayor medida, el derecho y el poder para dominar de un modo efectivo todos los aspectos de la vida de la comunidad. Es verdad que pone limitaciones de gran importancia a su acción; pero sólo lo son las que él mismo se ha puesto en vista del conocimiento que tiene de su problema. Por el contrario, no reconoce a ninguno de sus miembros un derecho extraestatista que pueda ofrecerle una limitación absoluta”¹³.

Se hablará, pues, de una expansiva e inquietante legislación casi indefectiblemente pro Administración, en procura de forzar no pocos cambios radicales. De donde, en 1913, León Duguit diría que el derecho público sea una materia en continua transformación parece ser una tautología, en su libro emblemático *Les transformations du droit public*. Y de donde también se tomaría el lord Chief Justice de Inglaterra en 1929, lord Hewart, para acusar ese “The new despotism” que usa y subordina al Parlamento, evade los tribunales y hace de la voluntad y el capricho del Ejecutivo un poder sin restricciones y supremo.

Cuestiones todas que, se supone (III), solo podrían superarse si las leyes administrativas se ordenan tras una ley fundamental cuyas normas, inspiradas en un sentido superior de justicia, incitan en efecto a cohesionar los derechos de las personas con el bien común general¹⁴.

¹² Manuel GARCÍA-PELAYO, *Derecho constitucional comparado*, p. 159.

¹³ Georg JELLINEK, *Teoría general del Estado*, p. 314.

¹⁴ Armonizando aquello “perteneciente a la ciudad y a sus moradores”, según el principio ciceroniano difundido por los teólogos de Salamanca ya en el siglo XVI: FRANCISCO DE VITORIA, *Sobre el poder civil, elección dada el año 1528*, pp. 19 y 38-39.

Tres notas de derecho comparado

I

Atingente al primer tema, argumenta Luigi Ferrajoli:

“tal crisis se manifiesta en la inflación legislativa provocada por la presión de los intereses sectoriales y corporativos, la pérdida de generalidad y abstracción de las leyes, la creciente producción de leyes-acto, el proceso de descodificación y el desarrollo de la legislación fragmentaria..., habitualmente bajo el signo de la emergencia y la excepción”¹⁵.

Suena a *déjà vu*; a un retorno a la pluralidad normativa medieval, donde fluyen cartas, estatutos y fueros en encarnación *hic et nunc*, con un radio de acción solo respecto a un cierto lugar o en lo relativo a estamentos o personas determinadas. Aunque allí –como anota el catedrático de historia del derecho y expresidente de la Corte Costituzionale Italiana Paolo Grossi–

“en comparación con el alboroto de la desordenadísima superficie, contrasta el orden de la secreta pero presente constitución jurídica.

Un orden que no se deja deteriorar por los episodios grandes y pequeños de las vicisitudes históricas, porque se sitúa más allá del poder político y de quienes lo ejercen, desvinculado de las miserias de la cotidianidad, colocado en el terreno profundo y seguro de las raíces supremas, de los valores. Un valor inmanente, la naturaleza de las cosas, y un valor trascendente, el dios nomoteta de la tradición canónica, uno en absoluta armonía con el otro, según los dictámenes de la teología cristiana, constituyen un *ordo*, un *ordo iuris*. Un *ordo iuris* que, por tanto, no puede sino ser la medida del derecho positivo, de los varios Derechos positivos, según grados ascendentes de manifestaciones jurídicas que las reglas pasajeras y contingentes de la vida cotidiana suben sin cesura, en espontánea y simple continuidad, hasta el nivel supremo del Derecho natural y del derecho divino con toda su riqueza de principios normativos eternos e inmutables en cuanto son la voz de la misma Divinidad”¹⁶.

¹⁵ Luigi FERRAJOLI, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, pp. 16-17. Igualmente, Luís PRIETO SANCHÍS, *Apuntes de teoría del derecho*, pp. 187-188.

¹⁶ Paolo GROSSI, *El orden jurídico Medieval*, pp. 35-36. En el mismo sentido, sobre este “orden jurídico dado”, constitutivo de una “intrínseca limitación de los poderes públicos”, Maurizio FIORAVANTI, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, pp. 35-38.

Acera de la “constitución medieval”, sin continente escrito y formal, pero con un contenido que se anticipa en mucho a la modernidad (intangibilidad de los derechos y el Derecho para la autoridad, responsabilidad del poder, etc.), utilísimo es el trabajo de 1952 de Fritz KERN, *Derecho y Constitución en la Edad Media*, p. 180.

La recepción del *Ius commune* (*Corpus Iuris Civilis* y *Corpus Iuris Canonice*, más las glosas y comentarios) en la baja Edad Media (siglo XIII) y el posterior movimiento codificador del siglo XVIII, vinieron –en su momento– a aherrojar esta pluralidad normativa¹⁷. No obstante, como diría después el mismo Paolo Grossi, este intento por suplir la complejidad medieval crea

“una densa actividad legislativa que se incrementaba más y más: los Códigos y las leyes generales, en los que se reflejaba muy bien la más genuina conciencia jurídica burguesa, están amparados, pero también sofocados y casi expropiados, por actos legislativos especiales generados por necesidades particulares, ocasionando así una enorme actividad legislativa adecuada al crecimiento socio-económico pero que, con frecuencia, está superada por el hostigamiento de ese desarrollo y que destapa –por así decir– al rey desnudo. O, lo que es lo mismo, a un Estado incapaz de ordenar ese crecimiento únicamente con los instrumentos legislativos a través de un fárrago de leyes –las más de las veces improvisadas y mal hechas–, que martiriza los bienes formales de la claridad y de la certeza que los Códigos satisfacían cumplidamente y que excava un profundo foso de incompreensión entre el poder político y los ciudadanos”¹⁸.

De allí que, ante esta atomización, se propugna su orientación hacia los valores y principios plasmados en la Constitución, con referencia a los cuales tendrán que examinarse la inteligencia y validez de estas leyes. Alejandro Nieto:

“La Constitución ha propiciado, pues, el regreso de los valores al Derecho y, además, al positivizar algunos de ellos ha dado una estabilidad al repertorio axiológico básico que no se conocía desde el Decálogo bíblico y la consecuencia ha sido un mecanismo de control de las leyes a las que de nuevo se inserta en una escala de valores como peldaños intermedios”¹⁹.

Lo propio postulaba Eduardo García de Enterría, al reivindicar:

“la Constitución como una norma superior, que consagra en una formulación concentrada y categórica los grandes valores sobre los que se asienta una comunidad determinada, además de la forma en que ésta ordena sus poderes”,

¹⁷ En general sobre el tema, Alejandro GUZMÁN BRITO, *La fijación y la codificación del Derecho en Occidente*, p. 315.

¹⁸ Paolo GROSSI, *La primera lección de Derecho*, pp. 61-62.

¹⁹ Alejandro NIETO, *Crítica de la razón jurídica*, p. 50.

en calidad

“de un *higher Law*, un Derecho más alto, con claras raíces en el Derecho Natural, capaz de prevalecer sobre las Leyes ordinarias e, incluso, de erigirse en canon de validez de las mismas”²⁰.

El juez constitucional italiano Gustavo Zagrebelsky, aludiendo a “la función unificadora de la Constitución”, con sus principios y valores superiores, agrega:

“Las Constituciones contemporáneas intentan poner remedio a estos efectos destructivos del orden jurídico mediante la provisión de un derecho más alto, dotado de fuerza obligatoria incluso para el legislador”²¹.

“La Constitución –remata Paolo Grossi– se sitúa como un orden jurídico superior respecto a la urdiembre legal ordinaria. Superior en cuanto a que, al pertenecer al estrato de las raíces profundas de la sociedad, pertenece por ello mismo a un estrato de valores y los manifiesta, imponiendo su observancia a todos los poderes del Estado, comenzando por el legislativo”²².

Y, por eso, concluye el presidente de la Corte Constitucional de la República Italiana, debe existir

“la institución de una magistratura suprema que se sitúa como juez de la ley; o lo que es lo mismo, que está llamada a juzgar la coherencia entre las disposiciones de una ley y los valores contenidos en la Constitución”²³.

II

La filosofía aristotélica y luego la escolástica distinguían cuatro causas o elementos constituyentes en cada cosa: eficiente, material, formal y final. Si se visualiza una estatua de Julio César, se verá que depende o es efecto de una causa eficiente, que es la acción del escultor, que con su cincel y martillo sacó

²⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, *Justicia y seguridad...*, *op. cit.*, p. 41. Hay quienes hallan en el juez Edward Coke (1552-1634) los orígenes anglosajones del moderno control de constitucionalidad, “entendido esencialmente en sentido de garantía, como primacía de las reglas de tutela constitucional de las libertades –el llamado *higher law*– sobre las voluntades contingentes de quienes ostentan el poder”: Maurizio FIORAVANTI, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones*, p. 33. Más ampliamente: Elio A. GALLEGU GARCÍA, *Common Law. El pensamiento político y jurídico de sir Edward Coke*, p. 201.

²¹ Gustavo ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil*, pp. 39-40. Carlos A. CASANOVA, *Racionalidad y Justicia*, pp. 210-211.

²² GROSSI, *La primera lección...*, *op. cit.*, p. 77.

²³ *Op. cit.*, p. 9.

de su indeterminación a la materia; la causa material es el mármol; la causa formal es la idea o figura de Julio César que el escultor tenía y que imprimió al mármol y la causa final es el objetivo propuesto al erigir la estatua, como puede ser alcanzar la belleza estética, ganar dinero, agradar a la autoridad, etcétera.

Sin embargo, fruto de un reduccionismo kantiano, la mentalidad moderna se caracteriza por considerar exclusivamente las causas eficientes, lo que aplicado a las normas del derecho implica prestar atención solo a una peculiaridad de origen: la voluntad allí expresada por su autor²⁴. Mientras en el siglo XIII santo Tomás de Aquino pudo definir la ley como aquella "prescripción de la razón, en orden al bien común, promulgada por aquel que tiene el cuidado de la comunidad"²⁵, o sea, como una actuación con unos contenidos y finalidades muy precisos (la racionalidad e interdicción de la arbitrariedad y la prosecución del bien común general), ahora –en su sentido moderno– la ley se considera como un acto de volición autoritaria del titular del poder²⁶. Pues, si antes el derecho representaba un "orden jurídico dado" para el Monarca, externo e indisponible para él, con el advenimiento de la modernidad, o sea, cuando el poder político empezó a llamarse Estado, este se va apropiando del derecho en su nuevo papel de único productor normativo. Tanto, que la ley termina por absorber y monopolizar todas las dimensiones jurídicas existentes en la comunidad²⁷.

Diríase que la propia filosofía griega, que concibe al mundo y a la polis como *Kosmos*, un orden regido por el *logos* y no por la voluntad o los dictados caprichosos de los dioses, es la que empieza a desdibujarse, a raíz de la superposición histórica de a lo menos tres factores.

1) Primero, fue la recepción del derecho imperial romano, redescubierto el *Corpus iuris civilis* en Bolonia a fines del siglo XI, ya que, si bien de los textos justinianos (del *Digesto*) podían sacarse distintos puntos de vista acerca de la fuente del poder legislativo,

"de manera creciente los juristas próximos al poder pusieron sus ojos en aquellos textos que enfatizaban la autoridad sin restricciones del príncipe para gobernar y legislar en beneficio del bien común como mejor le pareciera"²⁸.

²⁴ Francisco CARPINTERO BENÍTEZ, *Historia breve del derecho natural*, pp. 46-47.

²⁵ Santo Tomás de AQUINO, *Suma Teológica*, I-II, q. 90, a. 4. Sobre la esencia de la ley siguiendo esta definición tomista, Francisco de VITORIA, "La Ley, lecturas del curso escolar 1533-1534 en la Universidad de Salamanca", pp. 3-6.

²⁶ Paolo GROSSI, *Mitología jurídica de la Modernidad*, pp. 29-34.

²⁷ GROSSI, *La primera lección...*, *op. cit.*, pp. 18-19. Una perspectiva muy general en Jaime EYZAGUIRRE, *Historia del derecho*, pp. 87-88.

²⁸ Peter G. STEIN, *El derecho romano en la historia de Europa*, pp. 87-88 y 58-59; Alfonso GARCÍA-GALLO, *El origen y la evolución del derecho. Manual de historia del derecho*

Fue en esa época que, en Roma, al Emperador o *Imperator* se le empezó a dar también el epíteto de *dominus* o señor, “de acuerdo a su significado primitivo, [que] no hacía referencia a la autoridad de un príncipe sobre los súbditos o de un comandante sobre sus soldados, sino al poder despótico de un amo sobre sus esclavos domésticos”²⁹. Todo partiendo de aquella embarazosa afirmación del *Digesto*, de que “lo que plugo [place] al Príncipe tiene vigor de ley” (libro I, título IV, 1).

¿Tenía razón Alexander Carlyle, cuando alegaba que un *legibus solutus* arrancado de dichos textos no podría corresponder más que a un malentendido?³⁰. Como sea, el hecho es que en su día cobró crédito la prerrogativa absolutista de que el Príncipe podía hacer cualquier cosa –*supra jus, contra jus, et extra jus*– al hallarse desvinculado de las leyes.

Allá van leyes do quieren reyes, pregonaba el refranero popular castellano³¹.

2) En segundo término, a comienzos de la baja Edad Media estalla una polémica crucial al derecho natural, acerca de la primacía de la voluntad o de la razón (el asesinato o el robo, ¿son acciones malas por estar prohibidos por la ley, o están prohibidas por la ley por ser malas en sí?). Abriéndose allí camino el pensamiento del franciscano Juan Duns Escoto (1266-1308), en cuya virtud Dios crea, y crea lo que crea porque quiere –*quia voluit*– de un modo por completo libre; de donde derivaría que las leyes tienen que obedecerse por tratarse de decisiones de voluntad de una potencia superior, esto es, hay un deber de seguir estrictamente las decisiones del mandato autoritativo, sin consideración a la justicia intrínseca del mismo³².

Francisco Suárez (1548-1617) S.J., habría aportado lo suyo: se recuerda que para santo Tomás de Aquino lo que hace que una ley –divina

español, pp. 89, 93, 208-210, 639-640, 763 y 799-800; Antonio FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Derecho público romano*, pp. 183-184.

²⁹ Edward GIBBON, *Historia de la decadencia y caída del Imperio romano*, p. 156.

³⁰ Alexander James CARLYLE, “La justicia en el Medioevo”.

³¹ Acerca del movimiento prorregio o proabsolutista y sus escasos detractores en Castilla: Salustiano de DIOS, *El poder del Monarca en la obra de los juristas castellanos. 1480-1680*, p. 880. Una óptica germana en Otto VON GIERKE, *Teorías políticas de la Edad Media*, pp. 210-262.

³² Hans WELZEL, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, pp. 59-105. Eudaldo FORMET, *Historia de la filosofía II. Filosofía medieval*, pp. 334-336; Gonzalo IBÁÑEZ SANTA MARÍA, *Derecho y justicia. Lo suyo de cada cual. Vigencia del Derecho Natural*, pp. 291-294.

Acerca de la división hecha por los seguidores de Juan Duns Scoto, de la ley natural, en la *lex indicans* (que muestra lo que es bueno) y la *lex imperans* (mandato de voluntad que crea el deber hacer esa conducta): Francisco CARPINTERO, *La ley natural. Historia de un concepto controvertido*, p. 56 y ss.

o humana— sea ley no es el hecho de emanar de una autoridad (Dios o el hombre) y de haberse tramitado según el procedimiento previsto, pues estos dos requisitos (competencia y procedimiento) exigen todavía lo esencial, el elemento intrínseco que hace la naturaleza de la ley: que sea una ordenación racional al bien común. En cambio, criticando que esa definición tomista alcanza tanto para una ley como para una simple opinión consultiva, Francisco Suárez hace la diferencia acentuando que la ley es una norma que constriñe. Es la *vis coactiva* o *intimatio voluntatis* la condición esencial de la ley; a lo que sigue la aceptación de que “esta fuerza coactiva no surge del imperio de la razón sino del carácter imperativo de la voluntad”³³.

A estas alturas, apenas sorprende que a fray Bartolomé de Las Casas se le atribuya la defensa de los sacrificios humanos que practicaban los aztecas, arguyendo:

“El legislador, en caso de gran necesidad de toda la república [como en el reino de los aztecas, la necesidad de la lluvia] puede y debe, con su precepto, obligar a algunos del pueblo a que sean inmolados para ser ofrecidos en sacrificio [...]; pues todo legislador [...] puede obligar a sus súbditos a hacer o sufrir aquello que conviene al bienestar y salvación de toda la república”.

Lo que pudo ser eficazmente contrarrestado por ese gran teólogo que fue Ginés de Sepúlveda, en la Controversia de Valladolid convocada por Carlos V el año 1550, apelando al derecho natural y la carga que le asistía a los españoles para “liberar a los inocentes de una muerte injusta”³⁴.

Entre lo dicho y lo que viene, por supuesto, no hay una relación causa-efecto; ni una cadena inexorable³⁵. No es seguro que la recepción del derecho romano imperial, del voluntarismo y de la autoridad soberana del Monarca caminaran a parejas por toda Europa occidental. Pero sí cabe

³³ André VINCENT, *Génesis y desarrollo del voluntarismo jurídico*, pp. 24-25. Respecto al “Tractatus de Legibus Ac Deo Legislatore” (capítulo XII: Definición de la Ley por lo que se ha dicho de sus propiedades), Francisco Javier LÓPEZ ATANES, Íñigo DE BUSTOS y PARDO Manuel de VILLENA, *Suárez: Una aproximación al Tratado de las Leyes y la Defensa de la Fe*, pp. 61-62; Raúl MADRID RAMÍREZ, “El giro suareciano y el problema del fundamento de la ley”, pp. 53-76

En contra de la idea de un Suárez voluntarista, Antonio-Enrique PÉREZ LUÑO, *Contribución a la Historia de la Cultura Jurídica*, pp. 65-92.

³⁴ Jean DUMONT, *El amanecer de los derechos del hombre. La Controversia de Valladolid*, pp. 238, 256 y 265.

³⁵ Para la asunción de las ideas de Juan Duns Scoto por Guillermo de Occam (circa 1295-1349) y por Marsilius Menardius († circa 1343) natural de Padua, intelectual al servicio del emperador Luis de Baviera en las luchas de este con el Papa, v. Juan Antonio WIDOW, *La libertad y sus servidumbres*, pp. 153-158.

vislumbrar que de alguna manera estas concepciones se precipitan y van ahondando, para afluir en algo nuevo y más intenso que todo lo anterior.

3) Puesto que con algunas raíces en aquel pasado, al proceso de entronización de la ley se suma un tercer elemento catalizador: llegan los revolucionarios franceses de 1789 a afirmar que, para garantizar la plenitud de los derechos, se necesitan leyes absolutas, tendientes a

“asegurar la acción del Estado para transformar la sociedad y las instituciones remanentes del Antiguo Régimen creando una nueva Administración pública al servicio de dichos cambios”³⁶.

Los derechos individuales solo se podrían realizar y disfrutar en el nuevo marco de convivencia, cuya creación y transformación radical se confía por completo al legislador, con facultades ilimitadas para erradicar o suprimir todas las instituciones anteriores.

“Había que cambiar una sociedad estamental, desigual e injusta, sometida a formas de gobierno arbitrarias. En estas circunstancias, un legislador fuerte era indispensable”³⁷.

O sea, no es este un mandato a la ley para abolir tal o cual poder atrabiliario; es la conminación a hacer *tabula rasa* con toda la civilización anterior, hasta sus cimientos. Un clásico en el tema, Alexis de Tocqueville, lo describe límpidamente así:

“Puesto que la Revolución Francesa no ha tenido únicamente por objeto cambiar un gobierno antiguo, sino abolir la forma antigua de la sociedad, tuvo que combatir a la vez a todos los poderes establecidos, destruir todas las influencias reconocidas, borrar las tradiciones, renovar las costumbres y los usos, y vaciar en cierto modo el espíritu humano de todas las ideas en las que hasta entonces se habían basado el respeto y la obediencia. De ahí –concluye– su carácter tan singularmente anárquico”³⁸.

Extirpación que exigirá la connivencia entre una ley incondicionada e incuestionable y una administración ejecutora dotada de amplios privilegios, cuyos actos ya no podrán ser controlados por los tribunales; creándose así una situación de concentración de poder e inmunidad como

³⁶ Santiago MUÑOZ MACHADO, *Los itinerarios de la Libertad de Palabra*, pp. 27-28.

³⁷ Santiago MUÑOZ MACHADO, Discurso pronunciado con ocasión de su investidura como *Doctor Honoris Causa* por la Universidad de Córdoba el 6 de octubre de 2015.

³⁸ Alexis de TOCQUEVILLE, *El Antiguo Régimen y la Revolución*, pp. 40-41.

no se había visto antes. "La Gran Revolución, con sus grandes dogmas, postulaba sobre todo una nueva estructura social", apuntaba acá Eduardo García de Enterría, agregando, enseñada, este colofón:

"esta gigantesca tarea no podía ser cumplida con meras declaraciones generales y ni siquiera por la simple promulgación de nuevas leyes. Era preciso configurar un extenso poder capaz de asumir esta misión cuya amplitud desbordaba toda la tradición del Estado, y este poder debía ser, sobre todo un poder gubernamental y activo, constante, general, notas todas que volcaban el peso necesariamente del lado de una Administración"³⁹.

Los revolucionarios franceses no admiten unos derechos preexistentes fundados en el esquema iusnaturalista medieval, ni que de su protección se encarguen los tribunales del antiguo régimen (la aborrecida por ellos "nobleza de toga"). Solo el legislador, en quien los súbditos abandonaron parte de su poder, ha de devolverles unos moldeados derechos en el nuevo orden y servirles de protección; siendo la ley, a estos efectos, necesariamente justa y jamás arbitraria, por encarnar en sí misma la voluntad general de la nación⁴⁰.

El incordio en todo esto es que la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 pregonaba en su artículo 16: "Una Sociedad en la que no esté establecida la garantía de los Derechos, ni determinada la separación de Poderes, carece de Constitución": si el alcance preciso de tales derechos no lo hace el mismo texto supremo, sino que lo encarga a la obra ulterior del legislador, *ergo*, tales proclamaciones de derechos habrán de considerarse solo:

"como enunciaciones de principios más que como consagraciones expresas de derechos, es decir, de poderes jurídicos individuales susceptibles de ser invocados por los interesados ante un juez y de ser objeto de un reconocimiento jurisdiccional que garantice su respeto"⁴¹.

Si la delimitación de los rasgos esenciales de los derechos se delega libérrimamente, para que los profile la ley bajo su sola apreciación, la verdad es que a la postre estos derechos carecen de "garantías" normativas y jurisdiccionales frente a dicha legislación o a los ulteriores actos administrativos de ejecución. En estas condiciones, incluso, resultaría inútil

³⁹ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *Revolución francesa y administración contemporánea*, p. 51.

⁴⁰ FIORAVANTI, *Los derechos fundamentales...*, *op. cit.*, pp. 70-78.

⁴¹ Raymond CARRÉ DE MALBERG, *La ley, expresión de la voluntad general*, p. 123.

establecer un recurso por causa de inconstitucionalidad contra esas leyes, porque al estar habilitadas con una extensión ilimitada, desde el punto de vista material, para perfilar el contenido de los derechos, es inconcebible pensar que, al disponerlo así, la ley podría quebrantarlos⁴².

Sin paliativos, una sociedad así “*n’a point de Constitution*”.

III

1) Claro que esta idea de la ley como acto de voluntad irrestricta (absolutismo regio o absolutismo popular) no siempre fue por todos compartida, ni antes ni después de 1789. El barón de Montesquieu ya se declaraba partidario de que los parlamentos (cortes superiores de justicia) debían confrontar las leyes nacidas de la sola “voluntad momentánea del príncipe” con las “leyes fundamentales”⁴³. León Duguit más tarde hablaría del “fetichismo de la ley”. Recordando que en Francia la ley “es la expresión de voluntad de los 350 diputados y 200 senadores que forman la mayoría habitual en la Cámara y en el Senado”, acota, enseguida, que las ideas de que “la ley no podía ser injusta”, que “la constitucionalidad misma de la ley no podía apreciarse por un tribunal cualquiera”, y que “la cuestión de la responsabilidad del Estado legislador no podía ni plantearse”, siendo “perfectamente lógico en el sistema imperialista”, todo ello, “no es ya la base del derecho público” actual⁴⁴.

E igualmente contestaba esta prerrogativa para hacer y deshacer leyes la divisa lanzada desde Aragón de que *antes fueron leyes que reyes*, y para cuyo respeto y como intérprete último de los fueros, las Cortes de Ejea (1265) dieron con la existencia de un justicia mayor, con máximo rango judicial y para dirimir los casos en que el Rey era parte⁴⁵. Incluso, a partir del Bajo Medievo ya se empieza a hablar de unas *leyes fundamentales* o *leyes perpetuas*, como expresión de la constitución histórica y consuetudinaria de los pueblos hispanos, que no eran cosa de llegar y cambiar a discreción de los reyes⁴⁶.

⁴² CARRÉ DE MALBERG, *op. cit.*, pp. 124-138.

⁴³ MONTESQUIEU, *Del Espíritu de las Leyes*, primera parte, libro II, capítulo IV: De las leyes en relación con la naturaleza del gobierno monárquico, pp. 27-29

⁴⁴ León DUGUIT, *Las transformaciones del Derecho Público*, pp. 144-145.

⁴⁵ Guillermo FATÁS, *Prontuario aragonés. Del reino y la corona de Aragón*, pp. 62 y 66.

⁴⁶ Santos M. CORONAS GONZÁLEZ, “Derechos y libertades en la España del Antiguo Régimen”, pp. 59-119. Sobre la aparición del concepto de “ley fundamental” en el siglo XVII inglés, derivado de la “constitución inmemorial”, John POCOCK, *La Ancient Constitution y el derecho feudal*, p. 56 y ss. Sobre los términos “leyes fundamentales” y “constitución” en Alemania, Dieter GRIMM, *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, pp. 108-117. También JELLINEK, *Teoría general...*, *op. cit.*, pp. 459-476.

Si hasta una época tan cercana como 1809, las cortes constituyentes que darían origen a la Constitución de Cádiz de 1812, dispusieron una comisión destinada a proponer *los medios de asegurar la observancia de las leyes fundamentales del reino*, donde aparecieron propuestas como la consagración del justicia mayor aragonés o –según sugerencia del doctor del arzobispado de Badajoz Miguel Agustín Jarrillo– la creación de un órgano jurisdiccional especial, conservador de dichas leyes fundamentales y que habría de llamarse *tribunal constitucional*⁴⁷.

Como en la Atenas clásica, cuando la democracia directa, donde ya se habían impuesto controles sobre las decisiones mayoritarias por los *nomothetai*, grupo de personas elegidas con facultades para aprobar o rechazar leyes acordadas por la asamblea, y a través del *graphe paranomon*, petición para castigar a quien propusiera una ley ilícita en la asamblea, aun cuando esta ya hubiera sido aprobada⁴⁸.

2) Mas, la *loi* no ha cesado de ufanarse como norma incontrovertible en su contenido y finalidad, ya que su validez estaría dada exclusivamente por la cualidad soberana del sujeto legislador, ahora premunido de legitimidad democrática. Es la omnipotencia del dominio mayoritario y de un legislador que, a fin de cuentas, decide la subsistencia de la propia Constitución, lo que ha movido a acusar a la ley como una nueva amenaza para la libertad.

"A tanto ha llegado el poder así acumulado, que no es raro ver calificado al Parlamento de soberano, o lo que es lo mismo, de instancia cuyas insuperables facultades le permiten hacer todo lo que quiera, salvo –como por broma se dice en Inglaterra para caracterizar el poder omnímodo de la institución– hacer de un hombre una mujer, o viceversa"⁴⁹.

⁴⁷ Santos M. CORONAS, "*Las leyes fundamentales del Antiguo Régimen. Notas sobre la Constitución histórica española*", pp. 205-206. Después en su *Estudios de Historia del Derecho Público*, pp. 292-301.

El reciente *Diccionario del Español Jurídico*, dirigido por Santiago MUÑOZ MACHADO, incorpora la noción de "constitución histórica", como aquella aludida por Gaspar Melchor de Jovellanos en 1780, para referirse a aquellas "leyes fundamentales del reino [que] contienen la forma en que ha de ejercerse el poder y garantizar los derechos, de modo que se establece un equilibrio que en España ha existido durante siglos", pp. 486-487.

⁴⁸ Jon ELSTER, *Constitucionalismo y democracia*, p. 34, citando a D.M. MACDOWELL, *The Law in Classical Athenes*, p. 48 y ss. También en Óscar GODOY ARCAYA, *La democracia en Aristóteles. Los orígenes del régimen republicano*, pp. 64-66. Más ampliamente: Priscila MACHADO MARTINS, "El control constitucional de las leyes en Atenas", pp. 37-57.

⁴⁹ Gerhard LEIBHOLZ, "*El legislador como amenaza para la libertad en el moderno Estado democrático de Partidos*", pp. 5-18.

Afirmar que votar es democrático y, por solo eso, que dicho proceso culmina necesariamente en un acto de validez jurídica, implica incurrir en una falacia, dado que de esa premisa no se sigue esta conclusión. Si se votase por la eliminación de los ancianos, acaso se podría sostener que la elección fue democrática; pero de ahí a sostener que la ley así acordada es conforme a derecho dista un mundo de diferencia⁵⁰.

Al alimón de que

“la ley ya no es la expresión ‘pacífica’ de una sociedad política internamente coherente, sino que es manifestación e instrumento de competición y enfrentamiento social; no es el final, sino continuación de un conflicto; no es un acto impersonal, general y abstracto, expresión de intereses objetivos, coherentes racionalmente justificables y generalizables, es decir, si se quiere, ‘constitucionales’, del ordenamiento. Es, por el contrario, un acto personalizado (en el sentido de que proviene de grupos identificables de personas y está dirigido a otros grupos igualmente identificables) que persigue intereses particulares”⁵¹.

Cierra Gustavo Zagrebelsky:

“la ley, en suma, ya no es garantía absoluta y última de estabilidad, sino que ella misma se convierte en instrumento y causal de inestabilidad. Las consecuencias de la ocasionalidad de las coaliciones de intereses que ella expresa se multiplican, a su vez, en razón del número progresivamente creciente de intervenciones legislativas requeridas por las nuevas situaciones constitucionales materiales. El acceso al Estado de numerosas y heterogéneas fuerzas que reclaman protección mediante el derecho exige continuamente nuevas reglas e intervenciones jurídicas que cada vez extienden más la presencia de la ley a sectores anteriormente abandonados a la regulación autónoma de los mecanismos sociales espontáneos, como el orden económico, o dejados a la libre iniciativa individual, como era la beneficencia”⁵².

La inseguridad jurídica sería, entonces, un concepto histórico que aparece junto con el mundo moderno, acentuada ante el arribo de revoluciones o totalitarismos por vía legal; en contraposición con la ausencia de temor que era innata al hombre medieval, cuya inserción en una comunidad, un gremio,

⁵⁰ Ignacio ARROYO MARTÍNEZ, “Votar es normal”, p. 15. Antes, Julián MARIAS, “Totalitarismo ‘legal’”, p. 3. Ciertamente, un estudio más profundo de la materia sugiere un encuentro con autores como Alexis de Tocqueville, Jacob Talmon, Fareed Zakaria, Benjamin Constant e Isaiah Berlin.

⁵¹ ZAGREBELSKY, *op. cit.*, p. 38.

⁵² *Op. cit.*, p. 38.

una relación de vasallaje o una corporación, le hacían parte del respectivo régimen estatutario u orden de protección, estables y casi siempre vigentes de por vida⁵³.

3) Una cuota ineludible de inseguridad responde al obvio propósito democrático de asegurar a los vencedores un poder de cambio por medio de las leyes, es cierto. El problema se presenta cuando ese poder no reconoce continencia política ni confines jurídicos, para realizar esa intencionalidad de cambios a través de leyes que engrosan los poderes estatales sin comedimientos con los derechos ni la libertad.

3.1) Bien se ve con las leyes administrativas que permiten al Estado interferir en el quehacer de la sociedad. El conflicto de clases que se agudiza a inicios del siglo XX activa una legislación que faculta a las autoridades para intervenir de manera muy diversa en las funciones de la sociedad, especialmente a través del llamado Estado social keynesiano, recuerda el jurista finés Aulis Aarnio. Sube su presencia a la "propia participación del Estado en el empresariado", aunque "el mayor papel no se limitó a la mera economía", desde que "el Estado se impuso a la sociedad en todas sus áreas de actividad", como es el caso de la educación, ya que "las formas y, básicamente, también los contenidos de la educación están determinados por el Estado"; por ese Estado *total* querido por Carl Schmitt.

"En la práctica, la nacionalización de la sociedad se ha llevado a cabo bajo la forma del crecimiento del poder administrativo, de la burocracia. Esto ha significado que el acento del poder se ha desplazado cada vez más del Parlamento a la administración",

concluye Aarnio⁵⁴.

Discurriendo sobre la economía centralizada que habían asumido los totalitarismos en Alemania y Rusia, y que otros países occidentales estaban adoptando al unísono, en 1941 George Orwell advertía que hasta hace poco no se habían previsto las implicaciones de esto:

"la libertad económica del individuo, y en gran medida su libertad para hacer lo que quiera, escoger trabajo y moverse de un lado a otro de la superficie del planeta, llegan a su fin".

⁵³ Gregorio PECES-BARBA MARTÍNEZ, "La seguridad jurídica desde la filosofía del derecho", p. 216 y ss.

⁵⁴ Aulis AARNIO, *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*, pp. 41-42.

Para sentenciar:

“El totalitarismo ha abolido la libertad de pensamiento hasta unos límites inauditos en cualquier época anterior. Y es importante que comprendamos que este control del pensamiento no es solo de signo negativo, sino también positivo: no solo nos prohíbe expresar –e incluso tener– ciertos pensamientos; también nos dicta lo que debemos pensar, crea una ideología para nosotros, trata de gobernar nuestra vida emocional al tiempo que establece un código de conducta. Y, en la medida de lo posible, nos aísla del mundo exterior, nos encierra en un universo artificial en el que carecemos de criterios con que comparar. El Estado totalitario trata, en todo caso, de controlar los pensamientos y las emociones de sus súbditos al menos de modo tan absoluto como controla las acciones”⁵⁵.

3.2) Sugestivamente se habla de una virtual guerra civil por el dominio legal⁵⁶, en especial cuando el Estado, aprovechándose de su señorío para crear *ex novo* mediante la ley derechos de nueva generación, como correlato, se granjea de forma tácita unos equivalentes poderes de imposición unilateral para hacer ejecutar esa misma ley frente a las demás personas. Quienes, por este arte, quedan obligadas a desplegar conductas personales para satisfacer a los flamantes titulares de dichos inéditos derechos.

Ya no son los viejos derechos anteriores al Estado con aceptación universal y posibles de hacer valer frente a los poderes públicos. Ahora, son derechos exorados por determinadas corrientes ideológicas o que son instigados por los propios órganos estatales, al son de sus particulares agendas políticas; así sea para imponer al resto de la comunidad ciertas concepciones culturales por la fuerza de la ley.

Al consagrar los “derechos reproductivos”, los “derechos de identidad de género”, etc., sin poder apelar al bien común general, la ley lleva en cienes que el acto de abortar o la autocomprensión sexual de un individuo se convierten en algo exigible a los demás, puesto que en todas las relaciones intersubjetivas de contenido jurídico, al titular de este derecho le serán debidas ingentes conductas ajenas, consistentes en abstenciones y prestaciones (obligaciones negativas y positivas), por parte de sujetos individuales, grupos, asociaciones o la entera sociedad.

Cargando estos el sambenito de “infractores de la ley” (con las consiguientes penas y persecuciones) en caso de rehusar comportarse con prescindencia de la realidad.

⁵⁵ George ORWELL, “Literatura y totalitarismo”, pp. 63-64. Una visión de la ley (pos Escoto) como instrumento de compulsión y coerción amenazando un totalitarismo estatal en las sociedades occidentales, en Ludwig VON MISES, *Gobierno omnipotente (en nombre del Estado)*, pp. 79-82.

⁵⁶ Julio ALVEAR TÉLLEZ, *La crítica de los derechos humanos. El origen*, p. 420.

4) ¿Algo tiene que decir a esto la Constitución?

Si se ha de responder que sí, será necesario hacer, primero, una clasificación basal. En una idealización, se distinguirá las constituciones que son ley de marco referencial, de las constituciones que son suprema ley fundamental⁵⁷.

4.1) La "constitución referencial", con marcada acentuación política y procesal, regula preferentemente la forma democrática como hacer las leyes, de modo que su constitucionalidad exige superar un mero juicio de compatibilidad, en punto a que no exista contradicción entre una y otras. Es la denominada "constitución abierta" a dispares opciones o variantes legislativas, bastando que ellas se muevan dentro sus límites y no la rebasen:

"los preceptos que contiene son compatibles con diversas regulaciones legislativas que no están regidas por la necesidad de complementar o desarrollar la norma constitucional, sino por el *imperativo de no contradecirla*. Ley constitucionalmente correcta no es ley conforme con la Constitución –por lo que no cabe hablar de mayor o menor conformidad– sino que es ley *no contraria*"⁵⁸.

Presta a poner distancia con una *autocracia*, sería este el caso de la Constitución española de 1978, que al asumir un modelo de democracia abierta –y no comprometida en el ámbito doctrinario– permite al legislador bascular dentro de un amplio abanico de configuraciones normativas diferentes, en todas aquellas materias indeterminadas en que para su definición el constituyente se remite prácticamente *in totum* a la ley⁵⁹. Es su

⁵⁷ Sobre la contraposición entre la Constitución como "norma abierta" o como "sistema material de valores", Manuel ARAGÓN REYES, *Constitución y control del poder*, pp. 37-50. También Luis PRIETO SANCHIS, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, capítulo 3: Constitución y democracia, pp. 137-174.

No confundir con la *lex fundamentalis* explicada por Carl SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, pp. 33-36 y 63-65. Evidenciaría mejor este concepto una comparación de la Constitución española, que estatuye un "Estado social y democrático de Derecho" (artículo 1.1), con la Ley Fundamental de Bonn, que asienta un "Estado de Derecho republicano, democrático y social" (artículo 28.1), advertido que aquí el orden riguroso del sustantivo y sus posteriores adjetivos no parece casual, como muchos han señalado.

⁵⁸ Ignacio DE OTTO, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, pp. 47-48 (las cursivas son del autor).

⁵⁹ A la Carta española se la identifica con el modelo "democrático", el cual "sólo determina quién manda, cómo manda y, en parte, *hasta dónde* puede mandar. *Qué* haya de mandarse es algo que, dentro de los límites de elasticidad que tal contexto permite, se deja al legislador": Marina GASCÓN ABELLÁN, "Particularidades de la interpretación constitucional", p. 287. Cfr. Víctor FERRERES COMELLA, *Justicia constitucional y democracia*, pp. 76-77.

deseo de querer romper frontalmente con el “régimen autoritario” anterior, desde la izquierda Gregorio Peces-Barba pedía una Constitución hecha

“de una manera abierta, flexible y pragmática para que cualquier fuerza política democrática que tenga mayoría en las elecciones generales y esté llamada a gobernar por su implantación pueda hacerlo, sin sentir a la Constitución como una camisa de fuerza que impida la realización de su programa”⁶⁰.

El Tribunal Constitucional español lo señala asimismo:

“la Constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy distinto signo” (sentencia 11/1981),

de modo que

“la Constitución, como marco normativo, suele dejar al legislador márgenes más o menos amplios dentro de los cuales puede convertir en ley sus preferencias ideológicas, sus opciones políticas y sus juicios de oportunidad” (sentencia 174/1989)⁶¹.

Fue de este modo que durante cuatro ciclos electorales (1982-1990) el “rodillo socialista” permitió transformar la sociedad española a punta de leyes, una y otra vez declaradas constitucionales⁶².

4.2) Puesta a impedir el advenimiento de un *totalitarismo*⁶³, otra cosa es la Constitución entendida como suprema “ley fundamental”, en cuanto “establece los *principios* por los que deberá regirse la legislación de un país”, al tenor de la definición que recoge el *Diccionario de la lengua española*⁶⁴.

⁶⁰ Gregorio PECES-BARBA MARTÍNEZ, *La elaboración de la Constitución de 1978*, pp. 25-26.

⁶¹ Cfr. Óscar ALZAGA, *Del consenso constituyente al conflicto permanente*, p. 106.

⁶² Entre muchas perspectivas críticas, v. Javier BARRAYCOA MARTÍNEZ, *La Constitución incumplida*, p.86.

⁶³ Sobre los distintos conceptos de ‘totalitarismo’ y sus alcances, Joaquín FERNANDOIS, *Historia, ideas y política*, pp. 15-48.

⁶⁴ En la versión de 1925 el *Diccionario* incorporó la definición de Constitución como: “Ley fundamental de la organización de un Estado” (repetida en 1992). Recién a partir del año 2001 la define como: “Ley fundamental de un Estado, con rango superior al resto de las leyes, que define el régimen de los derechos y libertades de los ciudadanos y delimita los poderes e instituciones de la organización política”.

Por todos citado, v. Alejandro GUZMÁN BRITO, “El vocabulario histórico para la idea de Constitución Política”, pp. 267-313.

Ella exige de las leyes plena adhesión y consecuente aplicación, en relación de compatibilidad formal y material con unos postulados esenciales que, vertidos en normas jurídicas, propenden al respeto del régimen constitucional y los derechos fundamentales.

Se trata aquí de un texto supremo no solo operativo en el plano político-procesal, sino que, además, imperativo en el orden jurídico-sustancial. Cuyas normas necesitan una fidelidad encaminada a modelar precisamente el contenido y finalidad de las leyes. Se destaca con intención la voz 'fidelidad' (*affectio* o *amor*) que la ley suprema demanda para sí, para evocar aquella fuerza de atracción o afecto integrador que sienten las cosas –diversas y plurales– por el orden del todo⁶⁵.

En este modelo la constitucionalidad de las leyes redundante, subsecuentemente, en un juicio de conformidad: un precepto legal es "conforme" y se corresponde con la Carta Fundamental sí y solo sí la concreta, sin consagrar nada contrario-opuesto-distinto a lo instituido en ella⁶⁶. Tómese de contraejemplo la ley de "habilitación" de 1933, donde el Reichstag le confirió atribuciones plenas al canciller alemán para aprobar normas en "adición" al régimen constituido (artículo 1°), en tanto "no contradigan" las instituciones y, en todo caso, siéndoles lícito "diferir" de ellas (artículo 2°), para entender, por contraste, esta otra idea de Constitución que se busca mostrar.

Que el "Derecho administrativo es el Derecho constitucional *concretado*"⁶⁷, resume la quintaesencia de esta concepción.

5) Se ha visto que esta idea de ley fundamental viene de antiguo. Incluso, si no se distrae con las célebres apreciaciones de Ferdinand Lasalle acerca de la "realidad política" imperante en 1862 (en parte valederas en el contexto en que las formuló), es preciso recordar que al preguntarse "qué es una Constitución" criticaba la pérdida del concepto original de que "la

⁶⁵ Según Tomás de Aquino definió el 'amor?' en la *Suma Teológica*, II-II, q. 26, a. 3. Para la comprensión del orden jurídico medieval sobre la base de esta idea, Antonio Manuel HESPANHA, *Cultura jurídica europea*, pp. 96-97.

⁶⁶ Juan Abelardo HERNÁNDEZ FRANCO: "lo contrario a algo, no es su opuesto. Lo contrario al valor P es –P (no P). Lo contrario a un cumpleaños –diría Lewis Carroll– no es un velatorio, sino un *no cumpleaños*. Lo contrario al amor, no es el odio, sino el *desamor*. Siguiendo al filósofo Juan David García Bacca, lo contrario al *ente* es lo *aus-ente*, y no la nada": en *Lógica jurídica en la argumentación*, pp. 207-208. Por tanto: lo contrario al amor es el no amor o desamor; lo opuesto es el odio; lo distinto es la antipatía o apenas la simple cordialidad.

⁶⁷ Célebre expresión acuñada en 1959, por quien fuera Presidente del Tribunal Contencioso-administrativo federal, Fritz WERNER, "Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht", pp.27-533.

Constitución es la *ley fundamental* de un país”, y en cuya virtud “deberá informar y engendrar las demás leyes ordinarias basadas sobre ella”. De donde dejó dicho que la Constitución-ley fundamental es

“una fuerza activa que hace, por *imperio de la necesidad*, que todas las demás leyes e instituciones jurídicas vigentes en el país sean *lo que realmente son*, de tal modo que, a partir de ese instante, *no puedan promulgarse*, en ese país, aunque se quisiese, *otras cualquiera*”⁶⁸.

Ahora bien, aunque de antigua raigambre, la reaparición de esta idea de ley fundamental coincide más bien con el término de la II Guerra Mundial, cuando el Viejo Mundo asume que hasta los totalitarismos más extremos podían llegar al poder a través de las urnas y gobernar al amparo de leyes perfectamente mayoritarias.

“Resulta, sin duda, muy inquietante el hecho de que el gobierno totalitario, no obstante su manifiesta criminalidad, se base en el apoyo de las masas”,

escribió Hannah Arendt, poco después de concluida la II Guerra Mundial, en ese ensayo cenital de la reflexión política contemporánea que es *Los orígenes del totalitarismo*.

“Por eso apenas es sorprendente que se nieguen a reconocerlo tanto los eruditos como los políticos. Los eruditos, a juicio suyo, por creer en la magia de la propaganda y el lavado de cerebro. Los políticos, por negarse a reconocerlo simplemente”,

decía ella. Para Hanna Arendt el caso no puede ser más claro: Es “completamente obvio que el apoyo de las masas al totalitarismo no procede ni de la ignorancia ni del lavado de cerebro”⁶⁹.

En este trance, compelido a no repetir el mismo error (como esa *ley de plenos poderes* de 1933 que derogó de *facto* la Constitución de Weimar de 1919) y a plantar cara al otro totalitarismo que tenían enfrente, es que el pueblo alemán occidental –“consciente de su responsabilidad ante Dios y ante los hombres”– decide darse en 1949 una ley fundamental y ponerla bajo custodia de un tribunal constitucional. Con un cometido clave: que el Estado de derecho no degrade solo en Estado (*ab legibus solutus*) o en el

⁶⁸ Ferdinand LASSALLE, ¿Qué es una Constitución?, pp. 68-71 (los destacados son del autor).

⁶⁹ Hanna ARENDT, *Los orígenes del totalitarismo*, pp. 43-44 y 432-433 y ss.

"Estado total" (*Der totale Staat*) de que comenzó a hablarse en Alemania a partir del mismo año 1933⁷⁰.

Que a este propósito se inspirará en la Constitución estadounidense de 1787, basada en *el ius natural* medieval⁷¹ y en la idea de ser una *paramount law* jerárquicamente superior con el consecuente control judicial de constitucionalidad de las leyes⁷², histórica barrera contra el eventual despotismo de los legisladores⁷³. Por lo que la Ley Fundamental de 1949 y las constituciones que le son tributarias, ya no habrán de ser en el futuro unos textos regulativos solo de la organización y los procedimientos de elaboración de las leyes, sino que, también, deberán albergar un inequívoco contenido sustantivo o material, tendente a frenar el mal uso de la democracia, a través de reglas tan caras al Estado de derecho como son: el respeto irrestricto a la dignidad humana, la inviolabilidad de los derechos fundamentales y la sujeción estricta al orden constitucional⁷⁴. Tales reglas esenciales –se ha comentado de la Constitución de Alemania de 1949–

"tienen como objetivo impedir una *revolución legal*, esto es, una transformación que destruya por medios legales los fundamentos del orden político y jurídico, y por eso pretenden vincular jurídicamente también a las generaciones futuras"⁷⁵.

Óigase al juez estadounidense Robert Jackson, al pronunciarse coetáneamente en 1943 sobre las cosas que no pueden ser objeto de la agenda legislativa:

"El propósito real de una Declaración de Derechos fue retirar algunos temas o asuntos de las vicisitudes de la controversia política para colocarlos fuera del alcance de mayorías y funcionarios y establecerlos como principios jurídicos que serían aplicados por los tribunales. El propio derecho a la vida, a

⁷⁰ FRANCISCO SOSA WAGNER, *Maestros alemanes de derecho público*, p. 579 y ss. Una aproximación histórica más general en Helmut ALTRICHTER y Walther L. BERNECKER, *Historia de Europa en el siglo XX*, pp. 93-100. También Bernd RÜTHERS, *Derecho degenerado. Teoría jurídica y juristas de cámara en el Tercer Reich*, pp. 124-140.

⁷¹ EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, pp. 57-65 y 281-297.

⁷² RICARDO CUEVA FERNÁNDEZ, *De los niveladores a Marbury vs. Madison: la génesis de la democracia constitucional*, p. 390 y ss.

⁷³ Como ya era conocido en la cultura jurídica germánica: Georg JELLINEK, *La Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*, pp. 70-75.

⁷⁴ Para el caso de la Ley Fundamental de Alemania, véanse los artículos 1º, 19, 20, 28.1 y 73.3.

⁷⁵ Ernst Wolfgang BÖCKENFÖRDE, *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*, pp.80-81.

la libertad de cultos y de reunión y otros derechos fundamentales no deben someterse a votación: ellos no dependen del resultado de elecciones”⁷⁶.

6) La Ley Fundamental de 1949 –fiel a su estilo de requerir una adhesión doctrinaria– consagra un peculiar control preventivo sobre los legisladores, al impedir la existencia misma de los partidos políticos que “tiendan a desvirtuar o eliminar el régimen fundamental de libertad y democracia” (artículo 21.2), así como al prohibir las asociaciones “que estén dirigidas contra el orden constitucional” (artículo 9.2).

Existe un deber genérico de todos los entes estatales de garantizar el orden institucional del país (artículo 20), para el resguardo del “Estado de Derecho republicano, democrático y social en el sentido de la presente Ley Fundamental” (artículo 28.1), amén del cual el poder político “se comporta así como Ulises lo hizo con las sirenas: atarse a sí mismo para ser capaz de superar las dificultades de la navegación”⁷⁷. Y para contundir cualquier atisbo de absolutismo legislativo y mantener la vigencia real de la ley fundamental, este ideario suma como condición indispensable el establecimiento de un específico control sobre las leyes encargado a un tribunal constitucional. Llamado a ser, por eso, más que contramayoritario, un órgano jurisdiccional venturosamente antitotalitario.

Dado que:

“en comparación con la evolución del Estado de Derecho y el desarrollo de los derechos fundamentales que se produjo en Alemania a partir de 1949, es para los alemanes y para sus juristas claramente más complejo tener una relación positiva con la democracia parlamentaria”⁷⁸,

atendidas sus experiencias con el nazismo, diríase, en síntesis, que esta denominada ley fundamental encuentra su razón de ser en la articulación de una democracia, pero considerada esta solo como forma de ejercicio del poder y vinculada al Estado de derecho y a los derechos fundamentales. Subentendido que con la adopción de una tal constitución se levanta un valladar para ocluir de entrada cualquiera de las modalidades del totalitarismo conocidas en el siglo XX (nazismo y marxismo), a cargo de un juez natural denominado Tribunal Constitucional.

Anota una magistrada respecto a la creación del Tribunal Constitucional Federal que:

⁷⁶ En *West Virginia State Board of Education vs. Barnette*, 319 U.S. 624, en 638 (“Saludo a la Bandera”).

⁷⁷ Sabino CASSESE, *Derecho administrativo: historia y futuro*, p. 323.

⁷⁸ Michael STOLLEIS, *Introducción al derecho público alemán (siglos XVI-XXI)*, p. 155 y ss.

“en virtud de sus competencias para controlar y, de ser necesario, corregir la actuación del legislador y de la judicatura conforme a la Constitución, debía convertirse en el garante de que todos los poderes del Estado asumieran y tuvieran en cuenta la Constitución y no volvieran a vaciarla de contenido. Era el temor a una dictadura de la mayoría, de la que ya advirtió Konrad Adenauer, en su calidad entonces de presidente del Consejo Parlamentario, lo que debía conjurarse al asegurar el contenido de la Constitución mediante el establecimiento de una jurisdicción constitucional. Era la voluntad de atribuir una mayor relevancia sustantiva al Estado de Derecho”⁷⁹.

Como quien debe salir al paso del enemigo en la frontera, guardián en las Termópilas, la misión asignada al Tribunal Constitucional germano reitera el llamado

“a crear un nuevo orden jurídico en Alemania que logre desterrar para siempre el totalitarismo y sea capaz de edificar un orden basado en las libertades y en la certeza del Derecho”⁸⁰.

Del derecho del Estado al Estado de derecho

I

1) Vamos ahora al Chile de sus inicios republicanos:

“Dos siglos de tranquilidad colonial habían penetrado en el alma colectiva hasta constituir un modo de vida normal que nadie imaginaba traspasar. Encima y muy lejos había estado la autoridad que decidía y disponía todo, un príncipe bondadoso y justo, adorado y respetado, según el sentir de la época, que velaba por el interés de los súbditos y cuyas leyes eran observadas puntualmente, aunque se podía representar contra ellas en caso de considerarlas injustas”⁸¹.

Pero como después de la Independencia continuó haciéndose fe en la rectitud e idoneidad de autoridades y legisladores, quienes estarían, además, nutridos por la moral cristiana, las nacientes Constituciones se abandonaron a la racionalidad de los parlamentarios y no previeron mecanismo alguno para hacer frente a una eventual ley injusta o arbitraria.

⁷⁹ Christine HOHMANN-DENNHARDT, “*División de poderes, independencia de la justicia y la función del Tribunal Constitucional Federal*”, pp. 5-6.

⁸⁰ FRANCISCO SOSA WAGNER, *Juristas y enseñanzas alemanas (I): 1945-1975*, p. 61.

⁸¹ Sergio VILLALOBOS R., *Historia de los chilenos*, p. 101.

Ungida la *majestad de la ley*,

“tanto la doctrina como la jurisprudencia estuvieron contestes en cuanto a que los tribunales del Poder Judicial carecían de atribuciones para declarar la inconstitucionalidad de las leyes”,

dice el profesor Enrique Navarro, siendo el autocontrol político del propio Congreso Nacional la única vía para resguardar la supremacía de la Carta Fundamental:

“Sólo el Congreso, conforme a lo dispuesto en los artículos 40 y siguientes, podrá resolver las dudas que ocurran sobre la inteligencia de algunos de sus artículos” (artículo 164)⁸².

Se olvidaron los ingenios contra las leyes injustas de ancestro hispano (“se obedece pero no se cumple”⁸³), y sin atender tampoco a la experiencia estadounidense desarrollada a partir de los escritos de Alexander Hamilton en *El Federalista* (LXXVIII) y concretada por el juez John Marshall en la sentencia de la Suprema Corte recaída en *Marbury v. Madison* (1803), ni por asomo la doctrina chilena alentó la existencia de algún control jurisdiccional sobre las leyes⁸⁴. En las postrimerías del siglo XIX, Jorge Huneeus aseveraba tajantemente la opinión común por entonces en boga, de que los tribunales deben fallar “con arreglo a las leyes” y que “no pueden dejar

⁸² Enrique NAVARRO BELTRÁN, “Notas sobre la evolución histórica del control de constitucionalidad de las leyes en Chile”, pp. 1231-1255.

La Constitución española de 1812, por contraste, le encargó a las Cortes de diputados considerar las infracciones a ella “que se le hubieren hecho presentes, para poner el conveniente remedio y hacer efectiva la responsabilidad de los que hubieren contravenido a ella” (art. 372). Además de admitir: “Todo español tiene derecho de representar a las Cortes o al Rey para reclamar la observancia de la Constitución” (art. 373): sobre cómo las Cortes hicieron de esta potestad el ejercicio de una instancia jurisdiccional, Manuel SEGURA ORTEGA, “Los derechos fundamentales en la Constitución de Cádiz de 1812”, pp. 39-40.

⁸³ Con especial énfasis tenida en cuenta en el reino de Aragón durante la España medieval, a modo de limitar las “pragmáticas”, pseudoleyes dictadas por el Monarca, pero sin las Cortes, y recordando el legendario pacto entre reyes y nobles: “Nos que valemos tanto como vos y juntos podemos más que vos, os hacemos nuestro rey y señor con tal que guardéis nuestros fueros y libertades, y si no, no”. José Antonio ESCUDERO, *Curso de Historia del Derecho*, pp. 511-518.

⁸⁴ En Alemania, el control de constitucionalidad de las leyes “se desarrolla también como una lucha por un control judicial, que no comienza sólo con la resolución del Tribunal Supremo del Reich de 4 de noviembre de 1925, sino que se remonta al siglo XIX, hasta el firme establecimiento de controles normativos en todos los tribunales constitucionales de los Länder y el Tribunal Constitucional Federal en la actualidad”: Klaus STERN, *Jurisdicción constitucional y legislador*, p. 39.

la Ley sin aplicación, aun cuando, a juicio de ellos, fuera *inconstitucional*", dado que la ley suprema:

"en ninguna parte confiere semejante atribución los Tribunales, pues ella los haría Jueces del Congreso mismo y les suministraría un medio fácil de hacer nugatorias e ineficaces las Leyes, so pretexto de reputarlas como inconstitucionales. El Poder Judicial no es Juez de la Ley; ha sido creado para aplicarla, sea ella buena o mala"⁸⁵.

Al tenor de la definición de 'ley' del *Código Civil*⁸⁶, Miguel Luís Amunátegui Reyes en 1891 sostenía de igual manera:

"no importa que se diga que la ley es injusta, inicua o absurda; no importa aún que se alegue que es inconstitucional; pues en todo caso tendrá que ser obedecida: *sic scripta est*"⁸⁷.

Solo José Victorino Lastarria, quien siempre rechazó la tiranía de la mayoría, puso una disidencia dentro de tanta unanimidad cuando en 1868 propuso el control judicial de las leyes, sobre manera respecto a las leyes anulativas de derechos individuales, en el marco de una Constitución que debiera "formular aquellos derechos i prohibir al poder legislativo el dictar sobre ellos ni leyes ni decisiones"⁸⁸.

2) Si existe acuerdo en que los dos temas centrales de una Constitución consisten en determinar la separación de los poderes y en establecer la garantía de los derechos, en el inolvidable apotegma de la Declaración

⁸⁵ Jorge HUNEUS, *La Constitución ante el Congreso*, pp. 238-239.

⁸⁶ El *Código* de Andrés Bello define en su artículo 1º: "La ley es una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda prohíbe o permite", de su lectura no se desprende que Andrés Bello haya querido consagrar la majestad absoluta de la ley o el puro voluntarismo legislativo. Por contraste, al aludir al derecho internacional matizaba sosteniendo: "toda ley supone una autoridad de que emana. Como las naciones no dependen unas de otras, las leyes o reglas a que debe sujetarse su conducta recíproca, sólo pueden serles dictadas por la razón, que, a la luz de la experiencia, y consultando el bien común, las deduce del encadenamiento de causas y efectos que percibimos en el orden físico y moral del universo": Alejandro GUZMÁN BRITO, *Vida y obra de Andrés Bello*, p. 111.

⁸⁷ "Definición de la Ley", p. 274, referido también por Carlos AMUNÁTEGUI PERELLÓ, *Teoría y fuentes del Derecho*, p. 63. Sobre la inaplicabilidad tácita de las leyes bajo la Carta de 1833, por los tribunales chilenos, Marcos SILVA BASCUÑAN, "La Constitución ante los Tribunales", pp. 15-28. Véase también la memoria de prueba de Eduardo CRUZ FERNÁNDEZ, *Control de constitucionalidad de las leyes*, pp. 3-76.

⁸⁸ Sergio VERDUGO, "Lastarria y la revisión judicial de la ley en el marco de la Constitución chilena de 1833", pp. 927-953.

de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 (artículo 16), se diría que la chilena de 1925 ahondó en lo primero –en una democracia presidencial– además de intentar asentar un Estado de derecho real, en lo que respecta a la garantía de los derechos frente al legislador y al administrador.

Basándose ahora sí en la organización judicial estadounidense⁸⁹, nuestra Constitución de 1925 previó la posibilidad de entablar ante la Corte Suprema un recurso de inaplicabilidad, para incidir en cualquier juicio pendiente donde se invocara una ley contraria a la Constitución (artículo 86), en una ilación que iba de la mano con la creación de un futuro contencioso administrativo (artículo 87 inciso segundo). La idea era que los imperados pudieran reclamar la validez de los actos administrativos o gubernamentales ante una judicatura contenciosa especial, y que si en esta sede la autoridad demandada invocaba a su favor una ley desproporcionada o abusiva, se pudiera reclamar su inconstitucionalidad ante la Corte Suprema⁹⁰.

Empero, ni se crearon los tribunales administrativos ni el recurso de inaplicabilidad funcionó como garantía eficaz de los derechos fundamentales. Es conocido el caso de un abogado comunista, René Frías, cuyo registro electoral fue anulado por aplicación de la Ley de Defensa Permanente de la Democracia n.º 8987, de 1948, en circunstancias que la Carta del '25 establecía la suspensión y la pérdida del derecho a voto, pero por otras causales, distintas a la pertenencia a un partido político que dicha ley declaraba proscrito. La Corte Suprema rechazó el recurso de inaplicabilidad planteado por el afectado, dado que –en su parecer– no existía “contradicción” entre los preceptos legales y las disposiciones constitucionales, sino que solo regulaciones “distintas” en ese aspecto. Agregó que la Constitución, no siendo taxativa en la materia, admitía la existencia de leyes “complementarias” a su texto⁹¹.

⁸⁹ Fue en la famosa sentencia *Marbury v. Madison* (1803) donde la Suprema Corte estadounidense se atribuyó por primera vez el control de constitucionalidad de las leyes y que no se volvió a aplicar hasta *Scott v. Sandford* (1857). Una actitud más proactiva tuvo la Suprema Corte cuando fue echando abajo casi todas las reformas del programa de recuperación 1933-1934 aprobada por el Congreso y con que el presidente Franklin D. Roosevelt pretendía consumir el *New Deal*.

⁹⁰ La introducción del recurso de inaplicabilidad en Chile respondió al temor de que las leyes pudieran afectar los derechos de las personas y, en especial, limitar abusivamente el ejercicio del derecho de propiedad, a pretexto de exigirlo “el mantenimiento y el progreso del orden social”, según la ascendente izquierda había logrado incorporar en la Constitución de 1925 (como artículo 10 n.º 10). En *Revista de Derecho Público Iberoamericano*, n.º 9 Santiago, 2016, p. 20 y n. 16 del Centro de Justicia Constitucional de la Universidad del Desarrollo.

Cfr. Enrique MARSHALL SILVA, *El recurso de inaplicabilidad*, pp. 85-95.

⁹¹ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 46, 2ª parte sección primera, Santiago, 1949, pp. 618-640; Julio FAÚNDEZ, *Democratización, Desarrollo y Legalidad*, pp. 157-158.

3) La legalidad administrativa pudo así discurrir libre, democráticamente, en paralelo a la Constitución, como si esta no existiese⁹². Y se pudo instrumentalizar la ley como "palanca de cambios" revolucionarios. Como fue la ley n.º 16640 del año 1967, que implantó en Chile la reforma agraria, aunque nadie podría objetar su carácter democrático. "Con todo, es posible sostener que la reforma agraria y sus consecuencias fueron fatales para la institucionalidad política": las intenciones radicales que alentaron la ejecución de la ley, "el afán de destruir el ascendiente político de la derecha y hacerse del voto campesino" a través de órganos administrativos sin ningún contrapeso judicial, "puso fin a la hacienda sin tenerse en cuenta que, de hecho se estaba erradicando nada menos que una de las pocas estructuras sociales" estables que conocía el país desde hacía trescientos años⁹³.

La historia dice que el Presidente de la República, quien alentaba esta expropiación masiva para implementar en el agro tradicional profundos cambios culturales y políticos, en contra de los propietarios latifundistas, tenía mayoría en el Congreso dominado por su Partido Demócrata Cristiano, por lo que la discusión parlamentaria de esta ley administrativa fue "un mero trámite y poco se consideraron los argumentos, pues las decisiones ya estaban tomadas" salvo para fijar posiciones, en lo que el senador Patricio Aylwin calificó como simples "monólogos para la historia"⁹⁴.

4) Avanzaban a paso firme, entretanto, los "progresistas" de Europa y Estados Unidos. Críticos acérrimos al "activismo" de la Suprema Corte estadounidense (la llamada Corte Lochner, que hasta 1937 –cuando cambió su composición– pudo empeñarse en defender el derecho de propiedad y la libertad económica frente a leyes con que Franklin Delano Roosevelt pretendía implantar el *New Deal* de la primera ola), pergeñaban en su

Acerca del alegato del senador comunista Elías Lafferte, en el Congreso, de ser dicha ley anticonstitucional: Elizabeth LIRA y Brian LOVEMAN, *Poder Judicial y conflictos políticos. Chile: 1925-1958*, p. 495.

⁹² Otra: en afán de fomentar la descentralización territorial, en el ámbito comunal, la Carta de 1925 encomendó a las municipalidades un conjunto de importantes atribuciones para el desarrollo local, que "les corresponden especialmente" (artículo 105). Las leyes posteriores, sin embargo, sin quitarles estas competencias, o sea, sin contradecir la Constitución, las radicarón paralelamente en órganos de la administración fiscal o centralizada y solo a estos asignaron los medios para poder ejercerlas en la práctica.

⁹³ Alfredo JOCELYN-HOLT, *Reforma agraria*, p. 6. Un paralelo, en el despojo de los inmuebles de la nobleza para privarlos del ejercicio del poder político sobre los villanos (el *mero mixto imperio*) durante la llamada "Revolución trastámara", puede leerse en Alfonso FRANCO SILVA, "Jurisdicción y conflicto. Las confiscaciones de señoríos en la época de los Trastámaras (1369-1480)", pp. 13-49.

⁹⁴ Alejandro SAN FRANCISCO, *Historia de Chile 1960-2010*, pp. 220-221.

lugar la idea de una mayor “potenciación de la aplicación administrativa del Derecho”, por su supuesto mayor compromiso con el progreso económico y social que demandaban los nuevos tiempos.

Mientras en Inglaterra, al galope de las críticas del profesor sir William Ivor Jennings contra el *rule of law*, se llamaba a evitar el “sabotaje judicial de la legislación socialista”⁹⁵, en España se creaba un tribunal de garantías constitucionales, previsto en la Constitución de 1931 y a un tris de la guerra civil, con la misión de no repetir las “tendencias reaccionarias” de la justicia estadounidense, catalogada como “mecanismo retardatario frente a los avances de la legislación social”⁹⁶.

Para enterarse del contenido de este progresismo, con su exclusiva visión procedimental de la Constitución y su malquerencia con el control de constitucionalidad de las leyes (a guisa de que “meteríamos inevitablemente a los jueces en las querellas y en las pasiones de la lucha electoral”), nada se puede decir que sustituya a una lectura directa de *El gobierno de los jueces*⁹⁷.

5) Las funciones interventoras de la Administración se aumentaron con rotundidad hasta adquirir presencia en vastos sectores de la vida y de la actividad particular. Enlazada la autoridad administrativa con el legislador, ecualizados ambos, pocos avizoraron en esta conjugación una amenaza contra la autonomía de los privados; a la vez que sucesivas reformas constitucionales se ocupaban más de profundizar la democracia que de resguardar los derechos fundamentales (excepción hecha a la ya tardía e incompleta “Estatuto de Garantías Constitucionales” agregado por la LRC n.º 17398 de 1971⁹⁸).

⁹⁵ Jeffrey JOWELL, “La acotación al Estado. La política, el principio constitucional y la revisión jurisdiccional”, pp. 1231-1255.

⁹⁶ Martín BASSOLS COMA, *El Tribunal de Garantías Constitucionales de la II República*, pp. 56 y 65.

⁹⁷ Edouard LAMBERT, *El gobierno de los jueces*. Posteriormente, sobre las “estructuras de dominación [con] que la constitución política intenta someter a la voluntad democrática del pueblo” y la necesidad de “radicalización de la democracia mediante la imposición de nuevas cartas de derechos fruto de las necesidades políticas y socioeconómicas de la inmensa mayoría”: Bruce ACKERMAN, *Who the people. Fundamentos de la historia constitucional estadounidense*, p. 357.

⁹⁸ Aun no se asimila que la debacle en 1973, menos que por problemas políticos de aquella crepitante democracia, se debió al deterioro sostenido de los derechos fundamentales y a la frustrada instalación de un Estado de derecho efectivo. Si la guerra civil de 1891 fue causada por no estar bien “determinada la separación de los Poderes”, el conflicto sin efugio de 1973 obedece a que en Chile no estaba auténticamente “establecida la garantía de los Derechos”, parafraseando la citada Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 (artículo 16).

Acorde con la idiosincrasia nacional, de confiarse en las personas que ejercen el poder antes que en resguardos institucionales, en Chile siguió reinando la discrecionalidad administrativa, bajo el alero de unas leyes que concedían a las autoridades anchos poderes de intervención; ora para interpretar o completar a su arbitrio esas mismas leyes, ora para aplicarlas sancionando con soltura su infracción. Fiados todos en que el superintendente o fiscalizador de turno hicieran un uso moderado de sus prerrogativas, *mutatis mutandis*, como si Chile hubiese optado por el gobierno de los mejores hombres en vez del gobierno de las mejores leyes, contra Aristóteles:

"Así pues conviene que las leyes bien establecidas definan todo cuanto sea posible por sí mismas, y dejen a los jueces lo menos posible, primero porque es más fácil encontrar uno o unos pocos que a muchos de buen discernimiento y competentes para legiferar y juzgar; luego, porque la legislación es el resultado de un largo proceso de reflexión, mientras que las sentencias son momentáneas, de suerte que es difícil que los encargados de juzgar decidan adecuadamente lo justo y conveniente"⁹⁹.

6) ¿Por qué la ineficacia del recurso de inaplicabilidad?¹⁰⁰. Dos causas congénitas contribuyeron a dejarlo expósito. Un defecto genético radicó en la condición de tribunal de casación que posee la Corte Suprema, ya que al estar encargada de velar por la observancia estricta de las leyes, no podía transmutarse en aquel juez natural que se requiere para desconocer o anular esas mismas leyes. Todavía más importante: el haber sido la de 1925 una Constitución con calado político, pero carente de un mayor contenido axiológico y jurídico, sobre la base del cual pudiera declarar la invalidez de una norma legal, aún si aprobada democráticamente.

Al carecer de parámetros utilizables, con mucha dificultad podía exigirse a dicho tribunal la declaración de inconstitucionalidad de las leyes aprobadas mayoritariamente en el Congreso, sin riesgo de ser censurado de activista o de incurrir en un creacionismo jurídico muy cerca de la frontera de aquello que se acostumbra denominar "mérito político"¹⁰¹.

⁹⁹ ARISTÓTELES, *Retórica*, p. 47. Sobre el gobierno de las leyes y no de los hombres, v. su *Política*, III, p. 100 y ss. PLATÓN encaró también el tema en uno de sus diálogos, *El Político o de la soberanía*, p. 61 y ss.

¹⁰⁰ LIRA y LOVEMAN, *op. cit.*, pp. 149-160.

¹⁰¹ Seguida del baldón que desde su origen algunos lanzaron contra la Suprema Corte estadounidense, de que al ejercer la revisión jurisdiccional de las leyes, convertiríase en una "tercera cámara" legislativa: Georg JELLINEK, *Reforma y mutación de la Constitución*, p. 32.

II

Una nueva Constitución dictada en 1980 y sometida a sucesivas reformas en los años posteriores, dispuso un marco institucional objetivamente más receptivo para equilibrar los desafíos de la convivencia en democracia bajo los supuestos de un Estado de derecho. Y es así, porque la experiencia histórica de todas las sociedades prueba que entre las dinámicas de la ley de las mayorías y el respeto a las garantías de los derechos suele haber un foco de conflictos que es preferible que el orden institucional anticipe y afronte. La peor solución es eludir el problema, ignorarlo y pensar que, porque la ley no lo contempla, nunca se presentará. Al revés: es un tema del cual el ordenamiento jurídico y el sistema político tienen que hacerse cargo. Porque si no lo hacen, corren el riesgo de terminar degradando los mecanismos de la propia democracia.

1) En este sentido el capítulo I: “Bases de la Institucionalidad”, adelanta que “los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas *conforme a ella*” (artículo 6° inciso primero), a un paso de profesar:

“El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece” (artículo 1° inciso cuarto)¹⁰².

El irrestricto respeto a la dignidad de las personas, ordenado asimismo por la Carta Fundamental (artículo 1°, inciso primero), impide hacer de ellas un mero objeto del dominio estatal o convertirlas en un simple medio para satisfacer objetivos colectivos de interés general.

Vale decir, solo puede estimarse constitucional aquella ley administrativa que profile o afine dicha impronta pro persona y servicial. Las leyes que confieren poderes a la autoridad no se sostienen jurídicamente por la única razón de acatar las reglas constitucionales sobre *quién* y *cómo* se debe legislar –condiciones necesarias, pero no suficientes para asegurar su validez– ya que, además, deben justificar *para qué* y *por qué* se adopta

¹⁰² Un objetivo –el bien común– que es exigible jurídicamente para el legislador y, por ende, susceptible de control por parte del Tribunal Constitucional, en especial, conforme al test de razonabilidad: Cfr. Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *De la arbitrariedad del legislador*, p. 172.

el pertinente acto legal, en sintonía con *qué* manda, prohíbe o permite, dentro de este nuevo marco jurídico¹⁰³.

2) En este contexto, el artículo 7° de esta Carta Fundamental, al disponer que los órganos del Estado deben someter sus actos a la ley que les otorga expresamente la respectiva potestad, no puede entenderse igual a como se leía antes el artículo 160 de la Constitución de 1833 o el artículo 4° de la de 1925, ya que ahora esa ley competencial es válida *sub conditione* de ser "conforme a ella" (artículo 6° inciso primero): si –en binomio inseparable– propende al bien común general y, al mismo tiempo, procede con pleno respeto a los derechos y garantías que establece la Constitución (artículo 1° inciso cuarto).

No es buen derecho constitucional, por tanto, entender la "comunidad" como un dipolo, un conjunto de dos entes contrarios, el bien común general versus los derechos personales.

3) De esos mandatos constitucionales, y del encabezado del artículo 19 de la Carta Fundamental, que llama a brindar a todas las personas seguridad en el ejercicio de sus derechos, se desprende que no solo el legislador no puede ser inconstitucional, sino que, también, está obligado a cerrar el paso al eventual comportamiento inconstitucional de las autoridades administrativas, siempre que, a excusa del bien común general, se ponga en riesgo una libertad o algún derecho fundamental¹⁰⁴.

Lo que conduce a descartar sin reservas aquellas tesis que no advierten inconstitucionalidad en las leyes que se prestan para hacer un uso abusivo de ellas, por dejar a las autoridades ejecutoras excesivos e innecesarios espacios de discrecionalidad o indeterminación, a pretexto de que la aplicación torticera de las normas revierte en una simple cuestión contencioso-administrativa¹⁰⁵.

4) Pueden hacerse, por último, minuciosas tipologías de inconstitucionalidad¹⁰⁶. Pero la primera y total es cuando la ley que apodera a la autoridad

¹⁰³ Luis PRIETO SANCHIS, "Presupuestos neo constitucionalistas de la teoría de la argumentación jurídica", pp. 20-21.

¹⁰⁴ Cfr. Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Arbitrario, arbitraire, arbitrary. Pasado y presente de un adjetivo imprescindible en el discurso jurídico*, pp. 89-103. Recalca Tomás-Ramón Fernández que "cuando la libertad está en juego el Legislador no puede dejarla a expensas del poder discrecional de la Administración. Debe fijar por ello los criterios precisos a los que la Administración habrá de atenerse para cerrar el paso a todo comportamiento arbitrario" p. 102. En Chile, v. STC, rol n.º 790-07 (considerando 48°).

¹⁰⁵ FERNÁNDEZ, *Arbitrario...*, *op. cit.*, pp. 99-103.

¹⁰⁶ Entre varias, Riccardo GUASTINI, *Lecciones de derecho constitucional*, pp. 133-143 y Manuel ATIENZA, *Curso de argumentación jurídica*, pp. 507-509.

administrativa con una “legalidad hecha a la medida” incumple por eso el mandato del artículo 1º, inciso cuarto, constitucional: si no se la predispone al servicio de la persona humana y su dignidad propendiendo al bien común general con total respeto a los derechos y garantías que la Carta asegura.

Esto es:

- Que el acto legislativo debe estar “al servicio de la persona humana”, con intrínseca dignidad, implica que a esa persona –no cosa ni esclavo– el legislador (directa o por interpósita autoridad) no puede hacerla objeto de dominio estatal; que no le es dable “disponer de ella arbitrariamente” igual que el dueño puede actuar sobre sus bienes (artículo 582 del *Código Civil*). Por eso es que nunca podrá tener cabida acá la utilización de la ley para implantar ideologías totalitarias, ni el despliegue o concesión de un mero poder personal, ni el siempre pertinaz *hoc volo, sic iubeo; sit pro ratione voluntas* (“así lo quiero, así lo ordeno; sirva mi voluntad por razón”)¹⁰⁷.
- Que el acto legislativo debe orientarse y orientar a “promover el bien común” general, publicitando las necesidades colectivas al hilo del principio de subsidiariedad, no difiere en substancia de la sencilla indicación dada por san Isidoro de Sevilla el año 620, de que

“la ley será honesta, justa, posible, de acuerdo con la naturaleza, en consonancia con las costumbres de la patria, apropiada al lugar y a las circunstancias temporales, necesaria, útil, clara –no vaya a ser que por su oscuridad, induzca a error–, no dictada para beneficio particular, sino en provecho del bien común de los ciudadanos”¹⁰⁸.

Requisitos todos que, aunque pueden reducirse a la exigencia del bien común¹⁰⁹, todavía en 2010 el que fuera lord Chief Justice de Inglaterra y Gales, Tom Bingham, en coincidencia consideraba como ingredientes principales del *rule of law*¹¹⁰.

- Que el acto legislativo debe procurar ese bien común, pero “con pleno respeto a los derechos y garantías que ella establece”, significa

¹⁰⁷ En el verso de JUVENAL (60-128), *Sátiras* 6, 223.

¹⁰⁸ SAN ISIDORO DE SEVILLA. *Etimologías*, p. 507. Sobre la importancia del autor, por ser con quien comienzan las ideas jurídicas y políticas en España, v. del primer presidente del actual TC español (entre 1980-1986) Manuel GARCÍA PELAYO, “Los conceptos jurídicos fundamentales en San Isidoro de Sevilla”, pp. 2101-2114.

Sobre la “necesidad” y “utilidad” de la ley, consúltese el *Liber Iudiciorum*, p. 47.

¹⁰⁹ Michel BASTIT, *El nacimiento de la Ley Moderna*, pp. 140-141.

¹¹⁰ Tom BINGHAM, *El estado de derecho*, pp. 79-107.

que en el régimen positivo chileno, no cabe imaginar un conflicto entre uno (el bien común) y otros (los derechos constitucionales), que abra espacio para *sopesar* cuál habría de primar o preterir en el evento de alguna sedicente *colisión* entre ellos: constituye una contradicción en los términos hablar de bien común a costa de males individuales¹¹¹.

5) En realidad, para evitar que todo esto desemboque en una completa inanidad, asumido el riesgo endémico de las leyes anticonstitucionales o aconstitucionales adrede, la Ley Suprema debió montar en el más alto nivel institucional un órgano permanente de control jurídico. Y justamente porque la inconstitucionalidad *lato sensu* pertenece al linaje de los problemas jurídicos, no políticos, se instituyó un tribunal constitucional para que, fallando "de acuerdo a derecho" (artículo 92 inc. 5°), pudiera hacer valer la preeminencia de esa Carta Fundamental frente a la mera legalidad. En especial, ante los arrestos de quienes todavía consideran a la Constitución, todo lo más, un modelo alternativo, que no impide a las leyes inaugurar otros regímenes equidistantes con ella.

Bibliografía

- AARNIO, Aulis, *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*, Lima, Palestra, 2016.
- ACKERMAN, Bruce, *Who the people. Fundamentos de la historia constitucional estadounidense*, traducción de Josep Sarret Grau, Ecuador, Instituto de Altos Estudios Nacionales-Universidad de Postgrado del Estado 2015.
- "Acusación constitucional", editorial, en *El Mercurio*, Santiago, martes 11 de septiembre de 2018, cuerpo A p. 3.
- ALTRICHTER, Helmut y Walter BERNECKER, *Historia de Europa en el siglo XX*, Madrid, Universidad de Alcalá-Marcial Pons 2014.
- ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *La crítica de los derechos humanos. El origen*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.

¹¹¹ Una crítica a la teoría de la "ponderación" entre "principios" y "derechos" constitucionales (para dar preeminencia a uno y excluir al otro en un caso concreto), por su vaguedad y maleabilidad: Santiago SÁNCHEZ GONZÁLES, "*De la imponderable ponderación y otras artes del Tribunal Constitucional*", pp. 351-382. Una historia por hacer es la relación Escuela de Frankfurt-Habermas-Alexy.

Sobre el "principio de concordancia práctica" que impide sacrificar bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, Konrad HESSE, *Escritos de Derecho Constitucional*, pp. 67-68.

- ALZAGA, Óscar, *Del consenso constituyente al conflicto permanente*, Madrid, Editorial Trotta, 2011.
- AMUNÁTEGUI PERELLÓ, Carlos, *Teoría y fuentes del derecho*, Santiago, Ediciones Universidad Católica, 2016.
- ARAGÓN REYES, Manuel, *Constitución y control del poder*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999.
- ARENDRT, Hanna, *Los orígenes del totalitarismo*, Prólogo a la tercera parte: Totalitarismo, octava reimpresión, Madrid, Alianza Editorial, 2015.
- ARISTÓTELES *Retórica*, traducción de Alberto Bernabé, Madrid, Alianza Editorial 2012.
- ARISTÓTELES, *Política*, traducción de Julián Marías y María Araujo, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.
- ARROYO MARTÍNEZ, Ignacio, “Votar es normal”, en *El País*, Madrid, 21 de septiembre de 2017.
- ATIENZA, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Editorial Trotta, 2013.
- BARRAYCOA MARTINEZ, Javier, *La Constitución incumplida*, Madrid, SND Editores, 2018.
- BASSOLS COMA, Martín, *El Tribunal de Garantías Constitucionales de la II República*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010.
- BASTIT, Michel, *El nacimiento de la Ley Moderna*, Buenos Aires, Editorial de la Universidad Católica de Argentina, 2005.
- BINGHAM, Tom, *El estado de derecho*, México, Tirant Lo Blanch, 2018.
- BLAZQUEZ, Nieto, *Filosofía de san Agustín*, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 2012.
- BÖCKENFÖRDE Wolfgang, Ernst, *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*, Madrid, Editorial Trotta, 2000.
- CARLYLE, Alexander James, “La justicia en el Medioevo”, conferencia pronunciada en Roma en 1937 en el III Congreso del Instituto Internacional de Filosofía del Derecho.
- CARPINTERO BENITEZ, Francisco, *La ley natural. Historia de un concepto controvertido*, Madrid, Ediciones Encuentro, 2008.
- CARPINTERO BENÍTEZ, Francisco, *Historia breve del derecho natural* Madrid, Editorial Colex, 2000.
- CARRÉ DE MALBERG, Raymond, *La ley, expresión de la voluntad general*, Madrid, Marcial Pons, 2011.
- CASANOVA, Carlos A., *Racionalidad y Justicia*, Santiago, Globo Editores, 2004.
- CASSESE, Sabino, *Derecho administrativo: historia y futuro*, España, Instituto Nacional de Administración Pública, 2010.
- CORONAS GONZÁLEZ, Santos M., “Derechos y libertades en la España del Antiguo Régimen”, en José Manuel PÉREZ, Prendes MUÑOZ-ARRACO y otros, *Derechos y libertades en la Historia*, Valladolid, Universidad de Valladolid, 2003.

- CORONAS GONZÁLEZ, Santos M., "Las leyes fundamentales del Antiguo Régimen. Notas sobre la Constitución histórica española", en *Anuario de Historia del Derecho Español*, vol. 65, Madrid, 1995. Después en su *Estudios de Historia del Derecho Público*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998.
- CRUZ FERNÁNDEZ, Eduardo, *Control de constitucionalidad de las leyes*, Santiago, memoria de prueba, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Imprenta Cultura, 1936.
- CUEVA FERNÁNDEZ, Ricardo, *De los niveladores a Marbury vs. Madison: la génesis de la democracia constitucional*, Madrid Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011.
- DIOS, Salustiano de, *El poder del Monarca en la obra de los juristas castellanos. 1480-1680*, España, Biblioteca Argenta-Ediciones de Castilla La Mancha, 2014.
- DUGUIT, León, *Las transformaciones del derecho público*, Madrid, Francisco Beltrán Librería Española y Extranjera, 1915.
- DUMONT, Jean, *El amanecer de los derechos del hombre. La Controversia de Valladolid*, Madrid, Ediciones Encuentro, 1995.
- ELSTER, Jon, *Constitucionalismo y democracia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1988.
- ESCUADERO, José Antonio, *Curso de historia del derecho*, Madrid, Universidad Nacional Educación a Distancia, 2012.
- EVANS HUGHES, Charles, *La Suprema Corte de los Estados Unidos*, México, Fondo de Cultura Económica, 1928.
- EYZAGUIRRE, Jaime, *Historia del derecho* Santiago, Editorial Universitaria 1967.
- FATÁS, Guillermo, *Prontuario aragonés. Del reino y la corona de Aragón*, Zaragoza, Parlamento, Cortes de Aragón, 2014.
- FAÜNDEZ, Julio, *Democratización, desarrollo y legalidad*, Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, 2011.
- FERMANDOIS, Joaquín, *Historia, ideas y política* Santiago, Instituto República, 2016.
- FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Arbitrario, arbitraire, arbitrary. Pasado y presente de un adjetivo imprescindible en el discurso jurídico*, Madrid, Iustel, 2016.
- FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *De la arbitrariedad del legislador*, Madrid, Editorial Civitas, 1998.
- FERNÁNDEZ DE BUJAN, Antonio, *Derecho público romano*, Madrid, Thomson Civitas, 1996.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 7ª ed., Madrid, Editorial Trotta, 2010.
- FERRERES COMELLA, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.
- FIORAVANTI, Maurizio, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, Madrid, Editorial Trotta, 1999.
- FIORAVANTI, Maurizio, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones*, 6ª ed., Madrid, Editorial Trotta, 2009.

- FORMET, Eudaldo, *Historia de la filosofía II. Filosofía medieval*, Madrid, Ediciones Palabra, 2004.
- FRANCO SILVA, Alfonso, “Jurisdicción y conflicto. Las confiscaciones de señoríos en la época de los Trastámaras (1369-1480)”, en Salustiano DE DIOS, Javier INFANTE, Ricardo ROBLEDO HERNÁNDEZ y Eugenia TORIJANO PÉREZ (coords.), *Historia de la propiedad: la expropiación*, Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 2012.
- GALLEGO GARCÍA, Elio A., *Common Law. El pensamiento político y jurídico de sir Edward Coke*, Madrid, Ediciones Encuentro, 2012.
- GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo, *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Madrid, Civitas, 1999.
- GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo, *Revolución francesa y administración contemporánea*, 4ª ed., Madrid Thompson Reuters-Civitas 1972.
- GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 4ª ed., Madrid, Civitas-Thomson Reuters, 2006.
- GARCÍA-GALLO, Alfonso, *El origen y la evolución del derecho. Manual de historia del derecho español*, 7ª ed., Madrid, 1977, vol. I
- GARCÍA PELAYO, Manuel, *Derecho constitucional comparado*, Madrid, Alianza Universidad Textos, 1950.
- GARCÍA PELAYO, Manuel, “Los conceptos jurídicos fundamentales en San Isidoro de Sevilla”, en *Obras Completas*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina, “Particularidades de la interpretación constitucional”, en *Argumentación jurídica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.
- GIBBON, Edward, *Historia de la decadencia y caída del Imperio romano*, 6ª ed., España, Alba Editorial, edición abreviada, 2008.
- GODOY ARCAÑA, Óscar, *La democracia en Aristóteles. Los orígenes del régimen republicano*, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2012.
- GRIMM, Dieter *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2006.
- GROSSI, Paolo, *El orden jurídico Medieval*, Madrid, Marcial Pons, 1996.
- GROSSI, Paolo, *La primera lección de Derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2006.
- GROSSI, Paolo, *Mitología jurídica de la Modernidad*, Madrid. Editorial Trotta, 2003.
- GROSSI, Paolo, *El novecientos jurídico: un siglo posmoderno*, Madrid, Marcial Pons, 2001.
- GUASTINI, Riccardo, *Lecciones de derecho constitucional*, Lima, Ediciones Legales, 2016.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, *La fijación y la codificación del Derecho en Occidente*, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2017.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Vida y obra de Andrés Bello*, Santiago, Globo Editores, 2009.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, “El vocabulario histórico para la idea de Constitución Política”, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, vol. XXIV, Valparaíso, 2002.

- HAMILTON, Alexander, James MADISON y John JAY, *El Federalista*, 2ª ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2001.
- HERNÁNDEZ FRANCO, Juan Abelardo, *Lógica jurídica en la argumentación*, México, Oxford University Press, 2016.
- HESPAHNA, Antonio Manuel, *Cultura jurídica europea*, Madrid, Tecnos, 2000.
- HESSE, Konrad, *Escritos de derecho constitucional*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.
- HOHMANN-DENNHARDT, Christine, "División de poderes, independencia de la justicia y la función del Tribunal Constitucional Federal", en AA.VV., *Las Constituciones alemana y española en su aniversario*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011.
- HUNEUS Jorge, *La Constitución ante el Congreso*, Santiago, Ediciones del Archivo Central Andrés Bello, 2016, 2 vols.
- IBÁÑEZ SANTA MARÍA, Gonzalo, *Derecho y justicia. Lo suyo de cada cual. Vigencia del derecho natural*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2010.
- Instituciones de Justiniano*, libro primero, título 1, 2ª. ed., edición bilingüe, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 2005.
- JELLINEK, Georg, *Teoría general del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1900.
- JELLINEK, Georg, *La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*, Granada, Editorial Comares, 2009.
- JELLINEK, Georg, *Reforma y mutación de la Constitución* versión, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2018.
- JENOFONTE, PSEUDO, *Constitución de Atenas*, versión bilingüe, Madrid, Ediciones Cátedra, 2009.
- JOCELYN-HOLT, Alfredo, "Reforma agraria", disponible en www.latercera.com/voces/reforma-agraria-2/
- JOUVENEL, Bertrand de, *Sobre el poder. Historia natural de su crecimiento* Madrid, Unión Editorial, 1945.
- JOWELL Jeffrey, "La acotación al Estado. La política, el principio constitucional y la revisión jurisdiccional", en *Cuestiones Constitucionales*, n.º 8, Ciudad de México, 2003.
- JUVENAL, *Sátiras*, traducción de Bartolomé Segura Ramos, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1996.
- KERN, Fritz, *Derecho y Constitución en la Edad Media*, traducción, notas y estudio introductorio de Faustino Martínez Martínez, Valencia, Kyrios, 2013.
- LAMBERT, Edouard, *El gobierno de los jueces*, estudio preliminar de Luis Pomed, Madrid, Tecnos Editorial, 2010.
- LASSALLE, Ferdinand, ¿Qué es una Constitución?, conferencia pronunciada en Berlín, en abril de 1862. Versión 2012 de Editorial Ariel, Barcelona.
- LEIBHOLZ, Gerhard, "El legislador como amenaza para la libertad en el moderno Estado democrático de Partidos", en *Revista de Estudios Políticos*, n.º 137, Madrid,

1964. Posteriormente incluido en *Problemas fundamentales de la Democracia Moderna*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1971.
- LIBER IUDICIORUM, libro primero, título II, 4, p. 47. Traducción y notas Pedro Ramis Serra y Rafael Ramis Barceló, Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2015.
- LIRA, Elizabeth y Brian LOVEMAN, *Poder Judicial y conflictos políticos. Chile: 1925-1958* Santiago, LOM Ediciones, 2014.
- LOPEZ ATANES, Francisco Javier, Íñigo DE BUSTOS Y PARDO, Manuel DE VILLENA,, Suárez: *Una aproximación al Tratado de las Leyes y la Defensa de la Fe*, Madrid, Unión Editorial-Fundación C. de Nuestra Señora del Carmen y Fundación Portillo, 2010.
- MACHADO MARTINS, Priscila, “El control constitucional de las leyes en Atenas”, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* tomo XXXIX, Valparaíso, 2017.
- MADRID RAMÍREZ, Raúl, “El giro suareciano y el problema del fundamento de la ley”, en AA.VV., *Derecho, un arte de los justos*, conferencias Santo Tomás de Aquino, Santiago, Universidad Santo Tomás, 1998.
- MAGASICH, Jorge, “Los ‘resquicios legales’. La utilización de la ley por el Gobierno de Salvador Allende”, disponible en www.lemondediplomatique.cl/La-utilizacion-de-la-ley-por-el.html
- MARIAS AGUILERA, Julián, “Totalitarismo ‘legal’”, en *ABC*, Madrid, 19 de junio de 1987.
- MARSHALL SILVA, Enrique, *El recurso de inaplicabilidad*, memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Santiago, Universidad de Chile, Dirección General de Prisiones, 1947.
- MAZOWER, Mark, *La Europa negra*, Valencia, Barlin Libros, 2017.
- MACDOWELL, Douglas M., *The law in classical Athenes*, New York, Cornell University Press, 1986.
- MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, 6ª ed., Madrid, Editorial Tecnos, 2007.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Los itinerarios de la libertad de palabra*, Barcelona, Crítica, 2013.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago, Discurso pronunciado con ocasión de su investidura como *Doctor Honoris Causa* por la Universidad de Córdoba el 6 de octubre de 2015.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Diccionario del español jurídico*, ciudad, Real Academia Española-Consejo General del Poder Judicial, 2016.
- NAVARRO BELTRÁN, Enrique, “Notas sobre la evolución histórica del control de constitucionalidad de las leyes en Chile”, en *Revista Chilena de Historia del Derecho*, n.º 22, Santiago, 2010.
- NIETO, Alejandro, *Crítica de la razón jurídica*, Madrid, Editorial Trotta, 2007.
- NOVOA MONREAL, Eduardo, “La crisis del sistema legal chileno”, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 62, Santiago, 1965.
- NOVOA MONREAL, Eduardo, *Los resquicios legales*, Santiago, Ediciones Bat, 1992.

- ORWELL, George, "Literatura y totalitarismo" en George ORWELL, *El poder y la palabra*, Santiago, Debate, 2017.
- OTTO, Ignacio de, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Editorial Ariel, 1987.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *La elaboración de la Constitución de 1978*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, "La seguridad jurídica desde la filosofía del derecho", en *Anuario de Derechos Humanos*, n.º 6, Madrid, 1990.
- PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, *Contribución a la historia de la cultura jurídica*, España, Aranzadi, 2017.
- PLATÓN, *El Político o de la soberanía*, traducción de Antonio González Laso, María Rico Gómez y Antonio Ruíz de Elvira, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994.
- POCOCK, John, *La Ancient Constitution y el derecho feudal*, Madrid, Editorial Tecnos, 2011.
- PRIETO SANCHIS, Luís, *Apuntes de teoría del Derecho*, 10ª ed. Madrid, Editorial Trotta, 2016.
- PRIETO SANCHIS, Luís, "Presupuestos neo constitucionalistas de la teoría de la argumentación jurídica", en Marina Felicia Gascón Abellán (coord.), *Argumentación jurídica*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2014.
- PRIETO SANCHIS, Luís, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, 3ª ed., Madrid, Editorial Trotta, 2014.
- Reichsgesetzblatt*, n.º 25, Berlín, 24 de marzo de 1933.
- RÜTHERS, Bernd, *Derecho degenerado. Teoría jurídica y juristas de cámara en el Tercer Reich*, Madrid, Marcial Pons, 2016.
- SAN AGUSTÍN, *La ciudad de Dios*, en *Obras completas de San Agustín*, 6ª ed. Madrid, BAC, 2007, vol. xvii.
- SAN FRANCISCO, Alejandro (dir.), *Historia de Chile 1960-2010*, Santiago, Centro de Estudios de la Universidad San Sebastián, 2018, tomo 3: Las revoluciones en marcha. El gobierno de Eduardo Frei Montalva (1964-1970).
- SAN ISIDORO DE SEVILLA, *Etimologías*, edición, bilingüe, Madrid, BAC, 2009.
- SÁNCHEZ GONZALES, Santiago, "De la imponderable ponderación y otras artes del Tribunal Constitucional", en *Teoría y realidad constitucional*, vols. 12-13, Madrid, 2003.
- Santo Tomás AQUINO, *Suma Teológica*, Madrid, BAC, 2013, tomo iv.
- Santo Tomás AQUINO, *Suma Teológica*, Madrid, BAC, 2013, tomo vi.
- SEGURA ORTEGA, Manuel, "Los derechos fundamentales en la Constitución de Cádiz de 1812", en Francisco PUY MUÑOZ (coord.), *Los derechos en el constitucionalismo histórico español*, Santiago, Universidad Santiago de Compostela, 2002.
- SEJERDSTED Francis, "La democracia y el imperio de la legalidad: algunas experiencias históricas de contradicciones en la lucha por el buen gobierno", en Jon

- ELSTER - Rune SLAGSTAD, *Constitucionalismo y democracia*, Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica 1988.
- SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, 1ª ed., sexta reimpression, Madrid, Alianza Editorial, 2009.
- SILVA, Alfonso Franco, “Jurisdicción y conflicto. Las confiscaciones de señoríos en la época de los Trastámaras (1369-1480)”, en Salustiano DE DIOS, Javier INFANTE, Ricardo ROBLEDÓ, Eugenio TARIJANO (coords.), *Historia de la propiedad. la expropiación*, España, Ediciones Universidad de Salamanca, 2012.
- SILVA BASCUÑÁN, Marcos, “La Constitución ante los tribunales”, en *Revista Chilena*, año X, n.º LXXV, Santiago, 1926.
- SOSA WAGNER, Francisco, *Juristas y enseñanzas alemanas (I): 1945-1975*, Madrid, Marcial Pons, 2013.
- SOSA WAGNER, Francisco, *Maestros alemanes de derecho público*, Madrid, Marcial Pons, 2005.
- SOTO KLOSS, Eduardo, *Derecho Administrativo. Bases fundamentales* Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1996, tomo II.
- STEIN, Peter G., *El derecho romano en la historia de Europa*, Madrid, Siglo Veintiuno de España Editores, 1996.
- STERN, Klaus, *Jurisdicción constitucional y legislador*, Madrid, Editorial Dykinson, 2009.
- STOLLEIS, Michael, *Introducción al derecho público alemán (siglos XVI-XXI)*, Madrid, Marcial Pons, 2017.
- TAJADURA, Javier, “Constitución y democracia en la Unión Europea”, en Javier TAJADURA-Josu DE MIGUEL (coords.), *Justicia Constitucional y Unión Europea*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.
- TOCQUEVILLE, Alexis de, *El Antiguo Régimen y la Revolución*, primera reimpression, Madrid, Alianza Editorial, 2012.
- VERMEULE, Adrian, *La abdicación del derecho. Del imperio del derecho al Estado administrativo*, Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, 2018.
- VERDUGO, Sergio, “Lastarria y la revisión judicial de la ley en el marco de la Constitución chilena de 1833”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 43, n.º 3, Santiago, 2016.
- VILLALOBOS Rivera, Sergio, *Historia de los chilenos*, Santiago, Taurus, 2012, 4 vols.
- VILLALONGA Cristián, *Revolución y ley. La teoría crítica del derecho en Eduardo Novoa Monreal*, Santiago, Globo Editores, 2008.
- VINCENT, André, *Génesis y desarrollo del voluntarismo jurídico*, Buenos Aires, Ghersi Editor, 1978.
- VIOLA, Francesco, *Rule of law. El gobierno de la ley, ayer y hoy*, Lima, Palestra, 2017.
- VITORIA, Francisco de, *Sobre el poder civil, elección dada el año 1528*, estudio preliminar, traducción y notas de Jesús Cordero Pando, Salamanca, Editorial San Esteban, 2009.

- VITORIA, Francisco de, *La Ley, lecturas del curso escolar 1533-1534 en la Universidad de Salamanca*, Madrid, Editorial Tecnos, 2001.
- VON GIERKE, Otto, *Teorías políticas de la Edad Media*, 2ª ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010.
- VON MISES, Ludwig, *Gobierno omnipotente (en nombre del Estado)*, Madrid, Unión Editorial, 2002.
- WELZEL, Hans, *Introducción a la filosofía del derecho*, Buenos Aires, Editorial IB de f, 2011.
- WERNER, Fritz, "Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht", in *Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl)*, 1959.
- WIDOW, Juan Antonio, *La libertad y sus servidumbres*, Santiago, RIL Editores, 2014.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil*, 7ª. ed. Madrid, Editorial Trotta, 2007.
- ZWEIG, Stefan, *El mundo de ayer. Memorias de un europeo*, Barcelona, Acantilado, 2002.

ACCIONES JURÍDICAS Y COMPETENCIA DESLEAL: UN ANÁLISIS DESDE LA JURISPRUDENCIA

LEGAL ACTIONS AND UNFAIR COMPETITION: EXAMINING THE CASE LAW

*Fernanda Juppet Ewing**

*Diego Pérez Lasserre***

Resumen

El artículo elucidará los requisitos que tanto la Corte de Apelaciones como el Tribunal de la Libre Competencia han señalado que se deben verificar para efectos de considerar que un ejercicio de acciones jurídicas constituye una hipótesis de abuso del derecho. A partir de ello, se muestra cómo los requisitos establecidos por ambas instancias, difieren sustancialmente en su interpretación respecto de los términos planteados en esta investigación.

Palabras clave: Jurisprudencia, acciones jurídicas, abuso del derecho.

Abstract

The purpose of this work is to elucidate the requirements that both the Court of Appeals and the Antitrust Court have indicated that must be fulfilled for the exercise of a legal action to be considered as a right's abuse. The article identifies the doctrinal differences between the decisions enacted by both courts.

Keywords: Case law, Legal actions, Right's abuse.

* Doctora en Business Management. Artículo enviado el 12 de diciembre de 2018 y aceptado para su publicación el 2 de marzo de 2019. Correo electrónico: mfjuppet@gmail.com

** Magister en Filosofía, Universidad Diego Portales. Profesor de Derecho Civil y Filosofía del Derecho, Universidad San Sebastián. Artículo enviado el 12 de diciembre de 2018 y aceptado para su publicación el 2 de marzo de 2019. Correo electrónico: diego.perezl@uss.cl

I. Introducción

Iniciar un procedimiento judicial con la finalidad de ver satisfechas pretensiones legítimas, es un acto que *a priori* no tiene nada de reprochable. De hecho, la litigación es una de las formas de solucionar conflictos de relevancia jurídica que tiene reconocimiento judicial desde la Carta Fundamental de 1823, la cual, en su artículo 118, señalaba:

“Es libre el derecho individual de presentar peticiones ante las autoridades constituidas, sin que puedan limitarse ni modificarse, procediendo legal y respetuosamente”¹.

En palabras sencillas (en principio), no tiene nada de malo demandar.

Lo anterior, empero, no obsta a que bajo ciertas circunstancias el hecho de ejercer acciones judiciales sea reprochable. En particular, en referencia a aquellos casos en que se utiliza este mecanismo para solucionar controversias como un medio para generar un daño a un tercero. Es decir, es posible identificar ciertos incidentes en los cuales el ejercicio de acciones judiciales se constituye como una hipótesis de lo que se conoce como “abuso del derecho”.

Como indica Álvaro Mendoza, esta figura fue fundada principalmente en la práctica, dejando de lado la discusión filosófica que lo sustenta², por lo que resulta de suyo necesario acotar la necesidad de la incorporación de un criterio filosófico como el abuso del derecho en el ejercicio de actividades económicas. Si se sigue en esto a Enrique Cuentas Ormachea:

“...la vida en sociedad impone la represión de la maña fe del egoísmo y de actos, aun triviales, que origine una persona en el ejercicio de sus derechos, en detrimento de terceros. Asimismo lo están en la necesidad de que el derecho positivo debe acoger esa represión mediante una fórmula que solucione satisfactoriamente el conflicto de intereses entre el agente que ejerce su derecho en forma abusiva y el derecho que queda afectado por ese ejercicio”³.

Esta realidad, es aún más evidente en materia comercial que en otras disciplinas, ya que la incorporación de principios de competencia leal, buena fe hacia otros agentes competidores del mercado, responsabilidad social, entre otros, han forzado a las organizaciones empresariales a incor-

¹ *Constitución Política del Estado de Chile*, 1823, artículo n.º 118.

² Álvaro MENDOZA DIEZ, “Filosofía del abuso del derecho”, p. 259.

³ Enrique CUENTAS ORMACHEA, “El abuso del derecho”, p. 465.

porar criterios éticos que limitan sus actuaciones y estrategias comerciales, lo cual aplicado al concepto de abuso del derecho, nos lleva a:

“... establecer si el agente puede o no hacer uso de la facultad que le concede la ley cuando ese ejercicio afecta a un tercero o al grupo social, es decir, si el agente puede o no ejercitar su facultad jurídica dentro de los límites legales”⁴.

De tal manera, a modo de referencia, se debe secundar a Álvaro Mendoza, quien indica que se puede configurar el abuso del derecho mediante las siguientes instituciones:

“el enriquecimiento indebido, el daño moral, el ejercicio irregular de un derecho, los actos ilícitos, el ocuparse más de la persona del litigante que del asunto controvertido, el pluspetito y el mantenimiento de terrenos improductivos”⁵.

Para efectos del presente análisis, el centro de la investigación se enfoca en el ejercicio irregular del derecho a litigar por medio de la presentación de acciones tendientes a dificultar el ejercicio de la actividad económica de un competidor mediante la incorporación de barreras a la entrada artificiales en un determinado mercado.

Ahora bien, en nuestro ordenamiento jurídico tanto la doctrina como la jurisprudencia han señalado que una hipótesis de abuso del derecho, fundada en un desmedido ejercicio de acciones judiciales, puede ser conocida tanto por el Tribunal de la Libre Competencia como por las Cortes de Apelaciones. Como bien señala Ingrid Ortiz:

“frente a este panorama la solución más sencilla y la más obvia consistió en admitir que junto a las autoridades administrativas (aplicación pública de las normas de libre competencia), los jueces y tribunales también tenían competencia para aplicar en forma directa las normas antitrust y para declarar los efectos que derivaban de su infracción. Surgió así el sistema de aplicación privada del derecho antitrust o la aplicación judicial de las normas de libre competencia, en virtud del cual las partes pueden solicitar al juez competente la aplicación directa e inmediata de esta normativa y consecuentemente la declaración de los efectos civiles que se derivan de su incumplimiento, sin que resulten necesario un trámite y una decisión administrativa de carácter previo. Bajo este sistema de aplicación privada, las autoridades administrativas conservan la facultad de investigar y

⁴ CUENTAS, *op. cit.*, p. 466.

⁵ MENDOZA, *op. cit.*, p. 259.

sancionar (imponer multas) a los infractores de las disposiciones de libre competencia como guardianas del orden público económico”⁶.

Es decir, se está frente a una infracción que tiene dos vías jurisdiccionales de solución.

Cabe, entonces, preguntarse: ¿Es posible identificar elementos que permitan diferenciar una vía de la otra? Se intentará, por tanto, dilucidar los requisitos legales y jurisprudenciales que permitirían distinguir si un caso es subsumible bajo uno u otro cuerpo normativo. Se abordará esta cuestión mediante la siguiente estructura: primero, se explicará en qué casos el ejercicio de acciones judiciales puede constituir una hipótesis de abuso del derecho (III); segundo, se especificarán las condiciones bajo las cuales este proceder puede ser considerado como una hipótesis de competencia desleal (III, 1); tercero, se revisará lo que el Tribunal de la Libre de Competencia (VI, 1) y la Corte de Apelaciones (VI, 2) han señalado respecto a los requisitos que han de concurrir para distinguir si un caso de hostigamiento judicial contraviene lo señalado por la ley n.º 20169 o lo establecido en el decreto ley n.º 211. Finalmente, se realizará una breve reflexión de todo lo dicho (V).

II. Metodología

Para analizar la competencia desleal en la aplicación del abuso del derecho (por medio de la interposición de demandas incompatibles o abusivas como estrategia de generación de barreras de mercado), se revisaron 67 sentencias del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia entre los años 2013 a 2018. Asimismo, se examinaron quince sentencias referentes a la aplicación de la ley de competencia desleal en diversas Cortes de Apelaciones del país y tribunales civiles, recogiendo aquellas que, en forma ejemplar, propusieron una serie de requisitos objetivos e identificables en su análisis, que pudieran ser utilizados como guía para la aplicación práctica de criterios jurisprudenciales en futuros litigios de la referida materia.

⁶ Ingrid ORTIZ BAQUERO: “La aplicación privada del derecho antitrust y la indemnización de los daños derivados de ilícitos contra la libre competencia”, p. 7.

III. Ejercicio de acciones judiciales como hipótesis de abuso del derecho

Antes de analizar en qué casos el ejercicio de una acción judicial puede considerarse como una hipótesis de abuso del derecho, es necesario esclarecer a qué se hace referencia con esta figura que lleva por nombre “abuso del derecho”. Cabe prevenir, empero, que aquí solo se proporcionará un brevísimo marco teórico sobre lo que los autores han dicho respecto al abuso del derecho, y no se pretende, por tanto, agotar el tema ni proporcionar solución al mismo. Dicho esto, se revisará qué es el abuso del derecho.

John Crabb señala:

“cuando se abusa de un derecho, el responsable está técnica o mecánicamente dentro de los límites formales del derecho concedido, y podría también actuar de manera cuidadosa; pero no estará ejerciendo el derecho conforme a su naturaleza y objeto, sino más bien para algún otro objetivo no contemplado al otorgarlo”⁷.

Es decir, quien abusa del derecho está actuando dentro de la legalidad, pero utiliza los medios que el derecho proporciona con un fin distinto de aquel previsto⁸. Claudio Illanes Ríos, por su parte, señala que hay un abuso del derecho cuando este “se ejercita maliciosamente, con el propósito de dañar a otro”⁹. O sea, no basta con que el derecho se utilice para un fin distinto que el previsto, también es necesario que este uso desvirtuado genere un daño a un tercero. Por último, cabe agregar que se requiere que el ejercicio abusivo de este derecho genere una utilidad para su titular¹⁰.

En definitiva, la teoría del abuso del derecho toma como premisa que en todo ordenamiento jurídico hay implícitos elementos teleológicos que obliga a los individuos de la comunidad a orientar sus acciones (y omisiones) hacia determinados fines sociales y económicos. En ese sentido, todo acto contrario a estos fines se constituiría como una vulneración al principio de buena fe. Ahora, y como bien señala Ambrosio Rodríguez:

“el ejercicio de un derecho subjetivo es contrario a la buena fe no sólo cuando no se utiliza para la finalidad objetiva o función económica o social

⁷ John CRABB, “El concepto francés de abuso del derecho”, p. 34.

⁸ Entendemos por “fines del derecho”, siguiendo a Agustín Squella, “los objetos a cuya consecución el derecho se dirige u orienta, esto es, aquellos para lo cual el derecho está en definitiva constituido”. Agustín SQUELLA, *Introducción al derecho*, pp. 511-512.

⁹ Claudio ILLANES RÍOS, “El abuso del derecho”, p. 80.

¹⁰ Cfr. María Fernanda JUPPET EWING, “Hostigamiento judicial como ilícito de libre competencia: Análisis del caso Sal Lobos”, p. 594.

para el cual ha sido atribuido su titular, sino también cuando se ejercita de una manera o en unas circunstancias que lo hacen desleal, según las reglas que la conciencia social impone en el tráfico jurídico”¹¹.

Para Maurice Hauriou, serán requisitos para la configuración de este ilícito los siguientes:

“que el acto esté de acuerdo con una norma que aparentemente lo autoriza; la falta de un límite al exceso de lo que comenzó realizándose conforme al derecho; el exceso mismo y el daño inferido a alguien”¹².

En otras palabras, el ejercicio desleal de un derecho puede constituir una hipótesis de abuso del derecho.

Lo anterior nos lleva a justificar que un ejercicio abusivo de acciones judiciales es sancionable en nuestro ordenamiento jurídico por dos vías distintas, a saber, por medio del decreto ley n.° 211, que Fija normas para la Defensa de la Libre Competencia y a través de la ley n.° 20169, que regula la competencia desleal. En lo que sigue nos dedicaremos a especificar en qué casos dicha conducta es sancionable por una u otra vía.

Como bien señala Oscar Contreras, es necesario tener en consideración que:

“las normas de competencia desleal no están diseñadas ni orientadas para castigar la actividad competitiva, sino sólo aquellos actos o conductas que excedan el marco normativo autorizado por la ley, utilizando para ello medios ilegítimos, deshonestos o reñidos con la buena fe o las buenas costumbres mercantiles”¹³.

Cabe tener en consideración, empero, que se ha de tomar el concepto de “actos que exceden el marco normativo” en un sentido amplio. Es decir, incluyendo tanto los actos que van más allá de la ley, como aquellos que se enmarcan formalmente en un contexto legal, pero que, en su materialidad, vulneran los fines sociales y económicos implícitos en el ordenamiento jurídico. En ese sentido, el estatuto de protección de la competencia tiene por objetivo proteger la buena fe del mercado mediante el establecimiento de limitaciones al ejercicio del poder comercial de ciertos actores.

Los dos cuerpos legales que sancionan la competencia desleal, a saber, la ley n.° 20169 y el decreto ley n.° 211, coinciden en considerar como

¹¹ Ambrosio RODRIGUEZ QUIROZ, “Teoría de los actos propios”, p. 63.

¹² Véase MENDOZA, *op. cit.*, p. 258.

¹³ Oscar CONTRERAS, *La competencia desleal y el deber de la corrección en la ley chilena*, p. 22.

hipótesis de competencia desleal el ejercicio malicioso de acciones judiciales. En ese sentido, el artículo 4 de la ley n.º 20169 señala:

“se considerarán actos de competencia desleal los siguientes: [...] g) El ejercicio manifiestamente abusivo de acciones judiciales con la finalidad de entorpecer la operación de un agente del mercado”,

mientras que el artículo 3 del decreto ley n.º 211 establece:

“se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos efectos, los siguientes: [...] c) Las prácticas predatorias, o de competencia desleal, realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante”.

Es decir, la ley n.º 20.169 subsume la hipótesis de ejercicios abusivos de acciones judiciales bajo el concepto de “competencia desleal”, mientras que el decreto ley n.º 211 señala que para que un acto de competencia desleal (concepto que ya incluye el hostigamiento judicial) se considere como contrario a la libre competencia es necesario que este se realiza con el fin de obtener o perpetrar en el tiempo una posición dominante en el mercado. En pocas palabras, para justificar que un acto de competencia desleal es contrario a la libre competencia en los términos de la ley n.º 20169 es necesario un elemento adicional, a saber, una intencionalidad dirigida a la posición dominante de mercado, mientras que bajo el amparo de la ley de competencia desleal (DL n.º 211) no es necesario que aquel actor económico –al que se le imputa la conducta anticompetitiva– cuente con poder de mercado, sino que basta que utilice estas acciones para entorpecer el ejercicio de las actividades comerciales de su competencia.

Ahora bien, ¿por qué el ejercicio desmedido y maliciosos de acciones judiciales puede ser considerado como una hipótesis de competencia desleal? Por dos razones. Primero, porque en estos casos se utilizan los mecanismos tanto judiciales como administrativos, pero no con intenciones de solucionar conflictos de relevancia jurídica; es decir, se utilizan para un fin distinto de aquel para el cual están establecidos. Segundo, debido a que el hostigamiento judicial obliga al competidor a incurrir en gastos innecesarios en asesoría legal y administrativa, lo que limita su capacidad económica para competir libremente en el mercado. O sea, los altos costos que conlleva el defenderse de una cantidad desmedida de procedimientos judiciales y administrativos se constituye como una barrera de mercado para quien es sujeto pasivo de los mismos. En ese sentido, parece bastante acertada

la descripción de hostigamiento judicial que hacen Susana Grau Arnau y Ana Merino Castelló, a saber, que se trata de un:

“comportamiento estratégico por el cual un operador que actúa en el mercado incurre deliberadamente en unas pérdidas a corto plazo con la intención de eliminar o debilitar uno o varios competidores para así, incrementar su poder de mercado y poder fijar, a largo plazo y de forma sostenida, unos precios más elevados que le concedan rentas monopolísticas”¹⁴.

En otras palabras, en el hostigamiento judicial hay lo que se podría llamar demandas o denuncias predatorias que tiene por objetivo aumentar los costos del competidor.

Finalmente, es importante tener en cuenta que, para considerar un caso como hipótesis de hostigamiento judicial, no es necesario que quien intente las acciones tanto judiciales como administrativas tenga por fin el impedir de manera definitiva la entrada de un competidor al mercado. Por el contrario, basta que con ello se pretenda retrasar la entrada al mercado del mismo. De esta forma, es suficiente que quien se constituye como sujeto activo del hostigamiento judicial pretenda mantener su posición en el mercado por el mayor tiempo posible¹⁵.

IV. Distinción: requisitos legales y jurisprudenciales para identificar la ley aplicable

Una vez esclarecidas las condiciones bajo las cuales el ejercicio de acciones judiciales puede ser considerado como una hipótesis de competencia desleal, corresponde proporcionar los elementos que la jurisprudencia ha señalado y que permiten identificar si un caso particular de ejercicio de acciones es sancionable o no. Si bien, en el apartado anterior se señaló que la ley n.º 20169 indica que para que este cuerpo legal sea aplicable, es necesario que la conducta de competencia desleal tenga aparejado un elemento adicional, a saber: una intencionalidad dirigida a obtener o mantener una posición dominante en el mercado; es interesante tener en cuenta que la jurisprudencia ha ido complementando esta materia. Es decir, el análisis de jurisprudencia tanto del Tribunal de la Libre Competencia como de

¹⁴ Susana GRAU ARNAU, Ana Merino CASTELLÓ, “Sentencia Altadis: Elemento intencional en el test de precios predatorios”, p. 2.

¹⁵ En el mismo sentido, JUPPET EWING, *op. cit.*

la Corte de Apelaciones, complementa los requisitos señalados por la ley, al menos en forma preliminar, ya que, si bien existe una correlación entre los fallos, su número resulta insuficiente para consagrar una tendencia. En lo que sigue, se facilitarán estas exigencias jurisprudenciales:

1. REQUISITOS SEÑALADOS

POR EL TRIBUNAL DE LA LIBRE COMPETENCIA EN SU JURISPRUDENCIA

El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia conoció en detalle la temática del hostigamiento judicial como conducta de competencia desleal a propósito del caso Compañía minera Cordillera S.A. y otros, contra Sociedad Punta de Sal Lobos S.A. En este caso, el único hasta el momento de hostigamiento judicial como constitutivo de conducta de competencia desleal, el Tribunal de la Libre Competencia señaló que, además del elemento normativo ya indicado, es necesario que concurren las siguientes circunstancias para considerar que una hipótesis de hostigamiento judicial es sancionable de acuerdo a la ley n.º 20169:

- a) Que el actor que interponga acciones judiciales o administrativas en contra del rival se encuentre dotado de la calificación de empresa dominante

Se entiende por posición dominante una conducta, que es contraria a la libre competencia, en la cual el comportamiento de una empresa o de un conjunto de empresas se caracteriza por hacer un uso abusivo o antijurídico del poder de mercado, con el fin de explotar o preservar una renta monopólica en un mercado determinado¹⁶. Ahora, si bien, y como ya se señaló, este es un requisito determinado por la ley n.º 20169, el Tribunal de la Libre Competencia lo ha complementado especificando indicios que permitirían elucidar si se está o no frente a una empresa o grupo de empresas con poder de mercado. En específico ha indicado:

“para analizar la posibilidad de ejercicio de poder de mercado es necesario analizar las condiciones de competencia existentes en el mercado relevante definido, lo que no sólo implica medir el nivel de concentración del mismo, sino también la posibilidad de sustitución de un proveedor de bienes o servicios por otro y la eventual entrada de nuevos competidores, o las barreras a la entrada que impedirían o disminuirían la eficacia disciplinadora de tal competencia potencial”¹⁷.

¹⁶ En este sentido, Hernán RODRÍGUEZ FLORES, “Abuso de posición dominante en Chile: Casos relevantes”.

¹⁷ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA, Informe n.º9/2013, p. 34.

En otras palabras, para determinar si una empresa tiene o no poder de mercado, no basta con elaborar una regla general que especifique todos y cada uno de los requisitos que se han de cumplir para estar ante una hipótesis como esta y luego verificar si en un caso particular estos se dan o no. Por el contrario, se ha de atender a las particularidades del mercado (sus condiciones, la sustituibilidad de la prestación, las barreras de entrada, etc.) y de la empresa objeto de un litigio, para determinar si acaso se está frente a un caso de poder de mercado. Puesto de otro modo, cada mercado y cada empresa es un mundo, por lo que, si bien son útiles las descripciones generales y abstractas de lo que es una entidad con poder de mercado, estas no bastan para determinar con justicia si en un caso particular estamos frente a una hipótesis de poder de mercado.

- b) El ejercicio de dicho derecho no debe sobrepasar el respeto de los derechos de otras personas y al orden público que resguarda el interés general

En el considerando octogésimo quinto de la sentencia en comento, el Tribunal de la Libre Competencia señala:

“que los derechos de acción y petición –por discrecional que pueda ser su ejercicio– no comprenden la facultad de su titular de infringir la libre competencia. Un adecuado entendimiento de los derechos subjetivos considera como límite natural a su ejercicio el respeto de los derechos de otras personas y al orden público que resguarda el interés general. El D.L. N° 211 es precisamente una de las fronteras que el ordenamiento jurídico reconoce al ejercicio de los derechos, de manera que la conducta que lo infringe no puede ser considerada – al mismo tiempo– un derecho y una infracción”¹⁸.

En otras palabras, asevera que el derecho a pedir a los tribunales que solucionen un conflicto de relevancia jurídica se enmarca en un contexto social. Esto significa que el ejercicio de este derecho ha de tener como fin mantener la paz social y no obtener beneficios de carácter individual (como sería conseguir o mantener una posición dominante en el mercado). En ese sentido, el elemento teleológico del derecho de acción y petición se constituye como una limitante para el ejercicio de los mismos, en el entendido de que estos derechos no se pueden utilizar, sino con la finalidad de obtener una solución pacífica de los conflictos de relevancia jurídica. Por lo tanto, para que el ejercicio de acciones de carácter judicial, administra-

¹⁸ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA, rol 47-2006, p. 57.

tiva o ambos, se constituya como una hipótesis de competencia desleal sancionable por la Ley n.º 20169 es necesario que quien intente estas acciones pase a llevar el interés general mediante el uso egoísta e individualista de los mecanismos contemplados en el ordenamiento jurídico.

c) Que las acciones interpuestas por la empresa dominante sean útiles para ella

Como bien señala Ambrosio Rodríguez:

“un elemento que facilita enormemente la prueba de la intención de dañar es determinar si el ejercicio del derecho cuestionado le reporta utilidad o no a su titular. Se ha estimado que la falta de utilidad en el acto ejecutado es una demostración de la intención dañosa, o, a lo menos, de culpa, por cuanto no se explica que alguien ejerza un derecho sin una finalidad concreta y específica”¹⁹.

Del mismo modo, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en el considerando octogésimo octavo de la sentencia en comento, afirma:

“que en las impugnaciones –tanto administrativas como judiciales– del D.S. N° 139-2002, resulta imposible advertir alguna utilidad para SPL –en caso de resultar vencedora de ellas– distinta de impedir la entrada de sus competidores al mercado nacional de la sal, conservando artificial e ilegítimamente su posición dominante en él”²⁰.

Es decir, asevera que, un elemento determinante para identificar si el ejercicio de acciones judiciales o administrativas constituyen o no un caso de hostigamiento judicial, es el hecho de que la eventual utilidad que le reportaría al demandante o denunciante sería exclusivamente el mantener o aumentar su posición dominante de mercado. En otras palabras, el juez ha de realizar una operación hipotética en la cual se ha de poner en el escenario de que las pretensiones del demandante o denunciante arriban a buen puerto y, a partir de ahí, ha de determinar cuál es la utilidad que obtendría en ese contexto. Si lo único que ganara fuese la conservación artificial e ilegítima de su posición dominante en el mercado, dicha operación podría ser calificada como desleal.

¹⁹ RODRÍGUEZ QUIROZ, *op. cit.*, p. 81.

²⁰ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA, rol 47-2006, p. 57.

d) Que la interposición simultánea de dichas acciones
no sea calificable de contradictoria

En toda actuación en el mundo jurídico ha de existir una relación de índole hermenéutica. Con esto nos referimos a que es necesaria una coherencia entre las acciones (u omisiones) individualmente consideradas y el objetivo o fin que se pretende obtener²¹ (es decir, una coherencia de las partes con el todo). A modo de ejemplo, es coherente que una persona que ha sufrido daños en un accidente de tránsito intente acciones tanto civiles como penales para que el hechor responda por los daños causados. Las acciones intentadas son coherentes con el objetivo que se persigue, toda vez que el éxito en las mismas traería como resultado la consecución del fin proyectado por quien las intentó. No parecería atingente, en cambio, que quien ha sufrido el accidente intentara acciones laborales contra el hechor, o denuncias de índole administrativo en contra de la sociedad en la cual el tipo es socio con el único objetivo de que este le indemnice por el daño causado en el accidente. Esto porque en caso de obtener una condena laboral o la imposición de una sanción administrativa no se cumpliría el objetivo que llevó a la interposición de las mismas, a saber: la indemnización de perjuicios por los daños causados en el accidente de tránsito.

En ese sentido, la falta de coherencia entre las acciones intentadas por un sujeto o entidad es un indicio de que la interposición de las mismas no tiene por objeto lograr los fines que llevó al ordenamiento jurídico a establecer dichos mecanismos de solución de conflictos, sino que, más bien, responde a un abuso de la institucionalidad jurídica que tiene por objetivo mantener o aumentar una posición dominante de mercado.

2. ANÁLISIS HECHO

POR LA ILUSTRÍSIMA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO

Como bien se señaló en el segundo apartado de este trabajo, bajo el amparo de la ley de competencia desleal (DL n.º 211) no es necesario que aquel actor económico al que se le imputa la conducta anticompetitiva cuente con poder de mercado. Por el contrario, basta con que se utilicen estas acciones para entorpecer el ejercicio de las actividades comerciales de su competencia. De esta manera, el único elemento distintivo entre una y otra norma es el hecho de si la entidad tiene o no poder de mercado. Por lo tanto,

²¹ En un sentido estrictamente hermenéutico, Hans-Georg Gadamer señala que a la comprensión del todo solo se puede llegar por medio de la acumulación de las partes, las cuales, a su vez, se nutren de sentido a partir del todo en un movimiento de carácter circular. Hans-Georg GADAMER, *Truth and Method*, pp. 182-183.

todos los requisitos jurisprudenciales señalados en el apartado anterior son igualmente aplicables a los casos de infracción al decreto ley n.º 211. El análisis anterior deja, empero, una pregunta sin responder, a saber: aquella que interroga sobre la naturaleza de las acciones que se han de intentar para encontrarse frente a una hipótesis de infracción a la ley n.º 20169 o el decreto ley n.º 211.

La Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago se vio en la necesidad de dar una respuesta a esta interrogante en el caso Profactoring S.A. con Los Parques S.A. (2016), toda vez que en él se discutió sobre si la presentación de denuncias ante la administración puede o no ser constitutiva de hostigamiento judicial en los términos de la letra g) del artículo 4 de la ley n.º 20169. Cabe recordar que dicho artículo reza:

“En particular, y sin que la enumeración sea taxativa, se considerarán actos de competencia desleal los siguientes: [...] g) El ejercicio manifiestamente abusivo de acciones judiciales con la finalidad de entorpecer la operación de un agente del mercado”.

En lo que sigue haremos un breve análisis de lo dicho por la Corte de Apelaciones e intentaremos dar respuesta a dicha interrogante.

En el caso en comento la Corte señaló:

“en cuanto a la conducta descrita en la letra g) del artículo 4º de la ley 20.169, como constitutiva de competencia desleal, esto es, el ejercicio manifiestamente abusivo de acciones judiciales con la finalidad de entorpecer la operación de un agente del mercado, debe concluirse que la disposición exige, obviamente, que las acciones sean judiciales, de manera que cabe descartar de plano cualquier solicitud o petición hecha ante la Administración por la demandada”²².

Sin embargo, luego agrega:

“en todo caso, tales solicitudes administrativas no se han hecho en forma manifiestamente abusiva. Con el adverbio manifiestamente la norma exige que el ejercicio abusivo sea patente, sea evidente, sea claro, es decir, que no quepa lugar a dudas que se ha abusado del derecho a accionar con el sólo propósito de trabar el desempeño de un agente del mercado, y resulta que no hay ninguna evidencia o claridad en ello y ciertamente no consta que hayan sido ejercidas para entorpecer, con malas artes, la operación de un agente en el mercado”²³.

²² CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, rol 6745-2015.

²³ *Ibid.*

Esto nos lleva a plantear dos soluciones posibles a esta problemática (que de hecho es posible entrever, aun de manera confusa e, incluso, contradictoria, en la argumentación seguida por la Corte). Una de ellas es considerar que, en razón de la literalidad de la norma, solo las acciones de índole judicial son idóneas para configurar una hipótesis de competencia desleal en los términos del artículo 4° de la ley n.° 20169. La otra es entender que lo que determina el carácter “desleal” de la conducta de hostigamiento no es la naturaleza de las acciones, sino que la intención de quien las intenta, de estorbar la operación de un agente de mercado²⁴.

Ahora bien, se estima que el optar por una tesis basada en la literalidad de la norma para interpretar el artículo 4 de la ley n.° 20169 genera problemas teóricos y prácticos que resultan insalvables. En lo que se refiere a la teoría, y sin entrar en mayores detalles, cuestión que nos desviaría del objetivo del presente trabajo, hay que tener en consideración que ya en 1927 Martin Heidegger señalaba:

“la interpretación no es jamás una aprehensión, sin supuestos, de algo dado. Cuando esa particular concreción de la interpretación que es la interpretación exacta de los textos que apela a lo que ‘está allí’, lo que por lo pronto está allí no es otra cosa que la obvia e indiscutida opinión previa del intérprete, que subyace necesariamente en todo quehacer interpretativo como aquello que con la interpretación misma ya está ‘puesto’, es decir, previamente dado en el haber previo, la manera previa de ver y la manera de entender previa”²⁵.

Es decir, y simplificando burdamente lo recién citado, el interpretar un texto no consiste en un proceso en el que el intérprete se constituye como un sujeto pasivo, un mero receptáculo de un contenido objetivo que se encuentra contenido en el escrito, sino que el intérprete en el acto hermenéutico, a su vez, proyecta de forma inevitable sus prejuicios al mismo. En otras palabras, su aporte es, de suyo, activo en la configuración del sentido y alcance de lo interpretado. Ahora bien, esto no significa un relativismo hermenéutico, toda vez que, como bien señala Hans-Georg Gadamer, la conciencia hermenéutica siempre ha de estar abierta a la alteridad del texto

²⁴ Cabe tener presente que en este punto hay una diferencia a nivel de ideas entre los autores. Mientras que María Fernanda Juppet E. comparte la hipótesis de que la literalidad de la norma permite justificar que las acciones de naturaleza administrativa quedan fuera del artículo 4 de la ley n.° 20169, Diego Pérez L. piensa que lo determinante es la intencionalidad del sujeto a la hora de intentar una acción y no su naturaleza jurídica. En ese sentido, el análisis que de ahora en adelante se realiza en este trabajo responde exclusivamente a las convicciones de Diego Pérez L.

²⁵ Martin HEIDEGGER, *Ser y tiempo*, p.176.

y preparada para que este le diga algo²⁶. Así, apelar a un sentido literal del texto, a una verdad clara y distinta subyacente en él es una pretensión quimérica.

Desde la esquina de lo práctico, una interpretación literal que excluya la vía administrativa como potencialmente configuradora de abuso desleal no resulta atingente en razón de lo que el mismo artículo 4 establece en su encabezado, a saber: “en particular, y sin que la enumeración sea taxativa, se considerarán actos de competencia desleal los siguientes”. Es decir, incluso, si somos literalistas al extremo, es necesario reconocer que el listado del artículo 4 de la ley n.º 20169 no tiene pretensiones de ser taxativo. Por el contrario, todo parece indicar que el mismo se limita a señalar casos en que es posible identificar indicios en el mundo fenoménico de una intención desleal de competencia. Esto en razón de que:

“si bien yo no puedo internarme en la psiquis de un sujeto para determinar el querer interno que este tenía al momento de realizar una acción u omisión, las circunstancias o consecuencias que esta acción u omisión generan en la realidad externa (por ponerlo de alguna manera) permiten inferir si acaso ésta fue realizada con intención o por mera negligencia”²⁷.

En consecuencia, lo relevante no es la naturaleza judicial o administrativa de la acción desleal intentada, sino que la intención con la que esta se intenta, intención que no puede, sino ser determinada por indicios externos.

En definitiva, no compartimos la lectura que la Ilustrísima Corte de Apelaciones hace del artículo 4, ya que, a través de ella estaría proyectando una pretensión hermenéutica de índole literal que presume una “verdadera interpretación” de la ley, y que no se condice con la alteridad del texto.

V. Conclusión

El análisis hecho nos permite concluir que la jurisprudencia, junto a los requisitos que establece la ley, ha enunciado una serie de precisiones que permiten determinar en qué casos el ejercicio de acciones judiciales o administrativas puede ser consideradas dentro de una hipótesis válida de hostigamiento judicial. En particular, ha señalado que son indicios de la deslealtad de una acción el que:

²⁶ Cfr. GADAMER, *op. cit.*, p. 282.

²⁷ Joaquín DELGADO GARCÍA, *La prueba en el proceso penal*, p. 376, visto en Ramón RAGUÉS I VALLÉS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, p. 240.

- a) El ejercicio de dicho derecho sobrepase tanto el respeto de los derechos de otras personas como el orden público que resguarda el interés general.
- b) Las acciones interpuestas por la empresa dominante sean útiles para ella.
- c) La interposición simultánea de dichas acciones sea calificable de contradictoria.

Asimismo, la Ilustrísima Corte de Apelaciones ha resuelto que las solicitudes hechas a la Administración, en razón de lo señalado en la letra g) del artículo 4 de la ley n.° 20169, no puede constituir en caso alguno una hipótesis de competencia desleal, afirmación que resultó controvertida en razón de los problemas teóricos y prácticos que ello conlleva.

No queda sino agregar que el análisis recién hecho da cuenta de la relevancia de la jurisprudencia en lo que se refiere a la Libre Competencia (y para el derecho en general). En efecto, si bien la presente revisión fue sumamente crítica a la jurisprudencia en algunos aspectos, ello no quita el carácter configurador que la misma tiene en la resolución de la tensión entre un texto abstracto y que responde a una situación histórica y cultural pretérita y un caso actual que pone frente al juez un suceso nuevo que responde a circunstancias actuales. En definitiva, el examen aquí realizado da cuenta de que, como bien señala Carl Schmitt, “no es posible degradar al juez a ser la ‘boca que pronuncia las palabras de la ley’, aunque fuera en el sentido de ‘sometimiento a la ley’”²⁸.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- COMANDUCCI, Paolo, “Abuso del Derecho y la interpretación jurídica”, en *Revista de Derecho Privado*, vol. 21, Santiago, 2011.
- CONTRERAS, Oscar, *La competencia desleal y el deber de la corrección en la ley chilena*, Santiago, Ediciones UC, 2012.
- CUENTAS ORMACHEA, Enrique, “El abuso del derecho”, en *Derecho PUCP*, n.° 51, ciudad, 1997.
- CRABB, John, “El concepto francés de abuso del derecho”, en *Revista Jurídica Interamericana*, vol. 6, n.° 1, México, 1964.
- DELGADO GARCÍA, Joaquín, *La prueba en el proceso penal*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1997.
- GADAMER, Hans-Georg, *Truth and Method*, trad., London & New York, Bloomsbury Revelations, 2013.

²⁸ Carl SCHMITT, “Ley y juicio. Examen sobre el problema de la praxis judicial”, p. 23.

- GRAU ARNAU, Susana, Ana Merino CASTELLÓ, "Sentencia Altadis: Elemento intencional en el test de precios predatorios", en *Anuario de la Competencia*, n.º 1, Santiago, 2004.
- HEIDEGGER, Martin, *Ser y tiempo*, Santiago, Editorial Universitaria, 2005.
- ILLANES RÍOS, Claudio, "El abuso del derecho", en UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO (ed.), *II Curso de actualización jurídica "Teorías de derecho civil moderno"*, Santiago, Ediciones Universidad del Desarrollo, 2005.
- JUPPET EWING, María Fernanda, "Hostigamiento judicial como ilícito de libre competencia: Análisis del caso Sal Lobos", revista *Actualidad Jurídica*, n.º 18, Santiago, 2008.
- MENDOZA DIEZ, Álvaro, "Filosofía del abuso del derecho", en *Revista Mexicana de Sociología*, vol. 24, n.º 1, México, 1962.
- ORTIZ BAQUERO, Ingrid: "La aplicación privada del derecho antitrust y la indemnización de los daños derivados de ilícitos contra la libre competencia", *e-Mercatoria*, vol. 7, n.º 1, 2008.
- RAGUÉS I VALLÉS, Ramón, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Barcelona, J.M. Bosch, 2002.
- RODRÍGUEZ FLORES, Hernán, "Abuso de posición dominante en Chile: Casos relevantes", ponencia en Foro Americano de Libre Competencia, Santiago Fiscalía Nacional Económica, Santiago, 2007.
- RODRÍGUEZ QUIROZ, Ambrosio, "Teoría de los actos propios", en UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO (ed.), *II Curso de actualización jurídica "Teorías de derecho civil moderno"*, Santiago, Ediciones Universidad del Desarrollo, 2005.
- SCHMITT, Carl, "Ley y juicio. Examen sobre el problema de la praxis judicial", en AA.VV., *Posiciones ante el derecho*, traducción Montserrat Herrero, Madrid, Editorial Tecnos, 2012.
- SQUELLA, Agustín, *Introducción al derecho*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 2000.

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Constitución Política del Estado de Chile, publicada en 1823.

JURISPRUDENCIA CITADA

- CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, rol n.º 6745-2015, 18 de mayo de 2016.
- TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA, Informe n.º 9/2013 de fecha 31 de mayo de 2013.
- TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA, rol n.º 47-2006, 18 de mayo de 2016.

Derechos fundamentales

LA EXPERIENCIA DEL DEBIDO PROCESO EN LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

THE COLOMBIAN CONSTITUTIONAL COURT'S UNDERSTANDING OF THE DUE PROCESS OF LAW

*Araceli R. Saro**

*Carlos Manuel Rosales***

Resumen

El debido proceso es una institución que tiene por objetivo que las partes tengan acceso a la justicia, por medio de diversas garantías substanciales y de las formalidades legales establecidas. El presente artículo descubrirá esta institución jurisdiccional desde la experiencia de la Corte Constitucional Colombiana, en que se desentrañará el concepto, contenido y alcance del ya mencionado debido proceso.

Palabras clave: Debido proceso, legalidad, Corte Constitucional, jurisprudencia.

Abstract

The due process of law is a legal institution that provides the parties access to the judicial system, by means of diverse substantial guarantees and of legally established procedures. This article elaborates on how the Colombian Constitutional Court has engaged with those guarantees and procedures, and seeks to identify how the Court's conceptualizes the idea of due process of law, while identifying its content and scope.

Keywords: Due process, legality, Constitutional Court, jurisprudence.

* Licenciada en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Artículo recibido el 4 de noviembre de 2018 y aceptado para su publicación el 5 de marzo de 2019.

** Magister en Derecho. Investigador del CIDE. Artículo recibido el 4 de noviembre de 2018 y aceptado para su publicación el 5 de marzo de 2019. Correo electrónico: carmaroga@gmail.com

Introducción

La institución del debido proceso es un mecanismo de defensa contra los abusos o descuidos de las autoridades jurisdiccionales. Este dispositivo legal y judicial permite a los sujetos en un proceso, aducir en su protección que algún procedimiento no se llevó conforme a la norma establecida o que no se garantizaron sus derechos fundamentales¹.

Asimismo, puede servir como recurso para controlar la actividad de los operadores jurisdiccionales ante alguna parcialidad, omisión, abuso o una decisión subjetiva, que afecte su acceso a la justicia o en la impartición de la misma².

La base fundamental de la mentada institución es que los actos procedimentales se lleven conforme al principio de legalidad³; leyes que fueron expedidas por el Poder Legislativo, y que cuentan con la legitimidad democrática por su fuente soberana⁴.

Sin embargo, empatar este principio con el de legalidad es una visión simplificada de lo que comprende esta institución jurídica; porque puede suceder que se demuestre que, si bien se cumplió debidamente con los procedimientos normativos, la sentencia no se aproxima a la justicia⁵.

Así, a continuación, se expondrá cómo ha sido entendido y razonado y cuál ha sido el alcance del debido proceso a partir de las sentencias emitidas por la Corte Constitucional Colombiana⁶. Es decir, se mostrará la hermenéutica judicial que se ha creado alrededor del debido proceso en Colombia y se discernirá sobre su importancia en la impartición de justicia.

Para ello, se presentará la forma en que la jurisdicción constitucional colombiana ha definido dicho proceso, los elementos para considerar su existencia, y que se llevó a cabo con todas las formalidades, el alcance del mismo, y cuándo se reconoce que no hubo un debido proceso. Para finalizar, se presentará un conjunto de conclusiones y propuestas sobre la citada figura judicial.

¹ Agustín GORDILLO, *Introducción al derecho*, p. 3.

² Herbert L.A. HART, *El concepto del derecho*, pp. 4 y 64.

³ Alexander HAMILTON, James MADISON, y John JAY, *El Federalista*, p. 22.

⁴ Miguel VILLORO TORANZO, “La norma jurídica y sus caracteres”, p. 857 y ss.

⁵ Ramón RUIZ, “La distinción entre reglas y principios”, p. 145 y ss.

⁶ Brian BIX, *Jurisprudence*, p. 88.

I. Concepto

Entender los principios de una cosa o un objeto es primordial para comprender y dimensionar su naturaleza y funciones⁷. Por lo que, antes de racionalizar el concepto de debido proceso como institución judicial, se debe conocer qué es un proceso⁸. Ahora, la comprensión de aquel implica comprobar que todos los derechos adjetivos y sustantivos fueron considerados y respetados por las autoridades. Lo que hay que reconocer es que cuando un justiciable indica que se debe respetar el debido proceso, es precisamente porque se presume que la autoridad no se sujetó *al marco normativo* (o sea, fue “indebido” o “abusivo” el proceder de la autoridad) y, por tanto, ha incumplido su labor.

Es necesario mencionar que toda autoridad (pública o privada) puede conculcar o mal aplicar un proceso o procedimiento. Los efectos al solicitar que se revise la actuación de la autoridad o funcionario para calificar su actuación son: la reposición de una actuación o, de plano, anular todo el proceso por la gravedad de las violaciones, que no permitirían una correcta y óptima impartición de justicia.

Para comenzar este apartado, se presenta la acepción del concepto ‘proceso’ y qué requiere para que se revise y otorgue la calidad de ‘debido’ por parte de la Corte Constitucional Colombiana⁹.

“El proceso es un juicio y es lícito en cuanto implica un acto de justicia. Y como es evidente por la naturaleza procesal, se requieren tres condiciones para que un proceso sea debido: Primera, que proceda de una inclinación por la justicia; Segunda, que proceda de la autoridad competente; Tercera, que se profiera de acuerdo con la recta razón de la prudencia, en este caso, que se coteje integralmente toda pretensión, de tal manera que siempre esté presente el derecho de defensa, y que el juez en ningún momento se arrogue prerrogativas que no están regladas por la ley, ni exija, asimismo, requisitos extralegales. Siempre que faltaren estas condiciones, o alguna de ellas, el juicio será vicioso e ilícito”.

⁷ Ronald DWORKIN estima que los principios jurídicos no son patrones extrajurídicos y son vinculantes para el juez. *Los derechos en serio*, pp. 19-22.

⁸ *Op. cit.*, pp. 77-78. Esta concepción surge de la afirmación de que a partir de los principios se crean las normas. Básicamente, La distinción que hace Ronald Dworkin entre reglas y principios, es que las normas jurídicas prescriben una conducta con su consecuencia jurídica; los principios carecen de dicha consecuencia, en razón de que se trata de planteamientos que ayudan a tomar posición ante los casos concretos. Son orientadores, estándares de conducta. Por lo tanto, los principios son superiores a la norma.

⁹ Sentencia T-158/93.

Es interesante hacer notar los elementos que se describen en la jurisprudencia anterior en que el debido proceso es una solicitud para que haya justicia, o sea, es un medio que garantiza la apropiada impartición de justicia. Allí, se otorgan los criterios para calificar a una actividad como adecuada, es decir, por cuestiones de competencia (territorio, grado, materia o cuantía) y que se encuentre habilitada para llevar y resolver ese asunto, caso o negocio. Además, que la autoridad se conduzca dentro de sus atribuciones¹⁰, y que cualquier acto fuera de ellas, descalifica la naturaleza del proceso y, por tanto, demerita la calidad de la administración de justicia, provocando su nulidad de manera parcial o total.

También hacer notar que solo si hay un debido proceso se puede alcanzar justicia. Por lo que se debe contar con instituciones y normas que permitan a las personas tener acceso a la misma¹¹.

“El acceso debe estar enmarcado dentro de unos lineamientos básicos, como lo son el respeto al derecho a un debido proceso y a los principios en él incorporados, como lo son el de la legalidad, la buena fe y la favorabilidad, entre otros. A su vez, surge el deber del Estado, en cabeza de la administración de justicia, una vez se ha tenido acceso a ella, conforme a lo dispuesto en la Carta Magna, de que sus decisiones sean públicas y permanentes, con la prevalencia del derecho sustancial, al igual que observar en las actuaciones judiciales los términos procesales con diligencia. De ello surgen entonces principios que se deben cumplir en las actuaciones judiciales, como son el de la eficacia, la publicidad, la permanencia y la celeridad. Se configura en este caso por consiguiente una dilación injustificada del proceso y una indebida y morosa obstrucción para el acceso efectivo a la administración de justicia”.

En la referencia anterior, se advierten tres elementos indispensables para cumplir con este dispositivo legal: legalidad, buena fe y favorabilidad. Cada uno de ellos implica que la autoridad debe actuar conforme lo señala la norma, que sus actuaciones no deben contener un sesgo subjetivo o querer provocar un daño, y que siempre debe conducirse un proceso otorgando el mayor de los beneficios al justiciable; con esto, se puede observar que si la autoridad se apega lo más posible a la norma y es imparcial, será mejor la impartición de justicia¹².

También indica los principios con que deben operar las autoridades: *eficacia, publicidad, permanencia y celeridad*¹³. Sin duda, las instituciones de-

¹⁰ Pitrim SOROKIN, “Características de las normas jurídicas”, p. 471 y ss.

¹¹ Sentencia T-572/92.

¹² Juan Carlos BAYÓN, “Sobre la racionalidad de dictar y seguir reglas”, p. 143 y ss.

¹³ Antonio CABO DE LA VEGA, *Lo público como supuesto constitucional*, p. 258.

ben trabajar de manera óptima, solo así su resultado será el deseado, por lo que la eficiencia está basada en los resultados que se dan entre lo que indica la norma y la producción positiva que realizan. Los actos de las autoridades no deben ser opacos para que no generen duda ni sospechas en su labor. Esta transparencia permite que las personas observen cómo se conduce la autoridad y que no haya resquicios o espacios para que no se dude de su imparcialidad¹⁴. La autoridad debe contar con estabilidad laboral para que pueda impartir libremente su función y no estar acotado, dirigido o manipulado por algo o alguien (interno o externo), eso le generará una posición permanente en su función.

Un tema adicional a considerar es el tiempo. En muchas normas se impone un tiempo de resolución para una causa, pero que puede inaplicarse por el tipo de asunto o por solicitud de las partes¹⁵. Lo que hay que notar es que esta dilación ya queda como un derecho de las partes, lo que está prohibido es que sea la autoridad la que manipule o retrase la impartición de justicia, sin un motivo que lo justifique. Pues, en caso de retardar la administración de justicia, se estaría provocando un daño a la persona e impidiendo que goce de sus derechos de manera pronta y expedita. Lo que también conllevaría a revisar si la causa ameritó esos aplazamientos y, por consiguiente, si la autoridad debe responder por su irresponsabilidad como servidor público, por no resolver en los tiempos que advierte la normatividad respectiva¹⁶.

“El funcionario judicial –el juez– debe velar por la aplicación pronta y cumplida de la justicia. Los términos procesales son improrrogables y obligan tanto a las partes como a los jueces. El funcionario que incumpla los términos procesales o que dilate injustificadamente el trámite de una querrela, solicitud, investigación o un proceso sin causa motivada, incurrirá en causal de mala conducta. El abuso en la utilización de los recursos y mecanismos procesales, que conducen a la dilación de los trámites jurisdiccionales, contraría este principio. Se debe por tanto fortalecer la institucionalización de la mora como causal de mala conducta, para obligar al Juez a cumplir estrictamente los términos procesales y a darle un curso ágil y celeré a las solicitudes que ante la administración judicial presenten los ciudadanos, dentro de la garantía del debido proceso”.

Un tema que es importante discernir es en qué ámbitos, espacios e instituciones procede una solicitud de estas características¹⁷.

¹⁴ Agustín SQUELLA NARDUCCI, “Justificar decisiones jurídicas y justificar decisiones judiciales”, p. 277 y ss.

¹⁵ Edwin FIGUEROA, “Jueces y argumentación”, p. 119.

¹⁶ Sentencia T-572/92.

¹⁷ Sentencia T-496/92.

“La figura del debido proceso, es aplicable a toda clase de actuaciones que se realicen en los estrados judiciales e igualmente es válido el debido proceso, para toda actividad de la administración pública en general, sin excepciones de ninguna índole y sin ninguna clase de consideraciones sobre el particular. En el evento sublite es apenas natural que puede la sociedad actora reclamar que se le desconoce el debido proceso, ya que éste ha de cumplirse en tratándose también de los trámites y procedimientos que se cumplen ante las autoridades administrativas y sin que al efecto tenga que distinguirse si quien adelanta la gestión frente a ellas, sea una persona natural o una persona jurídica. La administración en uno u otro caso, ha de respetar el debido proceso”.

En esta interpretación, la Corte Constitucional señala como una obligación de toda autoridad pública guardar el debido proceso, lo que conlleva, también, a un sistema de responsabilidad en caso de incumplimiento¹⁸. Ahora, se puede observar que no se indica que la aplicación de dicho proceso sea exclusiva del Poder Judicial, sino de toda autoridad estatal. Lo interesante sería considerar que no solo sean los funcionarios estatales, sino que, también, las autoridades privadas quienes deban actuar, tutelar y vigilar que el proceso establecido sea cumplido con estándares y elementos mínimos para asegurar que sea “debido” (para pueda ser llevado de manera correcta y oportuna, asegurando los derechos de las partes)¹⁹.

La fuente primaria para la exigibilidad y justiciabilidad del debido proceso en Colombia, es la Constitución. Asimismo, esta institución se replica en diversas leyes orgánicas para que se garantice el respeto de todos los derechos procesales de las personas²⁰.

“El debido proceso es un derecho constitucional fundamental predicable de toda persona natural como moral cuando con una actuación judicial o administrativa éste ha sido vulnerado o amenazado. No existe vulneración ni amenaza al derecho constitucional fundamental del debido proceso de la persona moral en la actuación administrativa de la Cámara de Comercio y si el apoderado de la sociedad no comparte las decisiones de la Cámara de Comercio, sus alegaciones deben ser dirigidas y resueltas por la autoridad competente”.

Esta determinación jurisdiccional revela que tanto personas físicas como morales gozan del mismo derecho para exigir a la autoridad pública o privada, que se garantice su aplicación. Lo primero que tendría

¹⁸ María Cristina REDONDO, “La justificación de las decisiones judiciales”, p. 149 y ss.

¹⁹ Gabriel NEGRETTO y Mark UNGAR, “Independencia del Poder Judicial y Estado de Derecho en América Latina”, p. 83.

²⁰ Sentencia T-476/92.

que revisarse es que el proceso contenga un conjunto de potestades que salvaguarden sus derechos y que no haya espacio para privilegios a costa de sus integrantes. Lo segundo, analizar si se respetaron todas las formalidades contenidas en el cuerpo normativo correspondiente para examinar si se actuó conforme a la norma y si debe intervenir el Poder Judicial para que sean restituidos, protegidos o ambos, sus derechos fundamentales²¹.

“El derecho fundamental al debido proceso es de aplicación inmediata, vincula a todas las autoridades y constituye una garantía de legalidad procesal para proteger la libertad, la seguridad jurídica, la racionalidad y la fundamentación de las resoluciones judiciales. El derecho al debido proceso comprende un conjunto de principios materiales y formales entre los que se encuentran el principio de legalidad, el principio del juez natural o legal, el principio de favorabilidad penal y el principio de presunción de inocencia, todos los cuales responden mejor a la estructura jurídica de verdaderos derechos fundamentales. Una vez se ha particularizado el derecho-garantía a un debido proceso, adquiere el carácter de derecho constitucional fundamental en beneficio de quienes integran la relación procesal. De esa manera quien se sienta amenazado o vulnerado por algún acto u omisión de la autoridad o de los sujetos de la relación procesal, podrá invocar y hacer efectivo los derechos que implícitamente hacen parte del debido proceso”.

Lo primordial que se debe examinar para observar si el proceso fue el debido, son las formalidades de competencia y si la autoridad está impedida para resolver, por alguna causal que le provoque un conflicto de interés, y que podría resolver conforme sus intereses personales²².

“El debido proceso entendido como el conjunto de trámites y formas que rigen la instrucción y resolución de una causa, en cualesquiera de las jurisdicciones, es garantía para la debida protección y el reconocimiento de los derechos de las personas. Dentro de este entendido se ha previsto una serie de garantías de independencia y ecuanimidad para quienes tienen como misión la administración de justicia. Consciente el legislador de la naturaleza humana de quienes administran justicia y con el fin de que los jueces sean imparciales, ha establecido una gama de causales que, de existir, pueden restarle objetividad a la intervención del fallador. Para garantizar a los litigantes el adelantamiento imparcial de los procesos y permitirles a los jueces eximirse de intervenir en los juicios en donde no puedan tener absoluta imparcialidad, la ley faculta a aquéllos para que recusen a los jueces y a éstos para que se declaren impedidos”.

²¹ Sentencia T-572/92.

²² Sentencia T-445/92.

Es interesante el criterio pretérito, pues adelanta que la imparcialidad es primordial en todo proceso²³. O sea, que el juzgador o ejecutor no debe poseer interés alguno en el conflicto; se trata de que se mantenga al margen y que se limite su actuación, si es que tiene un interés directo o indirecto en el conflicto expuesto.

Ninguna autoridad está exenta de estar atento a que todo proceso se lleve de acuerdo con lo establecido en el marco legal²⁴. Desde el derecho de acceso a la justicia hasta los procesos administrativos que se realizan en el gobierno²⁵.

“El derecho al debido proceso es de obligatoria aplicación a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. El trámite de reconocimientos, entrega de subsidios o devoluciones no está exento de la observancia del debido proceso. Expresión manifiesta de ello es la existencia de diversos recursos legales –reposición y apelación– dentro de la vía gubernativa que permite ser oído y controvertir las decisiones de la administración cuando ellas son adversas a los intereses del solicitante. El margen de apreciación necesaria para el desempeño de las funciones públicas tiene como límite interno la igualdad de trato y de oportunidades. El derecho al debido proceso garantiza la igualdad ante la ley al exigir de la autoridad un mismo tratamiento frente a todas las personas, sin favoritismos ni discriminaciones”.

Esta jurisprudencia otorga la misma importancia y calidad a todo justiciable y a todo proceso en el que se garantice la respectiva igualdad formal ante el Estado, y de trato por los órganos públicos, sin preferencia en las personas y en sus asuntos²⁶.

Entonces, si se empieza a vislumbrar este tema, se puede afirmar que hay un debido proceso en sentido material cuando la autoridad ha actuado conforme a las normas preestablecidas (que son su ámbito de ejercicio), y que cualquier acto o conducta fuera de sus facultades es ilegal, abusivo y, por tanto, inválido. Esto es determinado en la doctrina, como principio de legalidad²⁷.

“La sujeción de sus autoridades al derecho, y en particular, la garantía que tal sometimiento representa para los derechos de las personas, tiene dos

²³ Isabel TRUJILLO, *Imparcialidad*, p. 310.

²⁴ Para conocer más sobre el tema del origen de los principios en materia constitucional, véase Rubén HERNÁNDEZ VALLE, *Los principios constitucionales*.

²⁵ Sentencia T-463/92.

²⁶ Karla PÉREZ PORTILLA, *Principio de igualdad: Alcance y perspectivas*, pp. 16-19.

²⁷ Sentencia T-824A/92.

consecuencias fundamentales. La primera de ellas, que el principio de legalidad resulta exigible a todas las autoridades estatales. Particularmente a las autoridades judiciales, a quienes corresponde garantizar la efectividad de los derechos de las personas. La segunda consecuencia consiste en que cuando la actuación de una autoridad judicial resulta contraria a la legalidad, y con ello se desconocen los derechos fundamentales de las personas, estos pueden ser objeto de protección mediante la acción de tutela. En efecto, como no puede haber autoridades estatales cuya actividad no esté sometida a la legalidad, y como de tal sujeción depende la vigencia de los derechos y libertades constitucionales fundamentales, la actividad de los jueces ordinarios está sujeta al control de tutela que ejerce el juez constitucional”.

Por lo que la inobservancia de la norma, o sea, la ilegalidad (por acción u omisión), es el acto que origina un proceso inadecuado y que ha producido un perjuicio a la persona. Pero este no fue llevado con todas sus formalidades, es decir, si contiene un error que, sin embargo, no afecta el fondo del proceso, se podría considerar, por excepción, continuante con el mismo. Por ejemplo, el no anotar el número de identificación de la persona que recibió una notificación. Este tema invita a considerar y reflexionar sobre la gravedad de la informalidad y meditar si se debe reponer el procedimiento o continuar con el proceso de la causa²⁸.

“La inobservancia de las reglas que rigen para cada proceso, no sólo cuando se adelanta uno diferente al que legalmente corresponde, sino cuando dentro del pertinente no se siguen las secuencias que le son propias por ley, es lo que constituye una violación y un desconocimiento al principio del debido proceso. La accionante sí conoció de la existencia del proceso por conducta concluyente, ya que quedó vinculado al proceso, participando dentro del mismo, y concretamente, en la diligencia de inspección ocular, por lo que ha podido hacer uso de los medios judiciales para defender sus intereses”.

Uno de los objetivos que se promueve con el debido proceso es garantizar todos los derechos de los justiciables y el control de la autoridad²⁹. Esto deriva en que sea el Estado de derecho el que impere como mecanismo de protección y de estricta aplicación de la norma, sin concesiones

²⁸ Sentencia T-248/93.

²⁹ El modelo de Estado Democrático de Derecho es una de las evoluciones histórico-políticas del Estado de derecho (*rule of law*). Estos valores no solo deben ser rectores de la organización tanto administrativa como de sus decisiones, sino que deben considerarse para las distintas esferas del poder público. Véase José de Jesús OROZCO HENRÍQUEZ, voz “Estado de derecho”, pp. 830-832.

ni privilegios³⁰. Así lo reconoce la Corte Constitucional Colombiana al definir al estado de Derecho:

“Por Estado de Derecho se debe entender el sistema de principios y reglas procesales según los cuales se crea y perfecciona el ordenamiento jurídico, se limita y controla el poder estatal y se protegen y realizan los derechos del individuo. Surge entonces el derecho de defensa de la persona frente al Estado, que se rige por un proceso”³¹.

Se debe analizar cuál es la consecuencia de aplicar la norma que garantiza seguridad jurídica y justicia a las personas. Por lo que la aplicación del principio de legalidad, si bien es para frenar los actos de las autoridades, indirectamente se protege de abusos a la población, para que en caso de una supuesta arbitrariedad, los jueces constitucionales escuchen su petición y resuelva conforme a derecho³².

“En un Estado social de derecho, toda función pública debe estar sujeta a una regulación jurídica preexistente que garantice al individuo receptor de la acción su derecho de defensa. Y para el ejercicio de este derecho no basta con poner en conocimiento de dicha persona la decisión final, sino que es necesario brindarle la posibilidad de que ella muestre al ente decisor competente su verdad, sus alegatos, en fin, su visión de los acontecimientos”.

Para concluir este apartado, es preciso empezar a visualizar el siguiente subtema, el contenido y las formas para que se considere que no hubo un debido proceso y la autoridad dictamine qué se debe hacer para reparar ese daño. Esto materializa la eficacia del Estado, efectividad de la norma y legitima su valor ante la sociedad³³.

“La transgresión que pueda ocurrir de aquellas normas mínimas que la Constitución o la ley establecen para las actuaciones procesales, como formas propias de cada juicio, atenta contra el debido proceso y desconoce la garantía de los derechos e intereses de las personas que intervienen en el mismo. De esta manera, logra ignorar el fin esencial del Estado social de derecho

³⁰ Albert Venn Dicey introdujo al *Common Law* inglés, el modelo de sometimiento de la administración al derecho, denominándolo *rule of law*, en su obra *Introduction of the study of the law of the Constitution* aparecida en 1855. En su opinión, el *rule of law* expresa, entre otras cosas, la idea de la igualdad formal ante la ley y la negación de cualquier privilegio a la ley. Catalina ESCUIN PALOP, *Curso de derecho administrativo*, pp. 25-26.

³¹ Sentencia T-049/93.

³² Sentencia T-584/92.

³³ Sentencia T-383/00.

que pretende brindar a todas las personas la efectividad de los principios y derechos constitucionalmente consagrados, con el fin de alcanzar la convivencia pacífica ciudadana y la vigencia de un orden justo. Sin embargo, la violación del derecho al debido proceso no sólo puede predicarse del incumplimiento de una determinada regla procesal; también ocurre por virtud de la ineficacia de la misma para alcanzar el propósito para el que fue concebida. Así, en la medida en que el derecho sustancial prevalece sobre las formas procesales, como mandato que irradia todo el ordenamiento jurídico y, muy especialmente, las actuaciones destinadas a cumplir con la actividad judicial, es que las formas procesales que la rijan deben propender al cumplimiento de los propósitos de protección y realización del derecho material de las personas y a la verdadera garantía de acceso a la administración de justicia. Con ello no se quiere significar que las reglas de procedimiento, legalmente establecidas, puedan resultar inobservadas sin discriminación por los funcionarios encargados de conducir el respectivo proceso; por el contrario, éstas deben aplicarse con estricto rigor en la medida de su eficacia para realizar los derechos e intereses de las personas, so pena de convertir en ilegítimos los actos efectuados sin su reconocimiento”.

Por tanto, la consecuencia de un debido proceso es asegurar que las personas no tengan incertidumbre de sus derechos, brindando seguridad jurídica a la comunidad. El efecto es provocar, también, la sana convivencia entre el poder público y las personas que exigen que sean contempladas, respetadas, vigiladas y tuteladas sus prerrogativas y, por otro lado, que también haya un mecanismo de efectividad para que se controlen y regularicen los actos del poder, y que haya una identificación entre la norma y las leyes; pero sobre todo, que el derecho recupere su función social.

A continuación, se presentarán los elementos que integran este proceso, desde la visión de la jurisdicción constitucional en Colombia.

II. Contenido

El fundamento teleológico de estos principios legales es la seguridad jurídica y una eficaz administración de justicia. Con esto, se reconoce que cuando la persona que accede al sistema jurídico no tiene un juicio justo, es porque hubo un indebido proceso y que se rompió con el equilibrio procesal, generando una desigualdad en el proceso que debe ser reparada³⁴.

“El fundamento del debido proceso, lo encontramos en los principios de la justicia y la seguridad jurídica; éstos exigen que se empleen medios

³⁴ Sentencia T-140/93.

idóneos para dar estabilidad y seguridad a las partes dentro del proceso, en el que se ventilan sus pretensiones con objetividad, esto es, imparcialmente, con la apreciación del todo probatorio, y jamás limitándose a escrutar tan sólo un sector. En tal caso la decisión sería unilateral, y lo unilateral excluye la alteridad, la cual, es requisito sine qua non de todo acto verdadero de justicia, la cual es por naturaleza una *virtus socialis* – referida siempre al otro–. La causa final del debido proceso no es otra que garantizar el equilibrio armónico de las partes entre sí, bajo la dirección de un tercero imparcial que estará dispuesto a dar el derecho a quien le corresponda, en virtud de lo probado, es decir, de lo evidenciado por las partes bajo parámetros de legitimidad y oportunidad”.

En esta definición se descubren dos objetivos a considerar: el reequilibrio procesal y la defensa de los derechos de las personas. Pero surge otro tema relacionado con el momento en que se realizó el indebido proceso y la responsabilidad de la autoridad ante la ilegalidad de su actuación. Por lo que se considera que es parte, también, de un debido proceso, que no solo se subsane el procedimiento o se anule el proceso, sino que sea sancionada la autoridad responsable y, lógicamente, al demostrarse el daño a la persona sea indemnizada por esa vulneración a sus derechos.

Ahora bien, si un acto es consentido o no es impugnado en el tiempo procesal oportuno, ¿se podría solicitar la nulidad del procedimiento y su inmediata reposición? Y aquí nace un tema importante, el valor de la cosa juzgada y hasta qué momento se podría decir que hubo un debido, justo, honesto, público, imparcial y correcto proceso.

Sumado a la reflexión anterior, se señalarán los elementos o principios que componen el debido proceso. Para ello, es necesario exponerlos y circunscribir su relación con la administración de justicia³⁵.

“El derecho fundamental al debido proceso es de aplicación inmediata, vincula a todas las autoridades y constituye una garantía de legalidad procesal para proteger la libertad, la seguridad jurídica, la racionalidad y la fundamentación de las resoluciones judiciales. El derecho al debido proceso comprende un conjunto de principios materiales y formales entre los que se encuentran el principio de legalidad, el principio del juez natural o legal, el principio de favorabilidad penal y el principio de presunción de inocencia, todos los cuales responden mejor a la estructura jurídica de verdaderos derechos fundamentales. Una vez se ha particularizado el derecho-garantía a un debido proceso, adquiere el carácter de derecho constitucional fundamental en beneficio de quienes integran la relación procesal. De esa manera quien se sienta amenazado o vulnerado por algún acto u

³⁵ Sentencia T-572/92.

omisión de la autoridad o de los sujetos de la relación procesal, podrá invocar y hacer efectivo los derechos que implícitamente hacen parte del debido proceso”.

Por lo que se señala que este derecho es para toda autoridad, que tiene por objetivo proteger diversos derechos y que se administra bajo los siguientes principios: *el de legalidad, el del juez natural o legal, el de favorabilidad penal y el de presunción de inocencia*, entre otros (dependiendo de cada competencia y autoridad). En el contexto judicial requerido, el justiciable tendrá que demostrar sus afirmaciones, basado en las pruebas que pueda presentar y se pueda observar la afectación en el proceso y, por tanto, el detrimento de su esfera jurídica.

Como ya se mencionó, la legalidad es uno de los principios rectores del debido proceso. Pero en el análisis de esta institución al caso concreto, se debe visualizar si la autoridad actuó fundando y motivando sus determinaciones:

“Una de las dimensiones del debido proceso es la motivación del acto. Todo acto debe ser motivado con expresión de las razones justificativas, como desarrollo del principio de legalidad, para determinar si este se ajusta a la ley o si corresponde a los fines señalados en la misma”³⁶.

En otras palabras, hay que analizar todo el marco normativo que rodea las facultades de la autoridad, para comprender la naturaleza de sus actos y resolver si ha actuado apegado a la norma, y calificar si ese acto fue arbitrario, discrecional, abusivo y, por tanto, ilegal.

Por lo antes expuesto, se observa que esta actividad está conformada por diversos principios, reglas y derechos que sustentan la calificación de lo “debido” en un proceso, y comprobar si se han cumplido con cada uno de ellos. Pero, al mismo tiempo, se debe reflexionar en el procedimiento como una estructura teleológica, un mecanismo de defensa, de eficacia de la ley y de funcionabilidad social, por lo que hace esta institución judicial un elemento clave para contener el poder de la autoridad y garantizar todos los derechos adjetivos y sustantivos de las personas³⁷.

“El debido proceso es un derecho de estructura compleja que se compone de un conjunto de reglas y principios que, articulados, garantizan que la acción punitiva del Estado no resulte arbitraria. Algunas de las reglas constitucionales que configuran este derecho son de aplicación inmediata y anu-

³⁶ Sentencia T-187/93.

³⁷ Sentencia C-475/97.

lan cualquier norma que las limite o restrinja. Así por ejemplo, el derecho a la legalidad del delito y de la pena no admite restricción ninguna, como tampoco el principio de la no reformatio in pejus, o el principio de favorabilidad (art. 29 del C.P.).

No obstante, otros de los elementos integrantes del debido proceso tienen la estructura lógica de estándares o reglas que deben ser aplicadas prima facie, y admiten ponderaciones o limitaciones útiles, necesarias y proporcionadas para asegurar la vigencia de otro derecho fundamental o de un interés constitucional de igual entidad. En particular, el derecho de defensa es uno de aquellos derechos que plantea parámetros de actuación que deben ser regulados por el legislador garantizando su máxima aplicación, pero cuidándose de afectar otros derechos o bienes constitucionalmente valiosos que se encuentran en juego en el juicio penal o administrativo”.

Cuando un proceso se ha observado como indebido, se deben considerar los derechos de la otra parte que no fue beneficiada. Esto qué implica: que las prerrogativas de la contraparte pueden ser afectadas en esta decisión judicial, al reponer o anular los derechos de la persona afectada por una nefasta actuación de la autoridad. La defensa que se haya ejercido, el tiempo invertido y los recursos del Estado serán desechados ante la declaración de que no hubo un debido proceso, por lo que la seguridad jurídica del adversario y de cosa juzgada también quedan supeditadas al mismo.

A continuación, se presenta la jurisprudencia que crea un parámetro, para comprobar si este se ha llevado adecuadamente por parte de la autoridad³⁸.

“La necesidad de racionalizar el ejercicio del poder público y privado hace necesario un proceso que garantice (i.) la definición de los elementos básicos que estructuran cualquier relación jurídica, señalando tanto los supuestos relevantes para reconocer una conducta como jurídicamente significativa, como los efectos (consecuencias o sanciones) que se siguen de su incumplimiento, (ii.) la identificación de la autoridad que es el tercero imparcial competente para adoptar las decisiones relativas a los desacuerdos que surjan en la relación jurídica, (iii) la existencia de medios jurídicos (acciones o recursos) que se puedan emplear en los casos en los que quienes hacen parte de una determinada relación jurídica estiman necesario la intervención de un tercero (la autoridad competente) para resolver las posibles diferencias que se originan en dicha relación jurídica, (iv.) el conocimiento por parte de todos los interesados, tanto de los elementos que estructuran la relación jurídica que se establece y sus efectos concretos, como de los remedios jurídicos de los que gozan las

³⁸ Sentencia C-496-15.

partes para proteger sus intereses, y, finalmente, (iv.) el efectivo ejercicio de las herramientas jurídicas con las que el interesado puede adelantar su defensa ante las autoridades o terceros. Estos elementos, tanto procedimentales como sustanciales, estructuran la garantía del debido proceso”.

El debido proceso actúa como un mecanismo de defensa al controlar el poder de la autoridad³⁹, pero también produce transparencia y rendición de cuentas de cómo ejerció sus potestades. Esto faculta que la autoridad sea cuestionada por su actuación o por las prerrogativas que la normatividad le concede⁴⁰.

“En cualquier clase de proceso que adelante la administración en desarrollo de su actividad y en la cual involucre a un particular, deberá de tener en cuenta los pasos y procedimientos preestablecidos en cada tipo de proceso, y que estos se deben agotar a fin de poder llegar a la toma de una decisión, sea esta judicial o administrativa. Es por ello, que para que el derecho sustancial que se encuentre involucrado en la decisión que toma la autoridad, se vea protegido, debe estar permanente acompañado y respaldado por un procedimiento y unas formalidades preexistentes que permitan su vigencia, pues dicho trámite agiliza y da transparencia a la actuación de la autoridad permitiendo la búsqueda del orden justo”.

En cuanto a su papel en la impartición de justicia, la siguiente jurisprudencia define su función en un estado social de derecho⁴¹.

“La Constitución consagró el derecho fundamental al debido proceso, entendido éste como el conjunto de garantías que procuran la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten las formalidades propias de cada juicio. La norma constitucional lo consagra para todo tipo de actuaciones, de manera que las situaciones de controversia que se presenten en cualquier proceso estén previamente reguladas en el ordenamiento jurídico, el cual debe señalar las pautas que procuren el respeto de los derechos y obligaciones de las partes procesales para que ninguna actuación de las autoridades tenga origen en su propio arbitrio, sino que obedezca a los procedimientos descritos en la ley y los reglamentos. El debido proceso propende por una debida administración de justicia, la cual, a su vez, constituye una de las más importantes garantías para el amparo de los intereses legítimos de la comunidad y contribuye a la permanencia del Estado social de derecho”.

³⁹ Diego VALADES, *El control del poder*, p. 65.

⁴⁰ Sentencia T-1232/00.

⁴¹ Sentencia T-073/97.

Respecto del alcance que debe tener el debido proceso, se expondrán las consecuencias que se producen al ejecutarse un indebido uso del poder de la autoridad, la vulneración del orden jurídico, la restauración de los derechos fundamentales de las personas y la consecuente responsabilidad de la autoridad.

III. Alcance

Ya se ha visto el concepto y el contenido, pero queda pendiente saber cuáles son los efectos producidos cuando se ha reconocido que no se llevó el proceso de la forma indicada por la ley y, sobre todo, qué hacer ante la violación de los derechos sustantivos y procesales de las personas, para que sea reparado el acto y se genere certidumbre y seguridad jurídica en el Estado. En suma, posicionarlo como un instrumento primordial para que la autoridad pueda impartir justicia⁴².

“El carácter fundamental del derecho al debido proceso proviene de su estrecho vínculo con el principio de legalidad al que deben ajustarse no sólo las autoridades judiciales sino también, en adelante, las administrativas, en la definición de los derechos de los individuos. Es pues una defensa de los procedimientos, en especial de la posibilidad de ser oído y vencido en juicio, según la fórmula clásica, o lo que es lo mismo, de la posibilidad de ejercer el derecho de defensa. El derecho al debido proceso comprende no solo la observancia de los pasos que la ley impone a los procesos judiciales y a los procesos y trámites administrativos, sino, también el respeto a las formalidades propias de cada juicio, que se encuentran, en general, contenidas en los principios que los inspiran, el tipo de intereses en litigio, las calidades de los jueces y funcionarios encargados de resolver”.

Esta jurisprudencia contiene elementos importantes: las autoridades deben ser profesionales altamente calificados, con vocación de servicio público y social y, también, estar sujetos a un sistema de responsabilidades en caso de incumplir con las obligaciones propias de su función. Desde que se les otorga poder, se les hace responsables del uso del mismo, por lo que en su selección se debe procurar que posean estas cualidades para que no abusen de sus facultades⁴³.

⁴² Sentencia T-516/92.

⁴³ Sentencia T-1341/01.

“Dentro del campo de las actuaciones administrativas ‘el debido proceso es exigente en materia de legalidad, ya que no solamente pretende que el servidor público cumpla las funciones asignadas, sino además que lo haga en la forma como determina el ordenamiento jurídico’. Efectivamente, las actuaciones de la Administración son esencialmente regladas y están sujetas a dicho principio de legalidad. El poder de actuación y decisión con que ella cuenta no puede utilizarse sin que exista una expresa atribución competencial; de no ser así, se atentaría contra el interés general, los fines esenciales del Estado y el respeto a los derechos y las libertades públicas de los ciudadanos vinculados con una decisión no ajustada a derecho”.

Sin duda, la forma de contener el poder de la autoridad está no solo en sus cualidades intrínsecas, sino en la posibilidad de anular todo acto que no provenga de sus funciones o que sea utilizado para interés personal. La legalidad como instrumento del debido proceso permite que el mismo poder sea limitado, y consecuentemente, se sancione ese abuso.

Es importante comprender también su compleja estructura⁴⁴; esto significa observar tanto su naturaleza única como su constructo constituido por diversos derechos, con diferentes etapas, cada una de ellas con sus propias características, pero con un objetivo: garantizar todos los derechos a fin de que se pueda resolver conforme a la norma, respetando los derechos sustantivos del justiciable⁴⁵.

“El derecho al debido proceso hace referencia a un conjunto complejo de circunstancias (por ejemplo, la definición del status de las personas, o la consagración de actos, etapas, oportunidades e intercambios), señaladas por la Constitución y la ley que ‘protegen al ciudadano sometido a cualquier proceso’, asegurándole a lo largo del mismo la posibilidad de defender sus intereses mediante el señalamiento expreso de los requisitos y obligaciones que debe cumplir y de los recursos con los que cuenta para impugnar las decisiones de la autoridad. Pero también la existencia de un principio de esta naturaleza refiere la necesidad de dar cumplimiento a una secuencia de actos, relacionados entre sí de manera directa o indirecta, que persiguen un objetivo adicional: la racionalización del ejercicio del poder de tal manera que se reconozca en la ley, y no en la voluntad, en la fuerza, o en la arbitrariedad, la forma de resolución de las contenciones de derecho. Así, como tantas veces lo ha dicho la Corte, ‘las actuaciones que adelanten los funcionarios judiciales o las autoridades administrativas, deben observar y respetar en todo momento las normas que regulen los procedimientos a seguir, con el fin de preservar las garantías –derechos y obligaciones– de quienes se encuentran incurso en una relación jurídica,

⁴⁴ Laurence H. TRIBE, *On Reading the Constitution*, p. 67.

⁴⁵ Sentencia T-945/01.

en todos aquellos casos en que la actuación conduzca a la creación, modificación o extinción de un derecho o a la imposición de una sanción”.

Se desprende de la pretérita jurisprudencia varios elementos a considerar y razonar. La racionalización del proceso indica una sujeción de etapas o pasos concatenados, coherentes, lógicos y armonizados que están contenidos en uno o varios cuerpos normativos. Y que cualquier acto fuera de la ley son ilegales, lo que significa que la autoridad violó la legalidad, produciendo una lesión al proceso⁴⁶. Pero también puede ser que se haya hecho un acto legal, pero que atente contra los derechos de las personas y que se analice si ese abuso vulneró el proceso. Por ejemplo, en el caso de los procesos abreviados o de supresión de etapas procesales, se debe de tener en consideración los derechos de las personas más allá de la economía procesal, observando no violar los derechos de las personas, por lo que cualquier mecanismo para reducir algún procedimiento debe estar de conformidad absoluta de las partes, y conocer plenamente los derechos a los que están renunciando.

Otro tema relevante es el referido a la anulación de la desventaja que se creó a partir de un indebido proceso. El efecto al reparar un procedimiento o anular un proceso es que la arbitrariedad cometida por la autoridad sea nulificada, y que la persona sea protegida en su esfera jurídica⁴⁷.

“El debido proceso está consagrado en la Carta Política como un derecho de rango fundamental que se aplica en todas las actuaciones judiciales y administrativas. Según la jurisprudencia constitucional, el proceso es debido cuando se ajusta a las previsiones legales, se acomoda a las formas propias de cada juicio y garantiza el derecho de defensa de los asociados. A través de la garantía del debido proceso, el Estado logra impedir que las controversias jurídicas se tramiten según el capricho de los funcionarios encargados de resolverlas, pero también busca que la Administración de justicia se imparta según criterios homogéneos que garanticen la seguridad jurídica y el principio de igualdad. Adicionalmente, por la sola circunstancia de ser un derecho fundamental, el debido proceso en cuanto garantía ciudadana puede ser reclamado judicialmente por vía de acción de tutela, pues el carácter sumario y prevalente de éste procedimiento, hacen de él un mecanismo idóneo para evitar que los agentes encargados de la administración de justicia resuelvan los conflictos sometidos a su consideración por fuera de la juridicidad, es decir, acudiendo a las vías de hecho”.

⁴⁶ Gustavo ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil*, p. 23. Sin embargo, la situación se complica cuando existe conflicto entre principios. En estos supuestos, para Gustavo Zagrebelsky se deberá resolver dando preferencia al principio que tenga mayor acercamiento a los derechos políticos, pues de lo contrario estaría en riesgo el régimen democrático.

⁴⁷ Sentencia T-945/99.

La fuente del principio de legalidad es el Poder Legislativo. Si en la elaboración de las leyes hay un error, defecto u omisión en un proceso o procedimiento, se debe considerar que los ejecutantes e intérpretes de la ley deben de obedecer la norma como les fue otorgada, para que la usen para impartir justicia. Pero, ¿hasta qué punto es factible no aplicar una norma defectuosa sin tener un problemas de responsabilidad? En ese sentido, la autoridad sí podría evitar la aplicación de una norma violatoria de derechos, pues los legisladores consideraron esta posibilidad para que hubiese una justicia más eficaz; por ejemplo, en varios países los casos de cuantía menor no contemplan el derecho a recurrir⁴⁸.

“El artículo 29 de la Carta Política consagra el derecho fundamental al debido proceso, como el conjunto de garantías que procuran la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten las formalidades propias de cada juicio y se logre la aplicación correcta de la justicia. En consecuencia, para que la protección a este derecho sea efectiva, es necesario que cada una de las etapas procesales estén previamente definidas por el legislador, pues, de lo contrario, la función jurisdiccional quedaría sujeta a la voluntad y arbitrio de quienes tienen la función de solucionar los conflictos de los asociados y de resolver sobre la interdependencia de sus derechos. La previa definición legal de los procedimientos que constituyen el debido proceso, ha sido denominada por la Constitución Política, como ‘formas propias de cada juicio’, y se constituye en consecuencia, en la garantía de referencia con que cuentan las personas para determinar en qué momentos la conducta de los jueces o de la administración se convierte en ilegítima, por desconocerse lo dispuesto en las normas legales, constituyéndose en una vía de hecho. Resulta contrario al ordenamiento jurídico el que un funcionario encargado de adelantar procedimientos judiciales o administrativos que resuelvan sobre derechos subjetivos, proceda conforme su voluntad, desconociendo las pautas que la ley le ha señalado para el ejercicio de su función, pues en tal caso, su actuación subjetiva y caprichosa se convierte en una vía de hecho, por la vulneración al debido proceso legal”.

Se debe presuponer que todo proceso expedido por los legisladores contendrá todos los elementos mínimos para que se pueda administrar justicia. En él, la norma contendrá y considerará los aspectos sustantivos y adjetivos para que un proceso sea razonable, justo e imparcial. Por ejemplo, en un caso de renuncia de derechos no se podría alegar posteriormente, que el proceso no fue el debido por esa decisión. Los acuerdos judiciales están contemplados en la norma para dar celeridad y generar economía

⁴⁸ Sentencia T-795/98.

procesal al proceso o procedimiento, observando que el acuerdo está conforme a las reglas, que fue aprobado por la autoridad y que no vulneró los derechos de las personas.

Pero, ¿quién debe comprobar que no se ha llevado a cabo el cumplimiento del debido proceso? Ante una situación de violación de derechos, lógicamente tiene que ser un superior el que revise el caso, pero no solo en cuanto al derecho que se presume ha sido conculcado, sino que debe revisarse todo el proceso para comprobar que no haya otras violaciones normativas⁴⁹.

“El debido proceso está consagrado en la Constitución Política dentro del rango de los derechos fundamentales. Siguiendo la profusa jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la materia, puede afirmarse que parte de su contenido esencial reside en la premisa según la cual las decisiones judiciales y administrativas deben estar cimentadas tanto en los principios constitucionales como en las previsiones legales y reglamentarias, de tal modo que la resolución de los conflictos particulares o la definición de los derechos individuales, no queden al arbitrio del juzgador sino que, por el contrario, sean producto de la aplicación directa de la ley. Gracias al alcance que constitucionalmente se le ha reconocido a este derecho, el Estado puede garantizar que la Administración de justicia se imparta según criterios homogéneos que promuevan la seguridad jurídica y mantengan vigentes los principios de igualdad y legalidad. Pero adicionalmente, la Corte Constitucional ha dicho que esta garantía –la del debido proceso–, por razón de su jerarquía, puede hacerse efectiva a través de la acción de tutela, lo cual significa que cualquier persona que se considere afectada por una decisión judicial o administrativa, proferida por fuera del ordenamiento legal, pueda acudir a este mecanismo preferente para obtener inmediata protección”.

Es interesante reconocer que los procesos no solo se dan en el espacio administrativo y judicial, sino que, también, en la esfera de los particulares, por ejemplo: un arbitraje, una votación en un conjunto de condominios, el ingreso a una universidad, una huelga, la forma como se lleva una asamblea en una asociación, una conciliación, una certificación, una licitación, entre tantos actos, espacios y profesiones que requieren de un conjunto de procedimientos y procesos para que se puedan llevarse a efecto los mismos. Por esto, la Corte Constitucional Colombiana estimó que el alcance del debido proceso se debía colocar y observar fuera de la materia pública y, por tanto, también se debía vigilar que los derechos de las personas se protegieran por medio de este en el ámbito privado⁵⁰.

⁴⁹ Sentencia T-166/00.

⁵⁰ Sentencia T-546/00.

“El derecho al debido proceso considerado de manera abstracta constituye una aplicación del principio de legalidad dentro de un proceso judicial o administrativo. Tal definición, aún sin necesidad de que se determinen el contenido y los alcances del derecho, tiene una repercusión fundamental: garantizarles a las personas que la actividad de las autoridades estatales va a seguir un conjunto de reglas procesales establecidas de antemano. Este derecho, así formulado, brinda a los individuos seguridad frente a la actividad estatal, y garantiza que dichas reglas se apliquen por igual a todos, como consecuencia del carácter general y abstracto de la ley procesal. De tal modo da aplicación a tres principios jurídicos fundamentales: la seguridad jurídica, la legalidad de los procedimientos y la igualdad de las personas frente a la ley. Como regla general, el derecho al debido proceso tiene cabida, únicamente, en procedimientos que sigan las autoridades administrativas o judiciales, y sólo excepcionalmente en las actuaciones de los particulares”.

Es importante esta jurisprudencia, porque reconoce que también en el ámbito privado se debe proteger y vigilar los derechos sustantivos y adjetivos para que el proceso sea conforme a la normativa, y se considere que fue el debido, o en su caso reconocer que aquel proceso no garantiza que haya igualdad, imparcialidad, transparencia, recursos a las partes, publicidad, inviolabilidad de derechos fundamentales, entre otros; y excitar a que los particulares dispongan de reglas, principios y derechos para establecer un proceso justo⁵¹.

“El debido proceso, como derecho fundamental, no se agota en el principio de legalidad. Este derecho, en clave constitucional, apunta a que el procedimiento aplicable sea compatible con la Constitución y a que, en el desarrollo del procedimiento, sea administrativo o judicial, se respeten las garantías que permiten calificar dicho procedimiento de justo (en particular, juez natural, carácter público del procedimiento, derecho de defensa, derecho a controvertir las pruebas y doble instancia en materia penal). De lo anterior, se desprende que no toda violación del procedimiento legal implica violación del derecho fundamental al debido proceso”.

En una nueva interpretación de su alcance, se consideró y relativizó la gravedad de la violación en el procedimiento, esto significa que, si bien pudo haber una transgresión por la forma en cómo se realizó un acto intraprocesal (sin violar un derecho fundamental), no menos cierto, es que ese acto no repercutió en la substanciación del proceso; por lo que, si bien se reconoce una violación adjetiva, no tiene la calidad ni peso para influir en el resultado final del proceso.

⁵¹ Sentencia T-116/04.

Sin embargo, definir el debido proceso es muy complejo porque depende de la naturaleza de cada área, o sea, es específico por su materia y ámbito, en cuanto a su forma y fondo. Lo que el juzgador comprueba en cada proceso, es si en él se protegen los derechos fundamentales y si sus procedimientos permiten alcanzar una determinación justa, correcta e imparcial, y que no haya ninguna arbitrariedad⁵².

“Una cosa es la efectividad de la garantía constitucional, que no depende de la ley en cuanto no proviene de ésta, y otra muy distinta, la verificación acerca del contenido del debido proceso en relación con cada caso, que siempre tendrá por factor de comparación lo dispuesto en la ley correspondiente. Eso implica que, si bien el derecho constitucional al debido proceso no precisa de un estatuto legal que lo haga reclamable de manera inmediata y plena, siempre habrá de verse, para deducir si tal derecho ha sido respetado o es objeto de violación, cuáles son las reglas procesales aplicables en el evento específico, es decir, las generales y abstractas, vigentes con anterioridad e integrantes de la ley prevista para cada proceso”.

Por lo que se advierte que existen elementos mínimos para considerar una teoría de un núcleo básico en el debido proceso⁵³, mismos que deben ser observados por el impartidor de justicia para verificar no solo el proceso en ese caso, sino que se analiza de forma neutra por medio de un modelo mínimo de derechos que debe contener, y para que haya una actuación eficiente de la autoridad⁵⁴.

Las formas para hacer exigible la garantía de este procedimiento son dos: la constitucionalidad del fallo y el recurso legal que se presenta ante el superior del que emitió un proceso indebido⁵⁵.

“La casación no puede confundirse con la acción de revisión, aunque ambas sean medios de impugnación extraordinarios, pues en la primera se cuestiona la juridicidad del fallo, es decir, la estricta observancia de la ley y la Constitución, y en la segunda se cuestiona la decisión judicial porque la realidad allí declarada no corresponde a la verdad objetiva o real, debido al surgimiento de hechos nuevos que no se conocieron durante el trámite del proceso y que, necesariamente, inciden en ella”.

⁵² Sentencia T-217/96.

⁵³ David SOBREVILLA, “El modelo jurídico de reglas, principios y procedimientos en Robert Alexy”, pp. 98-113.

⁵⁴ Daniel E. HERRENDORF, *El poder de los jueces*, pp. 97-109.

⁵⁵ Sentencia C-252/01.

En el análisis de la misma jurisprudencia, también se estableció qué se debía de hacer en caso de que hubiera un conflicto entre normas: siempre será de observancia obligatoria la supremacía constitucional⁵⁶.

“Los problemas prácticos de la administración de justicia no pueden solucionarse con el sacrificio de derechos fundamentales de las personas. En caso de presentarse conflicto entre un derecho fundamental e inalienable de la persona humana, y la conveniencia de adecuar una institución a objetivos prácticos alcanzables de otro modo, sin duda ha de prevalecer la garantía del primero. Para ambos objetivos prácticos debe haber remedios adecuados que no resulten violatorios de los derechos fundamentales y del ordenamiento superior”.

Este criterio establece la preponderancia de la Constitución sobre cualquier norma legal, acuerdo judicial, convenio privado o institución procesal particular. Así, en caso de conflicto, prevalezca la Constitución⁵⁷.

Dos temas de relevancia son, en qué tiempo se considera que hay una vulneración en el proceso por no impartir justicia, y en qué instante se vuelve un acto consentido, no reclamar por la vía legal o constitucional, que supone violó sus derechos⁵⁸.

“El sindicado es sujeto procesal y no víctima procesal. Las consecuencias del error judicial que enmienda y corrige el superior, no pueden gravitar negativamente en la parte procesal hasta el punto de que ésta pierda la oportunidad de utilizar un recurso de defensa por haberlo presentado dentro del término que le indicó el juzgado de la causa con base en una interpretación prima facie razonable, esto es, por haber conformado su conducta procesal a los autos y demás actos procedentes de dicho despacho judicial. La administración de justicia, a través de las diferentes instancias, debe corregir sus propios errores, pero no a costa del sacrificio del legítimo derecho de defensa de los sindicados y menos escarmentando la buena fe que ellos razonadamente hayan puesto en los actos de las autoridades. Los dictados de la buena fe se ignoran al obrar con tan máxima severidad y dar lugar a iniquidad manifiesta. En definitiva, para corregir el error judicial –falencia interna del servicio de administración de justicia– no era necesario sacrificar de manera tan palmaria el derecho de defensa del sindicado y considerar falta suya el haber confiado razonadamente en la autoridad pública”.

Es necesario presentar un ejemplo de un acto consentido y su validación dentro del proceso⁵⁹:

⁵⁶ Sentencia C-252/01.

⁵⁷ Carlos S. NINO, *The Constitution of deliberative democracy*, pp. 1-5.

⁵⁸ Sentencia T-538/94.

⁵⁹ Sentencia C-541/92.

“La norma acusada propende por la vigencia efectiva del principio de lealtad procesal y por el de la realización de la Justicia; así, cuando dentro de la etapa investigativa cualquiera de los sujetos procesales se percate de la existencia de una nulidad, debe de inmediato ponerla en conocimiento del Fiscal que adelante el caso. Además la norma acusada no contraría el Debido proceso por cuanto los sujetos procesales cuentan con oportunidades suficientes para invocar las nulidades de los actos procesales originadas en la etapa de investigación y el juez está dotado de facultades oficiosas para declararlas; además, la ‘convalidación’ transitoria de las no invocadas dentro de las oportunidades señaladas, no se opone al principio del adelantamiento de un proceso libre de cualquier vicio de evidente raigambre constitucional, todo lo contrario, pretende que se llegue a la etapa de juzgamiento y se adelante ésta con la mayor garantía posible”.

Un tema derivado de un indebido proceso es la responsabilidad del sujeto que realizó el acto. Por lo que se debe cuestionar si un debido proceso debe contar con un sistema de sanciones y de responsabilidad objetiva del Estado por una mala administración de justicia⁶⁰.

“Todos y cada uno de los jueces y magistrados son el poder judicial y todos ejercen a plenitud la jurisdicción, según una distribución funcional reservada a la ley, lo que implica que cada uno de ellos sea el titular de ese poder y no la organización en su conjunto. El juez puede hacer un uso indebido de la potestad jurisdiccional que tiene, e incurrir en actuaciones no ajustadas a derecho, arbitrarias, que vulneren derechos fundamentales del individuo como el derecho a la libertad y al debido proceso; cuando así ocurra, quien se vea afectado por esas actuaciones o decisiones, puede defender sus derechos fundamentales por vía de tutela, o si es el caso, si en aras de imponer una sanción de tipo correccional el juez ordena arbitraria e ilegalmente su detención, puede también acudir a la acción de hábeas corpus, prevista en la Carta Política y en la ley”.

Queda un tema que analizar, ¿se debe indemnizar a la persona a quien se le vulneró un derecho y que, por tanto, no gozó de un debido proceso? ¿Qué tipo de arbitrariedades debería ser indemnizadas y cuáles deberían ser de índole administrativas o disciplinarias, para el juzgador, la autoridad o el funcionario por su irresponsabilidad o arbitrariedad? Son apartados que deben resolver las autoridades administrativas, como el Consejo de la Judicatura, el Consejo de Estado y del Tribunal Contencioso Administrativo.

Para terminar, se presenta la jurisprudencia que determina la relación del debido proceso y la impartición de justicia:

⁶⁰ Sentencia T-218/96.

“El debido proceso compendia la garantía de que todos los demás derechos reconocidos en la Carta serán rigurosamente respetados por el juez al resolver asuntos sometidos a su competencia, como única forma de asegurar la materialización de la justicia, meta última y razón de ser del ordenamiento positivo”⁶¹.

A continuación, se ofrecerá un conjunto de conclusiones que señalan los aportes más relevantes en esta materia que ha elaborado la Corte Constitucional Colombiana.

IV. Conclusiones

1. La primera visión para considerar que hubo un debido proceso, es analizar si ese proceso contiene los elementos procedimentales y sustanciales necesarios para considerar que cumple su objetivo.
2. El debido proceso es una institución jurídica que sirve al justiciable como garantía para brindar acceso a la justicia, conforme al desarrollo de la normatividad. Asimismo, se observó que tiene diversas maneras de entenderse y visualizarse: teleológico, instrumental, garantista, institucional, funcional, entre varios que se expusieron.
3. Uno de los ejes fundamentales es la legalidad. Este principio es trascendental para el desarrollo y sustento del proceso. La legalidad no solo genera una conducta de la autoridad, sino que, también, permite observar y comprobar que se han cumplido todas las formalidades que establece el código adjetivo, pero sin que se violenten bajo ninguna circunstancia los derechos fundamentales de la persona.
4. Otro principio fundamental del debido proceso es el de imparcialidad, que garantiza una conducta independiente, objetiva y profesional del juzgador o autoridad⁶². Pues, en caso de que se favoreciera a alguna de las partes, se quebrantaría el principio de igualdad procesal, lo que provocaría una jurisdicción parcial, un indebido ejercicio como servidor público o ambos.
5. El debido proceso es un lente que permite a las partes procesales verificar si el proceso contiene un conjunto de derechos mínimos que garanticen un servicio y, por otro lado, la observancia de que el

⁶¹ Sentencia C-252/01.

⁶² Carlo GUARNIERI y Patrizia PEDERZOLI, *Los jueces y la política*, p. 16.

- proceso se llevó conforme a la normatividad adjetiva y sustantiva. Y, en su caso, solicitar lo que le convenga a la persona desde la reposición procedimental hasta la anulación del mismo proceso. Por lo que hay que entender que depende de cada caso y de lo que se desea obtener al referirlo y solicitarlo.
6. El debido proceso es una responsabilidad de la autoridad, que tiene la obligación de dirigir de manera diligente cada proceso. Esto traerá como consecuencia certidumbre y seguridad jurídica al justiciable⁶³; produciendo como consecuencia la legitimación de la autoridad ante la sociedad, y del proceso como el instrumento para obtener justicia o un servicio y, por tanto, se produce eficacia judicial. En él, la sociedad verá reflejada sus aspiraciones y derechos con las leyes establecidas y la justicia impartida.
 7. En caso de que no se haya llevado un debido proceso, se pueden vislumbrar varias consecuencias, como la reposición procedimental o anulación procesal, pero hay otras repercusiones, solo enunciadas aquí, como la reparación del daño por medio de la responsabilidad objetiva del Estado y la responsabilidad de la autoridad.

Bibliografía

- BAYÓN, Juan Carlos, "Sobre la racionalidad de dictar y seguir reglas", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 19, Alicante, 1996.
- BIX, Brian, *Jurisprudence*, Durham, Carolina Academic Press, 2004.
- CABO DE LA VEGA, Antonio, *Lo público como supuesto constitucional*, Ciudad de México, UNAM, 1997.
- COMANDUCCI, Paolo, *Razonamiento jurídico*, México, Ed. Fontamara, 1999.
- DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ed. Ariel, 1995.
- ESCUIN PALOP, Catalina, *Curso de derecho administrativo*, Valencia, Ed. Tirant, 2004.
- FIGUEROA, Edwin, "Jueces y argumentación", en *Revista del Poder Judicial*, año 6, n.º 9, Lima, 2012.
- GORDILLO, Agustín, *Introducción al derecho*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2000.
- GUARNIERI, Carlo y Patrizia PEDERZOLI, *Los jueces y la política*, Madrid, Taurus, 1999.
- HAMILTON, Alexander, James MADISON y John JAY, *El Federalista*, Ciudad de México, FCE, 2006.

⁶³ Paolo COMANDUCCI, *Razonamiento jurídico*, p. 98.

- HART, Herbert, L.A., *El concepto del derecho*, Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 1989.
- HERRENDORF, Daniel E., *El poder de los jueces*, Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 1994.
- HERNÁNDEZ VALLE, Rubén, *Los principios constitucionales*, México, Escuela Judicial. Corte Suprema de Justicia, 1992.
- NEGRETTO, Gabriel y Mark UNGAR, “Independencia del Poder Judicial y Estado de Derecho en América Latina”, en *Política y Gobierno*, vol. IV, n.º 1, Ciudad de México, 1997.
- NINO, Carlos S., *The Constitution of deliberative democracy*, New Haven & London, Yale University Press, 1996.
- OROZCO HENRÍQUEZ, José de Jesús, voz “Estado de Derecho”, en *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Porrúa, 2013, vol. III, D-E.
- PÉREZ PORTILLA, Karla, *Principio de igualdad: Alcance y perspectivas*, Ciudad de México, UNAM, 2005.
- REDONDO, María Cristina, “La justificación de las decisiones judiciales”, en *Revista Isegoria*, n.º 21, Madrid, 1999.
- RUIZ, Ramón, “La distinción entre reglas y principios y sus implicaciones en la aplicación del derecho”, en *Revista Derecho y Realidad*, vol. 1, n.º 20, Tunja-Boyacá, 2012.
- SOBREVILLA, David, “El modelo jurídico de reglas, principios y procedimientos en Robert Alexy”, en *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, n.º 4, México D.F., 2010.
- SQUELLA, Agustín, “Justificar decisiones jurídicas y justificar decisiones judiciales”, en *Revista de Derecho*, vol. XIX, n.º 1, Valdivia, 2006.
- SOROKIN, Pitrim, “Características de las normas jurídicas”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 9, n.º 2, Santiago, 1982.
- TRUJILLO, Isabel, *Imparcialidad*, Ciudad de México, UNAM, 2007.
- VALADES, Diego, *El control del poder*, Ciudad de México, UNAM, 2000.
- TRIBE, Laurence H. & Michael C. DORF, *On Reading the Constitution*, Cambridge, Harvard University Press, 1991.
- VILLORO TORANZO, Miguel, “La norma jurídica y sus caracteres”, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, n.º 111, Ciudad de México, 1978.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil*, Madrid, Ed. Trotta, 1997.

JURISPRUDENCIA CONSULTADA

- Sentencia C-541/92.
 Sentencia C-475/97.
 Sentencia C-252/01.

Sentencia C-496-15.
Sentencia T 445/92.
Sentencia T-463/92.
Sentencia T-476/92.
Sentencia T-496/92.
Sentencia T-516/92.
Sentencia T-572/92.
Sentencia T-584/92.
Sentencia T-824A/92.
Sentencia T-049/93.
Sentencia T-140/93.
Sentencia T-158/93.
Sentencia T-187/93.
Sentencia T-248/93.
Sentencia T-538/94.
Sentencia T-217/96.
Sentencia T-218/96.
Sentencia T-073/97.
Sentencia T-795/98.
Sentencia T-945/99.
Sentencia T-166/00.
Sentencia T-383/00.
Sentencia T-546/00.
Sentencia T-1232/00.
Sentencia T-945/01.
Sentencia T-1341/01.
Sentencia T-116/04.

RAZONES PARA UN CONFLICTO: EL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS SOCIALES Y LA TEORÍA CLÁSICA DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES

REASONS FOR A CONFLICT: SOCIAL RIGHTS RECOGNITION AND THE CLASSIC THEORY OF CONSTITUTIONAL RIGHTS

*Juan Andrés González Tugas**

Resumen

“Razones para un conflicto” es una exposición sobre el reconocimiento de los derechos sociales, a partir de la teoría clásica de los derechos constitucionales con la finalidad de singularizar su problemática. Para ese fin se explican de manera abreviada las variantes que adopta la doctrina de los derechos constitucionales, algunos de sus elementos configurativos y su clasificación.

Palabras claves: derechos constitucionales, derechos clásicos, derechos sociales.

Abstract

This article elaborates on the recognition of social rights and the classical theory of constitutional rights, and aims to identify the tension between them. To this end, the author identifies the possible versions of the classic constitutional rights theory, some of its features and their typology.

KEYWORDS: constitutional rights, classics rights, social rights.

* Doctor en Derecho, Universidad de los Andes. Artículo recibido el 28 de octubre de 2018 y aceptado a publicación el 28 de febrero de 2019. Correo electrónico: jagontu@gmail.com

1. *La doctrina de los derechos constitucionales. ¿iuspositivismo o iusnaturalismo?*

¿Cuál es el origen de los derechos constitucionales? ¿A partir de qué realidad se fundamentan? ¿Constituye el poder una razón suficiente para explicar su naturaleza? ¿Cuál es la naturaleza de su contenido? Sobre la base del diálogo que se produce entre el positivismo jurídico y la doctrina del derecho natural es posible formular una serie de preguntas que facilitan la comprensión del conflicto. Ambas doctrinas viajan en direcciones opuestas; una, por el carril del cientificismo objetivista, la otra, enriada en el razonamiento práctico.

La doctrina positivista representa los derechos y libertades públicas en función de potestades sancionatorias destinadas a garantizar su propio cumplimiento. Para salvaguardarlos, es necesario que sus titulares los aleguen ante el poder jurisdiccional¹. El ordenamiento jurídico es concebido sobre la base de un sistema lógico de fuentes estructurado de manera jerárquica a partir de una norma hipotética. En el ámbito privado los individuos están autorizados para realizar todo lo que no está prohibido por ley, en tanto que en el ámbito público solo se encuentran habilitados para realizar aquello que la ley expresamente autorice. En materia de libertades públicas corresponde a la ley definir su contenido mediante un proceso de producción, configuración y supresión normativa², proceso que, a su vez, es legitimado por un sistema de participación política. La corriente positivista en su vertiente social reconoce los intereses o voluntades que se despliegan al interior de la sociedad. Este hecho explica el reconocimiento de un conjunto de libertades y derechos de contenido heterogéneo, entre las que se cuentan los derechos sociales.

La doctrina del derecho natural declara que los derechos constitucionales son consustanciales a la naturaleza del hombre y preexistentes al Estado. Es un dato primario que las exigencias que plantean los derechos constitucionales a la conducta humana “revisten –al menos en su núcleo central– el carácter de incondicionadas e inexcpcionables”. Este atributo no se presenta solo como una característica central desde el plano teórico, también lo es como una propiedad que debe ser defendida, justificada y

¹ Por esa razón la teoría de los derechos subjetivos presupone dos acepciones: derechos subjetivos como “poder de voluntad” y derechos como “interés jurídicamente protegido”. Robert ALEXYS, *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 179.

² El sistema también reconoce procedimientos destinados a suprimir aquellas instituciones que considera inconstitucionales Juan Antonio CRUZ PARCERO, *El lenguaje de los Derechos. Ensayo para una teoría estructural de los derechos*.

reafirmada. Y es que el carácter indisponible de los derechos constitucionales no nace de la razón o la convención humana, sino que “se funda en la dignidad humana, para cuya realización práctica existe el derecho”³. Un derecho constitucional es una facultad oponible al poder constituido, facultad que representa el ejercicio de la libertad de las personas. Por esa razón los derechos son absolutos y están inscritos en la naturaleza del hombre.

De esta forma los derechos constitucionales son justiciables. Solo sobre esa base se explica su función garantizadora, esto es, la facultad de acceder a un tribunal independiente e imparcial para que dictamine lo que es justo. Un derecho que no sea exigible ante un tribunal de justicia o que lo sea en términos relativos, no es un derecho en cuanto tal, sino solo una porción de lo que este idealmente representa.

2) *Elementos configuradores de los derechos constitucionales.*

Los derechos constitucionales han sido entendidos de muchas formas. Primero, como privilegios concedidos por el poder y, luego, como inmunidades ante ese mismo poder. Con el racionalismo iusnaturalista fueron considerados como verdaderas facultades que derivan de un contrato. Más tarde, los derechos adoptaron una dimensión deontológica. Detrás de cada derecho existirían obligaciones supraindividuales dispuestas en función de un orden racional: así, la moral dejaba de ser el arte del buen vivir y se transformaba en un conjunto de obligaciones prescritas positivamente por la autoridad. A partir de esta perspectiva, el poder la autoridad define el modelo de sociedad.

A) *LOS DERECHOS COMO PRIVILEGIOS E INMUNIDADES*

Durante la antigüedad los *derechos constitucionales* fueron del todo desconocidos. Su nacimiento se sitúa en los albores de la Edad Media. En efecto, ni los filósofos de la Grecia clásica ni los políticos de la República romana imaginaron la existencia de un derecho de libertad en oposición al ejercicio de una potestad. No obstante, sí consideraron de toda lógica la imposición de deberes para con el ciudadano a favor de la comunidad política, como el pago de tributos o la prestación de un servicio en las milicias. Y es que

³ Carlos I. MASSINI CORREAS, *Filosofía del derecho*, pp. 123-124.

los derechos del hombre, en cuanto tales, eran categorías universales que trascendían al sujeto individual.

Durante gran parte de la Edad Media, si bien las personas no eran titulares de *derechos constitucionales* sí tenían privilegios. Así, un señor podía conceder un privilegio y un súbdito acceder a sus beneficios luego de una promesa de lealtad y obediencia. Los privilegios eran concretos y específicos. No formaban un conjunto uniforme que pudiera ser identificable por su contenido, sino que respondían a una categoría miscelánea y heterogénea. Con ellos se podían conceder beneficios o ventajas u otorgar dispensas o franquicias a favor de un individuo o de un cierto grupo o clase de personas. Por ello, los privilegios son prácticas de muy difícil individualización, mediante un ejercicio de abstracción teórico. Sin embargo, teniendo presente sus eventuales efectos, fue posible analizar la cara “activa” de los *derechos*, entendiendo por esta el poder o potestad que tiene un sujeto para hacer o no hacer algo. Bajo ese prisma, un privilegio perfectamente puede ser concebido como una libertad absoluta carente de límites⁴.

Frente al incremento desmesurado del poder del Monarca, y luego del mito del Estado⁵, los límites y salvaguardas establecidos a favor de las personas parecían inconcebibles. Y esto, debido a que un reconocimiento de la libertad individual implicaría el reconocimiento de ciertas inmunidades ya no a favor de un grupo específico de personas, sino que en beneficio de todo tipo de persona independiente de sus circunstancias existenciales. Bajo ese paradigma, el mundo de los derechos representa a un sujeto individual digno de protección.

Así, la noción de límite se arraiga en la tradición cristiana acerca de la dignidad de la persona y del origen y la naturaleza del poder y la autoridad: “no hay otra autoridad excepto la que proviene de Dios”⁶. Ya no se trata de identificar qué privilegios son conferidos en beneficio de tal o cual grupo de individuos, sino de descubrir qué inmunidades garantizan su libertad ante el ejercicio arbitrario del poder secular. Bajo este prisma, los derechos son “pretensiones, facultades e inmunidades de las personas individuales, inhe-

⁴ Wesley N. HOHFELD, “Fundamental legal conceptions as applied in Judicial Reasoning”. Para el autor la naturaleza de los derechos puede ser vista como un conjunto de posiciones y relaciones jurídicas. Dentro de este conjunto de relaciones, el privilegio se opone a la concepción clásica de libertad: la libertad de hacer cualquier cosa no es sinónimo de seguridad. Sin embargo, en ocasiones existen razones de conveniencia para no establecer límites a la libertad de hacer o no hacer, aun cuando de ello se derive un daño o interferencia a otro. Juan Antonio CRUZ PARCERO, *El lenguaje de los derechos. Ensayo para una teoría estructural de los derechos*, pp. 33-35.

⁵ Gerard CASEY, “Religion and Politics: The case for their Divorce”, pp. 93-105.

⁶ Romanos: 13: 1-7.

rentes (...) a su naturaleza humana”, reconocidas (y no dispuestas o atribuidas) por las constituciones para “proteger ante todo al débil, al ciudadano débil que no tiene otro recurso que la protección que le brinda el Derecho”⁷.

B) LOS DERECHOS DEL CONTRATO SOCIAL

La tradición del “contrato social” ha querido explicar la naturaleza y el origen del poder político mediante la idea intuitiva del acuerdo. Un acuerdo sería un pacto entre personas iguales y racionales que delegan sus facultades para ser gobernadas de cierta forma.

La teoría contractual se alimenta principalmente de las escuelas de Thomas Hobbes y John Locke. La primera, propone que para evitar un estado de naturaleza o guerra civil y conservar una vida segura y confortable es necesario que cada individuo ceda su libertad a un soberano en términos absolutos. Para esta vertiente la naturaleza del hombre está lejos de ser inmaculada: el hombre es un lobo para el hombre⁸. Thomas Hobbes revela una desconfianza en las tendencias psicológicas del hombre, que por sus instintos, deseos y apetencias individuales se inclinan hacia el egoísmo. El hombre sería, en el estado de naturaleza, un animal dotado de razón y espíritu que aspira a satisfacer sus deseos individuales, muchas veces egoístas. Si esto es así, si “el hombre es lobo para el hombre”, el resultado es la guerra de todos contra todos⁹. Por esta razón, la libertad de cada uno es sacrificada a favor de un poder total –el *Leviatán*–, que garantiza protección, paz y seguridad. De esta forma, lo que suscribe es un *pacto para la libertad*.

La teoría que postula John Locke sostiene que los individuos deben confiar su libertad a una comunidad política a objeto de que “nadie pueda perjudicar a otro en su vida, salud, libertad y posesiones” además de “pre-

⁷ Antonio-Carlos PEREIRA MENAUT, *Lecciones de teoría constitucional*, pp. 321, 324

⁸ “Fuera del estado civil hay siempre guerra de cada uno contra todos. Con todo ello es manifiesto que durante el tiempo en que los hombres viven sin un poder común que los atemorice a todos, se hallan en la condición o estado que se denomina guerra; una guerra tal que es la de todos contra todos”. “De la desconfianza, la guerra. Dada esta situación de desconfianza mutua, ningún procedimiento tan razonable existe para que un hombre se proteja a sí mismo, como la anticipación, es decir, el dominar por medio de la fuerza o por la astucia a todos los hombres que pueda, durante el tiempo preciso, hasta que ningún otro poder sea capaz de amenazarle” Thomas HOBBS, *Leviatán*. Algo de Platón sobrevive en esta obra: “en todas las cosas, los seres que se parecen más, son las más envidiosos los más rencorosos y los más hostiles; mientras que los que más se diferencian son necesariamente más amigos”, PLATÓN, “Lisis”, p. 242.

⁹ Y esto acontece desde el momento en que todos los individuos son iguales en atributos naturales y facultades mentales, pero vulnerables a la hostilidad mutua, origen del temor y la inseguridad John RAWLS, *Lecciones sobre la historia de la filosofía política*, p. 67.

servar el resto de la humanidad”¹⁰. El presupuesto de este planteamiento es la capacidad que posee el hombre para diferenciar lo bueno de lo malo, de lo que se deduce la existencia de una ley natural, ley que no es otra cosa que la “voluntad de Dios promulgada o dada a conocer por la sola razón”¹¹. El estado naturaleza al que se refiere John Locke es un estado de igualdad y libertad perfecta por el que cada individuo confía fiduciariamente a la comunidad política la facultad de decidir aquellos aspectos relevantes para asegurar el orden y la seguridad¹². Ante esa comunidad son oponibles las obligaciones del contrato en forma de derechos¹³ por lo que el pacto que propone el padre del liberalismo clásico, es un *pacto de libertad*.

Una variante de esta teoría se inscribe en el liberalismo racionalista¹⁴ de Jean-Jacques Rousseau, que combina la versión original de un hombre bueno propuesta por John Locke con las consecuencias de orden psicológico que sugiere Thomas Hobbes. En una etapa inicial, la humanidad habría vivido en un estado de igualdad perfecta, en ausencia de toda autoridad institucional de índole política, moral o cultural. Es a propósito de un sentimiento subjetivo, el amor propio o la preocupación natural de cada uno por asegurarse una posición respecto de los otros, que aparece el deseo de superioridad frente a los demás, de vanidad, arrogancia y dominación¹⁵.

¹⁰ El reconocimiento que realiza John Locke respecto de una igual libertad implica el reconocimiento de una sociedad plural. En ese sentido, refiriéndose a la libertad de cultos y el deber de tolerancia, sostiene: “Los príncipes nacen superiores a los demás hombres por poder, pero, por naturaleza, son iguales, ni el derecho de gobernar o la pericia en el arte de gobierno lleva consigo un conocimiento cierto de otras cosas y, mucho menos, de la verdadera religión; pues, en efecto, si no fuera así, ¿cómo podría ocurrir que en las cuestiones religiosas los poderosos de la tierra tengan posiciones tan alejadas?” JOHN LOCKE, *Carta sobre la tolerancia*, p. 22.

¹¹ RAWLS, *Lecciones...*, *op. cit.*, p. 155.

¹² Todos son libres de disponer y ordenar sus posesiones, y todos son iguales en poder y jurisdicción. Todos somos reyes y soberanos de nuestras acciones. RAWLS, *Lecciones...*, *op. cit.*, p. 157.

¹³ A esta concepción se suma el barón de Montesquieu, quien distingue el derecho privado y el derecho público. Así, mientras el derecho político rige las relaciones entre gobernados y gobernantes, el derecho privado regula las relaciones del hombre al interior de la sociedad civil. JEAN L. COHEN y ANDREW ARATO, *Sociedad civil y teoría política*, pp. 117-118.

¹⁴ Sin duda que los presupuestos de Jean-Jacques Rousseau eran también los de la libertad de los ciudadanos. Pero este planteamiento se construye a partir de una variante ajena al liberalismo clásico de corte pluralista según el cual se garantiza la libertad de los individuos en oposición al poder central del Estado. El liberalismo racionalista encomienda al Estado garantizar la libertad de las minorías y de los grupos sin poder al interior de las asociaciones y grupos intermedios a través de la que se estructura la sociedad. JACOB T. LEVY, *Rationalism, Pluralism, and Freedom*.

¹⁵ RAWLS, *Lecciones...*, *op. cit.*, p. 254.

“Aquel que mejor cantaba o bailaba, o el más hermoso, el más fuerte, el más diestro o el más elocuente, fue el más considerado; y éste fue el primer paso hacia la desigualdad y hacia el vicio al mismo tiempo. De estas primeras preferencias nacieron, por una parte, la vanidad y el desprecio; por otro, la vergüenza y la envidia, y la fermentación causada por esta nueva levadura produjo al fin compuestos fatales para la felicidad y la inocencia”¹⁶.

Así, el hombre que en esencia era bueno fue corrompido por la cultura y las instituciones, siendo necesario un pacto que ceda a un tercero imparcial, representado por la voluntad general, que garantice la libertad y la igualdad. De esta forma, los intereses comunes de los individuos tienden invariablemente hacia el bien público¹⁷. Por esa razón delegan sus intereses en un poder omnímodo que mire solo el bien común¹⁸ y tienda sin vacilación al bien¹⁹.

Como se observa, la libertad en el primer contrato es cedida al Soberano o a la voluntad general, en tanto que en el segundo caso la libertad permanece inalterable en la potestad del individuo desde que es cedida por “consentimiento”:

“Lo que origina y de hecho constituye una sociedad política cualquiera, no es otra cosa que el consentimiento de una pluralidad de hombres libres que aceptan las reglas de la mayoría y que acuerdan unirse e incorporarse a dicha sociedad”²⁰.

Si bien ambas teorías, la de Thomas Hobbes y la de John Locke, plantean la cuestión del origen y la legitimidad del poder, ellas lo hacen desde puntos de vistas diametralmente distintos. Mientras, para el normativismo el poder queda *radicado en el Soberano*, o en un concepto análogo, como la

¹⁶ Jean Jacques ROUSSEAU, *Segundo discurso o discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres*, p. 34; RAWLS, *Lecciones...*, *op. cit.*, p. 257.

¹⁷ “La primera y más importante consecuencia de los principios anteriormente establecidos 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 entre los intereses particulares ha hecho necesario el establecimiento de las sociedades, es el acuerdo entre esos mismos intereses lo 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 esos intereses concordaran, ninguna sociedad podría existir. Ahora bien, es únicamente en razón de esos intereses comunes como debe ser gobernada la sociedad”. Jean-Jacques ROUSSEAU, *El contrato social*, p. 49.

¹⁸ La voluntad general mira solo el interés común mientras que la voluntad de todos se centra en el interés privado y no es más que la suma de las voluntades privadas. RAWLS, *Lecciones...*, *op. cit.*, p. 285.

¹⁹ Sobre las características de la voluntad general, RAWLS, *Lecciones...*, *op. cit.*, p. 284.

²⁰ John LOCKE, *Segundo tratado sobre el gobierno civil. Un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil*, p. 114.

voluntad general, la nación o el Estado, para el naturalismo el poder *deriva de los individuos*, bien para ser expresado por el Poder Legislativo, el Ejecutivo o un órgano judicial. Por eso se trata de un *pacto de libertad* no supe-
ditado a fines ulteriores. Luego, la justificación de los derechos es distinta: mientras para Thomas Hobbes los derechos surgen a propósito del contrato social con el fin de asegurar la libertad, para John Locke los derechos existen con anterioridad al acuerdo, esto es, se entienden preexistentes.

C) LOS DERECHOS COMO DEBERES

Es interesante distinguir la moral de la ética. Etimológicamente tienen orígenes diferentes: la moral del romano *mores* y la ética del griego *ethos*. Mientras la primera se relaciona con las exigencias prácticas de la moral personal, la segunda lo hace respecto de las máximas o principios abstractos del comportamiento social²¹. El primer planteamiento supondría la existencia de obligaciones morales circunscritas al ámbito interno de la conducta de las personas²², el segundo implicaría una ética sustentada en la prioridad de las mismas como agentes de elección, reflejada en

“el imperativo de respetar sobre todo la autonomía del individuo, de considerar al ser humano como el portador de una dignidad que está más allá de los roles que éste asuma y de los fines que pueda perseguir²³.”

Al momento en que un deber jurídico es fundamentado, la racionalidad práctica con la que adquiere contenido se transforma en racionalidad material²⁴. Desde esa perspectiva adquieren fuerza normativa las reglas y los principios con los que es posible justificar todo tipo de derechos²⁵.

Los derechos previstos como normas éticas no obligan por sí mismos, sino que dependen de una fuerza externa a la autonomía individual. Son heterónomos. Así, un derecho es

²¹ La creencia en una ética social arranca de una percepción particular acerca del ideal de bien. Esta línea de trabajo la recoge el racionalismo cartesiano, el imperativo universal de Immanuel Kant, y el idealismo de Georg Wilhelm Friedrich Hegel que distingue (¿o tensiona?) un espíritu objetivo (*objektiver Geist*) uno intersubjetivo y el significado, además de las instituciones que lo representan: el derecho abstracto, la moralidad, y la vida ética (*Sittlichkeit*). COHEN y ARATO, *op. cit.*, pp. 123-125.

²² Como las obligaciones naturales que reconoce el *Código Civil* en el artículo 1470 que se entienden morales por cuanto se aplican a las personas más allá de su consentimiento.

²³ Michael SANDEL, *El liberalismo y los límites de la justicia*, p. 37.

²⁴ Martín KRIELE, *Introducción a la teoría del Estado*, p. 25.

²⁵ ALEXY, *op. cit.* La diferencia entre principios y reglas es uno de los aspectos centrales de la teoría normativa de Robert Alexy sobre la cual justifica la existencia de los derechos constitucionales de contenido clásico, político y social.

“la pretensión de poder actuar en el sentido debido, según una razón, un orden o una ley universal. Ya no se trata en consecuencia de actuar según la propia libertad (...), sino de poder actuar según el propio deber”.

A partir de las reglas que expresan deberes se postula la existencia de valores como parte de un sistema complejo de normas²⁶.

Como se observa, la perspectiva normativista no distingue con claridad el ámbito individual del plano social, como sí lo hacía en sus orígenes el derecho romano al delimitar la esfera de la responsabilidad privada (*res privata*) de la esfera pública (*res publica*). Y esto, debido a que la dimensión normativista funde y subordina la moral individual al interior de la ética. Es a propósito de esta dimensión normativista, que el Estado asume un papel de garantizar en términos “metaéticos” las conductas de los individuos. Desde este prisma es posible postular –idealmente– a un “imperativo categórico” de reglas institucionalizadas o a un “estándar de comportamiento” como en el caso de los derechos sociales. Desde esa mirada también se conciben las garantías institucionales. A diferencia de los derechos sociales, el origen de los derechos clásicos no se encuentra en la ley positiva, pues esta, tal como se expresa, se entiende parte del poder.

Los derechos no responden a un *deber ser* dispuesto por el Estado, pues esta noción representa una visión heterónoma fundada en la ética del comportamiento²⁷. En otras palabras, la ley no es justa porque es ley, sino porque *debe ser justa*. En eso radica la “fuerza revolucionaria” de los derechos y libertades individuales: en su capacidad de liberarnos frente al poder.

D) LOS DERECHOS COMO GARANTÍAS INSTITUCIONALES

Una institución jurídica es un sistema público de reglas que define cargos y posiciones con sus derechos y deberes. Son instituciones, por ejemplo, los ritos y juegos, procesos judiciales y parlamentarios, los mercados y los sistemas de propiedad. Este conjunto variopinto de reglas considera las conductas

²⁶ Gustavo ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil. Ley, derecho, justicia*, pp. 81-82. Según este autor el lenguaje utilizado por la tradición humanista cristiana del derecho sienta sus bases en la consecución de la justicia más que en la libertad individual. El jurista italiano postula una convergencia del lenguaje entre estas dos ópticas.

²⁷ Bajo la ética del comportamiento es planteado el enfoque cultural por el cual el “Estado de Derecho es una práctica social, es una forma de ver el mundo (...) es mantener un conjunto de creencias sobre el yo y la comunidad, el tiempo, el espacio, la autoridad la representación. Es comprender las acciones de otros y las posibles acciones del yo como expresiones de estas creencias”. Qué mejor ejemplo que las aberraciones del “derecho penal del enemigo” como práctica eficaz para hacer frente al terrorismo global. Para Paul KAHN, *El análisis cultural del derecho*, p. 53.

permitidas y las prohibidas, para lo cual dispone sanciones y garantías. De ahí que el derecho pueda ser considerado un “orden normativo institucional y el derecho del Estado contemporáneo (...) una forma de derecho”²⁸.

Las instituciones que conforma la estructura básica de la sociedad requieren de un acuerdo público con el objetivo de validar las normas jurídicas que las definen en cuanto tal²⁹. De manera que las instituciones se configuran a partir de un acuerdo. Así, también, las instituciones son creadas como “dispositivos organizadores” montados jurídicamente para la realización de funciones específicas³⁰.

Según la perspectiva institucional, el acuerdo o contrato no es una razón de la cual se pueda desglosar un principio una regla o una garantía³¹. Y esto por cuanto el contrato no acreditaría la imparcialidad del acuerdo de voluntades, ni aseguraría la autonomía de las partes³². Por ese simple hecho, las relaciones de alteridad o equivalencia sobre las que se estructura la justicia en cualquiera de sus variantes (conmutativa, distributiva e, incluso, retributiva), no sirven de fundamento para una teoría institucional de los derechos.

Las garantías institucionales obedecen a “un llamamiento a la intervención pública, a la prestación en la materia respectiva”³³. Sin ese llamamiento, los derechos no serían exigibles³⁴. De esta forma, la garantía institucional consigna los “elementos arquitecturales indispensables” del sistema de derechos. Para ese fin, la “configuración institucional concreta se difiere al legislador ordinario al que no se fija más límite que el del reducto indis-

²⁸ Neil MACCORMICK, *Instituciones del derecho*, p. 27.

²⁹ John RAWLS, *Teoría de la Justicia*, p. 62.

³⁰ Karl LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, p. 52.

³¹ Por esa razón, para autores como John Rawls prima un planteamiento institucional al considerar dos principios configuradores de la justicia: principios para instituciones, que se aplican a la estructura básica de la sociedad y principios para individuos, que formulan deberes y obligaciones de las personas con respecto a las instituciones entre sí. SANDEL, *op. cit.*, pp. 141-142.

³² El razonamiento práctico a partir del cual se justifica el ideal de justicia, así como el estudio de las condiciones necesarias para concretarla, confiere sentido a la colaboración entre iguales. Sobre esa idea surge el concepto de bien común, entendido como “conjunto de condiciones que capacita a los miembros de una comunidad para alcanzar por sí mismos objetivos razonables, o para realizar por sí mismo el valor o los valores por los cuales ellos tienen razón para colaborar mutuamente (positiva y/o negativamente) en una comunidad”. John FINNIS, *Ley natural y derechos naturales*, pp. 183-184.

³³ José Ignacio MARTÍNEZ ESTAY, *Jurisprudencia constitucional española sobre derechos sociales*, p. 141.

³⁴ La idea de pacto en la versión de Thomas Hobbes, por la que se delega en el Estado la facultad de asegurar las condiciones mínimas que garantizan la libertad de las personas, calza con el prisma ético.

ponible o núcleo esencial de la institución que la Constitución garantiza”³⁵. Así, la eficacia del derecho depende de la voluntad del intérprete.

E) LOS DERECHOS COMO CATEGORÍAS RELATIVAS/ABSOLUTAS

La naturaleza relativa de un derecho constitucional apunta a su carácter dispensable, pudiendo el legislador o la autoridad reformarlo, derogarlo o modificarlo a su entero arbitrio. Si una Constitución declara derechos y libertades y luego no los garantiza, no los toma en serio. Como prescribe la Declaración francesa: “toda sociedad en que la garantía de los derechos no esté asegurada (...) carece de Constitución”. Los derechos de libertad se relacionan con la Constitución, ya que al ser incorporados,

“hacen tomar estado legal y judicial y facilitan su ulterior protección al ofrecer unos concretos recursos legales al ciudadano y obligar más expresamente al legislador, juez y funcionario a respetarlos”³⁶.

Y esto es precisamente lo que ocurre con aquellas constituciones en las que, imbuidas por un exceso de celo “garantista”, no satisfacen las infinitas expectativas de una

“sociedad multicultural cada vez más compleja, sometida a tendencias contrapuestas y crisis profundas de los presupuestos más esenciales de la democracia”³⁷.

Los derechos y libertades no adquieren legitimidad por el Estado. Al contrario, son estos derechos y estas libertades básicas los que legitiman a las Constituciones, a las leyes y a los gobiernos. En este sentido, son *base y fundamento*. Por ello, desde el prisma del liberalismo racionalista, la Declaración francesa proclama que su conservación es el *fin de toda asociación política*.

En términos prácticos, para cumplir con su función limitadora los derechos deben ser concebidos en términos absolutos. Los derechos poseen un valor intrínseco que no quita ni añade el hecho de que estén o no previstos en la Constitución. De manera que lo absoluto no se refiere a la imposibilidad de poner restricciones al ejercicio de la libertad, sino que a la de admitir – sin más – su derogación. Bajo este respecto, ningún derecho absoluto puede ser derogado, ya que su legitimidad no reside en la norma positiva ni en

³⁵ En referencia a sentencia 32/1981, de 28 de julio del TCE. MARTÍNEZ ESTAY, *op. cit.*, p. 142.

³⁶ Antonio-Carlos PEREIRA MENAUT, *Lecciones...*, *op. cit.*, p. 318.

³⁷ *Op. cit.*, p. 317.

las instituciones políticas³⁸. Los derechos son también absolutos para la idea de Constitución, esto es: limitar y someter el poder al derecho. Un prisma diferente que propugne el carácter relativo³⁹ toma distancia de la tradición liberal de los derechos, transformándolos en instrumentos que justifican la intromisión del Estado en el régimen de libertades individuales. De esa forma, cualquier individuo puede reclamarlos ante un tribunal de justicia imparcial e independiente.

El carácter absoluto no está dado por el poder, sino por la naturaleza del hombre y de los bienes que protege. Los derechos no nacen para hacer frente a una realidad política específica ni para satisfacer una necesidad social, económica o cultural determinada. De esta forma, el único titular de esos atributos básicos es el hombre. Por esto, los derechos no deben ser ni muchos, ni complejos, ni difusos, ni laxos, pues, de lo contrario, confunden al juez y generan falsas expectativas en sus destinatarios. Un derecho es absoluto no por su infinitud, sino por la facultad que protege y garantiza.

3) *Hacia una clasificación actualizada de los derechos constitucionales*

La clasificación en derechos clásicos, políticos, sociales y de la personalidad, no es completa. Ella solo obedece a la idea de explicar la teoría de los derechos constitucionales de acuerdo con ciertos rasgos distintivos que parecen relevantes, pero que no son exclusivos ni mucho menos pretenden agotarse en sí mismos. Sin duda, otros elementos podrían replantear los criterios de clasificación, como el concepto de dignidad o la noción de conciencia en seres diferentes al ser humano. Con todo, a partir de esta clasificación es posible imaginar con relativa simplicidad el surgimiento de cada categoría jurídica en el contexto de los cambios que suponen cada circunstancia histórica.

A) *DERECHOS CLÁSICOS*

La teoría del contrato social y la teoría del derecho natural analizan el fundamento de la libertad (negativa) a propósitos de los excesos cometidos por el absolutismo del siglo XVII. A partir de estas, son objeto de estudio una

³⁸ PEREIRA MENAUT, *Lecciones...*, *op. cit.*, p. 333.

³⁹ Como el que se esboza bajo la aplicación del principio de proporcionalidad en el trabajo de Carlos BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*.

serie de libertades negativas que limitan o restringen el ejercicio arbitrario del poder, entre las que se cuentan: el derecho a la vida, a la integridad física y psíquica, el derecho a desarrollar cualquier actividad económica y el derecho de propiedad, el derecho a un justo y racional procedimiento y a ser juzgado por jueces imparciales, el derecho a la inviolabilidad del domicilio y las comunicaciones, el derecho a la intimidad y al honor, y el derecho a la libertad de culto, pensamiento y expresión.

En sus orígenes las libertades clásicas no eran ni requerían ser enunciadas de manera exhaustiva o taxativa en la Constitución. Y esto, por cuanto los derechos se entendían como criterios básicos de interpretación que reconocían la libertad como atributo inherente de la persona. Por esa razón, mediante estos criterios, no podían ser negados o restringidos otros derechos y libertades que también se tienen por derecho propio⁴⁰.

B) DERECHOS POLÍTICOS

La existencia de derechos presupone el reconocimiento de una pluralidad de fines y propósitos, objetivos y atributos, intereses y necesidades. Del reconocimiento de la pluralidad como hecho, no se desprende un planteamiento meramente descriptivo⁴¹ o uno de índole utilitarista guiado por la consecución de fines⁴², sino que, al contrario, presupone un juicio valorativo sobre las características empíricas que individualizan a cada ser humano⁴³. No es fortuito que las personas tengan diferentes valores sobre los cuales orienten sus planes de vida, ya que la diversidad de valores es inherente a

⁴⁰ El texto original de la Constitución de Estados Unidos carece de un catálogo expreso de derechos. Enmienda IX de la Constitución estadounidense.

⁴¹ "Restablecer una unidad para la pluralidad de observadores requeriría exigir de todos ellos que, al fijar sus criterios de racionalidad, a la vez procedieran de modo racional según sus propios criterios". Niklas LUHMANN, *La sociedad de la sociedad*, p. 134. Por esta vía, la teoría de sistemas excluye el razonamiento práctico y considera el pluralismo como una estrategia infructuosa de solución ante la complejidad de la sociedad y el proceso de diferenciación de los distintos sistemas sociales. En cambio, para Jürgen Habermas "la teoría de sistemas abandona el nivel de los sujetos de acción individuales y colectivos, considerando a la sociedad como una red de subsistemas autónomos que se encapsulan unos frente a otros adoptando cada uno su propia semántica, constituyendo entornos los unos para los otros. En la interacción de los subsistemas sólo resultan decisivas sus propias formas de operación, fijadas internamente, y no las intenciones e intereses de los actores implicados. Jürgen HABERMAS, *Facticidad y validez*, p. 413.

⁴² En referencia a Thomas Hobbes y su *Leviatán*.

⁴³ "Cada individuo se ubica de forma única en el tiempo y el espacio, nace en una familia y en una sociedad en particular, y las contingencias de estas circunstancias, junto con los intereses y valores y las aspiraciones a los que dan origen, son lo que diferencian a las personas, los que las hace las personas individuales que son". SANDEL, *op. cit.*, p. 74.

la racionalidad. En ese contexto, los valores de unos compiten libremente con los valores de otros.

El hecho de la pluralidad es consustancial a la sociedad civil. La sociedad civil es representada por “una red compleja de relaciones culturales, sociales y económicas” independiente del poder central. De manera que no puede ser confundida con un tipo de comunidad política en particular. La sociedad civil posee rasgos distintivos entre los cuales cuenta la capacidad que tienen los ciudadanos de participar y la de hacerse responsables en y ante la comunidad. Por estas razones, la pluralidad representa la diversidad de asociaciones y estructuras con las que se organizan los distintos proyectos de vida, y refleja el contexto cultural a partir del cual se desarrollan dichos proyectos⁴⁴. De esa forma, en un mismo espacio y tiempo cohabitan las identidades y singularidades de cada individuo en forma independiente con la idea abstracta del Estado⁴⁵.

En efecto, es este redescubrimiento sobre la “sociedad civil” el que trae aparejado una nueva esfera de derechos: los derechos de participación ciudadana⁴⁶. De esta forma, son reconocidos los derechos de expresión, de asociación y reunión, de sufragio, de petición y de no discriminación en los cargos públicos. De igual forma, el derecho de propiedad sigue ocupando un lugar privilegiado, ya que es fruto de la participación del hombre en la creación. Este conjunto de derechos y libertades forman el “bloque básico de libertades” que hace posible la vida constitucional.

C) DERECHOS SOCIALES

El modelo político y económico imperante durante la era industrial no consideró los riesgos que generaría la economía capitalista. La concentración del capital en manos de unos pocos sumada a la escasez de recursos *para satisfacer las* necesidades de muchos trajo consigo una realidad de explotación, pobreza e inequidad social. Muchos creyeron ver en el modelo clásico de libertades la raíz de la crisis social, donde el derecho y los exce-

⁴⁴ Jonathan CHAPLIN, “Rejecting Neutrality, Respecting Diversity: From ‘Liberal Pluralism’ to ‘Christian Pluralism’”, pp. 145-149

⁴⁵ Sociedad civil y Estado no son conceptos contrapuestos. Antes bien, de la consolidación de la primera depende el éxito del segundo. Solo así se puede hablar de “gobernanza” o “gobierno en red”. Con estos conceptos se postula a que los actores de la sociedad civil participen activamente en la adopción de decisiones de índole público. Carlos Antonio PEREIRA MENAUT, *Política y derecho*, pp. 198-199 y 221.

⁴⁶ Bajo las premisas de la responsabilidad política, la participación ciudadana y la subsidiariedad, se organiza el buen gobierno. Es tarea del legislador crear los mecanismos que promuevan “las ventajas de una vida honrada y de todo bien que deba corresponderles”. ARISTÓTELES, “La Política”, pp. 127 y 129.

sos del formalismo jurídico serían la causa del problema⁴⁷. Los derechos representarían máximas de comportamiento al servicio de una “ideología de clases”⁴⁸. En este sentido, el régimen de libertades negativas únicamente consideraba “la libertad del hombre en cuanto mónada aislada y replegada en sí misma”. De esta forma, los derechos de libertad negativa no se fundamentarían en la *relación* del hombre con el hombre, sino “en la *separación* del hombre respecto del hombre”⁴⁹. Para enmendar el camino iniciado por la tradición clásica de los derechos, el constitucionalismo social subordinó el concepto de libertad negativa, como límite mínimo, a la noción de libertad positiva, como un límite máximo de “ideas fuerzas”⁵⁰ para el otorgamiento de distintas prestaciones sociales⁵¹. Así, los derechos sociales serían prescritos a través de

“manifestaciones particulares de derechos o libertades clásicos, que surgen con la finalidad expresa de todo derecho social: eliminar o disminuir la desigualdad material y mejorar las condiciones de vida”⁵²

o, de plano, mediante normas que expresan deberes de prestación del Estado, como el derecho a la salud, a la vivienda, al seguro obrero o a la educación.

La Constitución francesa de 4 de noviembre de 1848 encarnó precisamente ese conjunto de ideales y demandas en el ámbito político, social y económico⁵³. Luego lo harían las de Querétaro de 1917 y de Weimar de

⁴⁷ Rudolf STAMMLER, *Economía y derecho según la concepción materialista de la historia. Una investigación filosófico-social*, p. 472.

⁴⁸ “Las máximas jurídicas son la creación de los hombres en cuanto voluntad. Si queréis dar a esa voluntad una dirección determinada, darles como meta lo único que puede serlo”. Antonio GRAMSCI, *Escritos. Tres principios, tres órdenes*, pp. 47-48.

⁴⁹ “Los llamados derechos humanos, los *droits de l’homme*, no son otra cosa que los derechos del miembro de la sociedad burguesa, es decir del hombre egoísta, separado del hombre y de la comunidad”. Karl MARX, *Sobre la cuestión judía y otros textos*, p. 37.

⁵⁰ Sobre derechos como ideas límites e ideas fuerzas en contraposición a ideas mínimos. GRAMSCI, *op. cit.*, pp. 47-48.

⁵¹ Se llama libertad positiva no por merecer un juicio más favorable, sino porque su disfrute implica una acción positiva de los poderes públicos. Los elementos de la libertad positiva se entienden a partir de la libertad negativa: 1) ausencia de restricciones e interferencias, 2) inexistencia o superación de limitaciones y capacidad de actuar, 3) existencia de oportunidades y 4) amplitud de acciones reales y efectivas. PEREIRA MENAUT, *Política...*, *op. cit.*, p. 111.

⁵² MARTÍNEZ ESTAY, *op. cit.*, p. 336.

⁵³ Con ese propósito prescribe una serie de derechos que regulan las relaciones laborales. De esta forma, reconoce la libertad de trabajo e industria, la enseñanza gratuita, la educación profesional y la igualdad de trato entre patrón y obrero. Asimismo, son creadas en el ámbito nacional instituciones de crédito agrícola y asociaciones voluntarias y, en el

1919⁵⁴. Con igual dirección viajarán las constituciones de Chile en 1925, de España en 1931 y de Irlanda en 1937. Por su parte, la Doctrina Social de la Iglesia Católica formularía con *Rerum Novarum* en 1891 una dura crítica contra el individualismo y el colectivismo estatal⁵⁵. De manera que el reconocimiento de los derechos sociales en las constituciones contemporáneas no es el reflejo de una ideología en particular, sino, más bien, lo es de una época marcada por profundos cambios en la estructura productiva y económica de la sociedad, cambios que alterarían de manera definitiva el *status quo* de los siglos XIX y XX y la teoría clásica del derecho constitucional⁵⁶.

D) DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

Los derechos de la personalidad se relacionan con la interioridad del sujeto y el afán de posesión y dominio sobre ciertos ámbitos de la conciencia individual. Su justificación parece encontrar sustento en la capacidad de ejercicio. Por esa razón, los derechos de la personalidad autorizan sacrificar la vida de un incapaz “a no ser que obtenga el indulto de un tercero que le atribuya

ámbito comunal, bolsas de empleo y seguros de cesantía. Por último, otorga protección especial a los niños abandonados y a sus familias.

⁵⁴ La Constitución de Querétaro considera un conjunto de prestaciones en materia educacional, laboral, de salud pública, y en otras relativas a la propiedad de las tierras, aguas y bienes del subsuelo. 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 maternidad, la protección de la juventud contra la explotación y el abandono moral, espiritual y físico y el derecho a la educación.

⁵⁵ *Encíclica Rerum Novarum*. La carta vaticana reconoce derechos y establece deberes respecto de los individuos, las asociaciones y el Estado, con énfasis en distintas materias de orden laboral, como el derecho al descanso, la determinación del salario justo, y el derecho de asociación para la solución de los conflictos colectivos. La encíclica deja de lado el escepticismo de Thomas Hobbes y adhiere al planteamiento de John Locke “Hay (...) un mal capital [que] es el de figurarse y pensar que una clase. En esa dirección viajan *Gaudium Spes*, de JUAN XXIII, *Populorum Progreso* de PABLO VI y *Sollicitudo rei socialis* de JUAN PABLO II.

⁵⁶ Por ello, el reconocimiento de los derechos sociales no obedece a una ideología en particular, sino que su carácter es variopinto. Así, por ejemplo, entre los años 1881, 1884 y 1889, el seguro obligatorio que benefició a los trabajadores de la industria, los inválidos y los ancianos en Alemania fue impulsado por el gobierno conservador de Otto von Bismark, en tanto que las leyes sociales en Italia fueron promovidas por los gobiernos conservadores y el régimen fascista desde 1890. Asimismo, el reconocimiento de los derechos sociales en España fue iniciativa de republicanos y franquistas. En fin, el debate sobre el reconocimiento de los derechos sociales en la Constitución estadounidense y el origen de los derechos sociales en Latinoamérica es igualmente variopinto. Sobre la tradición constitucional y el reconocimiento de los derechos sociales, véase Juan Andrés GONZÁLEZ TUGAS, “Los derechos sociales: La nueva tradición constitucional y sus problemas”, pp. 71-98.

patente de *deseado*⁵⁷. Indudablemente, el reconocimiento de estos derechos trae aparejado un problema moral de proporciones donde el individuo, dueño y señor de ciertas categorías de libertad, confunde su condición de sujeto poseedor (lo mío) con su identidad trascendente (el ser mismo)⁵⁸. Bajo este paradigma, el afán de autorrealización y privacidad irrumpen en el concierto de los derechos constitucionales como (meta) consigna de la libertad negativa.

Estas nuevas categorías jurídicas resolverían de manera concreta aquellas necesidades, demandas y aspiraciones ajenas a la condición política del ser humano. Desde este prisma, el “yo” íntimo se superpone a la dimensión pública del ágora⁵⁹. De esta forma, el titular de un derecho de la personalidad se asemeja a la situación descrita por Karl Marx en su crítica a los derechos clásicos según la cual el individuo es un sujeto aislado, atomístico, bombardeado de “multitudes emocionales tan intensas como efímeras”⁶⁰. En ese contexto, el hombre es un ser “imaginario” al que poco o nada le interesa la sociedad en la que se desenvuelve.

A juicio de la jurisprudencia española, el reconocimiento de los derechos de la personalidad implicaría

“la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana”⁶¹.

En palabras claves del Tribunal Constitucional Español, los derechos de la personalidad salvaguardarían “un espacio de intimidad personal y familiar que queda sustraído a intromisiones extrañas”⁶².

⁵⁷ Andrés OLLERO, “Los nuevos derechos”, p. 56.

⁵⁸ En términos éticos, el “yo” debiera ser anterior a los fines que afirma. “Brindar una fundamentación de esta prioridad plantea un particular desafío” desde el momento en que se elimina la posibilidad del ‘yo’ que logra su prioridad al habitar un dominio trascendente”. Así, se puede diferenciar el ‘yo’ de sus fines, al tiempo que también es posible conectarlos con la situación concreta en que se plantean. Y es que al poseer, algo el sujeto simultáneamente se relaciona con un algo a la vez que toma distancia: decir que se posee una cierta inclinación en el foro íntimo es oponer *lo mío a lo tuyo*, como también se diferencia de ese algo: *es mío* en lugar de *ser yo mismo*. Cuando la primera dimensión absorbe a la segunda el ser pierde identidad moral. SANDEL, *op. cit.*, pp. 77-79.

⁵⁹ PEREIRA MENAUT, *Lecciones...*, *op. cit.*, p. 370.

⁶⁰ *Op. cit.*, p. 371.

⁶¹ Sentencia Tribunal Constitucional Español, rol N° 241/2012, de 17 de diciembre, Fj. 3; Alejandro VILLANUEVAS TURNES, “Comentario de la sentencia del Tribunal Constitucional Español rol 241/2012 de 17 de diciembre, en relación con el Derecho a la Intimidad y el Derecho al Secreto de las Comunicaciones”.

⁶² Sentencia Tribunal Constitucional Español, rol 170/1987, de 30 de octubre de 1988, Fj 4°.

En términos generales, los derechos de la personalidad han sido alegados a partir del derecho a la vida, a la integridad moral, a la inviolabilidad de las comunicaciones (especialmente en materia informática), al derecho a la propia imagen, y al derecho al honor. Lo paradójico es que para muchos de estos casos el *habeas corpus* juega a expensas y no a favor del derecho a la vida⁶³.

4) Aplicaciones

- a) El reconocimiento de los derechos constitucionales según la teoría del derecho natural se vincula con la naturaleza trascendente y racional del ser humano. De esta manera, el objeto último de los derechos es resguardar la libertad del hombre como principal atributo de su ser moral, y no asegurar el ejercicio discrecional de las potestades de la autoridad. Por ello, los derechos son límites o salvaguardas oponibles al poder y no potestades o deberes que restringen las facultades de las personas. Por esta razón, su finalidad no responde al resguardo de las condiciones mínimas que hacen posible el orden o la paz social. El reconocimiento de los derechos constitucionales no depende de la implementación de una política económica, social o cultural. Un derecho constitucional es, antes que todo, una pretensión o facultad de hacer exigible algo ante un tercero que detenta el poder. Los derechos nacen para proteger al más débil frente al más fuerte. Los derechos son las libertades que tiene cada hombre para usar su propio poder, sus propias facultades y capacidades, sus propias creencias y su inteligencia, como quiera y donde fuera, a fin de conservar y preservar su naturaleza individual y social⁶⁴. Este conjunto de atributos no es compartido por todas las categorías de derechos, sino solo por los derechos clásicos de libertad.
- b) El hecho de que los derechos puedan ser considerados consecuencia del sistema de normas positivas implica desconocer su carácter absoluto. Bajo ese presupuesto los derechos constitucionales serían

⁶³ Como ha sucedido en la defensa de la huelga de hambre o con la eliminación de un embrión fabricado *in vitro*. Véase STC de España n.º 212/1996, f. 6 y n.º 116/1999, f. 9.

⁶⁴ La ley es, en cambio, un precepto general y abstracto de la razón por el que prohibimos todo aquello que amenaza o atenta nuestra libertad. Así, mientras los derechos representan libertades, la ley es el límite dispuesto al servicio de esas libertades. De ahí que la naturaleza de los derechos preexista a la noción de Estado.

disponibles por el legislador a pretexto de un fin circunstancial definido por una política de gobierno, como ocurre con los derechos sociales en la implementación de programas de acción, modelos de procedimientos y organización, y garantías institucionales.

- c) La naturaleza contractual de los derechos constitucionales permite explicar las relaciones entre individuos, en términos de reciprocidad y equivalencia. Esto no es así cuando el presupuesto viene dado por un planteamiento metaético, como es el caso de las garantías institucionales. Por eso, cuando los derechos responden a valores, principios y deberes o reglas de conducta, no existe un criterio válido para dirimir lo que en verdad es justo. Asimismo, el contrato social presupone lo plural como hecho característico. Cada proyecto de vida gira y se implementa en espacios comunes de convivencia. Lo plural no solo es reflejo de las distintas maneras de pensar, sino que, también, lo es respecto de las asociaciones a través de las cuales se organiza la sociedad y de su entorno cultural. Sobre esta base teórica se justifican los derechos políticos con los que se expresa la condición social del sujeto individual.
- d) La tradición de los derechos constitucionales ha experimentado una evolución gradual y sucesiva conforme han ocurrido diferentes circunstancias históricas. A partir de esa evolución es posible identificar algunos elementos característicos de los derechos sociales:
- 1) Los derechos sociales comparten algunos elementos que son característicos de los antiguos privilegios por los que la autoridad o el Monarca entregaba beneficios a cierto grupo de personas. Los derechos constitucionales no son privilegios en beneficio de un cierto grupo, clase o categoría de personas. Los derechos son categorías universalmente vinculantes. Desde esta perspectiva, el concepto de titularidad colectiva es ajeno a los derechos constitucionales, así como también lo son las concesiones de poder en beneficio de ciertos individuos, grupos de individuos u otras categorías jurídicas.
 - 2) Si los derechos sociales se legitiman sobre la base de la teoría del contrato social, su objeto no es garantizar la libertad en términos negativos como lo hace la teoría clásica de los derechos constitucionales, sino garantizar un orden racional al interior de la sociedad que permita generar las condiciones para la libertad⁶⁵. En otras palabras, si para evitar el estado de guerra es necesari-

⁶⁵ En este sentido los derechos sociales se fundan en un liberalismo de corte racionalista. LEVY, *op. cit.*, parte introductoria.

- rio que las personas renuncien a su libertad en términos absolutos, autorizando al Soberano para que adopte las medidas conducentes a garantizar la seguridad, entonces, los derechos no salvaguardan la libertad ante el poder, sino el poder a expensas de la libertad. Esta condición explica la ideología de la soberanía absoluta como la plantea Jean Bodin⁶⁶.
- 3) Desde una perspectiva normativista, los derechos sociales representan reglas, principios y valores conformados por normas programáticas, normas de organización y procedimiento, garantías institucionales y derechos subjetivos.
 - 4) Si para Karl Marx los derechos son parte de la superestructura del sistema de producción capitalista y el reflejo del hombre burgués aislado como una mónada en la sociedad, para Antonio Gramsci los derechos son “ideas fuerzas” dispuestas como “límites máximos” para frenar el poder de la clase dominante y generar las condiciones culturales necesarias que provoquen una transformación o *cambio social* a favor de la *emancipación*.
- e) La inexistencia de un consenso en lo fundamental y la ausencia de lo público explican el proceso de hiperinflación y fragmentación de los derechos constitucionales. En esa realidad, los derechos sociales se justifican a partir de una *función social* determinada. Así, el derecho al trabajo se explica en función de la sujeción del sujeto al mercado formal sin el cual no hay beneficios ni derechos. En el ámbito de la salud, la condición de paciente opera solo en el caso de que el Estado reconozca en términos explícitos ciertas garantías mínimas y, en la educación, la condición de estudiante se concreta en función del reconocimiento oficial que otorga el Estado respecto de los establecimientos de enseñanza y los títulos profesionales.

Bibliografía

- ALEXY, Robert; *Teoría de los derechos fundamentales*, 3ª impresión, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- ARISTÓTELES, “La política”, en *Obras maestras*, 4ª ed., Barcelona, Editorial Iberia, 1967.
- BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 3ª ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

⁶⁶ “El soberano es independiente de toda potestad humana y disfruta de una libertad sin límites” y los derechos no son más que una extensión de esa potestad. “La soberanía es el poder absoluto y perpetuo de una República”. JEAN BODIN, *Los seis libros de la República*, p. 47.

- BODIN, Jean; *Los seis libros de la República*, 4ª ed., Madrid, Tecnos, 2006.
- CASEY, Gerard, "Religion and Politics: The case for their Divorce", in *Religions and the Political*, Hildesheim-Zurich-Ney York, Georg Olms Verlag ed., 2012.
- CHAPLIN, Jonathan, "Rejecting Neutrality, Respecting Diversity: From 'Liberal Pluralism' to 'Christian Pluralism'", in *Christian Scholar's Review*, vol. 35, Issue 2, Holland, Michigan, 2006.
- COHEN, Jean L., Andrew ARATO, *Sociedad civil y teoría política*, Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica, 2001.
- CRUZ PARCERO, Juan Antonio, *El lenguaje de los derechos. Ensayo para una teoría estructural de los derechos*, Madrid, Editorial Trotta, 2003.
- FINNIS, John, *Ley natural y derechos naturales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2000.
- GONZÁLEZ TUGAS, Juan Andrés, "Los derechos sociales: La nueva tradición constitucional y sus problemas", en *Derecho Público Iberoamericano*, n.º 12, Santiago, abril 2018.
- GRAMSCI, Antonio, *Escritos. Tres principios, tres órdenes*, Madrid, Ed. César Rendueles, Alianza Editorial, 2017.
- HABERMAS, Jurgen, *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 2013.
- HOBBS, Thomas, *Leviatán.*, Barcelona, Deusto, 2018.
- HOHFELD, Wesley N., "Fundamental legal conceptions as Applied in Judicial Reasoning", *The Yale Law Journal*, vol. 26, issue 8, 1917. Disponible en <https://digitalcommons.law.yale.edu/ylj/vol26/iss8/5>.
- KAHN, Paul, *El análisis cultural del derecho*, Barcelona, Gedisa, 2013.
- KRIELE, MARTÍN, *Introducción a la teoría del Estado*, Buenos Aires, Depalma, 1980
- LEVY, Jacob T.; *Rationalism, Pluralism, and Freedom*, Oxford, Oxford University Press, 2015.
- LOCKE, John, *Carta sobre la tolerancia*, disponible en www.weblioteca.com.ar [fecha de consulta: 23 de septiembre de 2018].
- LOCKE, John, *Segundo tratado sobre el gobierno civil. Un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil*, Barcelona, Editorial Alianza, 2004.
- LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, 4ª reimpresión, Barcelona, Ariel Derecho, 1986.
- LUHMANN, Niklas, *La sociedad de la sociedad*, Barcelona, Herder, 2007.
- MACCORMICK, Neil, *Instituciones del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2011.
- MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio, *Jurisprudencia constitucional española sobre derechos sociales*, Barcelona, Cedecs, 2007.
- MARX, Karl, *Sobre la cuestión judía y otros textos*, Buenos Aires, Anarres. Disponible en http://gci-icg.org/spanish/paginas_malditas.pdf [Fecha de consulta: 1 de julio de 2018].
- MASSINI CORREAS, Carlos I., *Filosofía del derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008, tomo 3.
- OLLERO, Andrés; "Los nuevos derechos", en *Persona y Derecho*, vol. 66, Navarra, 2012.

- PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos, *Lecciones de teoría constitucional*, Madrid, Colex, 2010.
- PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos, *Política y derecho*, Santiago, Abeledo Perrot, Legal Publishing, 2010.
- PLATÓN, “Lisis”, en *Obras completas*, Madrid, Ed. Patricio de Azcárate, 1871, tomo 2.
- RAWLS, John, *Teoría de la justicia*, Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica, 2004.
- RAWLS, John, *Lecciones sobre la historia de la filosofía política*, Barcelona, Paidós, 2009.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques; *El contrato social*, Barcelona, Altaya, 1993.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques, *Segundo discurso o discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres*, Madrid, CALPE, 1923. Disponible en www.marxists.org/espanol/rousseau/disc.pdf [fecha de consulta 2 de julio de 2018].
- SANDEL, Michael, *El liberalismo y los límites de la justicia*, Barcelona, Gedisa, 2013.
- STAMMLER, Rudolf, *Economía y derecho según la concepción materialista de la historia. Una investigación filosófico-social*, Zaragoza, Clásicos del Derecho, 2011.
- VILLANUEVAS TURNES, Alejandro, “Comentario de la sentencia del Tribunal Constitucional Español rol 241/2012 de 17 de diciembre, en relación con el Derecho a la Intimidad y el Derecho al Secreto de las Comunicaciones”, en *Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte*, año 22, n.º 2, Coquimbo, 2015.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derecho, justicia*, 7ª ed., Madrid, Editorial Trotta, 2007.

DOCUMENTOS CITADOS

- Constitución alemana de la República de Weimar de 1919.
- Constitución de Irlanda de 1937.
- Constitución de España de 1931.
- Constitución mexicana de Querétaro de 1917.
- Constitución francesa de 1848, II République, 4 noviembre. Disponible en www.conseil-constitutionnel.fr [fecha de consulta: 2 de marzo de 2018].
- 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].
- Encíclica Rerum Novarum*, disponible en www.caritas.org.ar/download/sum-rerum-novarum.doc [fecha de consulta: 11 de octubre de 2013].
- Encíclica Gaudium Spes* disponible en www.vatican.va
- Encíclica Populorum Progreso* disponible en www.vatican.va
- Encíclica Sollicitudo rei socialis* disponible en www.vatican.va

JURISPRUDENCIA CITADA

Sentencia Tribunal Constitucional Español, rol 241/2012 de 17 de diciembre.

Sentencia Tribunal Constitucional Español, rol 170/1987, de 30 de octubre de 1988, Fj 4°.

Sentencia Tribunal Constitucional Español, rol N° 212/1996, de 19 de diciembre, f. 6.

Sentencia Tribunal Constitucional Español, rol N° 116/1999, de 17 de junio, f. 9.

Derecho indígena

LA DOCTRINA SOBRE DERECHO INDÍGENA EN CHILE EN LA ETAPA DE LAS RADICACIONES (1866-1930)*

THE CHILEAN SCHOLARSHIP ABOUT INDIGENOUS LAW IN THE STAGE OF LAND ALLOCATION (1866-1930)

*Óscar Dávila Campusano***

Resumen

En la etapa de las radicaciones de los indígenas en Chile, a partir de 1866 y hasta 1930, la legislación nacional dictada respecto de los naturales tuvo como objetivos, por una parte, radicar a los indígenas en sus tierras y, por otra, constituir propiedad indígena comunitaria. Se analiza el aporte de los juristas chilenos que, en este periodo, escribieron sobre la aplicación práctica de estas normas jurídicas.

Palabras clave: Leyes indígenas, propiedad indígena, radicación de los indígenas, constitución de propiedad comunitaria.

Abstract

In the stage of land allocation of indigenous people in Chile, which took place from 1866 to 1930, the legislation of that time had two aims. First, to radicate those individuals on their respective lands, and second, to establish an indigenous communitarian sort of property. This article examines the contributions made by the Chilean scholars of that time that wrote about the practical implementation of the corresponding legislation.

Keywords: Indigenous laws, Indigenous property, Land allocation, Establishment of Communitarian Property.

* Este trabajo fue presentado por el autor en el VI Congreso del ILAHD, realizado en Santiago entre el 15 y el 17 de noviembre de 2016.

**Licenciado en Ciencias Jurídicas. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Artículo recibido el 4 de diciembre de 2018 y aceptado para su publicación el 6 de marzo de 2019. Correo electrónico: oscarenriquedavila1963@gmail.com

La investigación histórico-jurídica permite conocer y comprender las instituciones y normas jurídicas del pasado, pero, al mismo tiempo, de dicho conocimiento surgen propuestas para la solución de los problemas y desafíos que el derecho debe enfrentar hoy día y que demandan respuestas efectivas y oportunas.

En Hispanoamérica, durante todo el periodo monárquico, que se extiende desde el descubrimiento, hasta la Independencia de los reinos indios y su separación de la corona española, rigió un sistema jurídico conocido como derecho indiano, el que entre otras características se destacó por ser un ordenamiento jurídico protector de la persona indígena. Esta protección jurídica estaba enmarcada en el ámbito del derecho privado, donde los naturales fueron considerados incapaces relativos, requiriendo de autorización o representación para actuar tanto en el terreno judicial como extrajudicial, evitándose así que el indígena pudiera sufrir perjuicios o engaños en sus relaciones jurídicas con particulares no indígenas.

Asimismo, el derecho indiano creó instituciones protectoras como los corregidores de indios y los protectores de naturales. Se dictaron leyes que los protegían en el ámbito civil, procesal, penal, tributario y minero. En materia civil, las Leyes de Indias liberaron al indígena de la presunción del conocimiento de la ley, pudiendo este alegar ignorancia de una norma legal y probarlo. La costumbre indígena tenía valor como fuente del derecho, pudiendo ser aplicada entre naturales y siempre que no fuera contraria a la ley natural, la religión católica y las leyes reales. El testamento indígena era simple y podía otorgarse en forma verbal, ante el cacique como ministro de fe. Asimismo, las mujeres estaban autorizadas para actuar como testigos del acto testamentario. En lo procesal, los juicios de indígenas se tramitaban en forma breve y sumaria, y, además, no podían ser procesados por el Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición, ya que, al ser considerados nuevos en la fe, era factible que cometiesen errores sin que por ello se les considerara herejes. Finalmente, en materia penal, los delitos cometidos contra un indígena debían recibir una penalidad más severa, por considerarse que se configuraba un agravante de responsabilidad penal. Las leyes monárquicas respecto de la propiedad indígena se fundamentaron en dos principios: el reconocimiento de la propiedad indígena y su protección.

En cuanto a lo primero, se reconocen como propiedad indígena las tierras comunitarias o individuales de las que los indios estaban en uso y posesión al llegar los europeos; así, por ejemplo, se consideraron como tierras de propiedad indígena aquellas en que se ubicaban las ciudades y pueblos de indios, los sitios que trabajaban en forma individual o comunitaria, sus cementerios y sitios rituales.

Respecto del principio de protección, esto significaba que en el derecho indiano existían disposiciones legales y administrativas que apuntaban a que las tierras indígenas no salieran de manos indígenas.

Posteriormente, a principios del siglo XIX en toda Hispanoamérica, junto con la independencia política de los reinos indianos, se impone el modelo del Estado Constitucional y con su llegada, durante la primera mitad del siglo XIX, se derogaron las normas protectoras de los indígenas que el derecho indiano había consagrado, suprimiéndose así todas las disposiciones que resguardaban la persona y bienes de los naturales, por ser consideradas contrarias al principio liberal de igualdad ante la ley, establecido en las constituciones políticas de las nuevas repúblicas. Así lo demuestra el estudio del caso de Chile, Perú, México, Costa Rica y Paraguay, por mencionar los procesos que se han estudiado con algún detalle, donde el proceso de derogación es, en la práctica, idéntico.

En el caso chileno, la derogación de esta normativa protectora la realiza el director supremo de Chile y cabeza del Poder Ejecutivo, Bernardo O'Higgins Riquelme, previo acuerdo con el Poder Legislativo de la época por un senadoconsulto de 4 de marzo de 1819, que declaró abolido el régimen protector del indígena, y que, además, suprimió el cargo de protector de naturales, por considerar que todo dicho estatuto era contrario al principio de igualdad ante la ley consagrado en la Constitución de 1818, que el mismo Director Supremo había promulgado¹. Volviendo la mirada a esta ley derogatoria de 1819, su título y contenido denotan la noble intención del gobierno de la época de ayudar al progreso de los aborígenes, pero la realidad demostrará que solo se consiguió el efecto opuesto, al privar a los naturales de normas jurídicas muy sabias que la monarquía utilizó para resguardarlos de eventuales abusos y atropellos.

Vale la pena reproducir el texto original de esta ley:

“El Director Supremo del Estado de Chile, de acuerdo con el Excelentísimo Senado, declara. El gobierno español, siguiendo las máximas de su inhumana política, conservó a los antiguos habitantes de América bajo la denominación degradante de Naturales. Era esta una raza abyecta, que pagando un tributo anual estaba privada de toda representación política, y de todo recurso para salir de su condición servil. Las leyes de Indias colorían estos abusos, disponiendo que viviesen siempre en clase de menores bajo la tutela de un funcionario titulado Protector Jeneral de naturales. En una palabra, nacían esclavos, vivían sin participar de los beneficios de la sociedad, y morían cubiertos de oprobio i miseria. El sistema liberal que ha adoptado Chile no puede permitir que esa porción preciosa de

¹ Ricardo ANGUITA, *Leyes promulgadas en Chile desde 1810 a 01 de junio de 1912*, p. 65.

nuestra especie continúe en tal estado de abatimiento. Por tanto, declaro que para lo sucesivo deben ser llamados ciudadanos chilenos, i libres como los demás habitantes del Estado con quienes tendrán igual voz i representación concurriendo por sí mismos a celebrar toda clase de contratos, a la defensa de sus causas, a contraer matrimonio, a comerciar, a elegir las artes a que tengan inclinación, i a ejercer la carrera de las letras i de las armas, para obtener los empleos políticos i militares correspondientes a su aptitud. Quedan libres desde esta fecha de la contribución de tributos. Por consecuencia de su igualdad de todo ciudadano, aun en lo que no se exprese en este Decreto, deben tener parte en las pensiones de todos los individuos de la sociedad para el sostén i defensa de la madre Patria. Queda suprimido el empleo de protector jeneral de naturales por innecesario”.

De esta forma, en Chile, a partir de 1819 y hasta 1866, se abre una etapa en la historia republicana, en la que no existió protección jurídica de los pueblos originarios y donde el indígena puede enajenar libremente su propiedad. A dicho periodo se le ha denominado también “época de la igualdad sin protección”². Será la misma república la que posteriormente comenzará a reestablecer algunos de los privilegios legales que los indígenas tuvieron en la fase monárquica, dado que la fuerza de la realidad demostró que sin esas normas de resguardo se multiplicaban los abusos, engaños y atropellos a los indígenas.

Esta etapa republicana, cuyo desarrollo es muy similar en materia indígena en todos los países hispanoamericanos, respecto del caso chileno y para poder estudiarla, puede subdividirse en cuatro etapas, a saber:

- 1) Igualdad jurídica sin protección legal de los indígenas (1819-1866).
- 2) Etapa de las radicaciones, en la que bajo el sistema de igualdad jurídica se reestablecen algunos privilegios legales de los indígenas, que estos habían tenido en el derecho indiano, y se les otorgan títulos de propiedad comunitarios sobre la tierra (1866-1930).
- 3) Etapa de la división de comunidades y constitución de propiedad individual indígena (1930-1993).
- 4) Etapa actual; esto es, desde la dictación de la ley n.º 19253, el año 1993, en adelante.

A continuación se analizará la llamada etapa de las radicaciones que va desde 1866 a 1930 y que se caracteriza por el restablecimiento de leyes protectoras de los indios, mismas que habían regido bajo el derecho indiano, especialmente respecto de sus tierras, y en las que se radica a los naturales, entregándoles el Estado títulos de dominio bajo la modalidad de propiedad

² Óscar DÁVILA CAMPUSANO, “Vida jurídica práctica contenida en los informes de los protectores de indígenas en Chile (1866-1930)”, pp. 95-121.

comunitaria, instrumentos conocidos como “títulos de merced”. Este periodo ya ha sido abordado en trabajos anteriores³, pero desde la perspectiva de la vida jurídica práctica de aquella época, contenida en los informes de los protectores de indígenas, y también, desde la labor fiscalizadora del Congreso Nacional y de la prensa, en lo tocante a la aplicación y cumplimiento de las leyes sobre indígenas. En esta oportunidad el objetivo será analizar lo que sucedía en ese tiempo, a la luz de lo que afirma la literatura jurídica nacional sobre derecho indígena. Para ello, se examinarán los textos jurídicos publicados en Chile en el periodo estudiado, para así conocer el aporte de los juristas chilenos que escribieron sobre la aplicación práctica de las leyes sobre indígenas que dictó la República entre 1866 y 1930.

La llamada “etapa de las radicaciones” se inicia en Chile con la ley de 4 de diciembre de 1866, del presidente José Joaquín Pérez. Esta ley se dicta como respuesta a los graves problemas surgidos al sur del Biobío luego de la derogación de los privilegios legales de los indígenas, por Bernardo O’Higgins, en 1819.

Desde la abdicación de Bernardo O’Higgins en 1823, y por lo menos hasta los decenios de los presidentes José Joaquín Prieto y Manuel Bulnes, no hubo una política de Estado relativa a cómo enfrentar el desafío de proteger a los indígenas y simultáneamente incorporarlos a la República. Recién en 1849, cuando finalizaba el gobierno del presidente Manuel Bulnes, su ministro Antonio Varas remite al Senado un interesante documento con sus propuestas relativas a la Araucanía, señalando que a los indígenas se les debe educar, pero también evangelizar.

En dicho informe se lee:

“Civilizar a los indígenas, es decir, mejorar su condición material, ilustrar, cultivar su inteligencia, desarrollar los buenos sentimientos que son el patrimonio de la humanidad y llevar su espíritu a las verdades morales y religiosas. Desterrar de entre ellos las preocupaciones y supersticiones que ofuscan su espíritu, hacer lucir a sus ojos la luz del Evangelio que tanto ennoblece al hombre. Es indispensable en esta materia, primero que todo, dotar al misionero del verdadero espíritu de tal, formarlo para esta actividad, que conozca el idioma y lo hable con soltura. Misioneros formados con espíritu evangélico, que penetren, sin que sean en su tarea una avanzada de conquista militar y que detrás de ellos llegue el soldado. Misioneros tolerantes con la costumbre aborígen, convencidos de que la deben cambiar, pero no imponerle el cambio. El cambio es por convicción, no por imposición”⁴.

³ ANGUIA, *op. cit.*, pp. 101-121.

⁴ Antonio VARAS, *Informe del ministro Antonio Varas al Senado de la República, de 25 de septiembre de 1849*.

A partir de 1852, con la creación de la provincia de Arauco, había comenzado la ocupación efectiva de los terrenos ubicados al sur del Biobío, lo que afectó a las tierras indígenas. En el Congreso Nacional algunos parlamentarios reclamaron el restablecimiento de una legislación protectora para los indígenas y la creación de una política de Estado permanente para la ocupación pacífica de los territorios del sur de Chile. Es así como el 4 de septiembre de 1864, el diputado Benjamín Vicuña Mackenna hace una interesante intervención en la Cámara, denunciando los perjuicios que están sufriendo los indígenas al no existir una normativa que los ampare frente a eventuales engaños y estafas:

“Cuando en 1852 se creó la provincia de Arauco, se creyó que el mejor medio para realizar los propósitos civilizadores del Gobierno era regularizar las ventas de los terrenos entre los particulares, dando en los contratos cierta intervención benéfica del Estado. Pero ¿cuál fue el resultado de esa Ley que permitía la enajenación de los terrenos indígenas? El más funesto que se ha dado a imaginar, tan poseído como estoy de esta convicción, que no dudo en afirmar que el incendio que asoló a la Araucanía en 1849 y produjo la guerra desastrosa de los años siguientes se debe exclusivamente a esa Ley, que dejó a los fronterizos los medios de despojar al indio hasta el punto de lanzarlo en abierta y atroz rebelión contra la República”⁵.

Otro parlamentario que se refiere en la Cámara a estas cuestiones fue el diputado por Caupolicán, Miguel Luis Amunátegui Aldunate, quien denuncia cómo algunos particulares se aprovechan de los indígenas y también del Estado:

“El Estado levanta fortalezas que guarnecen con un ejército y a costa de centenares de miles echa al abrigo de estas fortalezas el cimiento de futuras ciudades, entonces los propietarios verdaderos o supuestos toman posesión de estos terrenos que sólo tienen valor a causa de los grandes sacrificios que está haciendo la Nación, y olvidándose de todo para atender más que a los estímulos desenfrenados de la codicia, quieren vender a precio de oro los terrenos que son indispensables a las poblaciones que se fundan para garantía de las personas y propiedades, los habitantes de aquella parte del territorio, incluso los mismos especuladores tienen, por decirlo así, la osadía de exigir plata en compensación de una sesión que va a enriquecerlos, a dar gran valor a propiedades que antes no tenían ninguno”⁶.

⁵ Benjamín VICUÑA MACKENNA, “Intervención como diputado por La Ligua”.

⁶ Miguel Luis AMUNÁTEGUI ALDUNATE, “Intervención como diputado por Caupolicán”.

La misma preocupación de los anteriores legisladores tenía el diputado por Combarbalá, Enrique Tocornal Grez⁷, quien en un discurso pronunciado en la Cámara en 1864 expresa cómo deberían, en su opinión, incorporarse los territorios indígenas a la civilización y el progreso:

“¿Qué perdería el indígena, qué perdería el Estado con un ensayo? Practiquemos el sistema y veamos si después con él avanza la civilización de la Araucanía, que siempre habrá tiempo para modificarlo. Establézcase que el Estado y solo el Estado puede adquirir válidamente las propiedades: adquiéralas el Estado y después hará con ellas lo que mejor consulte al interés público, dedicando una parte del territorio indígena a la fundación de poblaciones, otra al cultivo de los mismos indígenas, y dando o vendiendo otra, si se quiere, a los particulares que deseen cultivarlas. El empleo de la educación acompañada de las medidas dispuestas para garantizar la fe de los contratos y la protección del araucano producirá, más tarde o más temprano, la regularización del estado civil y el imperio del progreso en el territorio de Arauco”⁸.

Asimismo, Guillermo Matta Goyenechea, diputado por Copiapó, en los meses de agosto de 1868 y septiembre de 1869, en varias sesiones de la Cámara de Diputados, abogó por una normativa protectora de los indígenas en momentos en que se avanzaba sobre sus territorios, enfrentándose con los diputados Benjamín Vicuña Mackenna y Cornelio Saavedra⁹.

En la prensa nacional, a partir de 1859, se observa una tendencia a considerar urgente la ocupación, por el Estado de Chile, de los territorios ubicados entre los ríos Biobío y Toltén, para terminar con lo que se denominó en esa época “la cultura de la barbarie y el primitivismo” y, por otro lado, para incorporar esas zonas al progreso y desarrollo del país.

Así, en el diario *El Mercurio de Valparaíso*, en su edición de 5 de julio de 1859, se encuentra un artículo de gran interés histórico-jurídico:

“No se trata solo de la adquisición de algún retazo insignificante de terreno, pues no le faltan terrenos a Chile; no se trata de la soberanía nominal sobre una horda de bárbaros, pues ésta siempre se ha pretendido tener: se trata de formar de las dos partes separadas de nuestra República un complejo ligado; se trata de abrir un manantial inagotable de nuevos recursos en agricultura y minería; nuevos caminos para el comercio en ríos navegables y pasos fácilmente accesibles sobre las cordilleras de los

⁷ Enrique Tocornal Grez fue abogado de la Universidad de Chile. Se tituló en 1845 y fue profesor de Práctica Forense.

⁸ Enrique TOCORNAL GREZ, “Intervención como diputado por Combarbalá”.

⁹ Sesiones de la Cámara de Diputados de la República de Chile. 10, 11 y 12 de agosto de 1868; 6, 7 y 25 de septiembre de 1869.

Andes, en fin, se trata del triunfo de la civilización sobre la barbarie, de la humanidad sobre la bestialidad. Los hombres no nacieron para vivir inútilmente y como los animales selváticos, sin provecho del jénero humano y una asociación de bárbaros, tan bárbaros como los pampas o como los araucanos, no es más que una horda de fieras, que es urgente encadenar o destruir en el interés de la humanidad y en bien de la civilización”¹⁰.

El destacado naturalista e historiador francés Claudio Gay en su segunda permanencia en Chile, a partir de 1862, visitó el sur del país, reuniendo valiosa información sobre la vida y costumbres de los indígenas que habitaban al sur del Biobío, en plena época de pacificación de la Araucanía. Esto, le permitió elaborar un completísimo estudio sobre los aborígenes titulado *Usos y costumbres de los araucanos*. En dicha obra, publicada recientemente en Chile, da cuenta de los numerosos abusos y engaños de que fueron objeto los araucanos y que les significó la pérdida de muchas de sus tierras en esta etapa de radicaciones a manos de expoliadores, testigos falsos y personas maliciosas¹¹.

Esta etapa se caracterizó por la regulación legal de la fundación de poblaciones en territorios indígenas¹² entre los ríos Biobío y Toltén, en las provincias de Arauco, Biobío y el territorio de colonización de Angol, normas que se aplicaron a mapuches y huilliches hasta 1930. Según esta legislación dictada a partir de 1866, las tierras ubicadas al sur del Biobío son de propiedad estatal, salvo aquellas que estén en uso y posesión de los indígenas; sobre estas últimas tierras el Estado, a través del Presidente de la República, otorgará “títulos de merced” a los indígenas; es decir, títulos de propiedad comunitaria, que inicialmente debían inscribirse en la Intendencia y luego en los Conservadores de Bienes Raíces, a medida que los registros conservatorios se fueron creando. Para radicar a los indígenas en sus tierras y entregarles el título de merced, se creó la “Comisión Radicadora de Indígenas”. Entre 1884 y 1930, dicha comisión otorgó 2 919 títulos de merced, sobre un total de 526 285 hectáreas, para 83.170 radicados, en las provincias de: Arauco, Biobío, Angol, Temuco, Valdivia, Osorno y Llanquihue.

Asimismo, en esta fase, en dichas provincias el Estado procedió a vender parte de sus tierras a particulares, lo que debía hacerse en pública subasta. Solo entre 1873 y 1878 se remataron 170 000 hectáreas de tierras fiscales; otras tierras del fisco fueron entregadas a colonos.

¹⁰ Citado por Jorge PINTO, *De la inclusión a la exclusión. La formación del Estado, la nación y el pueblo mapuche*, p. 9.

¹¹ Claudio GAY, *Usos y costumbres de los Araucanos*, pp. 147-149 y 173-178.

¹² Óscar DÁVILA CAMPUSANO, “La aplicación de las Leyes de Indígenas en Chile durante la República (1866-1930). La labor de la prensa. La labor fiscalizadora del Congreso Nacional”, pp. 119 a 127.

Para dar protección a los indígenas que habitaban el sur del Biobío, se adoptan algunas medidas legales que significaban restablecer normas monárquicas que habían sido derogadas en 1819. Así, en 1874, se dispuso la prohibición de venta y de cualquier acto jurídico que significase la enajenación de tierras indígenas. En 1883, esta prohibición se amplía a cualquier contrato que importase la pérdida de la posesión o tenencia de la tierra indígena. Esta prohibición se estableció por diez años y en 1893 se la prorrogó por otros diez años, siendo revalidada en 1903 y 1913, subsistiendo hasta 1927, fecha en la que se dictó una nueva ley sobre constitución de la propiedad indígena.

Esta medida de resguardo a los indígenas, contemplada en la dicha ley de 1874, fue el restablecimiento del cargo de protector de naturales, con similares atribuciones a las que tuvo en el derecho indiano. Entre 1876 y 1918 se nombraron protectores de indígenas en Arauco, Malleco, Temuco, Cautín y Valdivia. Este cargo fue suprimido en 1930 con la ley n.º 4802, que creó los Tribunales de Indios, encargados de la división de las comunidades indígenas, se suprimió la Comisión Radicadora y se dio inicio al proceso de constitución de propiedad indígena individual.

En trabajos anteriores se ha analizado la etapa de las radicaciones, sobre la base de la información que entregaron los protectores de indígenas en sus memorias anuales y de las que se han estudiado veintiocho de ellas. Otra fuente utilizada para estudiar la etapa de las radicaciones es el Informe de la Comisión Parlamentaria de Colonización, emitido en 1912, así como las informaciones aparecidas en la prensa entre 1866 y 1930 sobre la aplicación de las leyes indígenas en este periodo. A todas las fuentes ya señaladas se agregará en este artículo, el aporte que hicieron los juristas chilenos al conocimiento del derecho indígena representado por sus libros publicados entre 1892 y 1928, obras en las que se ha podido encontrar una detalladísima explicación sobre los principales defectos de que adolecían las leyes de indígenas dictadas en Chile entre 1866 y 1930, defectos que provocaron grandes perjuicios a los indígenas.

Antes de hacer referencia a los autores nacionales que escribieron sobre derecho indígena en la etapa estudiada, es importante destacar que en la segunda mitad del siglo XIX y principios del XX se elaboraron varias recopilaciones generales, con la legislación dictada en Chile a partir de 1810, sus antecedentes legislativos y actas de sesiones parlamentarias. El primero de estos trabajos recopilatorios generales fue realizado por el destacado académico, parlamentario y luego rector de la Universidad de Chile Valentín Letelier Madariaga, a quien en 1885, el gobierno le encomendó la tarea de recopilar las sesiones de los cuerpos legislativos desde 1811 y hasta 1845¹³.

¹³ *Sesiones de los cuerpos legislativos de la República de Chile: 1811-1845.*

Posteriormente, Ricardo Anguita Acuña en 1913 recopiló todas las leyes dictadas en Chile desde 1810 y hasta el 1 de junio de 1912, dividiendo su obra en seis volúmenes, que incluyen un índice alfabético para facilitar la consulta temática de las leyes recopiladas¹⁴. Ricardo Anguita Acuña fue un destacado abogado de la Universidad de Chile, ministro de Estado y llegó a ser presidente de la Corte Suprema en 1927.

El primer jurista chileno que escribe sobre derecho indígena en el periodo estudiado fue Julio Zenteno Barros, quien en 1892 publicó un libro titulado *Recopilación de leyes de inmigración*. La obra fue actualizada con una segunda edición corregida, del año 1896¹⁵. Este trabajo lleva una encomiosa nota sobre su mérito, del entonces subsecretario del Ministerio de Relaciones Exteriores Eduardo Phillips Huneeus y del Presidente de la República de aquella época, Jorge Montt Álvarez. En el prólogo, el autor expresa:

“el creciente desarrollo que en los últimos años ha alcanzado el ramo de la colonización como servicio de la administración pública, ha dado origen a un considerable número de leyes y decretos supremos que rolan en los archivos nacionales o en las publicaciones gubernamentales y cuyo estudio o consulta impone una difícil tarea”.

Luego agrega:

“con el propósito de facilitarla, hemos emprendido el presente trabajo de recopilación de todas las disposiciones relativas a la colonización y las leyes de indígenas, clasificándolas por materias y localidades y conservando el orden cronológico”.

La recopilación de Julio Zenteno¹⁶ abarca la fase que va desde 1810 hasta 1896 y termina con una reseña bibliográfica de las obras y publicaciones sobre el proceso de colonización, editadas en Chile hasta la fecha. El trabajo tiene un total de 1 464 páginas e incluye: disposiciones legales,

¹⁴ ANGUITA ACUÑA. *op. cit.*

¹⁵ JULIO ZENTENO BARROS, *Recopilación de las Leyes de Inmigración*. La segunda edición, de 1896, se titula *Recopilación de leyes y decretos supremos sobre colonización*, p. 1406 y ss. En las páginas 1443 a 1464 se incluye el apéndice bibliográfico de las obras publicadas en Chile hasta esa fecha relativas al proceso de colonización.

¹⁶ Julio Zenteno Barros se tituló como abogado de la Universidad de Chile en 1874. Fue juez en La Serena. Durante la Guerra del Pacífico, luego de la ocupación de Lima por el Ejército chileno, fue juez militar y del crimen en Lima, relator y ministro de la Corte de Apelaciones de Lima, luego ministro de la Corte de Apelaciones de Concepción, y desde 1914 se desempeñó como ministro de la Excelentísima Corte Suprema de Chile.

decretos supremos, notas, circulares, visitas fiscales y sentencias judiciales que fijan el sentido y alcance de dichas normas con miras a su aplicación práctica. Además, se incluyen proyectos de ley, que en esa época estaban pendientes en el Congreso Nacional relativos a colonización y estatuto jurídico de los indígenas.

Las normas legales dictadas en nuestro país relativas a los indígenas chilenos se incluyen en el capítulo primero, título tercero, en un párrafo titulado "Sobre la civilización de indígenas", en las páginas 104 a 203. En total, aparecen veintiuna leyes de indígenas dictadas entre 1813 y 1893; asimismo, se incluyen trece sentencias judiciales de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción y de la Excelentísima Corte Suprema, dictadas entre los años 1886 y 1895, que establecen, según palabras del autor, "la jurisprudencia uniformemente seguida en relación a las leyes relativas a los indígenas y que se registran en la Gaceta de los Tribunales". El estudio pormenorizado de esta jurisprudencia judicial dará lugar a otro trabajo de investigación más especializado.

Un segundo jurista chileno que estudió las normas jurídicas sobre indígenas dictadas en este intervalo en Chile fue Ramón Briones Luco, quien en 1897 publica un texto titulado *Glosario de colonización y exposición de las leyes, decretos y demás antecedentes relativos al despacho de colonización*¹⁷. Este trabajo fue actualizado en tres ediciones posteriores bajo el mismo título, en los años 1900, 1902 y 1905. Tenía en total 914 páginas, en las que se pasa revista a la normativa legal y reglamentaria, sobre colonización e indígenas promulgada entre 1810 y 1905. Este trabajo está estructurado sobre la base de una introducción de veintiséis páginas, para luego analizar las normas jurídicas sobre inmigración e indígenas, sobre la base de conceptos ordenados alfabéticamente y que suman en total 904 páginas.

En la introducción se hace un recuento de la aplicación práctica y de los problemas que se produjeron al entrar en vigencia las leyes republicanas sobre inmigración e indígenas. Respecto de la normativa sobre indígenas, el relato de Ramón Briones es de un valor histórico-jurídico indudable, al describir con lujo de detalles materias de gran interés hoy día para los investigadores como, por ejemplo, el proceso de radicación de los indígenas, iniciado en 1866.

En este punto, la información entregada por el autor es precisa y muy completa, dividiendo la radicación en tres fases: primero, desde 1866 a 1874, etapa en la que este trabajo lo realizó una comisión de ingenieros asesorada por el juez de letras de Angol, y respecto de lo cual no existe cons-

¹⁷ Ramón BRIONES LUCO, *Glosario de colonización y exposición de las leyes, decretos y demás antecedentes relativos al despacho de colonización*.

tancia del número de radicados; luego, desde 1874 hasta 1883, cuando la radicación la dirigió un ministro de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción, lográndose radicar a diez comunidades indígenas, en un total de 3 696 hectáreas y, finalmente, desde 1883 en adelante, donde se radican a 592 comunidades, compuestas por 23 065 indígenas y sobre un total de 144 941 hectáreas¹⁸.

En cuanto a los conceptos que se desarrollan, en orden alfabético, en el cuerpo central del texto, Ramón Briones pasa revista a cerca de cuatrocientos conceptos legales, tomando como base la normativa vigente relativa a la colonización y los indígenas, desde la provincia de Arauco y hasta la Tierra del Fuego. Así, por ejemplo, se definen términos como: “bienes del Estado”, “bienes nacionales”, “bienes nacionales de uso público”, “Comisión Radicadora de Indígenas”, “condición legal de la propiedad indígena”, “indígenas”, “Protector de Indígenas”, “reservas de indígenas”, “radicación de indígenas”, “registro de títulos” y “territorio indígena”. Asimismo, las leyes sobre indígenas son separadas por etnias, distinguiéndose alacalufes, fueguinos, mapuches y onas.

Su trabajo no solo incluye legislación, sino que, también, incorpora documentos administrativos, en los que se explica el sentido y alcance de las normas jurídicas recopiladas como, por ejemplo, un interesante memorándum elaborado en 1902 por el protector de indígena de Temuco, Eulogio Robles Rodríguez, y dirigido al entonces ministro de Colonización Horacio Pinto Agüero, en el que se detallan las múltiples funciones que cumplían los protectores de naturales, cargo de origen monárquico que se restableció en la República con la ley de 1866.

Entre las tareas que cumplían estos funcionarios, el protector Eulogio Robles describe las siguientes: representar los derechos de los indígenas en todas las circunstancias que se presentaren, especialmente en el deslinde de sus propiedades y en todos los contratos traslaticios de dominio; defender y agitar la resolución definitiva de las cuestiones pendientes sobre la validez o nulidad de los contratos de venta o arrendamiento de terrenos de indígenas; amparar a los indígenas en el goce del terreno que ocupan, estén o no radicados; la defensa del indígena en los juicios ordinarios en los que estos son demandados; perseguir la responsabilidad de funcionarios administrativos y judiciales que abusan de los indígenas o cometen delitos contra ellos; defender a los indígenas ante las municipalidades para que no se les cobren contribuciones indebidas; representar a los indígenas ante la Comisión Radicadora para obtener la adjudicación de una extensión de terreno suficiente para sus necesidades y solicitar al Inspector General de Coloni-

¹⁸ GAY, *op. cit.*, pp. 15-16.

zación que se excluya de las licitaciones públicas de terrenos fiscales las hijuelas en las que los indios tienen trabajos y en las que, de conformidad con la ley, deben ser radicados¹⁹.

Un tercer tratadista que escribió sobre el derecho indígena en esta etapa de las radicaciones fue José Raimundo del Río Castillo, quien en el año 1913, publicó el libro titulado *Apuntes de derecho industrial y agrícola*²⁰. Este texto, editado para el curso de Derecho Industrial y Agrícola que se había creado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, incluye un análisis de las leyes de indígenas de 1866, 1874 y 1883, vigentes a la sazón en Chile.

En cuarto lugar, se hará referencia a la obra del abogado Agustín Torrealba²¹, publicada en 1917, titulada *La propiedad rural en la zona austral de Chile*²². Esta obra, de más de setecientas páginas, se divide en dos partes. La primera, es un análisis detallado de la legislación dictada en Chile para constituir la propiedad desde Concepción al sur, incluyéndose tanto las leyes sobre colonización e inmigración como las dictadas respecto de los indígenas. Se dedica un párrafo especial a las leyes dictadas para salvaguardar al indígena y su propiedad, explicando con gran detalle sus alcances. Ellas son: de 2 de julio de 1852, de 7 de diciembre de 1852, de 14 de marzo de 1853, de 4 de diciembre de 1855, de 15 de enero de 1856, de 17 de abril de 1856, de 5 de junio de 1856 y de 4 de diciembre de 1866. Asimismo, en dicho párrafo se analizan el decreto supremo de justicia de 6 de julio de 1872 y de las leyes de 4 de agosto de 1874, de 20 de enero de 1883 y de 11 de enero de 1893, que establecieron y ratificaron la prohibición de cualquier acto jurídico que privara al indígena de la propiedad, posesión y mera tenencia de su tierra, la que se prorrogó hasta fines de 1930.

En la segunda parte de su trabajo, Agustín Torrealba hace un estudio acabado de los servicios estatales de colonización que se habían creado hasta ese entonces, enunciando y extractando las principales leyes dictadas sobre esta materia. Se incluyeron 41 cuadros estadísticos con cifras de la cantidad de tierras indígenas, fiscales y de particulares existentes al año 1917 al sur del Biobío. Al leer dicha obra, se ha tomado nota de algunos temas que él plantea y que deberán ser objeto de investigaciones histórico-

¹⁹ GAY, *op. cit.*, pp. 642-655.

²⁰ José Raimundo DEL RÍO CASTILLO, *Apuntes de derecho industrial e agrícola*, pp. 9-44.

²¹ Agustín Torrealba fue abogado de la Universidad de Chile y abogado de colonización y defensa de tierras fiscales. Formó parte del Consejo de Defensa Fiscal, hoy Consejo de Defensa del Estado.

²² Agustín TORREALBA Z., *La propiedad rural en la zona austral de Chile*. De especial utilidad han sido las páginas 7-82, donde se analizan las leyes sobre indígenas dictadas en Chile entre 1813 y 1917.

jurídicas como, por ejemplo, el estudio del papel que cumplieron en el sur de Chile los denominados promotores fiscales durante el siglo XIX y principios del siglo XX, encargados de defender las tierras fiscales, y cuyo trabajo se plasma en las memorias anuales que elaboraron. Otro estudio que deberá emprenderse se refiere a la historia de las primeras notarías creadas en la zona austral entre 1778 y 1887 como las de Valdivia, Temuco y Villarrica.

El aspecto más destacable de la voluminosa obra de Agustín Torrealba es su conocimiento sobre la aplicación práctica de las leyes de indígenas y, sobre todo, su visión crítica respecto de los vacíos e imperfecciones de que adolecían dichas normas.

Merece, también, mencionarse entre los juristas que escribieron en Chile sobre derecho indígena en aquel momento, al abogado de la Universidad de Chile, Darío Ulloa, quien en 1917 publicó su memoria de prueba titulada *La cuestión indígena ante la legislación nacional*²³. Se trata de una monografía de 71 páginas, muy bien escrita, en la que se estudia el alcance de las leyes relativas a los indígenas que fueron dictadas en Chile entre 1853 y 1917. Especial interés histórico-jurídico tiene el estudio que hace de seis proyectos de ley, pendientes en el Congreso en 1917, sobre derecho indígena y que habían sido presentados en los años 1905, 1908, 1909 y 1912, y con los que se buscaba agilizar y poner término al proceso de radicación de los indígenas del sur de Chile, evitando la usurpación de sus tierras y otros perjuicios que pudieren sufrir.

Según Darío Ulloa, hacia el año 1915 se habían entregado 2664 títulos de merced a los indígenas de Chile, favoreciendo con ellos a unas 77 275 personas sobre un total de 458 681 hectáreas. Estos proyectos de ley reducían de cinco a cuatro el número de protectores de indígenas en Chile, y se proponía que esta función la cumpliera el secretario de la Intendencia en las provincias donde no hubiere protector. Estos proyectos, además, permitían a los indígenas mantenerse en comunidad por veinticinco años más, cuestión en la que el autor no estaba de acuerdo, manifestándose partidario de liquidar las comunidades y entregar al indígena propiedad individual, lo que según él facilitaría su progreso, cuestión, por lo demás, en la que coincidían todos los tratadistas estudiados. Al respecto, Darío Ulloa propone otorgar más tierra al indígena como propiedad individual, bajo la forma de título provisorio de propiedad, con la obligación de cerrar el terreno, edificar en él y cultivar la tierra, en un plazo máximo de nueve años. Durante ese plazo debería prohibirse cualquier acto jurídico que pudiese afectar

²³ Darío ULLOA, *La cuestión indígena ante la legislación nacional*. De especial interés son las materias tratadas en las páginas 26-71.

sus bienes raíces. Cumplidas las obligaciones anteriores, los indígenas recibirían título definitivo de propiedad del Conservador de Bienes Raíces.

Asimismo, sobre estas materias el abogado de la Universidad de Chile, Bernardo Gotschilch Hausdorf, publicó en el año 1924 un texto titulado *El indígena ante la ley y los títulos de propiedad en las provincias australes*²⁴. Hijo de colonos alemanes, fue abogado archivero y ministro de fe en terrenos fiscales y de indígenas, función que cumplió dentro de la Inspección de Tierras de la Dirección General de Colonización e Inmigración. Su trabajo pasa revista a la aplicación de las leyes de indígenas y de colonización entre los años 1866 y 1924 en las zonas de Valdivia y Puerto Varas, abogando para la dictación de nuevas leyes que diesen claridad y certeza a los poseedores de tierras y que permitiera regularizar la posesión y los títulos de propiedad de colonos e indígenas en esas zonas.

En 1927, el abogado de la Universidad de Chile, Federico Klapp, publica su memoria de prueba titulada *El problema indígena*²⁵, monografía de 96 páginas, editada en Temuco. En esta obra, se hace un análisis crítico de la legislación sobre indígenas dictada en Chile entre 1813 y 1927, destacando también los aspectos positivos de las leyes aplicables a los naturales que fueran dictadas por la monarquía española y que quedaron refundidas en el libro VI de la *Recopilación de leyes de los reinos de Indias*, del año 1680, del rey Carlos II.

Federico Klapp incluyó en su trabajo un informe muy valioso del Consejo de Defensa del Estado de 1 de enero de 1902, sobre el concepto de tierras indígenas, suscrito por destacados juristas chilenos de la época, entre los cuales aparece Luis Claro Solar. De igual modo, se incorporaron en esta memoria dos estudios sobre el concepto de tierra indígena, del año 1902, realizados por Miguel Luis Valdés, exfiscal de la Corte Suprema y por Ramón Briones Luco, quien fuera abogado jefe de la Sección de Colonización del Ministerio de Relaciones Exteriores.

La obra de Federico Klapp culmina con la propuesta de legislar para dar inicio a otra etapa en la historia de la propiedad indígena, en la que debería buscarse, por sobre todo, el progreso de los mismos. Para ello, defiende la idea de disolver las comunidades indígenas y avanzar hacia la constitución de la propiedad individual.

Otra obra de gran interés histórico-jurídico relativa al derecho indígena en Chile fue publicada en 1928, bajo el título de *La propiedad austral*²⁶,

²⁴ Bernardo GOTSCHLICH HAUSDORF, *El indígena ante la ley y los títulos de propiedad en las provincias australes*, pp. 12-26.

²⁵ Federico SEGUNDO KLAPP, *El problema indígena*, pp. 3-5 y 24-28.

²⁶ Ricardo DONOSO y Fanor VELASCO, *La Propiedad Austral*, pp. 49-84.

y cuyos autores fueron los abogados de la Universidad de Chile, Ricardo Donoso y Fanor Velasco. Fue reeditada en 1970 por el Instituto de Capacitación e Investigación de la Reforma Agraria. Se trata de un trabajo histórico-jurídico valiosísimo y muy detallado, dividido en cinco capítulos, en los que se estudia a fondo la historia de la propiedad en las provincias de Arauco, Valdivia, Osorno, Llanquihue y Chiloé, desde los inicios de la Conquista y hasta la ley de 1866. Se precisa el alcance de todas las leyes relativas a la propiedad inmueble dictadas en cada uno de estos territorios, con particular interés en las leyes de indígenas. Este libro tiene una historia muy particular, puesto que a los pocos meses de ser editada, produjo gran alarma en el gobierno de la época, por cuanto se estimó que entregaba argumentos jurídicos a los particulares que, en aquel entonces, litigaban con el fisco respecto de la propiedad de títulos que les correspondían con la repoblación de Osorno, proceso que tuvo lugar entre 1792 y 1808. Así, las autoridades de ese tiempo, dado que el gobierno había financiado la publicación, ordenaron retirar de circulación todos los ejemplares, lo que significó que del total de la edición, solo quedaron en manos de particulares 63 libros, constituyendo así hasta hoy una rareza bibliográfica.

Como asunto aparte, no se podrían terminar estas líneas sin mencionar a otro autor, que, sin ser abogado, publicó dos obras sobre derecho indígena de gran interés histórico-jurídico: se trata de Tomás Guevara, historiador, antropólogo, excombatiente de la Guerra del Pacífico y estudioso del pueblo mapuche. Estudió pedagogía en la Universidad de Chile y fue rector del liceo de Temuco. Las obras que aquí se destacan son: *Costumbres judiciales y enseñanza de los araucanos* (1904) e *Historia de la justicia araucana* (1922).

Los juristas que se han mencionado coinciden en varios aspectos con lo expresado en esta época de las radicaciones por los protectores de naturales y con lo informado por la Comisión Parlamentaria de Colonización de 1912, en cuanto a los defectos de que adolecen las leyes de indígenas que se redactaron hasta 1930. Estas deficiencias eran las siguientes:

- 1) Las normas legales sobre protección de las tierras y derechos indígenas no fueron eficaces para impedir abusos y atropellos de que fueron víctimas los naturales.
- 2) Dichas leyes no establecieron en forma expresa y clara que en las tierras de colonización debió primero radicarse a los indígenas y que posteriormente en el sobrante se realizarían remates de tierras y fundación de pueblos; por ello, en la práctica se procedió al revés, surgiendo así conflictos que repercuten hasta hoy día.
- 3) En las mismas leyes, no se fijó un número mínimo de hectáreas a asignar por persona para otorgar mercedes de tierras a los indígenas. De esta forma, en las primeras radicaciones se entregaron

hasta veinte hectáreas por persona indígena y al final del proceso se entregaba una hectárea por persona indígena. En cambio, las leyes de 1898 y 1899 fijan en forma precisa la entrega de cincuenta hectáreas por cada padre de familia no indígena y de veinte hectáreas más por cada hijo mayor de doce años.

- 4) En la legislación estudiada no se establecieron con claridad los requisitos que debían cumplirse para que una persona fuere considerada legalmente indígena, para así evitar que se burlaran normas prohibitivas, haciendo comparecer a los naturales como sujetos no indígenas en los actos judiciales y en los contratos.
- 5) Por último, todos los autores estudiados critican las leyes dictadas entre 1866 y 1930, ya referidas. Esto, por haber radicado la propiedad indígena en comunidades. La comunidad indígena era vista por ellos como un obstáculo para la llegada del progreso y la civilización a los indígenas. Y es por ello que, a partir de 1930, se dictará una nueva legislación para dividir las comunidades indígenas y constituir sobre ellas propiedad individual, política que se extenderá hasta 1993, cuando entra en vigencia la actual normativa indígena contenida en la ley n.º 19253.

Bibliografía

- AMUNÁTEGUI ALDUNATE, Miguel Luis, "Intervención como diputado por Caupolicán" en CONGRESO NACIONAL, Sesión ordinaria de la Cámara de Diputados n.º 45, de 6 de septiembre de 1864, Santiago, Las Actas del Congreso Nacional de Chile, Cámara de Diputados.
- ANGUITA ACUÑA, Ricardo, *Leyes promulgadas en Chile desde 1810 y hasta el 01 de junio de 1912*, Santiago, Imprenta Barcelona, 1912, tomo 1.
- BRIONES LUCO, Ramón, *Glosario de colonización y exposición de las leyes, decretos y demás antecedentes relativos al despacho de colonización*, edición oficial, Santiago, Imprenta Moderna, 1898.
- CONGRESO NACIONAL, Sesiones de la Cámara de Diputados del 10, 11 y 12 de agosto de 1868 y del 6, 7 y 25 de septiembre de 1869, Santiago, Las Actas del Congreso Nacional de Chile, Cámara de Diputados.
- DÁVILA CAMPUSANO, Oscar, "Vida jurídica práctica contenida en los informes de los protectores de indígenas en Chile (1866-1930)", en *Anuario Iberoamericano de Historia del Derecho e Historia Contemporánea*, n.º 2, Santiago, 2002.
- DÁVILA CAMPUSANO, Óscar, "La aplicación de las Leyes de Indígenas en Chile durante la República (1866-1930). La labor de la prensa. La labor fiscalizadora del Congreso Nacional", en *Revista Chilena de Historia del Derecho*, vol. 23, Santiago, 2011-2012.

- DEL RÍO CASTILLO, José Raimundo, *Apuntes de derecho industrial e agrícola*, Santiago, Imprenta Universitaria, 1913.
- DONOSO, Ricardo y Fanor VELASCO, *La propiedad austral*, Santiago, Ediciones ICIRA, 1970.
- GAY, Claudio, *Usos y costumbres de los Araucanos*, traducción de Diego Milos, Santiago, Taurus, 2018.
- GOTSCHLICH HAUSDORF, Bernardo, *El indígena ante la ley y los títulos de propiedad en las provincias australes*, Santiago, Imprenta Universitaria, 1924.
- KLAPP, Federico Segundo, *El problema indígena*, memoria de prueba Universidad de Chile, Temuco, Imprenta A. Espinosa, 1927.
- LETELIER MADARIAGA, Valentín, *Sesiones de los cuerpos legislativos de la República de Chile: 1811-1845*, Santiago, Imprenta Cervantes, 1886-1908, 37 vols.
- PINTO, Jorge, *De la inclusión a la exclusión. La formación del Estado, la nación y el pueblo mapuche*, 2ª ed, Santiago, Ediciones de la Dirección de Bibliotecas, Archivos y Museos, Centro de Investigaciones Diego Barros Arana, 2003.
- TOCORNAL GREZ, Enrique, “Intervención como diputado por Combarbalá” en CONGRESO NACIONAL, Sesión ordinaria de la Cámara de Diputados n.º 146, de 10 de septiembre de 1864, Santiago, Las Actas del Congreso Nacional de Chile, Cámara de Diputados.
- TORREALBA, Agustín, *La propiedad rural en la zona austral de Chile*, Santiago, Imprenta Universitaria, 1917.
- ULLOA, Darío, *La cuestión indígena ante la legislación nacional*, memoria de prueba, Universidad de Chile, Santiago, Imprenta y Encuadernación Chile, 1917.
- VARAS, Antonio, *Informe al Senado de la República, de 25 de septiembre de 1849*, Santiago, Senado, Las Actas del Congreso Nacional de Chile.
- VICUÑA MACKENNA, Benjamín, “Intervención como diputado por La Ligua” en CONGRESO NACIONAL, Sesión ordinaria de la Cámara de Diputados n.º 43, de 4 de septiembre de 1864, Santiago, Las Actas del Congreso Nacional de Chile, Cámara de Diputados.
- ZENTENO BARROS, Julio, *Recopilación de las leyes de inmigración*, Santiago, Imprenta Nacional, 1892.
- ZENTENO BARROS, Julio, *Recopilación de leyes y decretos supremos sobre colonización*, Santiago, Imprenta Nacional, 1896.

Instituciones políticas

EL FUNDAMENTO DE LA MONARQUÍA COMO RÉGIMEN DE GOBIERNO: LA TESIS DE RAFAEL GAMBRA

THE FOUNDATION OF THE MONARCHY AS A GOVERNMENT REGIME: THE THESIS OF RAFAEL GAMBRA

*Julio Alvear Téllez**

“Amar y honrar y guardar a cada uno de ellos
según cual es o el servicio que recibe”
(ALFONSO X EL SABIO, *VII Partidas*, 2, X).

Resumen

En la actualidad, existe un conjunto de equívocos que impiden comprender lo que es un “reino” o una “monarquía” en la plenitud de su significado, conforme a la experiencia de la Civilización Cristiana. En el presente trabajo se clarifican algunos de esos malentendidos, explorando el pensamiento de Rafael Gamba sobre la monarquía de acuerdo con el modelo histórico hispánico: la legitimidad del reino, sus caracteres principales y sus bases sociales.

Palabras clave: Monarquía, reino, comunidad política, modelo hispánico.

Abstract

Today, several misunderstandings prevent to fully comprehend what the meaning of a “kingdom” or a “monarchy” is, according to the traditional understanding of the Christian civilization. This article aims to clarify some of those misunderstandings by exploring Rafael Gamba’s approach to the idea of a monarchy and by identifying its main features according to the Hispanic historical model: the kingdom’s legitimacy, its characters, and its social bases.

Keywords: Monarchy, Kingdom, Political community, Hispanic model.

* Doctor en Derecho y doctor en Filosofía por la Universidad Complutense de Madrid. Profesor titular de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo. Artículo recibido el 15 de diciembre de 2018 y aceptado para su publicación el 15 de marzo de 2019. Correo electrónico: jalvear@udd.cl.

1. Antecedentes

Las formas de gobierno clásicas –monarquía, aristocracia, democracia– incluyen la ordenación al bien común para ser consideradas justas. Las formas de gobierno modernas, en cambio, se fundan todas en el principio democrático, liberal o colectivo.

El problema de la formas de gobierno se complica, por tanto, con la Modernidad. Esta ha ideologizado todos los regímenes políticos, imprimiéndole el sello de la Revolución y su filosofía.

“La división tradicional de las formas de gobierno no se corresponde con lo que hoy son las formas de gobierno o sistemas políticos. El criterio hoy no es la mera cuantificación del sujeto del poder, pues se enmarcan en sistemas filosóficos, unas formas de gobierno con unos supuestos, una organización y un espíritu”¹.

En consecuencia, durante los siglos XIX y XX muchos sistemas políticos han sido presididos por principios filosóficos que tienden a destruir la sociabilidad natural humana, a demoler la comunidad histórica, a expulsar, incluso, el principio político-religioso que ha inspirado durante siglos la sociedad temporal occidental.

En su delimitación conceptual, el “reino” (o “monarquía”) corresponde a una de las formas clásicas de gobierno, pero no encaja con los sistemas contemporáneos ni con los principios filosóficos que la Modernidad difuminó a partir de la Revolución francesa. Por eso, no hay que confundir “reino” o “monarquía” con el Estado monárquico que se impone –como todo Estado moderno– sobre la sociedad, sea bajo la forma de monarquía absoluta (donde se inicia históricamente la tendencia centrípeta del poder moderno) o a la manera de la monarquía constitucional (que es un “Estado racional” con corona).

La “monarquía” o el “reino” es un régimen por el que se gobierna una sociedad comunitaria. Puede caracterizarse desde el ángulo de la historia, del pensamiento político-jurídico o de las “ideas regulativas”.

- a. Desde el ángulo de la *historia*, el “reino” no es una ideación de corte racionalista, ni una utopía mesiánica. Corresponde a la realidad histórico-social de la ciudad clásica y cristiana.
- b. Desde el ángulo del *pensamiento político-jurídico*: el “reino” ha sido caracterizado por filósofos, historiadores, teólogos y juristas hasta nuestra época, en un inmenso esfuerzo por explicitar la tradición política que en él se manifiesta.

¹ Rafael GAMBRA, “Sustancialidad política y monárquica”, s/p.

- c. Desde el ángulo de las *ideas regulativas*: el “reino” impone un ideal de gobierno como arquetipo político, donde emerge la figura del Rey como gobernante prudente y justo, sobre la base de una sociedad con determinadas características, muy distinta a la sociedad de masas de nuestra época.

A continuación, se analizará el tipo de sociedad que es congruente con la monarquía y se le denominará “comunidad”, en oposición a la sociedad utilitaria, propia de las teorías del pacto social. Enseguida, se revisará lo que se entiende por “comunidad política”, pues la monarquía es una especie de ella, en oposición al Estado moderno, figura que le ha sustituido. Finalmente, se estudiará el fundamento de la monarquía y su caracterización subsiguiente, de acuerdo con el pensamiento de Rafael Gamba (1920-2004), en el que confluyen las tres perspectivas aludidas: la histórica, la filosófica política y las ideas regulativas.

2. La base social de la monarquía: la “comunidad”

En la actualidad hay un conjunto de equívocos que impiden comprender lo que es un “reino” o una “monarquía” en la plenitud de su significado, tal como existió en el amplio periodo formativo de la Cristiandad, o un poco más próximo al presente, en los reinos hispánicos medievales, en la gran monarquía de Isabel La Católica, en la España imperial donde no se ponía el Sol, y que se prolongaba en los virreinos a este lado del océano, hasta llegar al reino de Chile.

La base social de la “monarquía” o “reino” no es, como en la sociedad democrática de nuestros días, la masa de individuos ni la coexistencia de grupos utilitarios, sino la “comunidad”. Se debe penetrar bien esta categoría, porque ella permitirá hablar después de la monarquía como “comunidad política”, con sus elementos más específicos.

El filósofo español Rafael Gamba reflexionó durante gran parte de su vida sobre los fundamentos de la monarquía, un régimen entrañablemente popular en España y su enorme área de influencia política, cultural y religiosa. La leyenda negra que ha tergiversado la historia, no ha podido borrar, sin embargo, las infinitas fuentes que acreditan este aserto.

A este propósito, hay que recordar que también en Francia, donde se impuso durante más de un siglo el relato republicano o marxista, el revisionismo histórico ha salido a luz mostrando desde la década de 1780, cómo la Revolución de 1789 fue obra de una minoría bien organizada, que después de guillotinar a Luis XVI, tuvo como víctima al propio pueblo. El mito de

que a partir de la toma de la Bastilla se impuso la libertad sobre el despotismo es una burda insensatez².

Volviendo al tema, Rafael Gambra dedica especial atención a la “comunidad”. El término lo utiliza en el sentido que le da Ferdinand Tönnies a la *Gemeinschaft*, por oposición a la *Gesellschaft*. Tras esta distinción, latentes dos formas fundamentales de asociatividad: la fundada en los estratos más profundos del ser y la basada en los elementos puramente voluntario-contractuales.

“La sociedad humana radical es ante todo, una comunidad y no una coexistencia; reconoce orígenes religiosos y naturales y no simplemente convencionales o pactados; posee lazos internos, no solo voluntario-rationales, sino emocionales y de actitud”³.

La “comunidad” se forma a partir de la sociabilidad integral. Hay en ella elementos racionales, pero también volitivos, sensibles, instintivos, etc. Nunca es obra de la sola razón, ni menos de la razón pura, desencarnada, como quisieron los ilustrados a través de sus teorías del pacto social.

La “comunidad” es una “sociedad de sociedades”: no se construye desde arriba, desde los dictados del poder (monocrático o “democrático”), sino que es fruto de la conjunción histórica de todas las tendencias asociativas humanas. El impulso de afectividad y continuidad engendra la institución de la familia; el económico material determina las clases profesionales y las instituciones gremiales; del impulso defensivo surge la institución militar; del impulso intelectual nace la agrupación universitaria, libre y dotada de propia personalidad y carácter; de la proyección familiar nacen las asociaciones vecinales y municipales. Todas estas sociedades, entre muchas otras, crecen con una estructura natural y autónoma, y salvo la militar, independientes de los dictados del poder propiamente político⁴.

La “comunidad”, precisa nuestro autor,

“es siempre creación, nunca deducción a partir de principios abstractos o elaboración metódica o causal. Creación originaria del espíritu humano, y por lo mismo, imprevisible e irreplicable. Ni el paso inmediato del camello en una caravana puede ser previsto ni explicado en su raíz íntima, porque solo hay ciencia de lo repetido, y la vida humana que gobierna la caravana es creación original (...) Así, el origen de la (comunidad) no se

² Sobre este punto, y con amplia bibliografía, Julio ALVEAR TÉLLEZ, *La crítica al discurso de los derechos humanos. El origen*, pp. 71-165.

³ Rafael GAMBRA, *Tradición o mimetismo*, p. 37.

⁴ Rafael GAMBRA, *La monarquía social y representativa en el pensamiento tradicional*, pp. 107-113.

encuentra en la confluencia de unas causas cognoscibles: está contenida en el genio del fundador como el árbol en la semilla⁵.

Las sociedades se convierten en comunidades en la medida en que se fundan en un “sobre-ti”, en una visión compartida de unos mismos orígenes, de un mismo destino y de un modo de comprender la vida, que sobrepasa, en mucho, el nivel de las necesidades utilitarias. De hecho, ese nivel, que corresponde a los “proyectistas” y a los “técnicos”, solo encuentra su lugar adecuado cuando se coloca al servicio de aquel “sobre-ti”.

En la “comunidad”, el “sobre-ti” crea un particular vínculo social. Hay *comunión* (*cum* y *unum*) cuando se poseen y comparten bienes en común. Esos bienes no son solo cosas materiales, sino, sobre todo, creencias y tradiciones propias, consideradas superiores, porque refieren al todo significativo, y son previas a cualquier posición voluntaria o individual. No se les mira, en primer término, como una carga, sino como un beneficio en favor de todos los miembros de la comunidad. “Comunidad” equivale, así, a comunión en un mismo espíritu y puesta en común de bienes o modos de vida para realizar aquella comunión superior.

Así como *tradición* se opone a *traición*, *comunidad* se opone a *comunismo*. El comunismo, como máxima expresión del racionalismo político, vacía a la comunidad de sus vínculos intrínsecos. Considera que lo peculiar común pertenece al “irracional histórico” y debe ser eliminado. De la “comunión” toma solo un lazo y lo impone extrínsecamente, de un modo forzado. De ahí la colectivización de los bienes, que excluye lo “tuyo” y lo “mío” como referente social. El comunismo exige la entrega del ser y del tener propios a un todo colectivo, uniforme, lo que, en realidad, es una forma de masificación, de anulación de lo común diferencial y específico⁶.

“Comunidad”, en cambio, significa participación en un “sobre-ti” trascendente, incluso religioso, del que nace un imperativo raíz, que en lenguaje de Antoine de Saint-Exupéry se llama *fervor*.

El *fervor* es:

“el esfuerzo y la entrega guiados por el amor, en cuya obra el sujeto intercambia su vida con su creación, y ésta le sobrevive y fecunda, y alberga la vida de los que le seguirán”⁷.

El *fervor* permite “domesticar” el mundo y transformarlo en “nuestro” mundo. Es la entrega a las cosas lo que las hace grandes e importantes. Por eso, la previsión y el cálculo –que es la actitud racionalista– no crean ciudades.

⁵ Rafael GAMBRA, *El silencio de Dios*, pp. 68-69.

⁶ GAMBRA, *Tradición...*, *op. cit.*, p. 36.

⁷ GAMBRA, *El silencio...*, *op. cit.*, p. 70.

Con el *fervor*, los bienes comunitarios son asumidos por los miembros de la comunidad, como lo más valioso que debe ser cuidado y acrecido. El esfuerzo vital por lograrlo no se considera tarea perdida ni tiempo derramado, sino maduración del propio vivir⁸.

La “comunidad” cristaliza en un conjunto compartido de convicciones sobre el significado último de la existencia, sobre todo de la existencia política, que es lo que, en realidad, unifica a una sociedad y hace que sus miembros se reconozcan a través de un vínculo común. Ese vínculo común es lo que hace posible las formas jurídicas de obligatoriedad, sin tener que recurrir habitualmente a la coacción: juramentos, contratos, deberes y derechos⁹.

Las convicciones comunitarias se expresan en una verdad u “ortodoxia pública”, antitética a la noción de “sociedad abierta” del liberalismo.

Por designio ideológico, el racionalismo expurgó la “comunidad” de la teoría política moderna¹⁰. Esta se comprende desde el Estado, no desde la “comunidad política”, que equivale a la noción clásica de ciudad, enriquecida por el acento de los vínculos comunitarios. Pero, en los Estados modernos, aún perviven, aunque en estado débil, las formas comunitarias más básicas. Rafael Gambra se refiere en especial a la comunidad de sangre (la relación maternal, sexual y fraternal), a la comunidad local y a la comunidad de espíritu (“consensus mental”).

La “comunidad” –como expresión plena de la “sociedad de sociedades”– se compone de cuatro elementos histórico-naturales: el socialismo, el institucionalismo, la tradición y el vínculo religioso. Se verá cada uno de ellos.

2.1. SOCIEDALISMO

El socialismo –término caro a Juan Vázquez de Mella– es la tendencia que impulsa a los seres humanos a crear un extenso y variado ámbito de asociaciones naturales e históricas, cada cual con su propia vida y autonomía, que el poder estatal no puede definir o intervenir a su arbitrio, porque expresa aquella realidad previa sobre la que se sostiene materialmente todo orden político.

⁸ La comunidad “sostenida por el fervor engendra dos elementos necesarios para el sano vivir (social): el sentido de las cosas, que libra al hombre de caer en la incoherencia de un mundo sin límites ni estructura; y la maduración del vivir, en cuya virtud la obra del hombre paga por la vida que le quita y el mismo conjunto de la vida, por ser constructivo, paga ante su eternidad. Ello libra al hombre del hastío de un correr infecundo de sus años y le reconcilia con su propio morir”, *ibid.*

⁹ GAMBRA, *Tradición...*, *op. cit.*, pp. 33-41; Rafael GAMBRA, *La unidad religiosa y el derrocamiento católico*, pp. 49-55; Rafael GAMBRA, “José de Maistre y la idea de comunidad”, pp. 57-85; Rafael GAMBRA, “Comunidad o coexistencia”, pp. 51-59.

¹⁰ GAMBRA, “Sociedad y religación: la ciudad como hábitaculo humano”, pp. 9-22.

Con el “sociedadalismo” se defiende la realidad jerarquizada de sociedades menores y mayores, con autonomía estructural de acuerdo con sus propias finalidades y condiciones históricas, que no necesitan del poder político para existir y desenvolverse, aunque sí para coordinarse respecto del bien común.

Lo “social” no es la estructura que verticalmente se impone desde el poder, como acostumbra a decir la teoría moderna, sino el orden diferenciado, sostenido y alimentado por la actividad y la libertad asociativa, que el poder rige, pero no trastoca. Este imprescindible “empirismo político” es incompatible con el racionalismo mecanicista de los Estados modernos¹¹.

2.2. INSTITUCIONALISMO

Cuando las agrupaciones son estables y forman cuerpos o estamentos solidarizados entre sí nace el “institucionalismo”, esencial para la pervivencia de la sociedad natural e histórica. Sin el espíritu de institución, no puede existir, en propiedad, una “comunidad”, porque los más relevantes impulsos societarios tenderán a desvanecerse como agua entre las manos.

Rafael Gamba adhiere a las observaciones de Hauriou, Renard y Faribault, pero distingue entre un institucionalismo fingido –oficial, exterior, puramente jurídico-administrativo– y uno vivo, que es la obra humana que se establece sobre lo natural y permanente para completarlo. Con ello, se aleja de la concepción organicista o meramente naturalista de la formación política. También de la concepción liberal, ciega a los elementos, no de inmediato, volitivos de la génesis política.

2.3. TRADICIÓN

Si el sociedadalismo cristaliza en instituciones, estas, a su vez, guardan, acrecientan, adaptan y prolongan dinámicamente en el tiempo el patrimonio espiritual y material que constituye la razón de su existir. Este movimiento de conservación y enriquecimiento continuo del propio ser institucional es la tradición.

Contra el tiempo físico, mecánico o atomizado del racionalismo, Rafael Gamba opone el tiempo social de la tradición, que expresa algo a-racional si se quiere, pero irremediable: la evolución interior, acumulada e irreversible de todo lo humano.

El filósofo español reformula la tradición en clave bergsoniana: no representa solo sucesión, sino, en lo esencial, duración interior, aquella “*durée*

¹¹ GAMBRA, *La monarquía social...*, op. cit., pp. 85-86, 107-108.

réelle” por la que en el presente gravita todo el pasado condensado sintéticamente. “La tradición es la traslación de ese modo de duración o temporalidad a la vida psíquica de los individuos en el plano histórico social”¹².

La tradición es, desde este ángulo, continuidad acumulativa, temporalidad creadora y entrega generacional. La tradición hace “habitable”, entrañable, el mundo de lo político, permitiendo la identidad entre las generaciones y el reconocimiento mutuo de gobernantes y gobernados¹³.

2.4. VÍNCULO RELIGIOSO

La cuarta y última base de la comunidad es el vínculo religioso. Se refiere a la presencia de Dios en el orden socio-político

Si la “comunidad” fija el significado último de la existencia social, es porque se funda en un “sobre ti” comunitario, según se vio. Precisamente ese “sobre-ti” es tal porque expresa, en mayor o menor medida, el profundo anhelo de religación religiosa que habita en la naturaleza humana.

Por eso, los pueblos primitivos, y los que le han seguido a lo largo de la historia, remiten sus orígenes a un fondo religioso que no puede ser tocado. En este sentido, Dawson sostiene que todas las comunidades políticas prerrevolucionarias han tenido orígenes religiosos. Late aquí la religiosidad natural del hombre y su deseo de compartir su trayectoria colectiva no solo al rojo vivo de las contingencias históricas, sino de cara a un ser supremo.

“La naturaleza de (la) comunidad y de (su) fe vinculadora es, siempre y universalmente, religiosa. La religión aparece, sin excepción, como el aglutinante último y resolutorio de las sociedades históricas. Las mitologías (...) revelan con su carácter religioso la naturaleza comunitaria de los pueblos (...) El elemento religioso, como la común creencia en seres espirituales, y en sus múltiples formas, politeísta, monoteísta y aún panteísta –pero siempre concreta e imperativa– se encuentra en el fondo de todas las culturas humanas”¹⁴.

En esta materia, Rafael Gambra parece enfocar la religión no desde un punto de vista teológico, sino antropológico. La religión corresponde a la tendencia innata del ser humano de religarse con su Creador, individual y socialmente¹⁵. El panteísmo, que, en rigor, no puede calificarse como

¹² GAMBRA, *Tradición...*, op. cit., p. 26.

¹³ Op. cit., pp. 27-28. Véase también, Rafael GAMBRA, *El lenguaje y los mitos*, pp. 57-69.

¹⁴ GAMBRA, *Tradición...*, op. cit., p. 39.

¹⁵ El carácter religioso de la sociedad tiene, incluso, un fundamento metafísico, dada la composición de acto y potencia del ser humano. “La sociedad aparece no solo como una realidad permeable a una inspiración religiosa de fines y de espíritu, sino como algo

religión; o el politeísmo, que no apunta como religión trascendente, tienen, desde el ángulo del filósofo español, un valor religioso subjetivo: canalizan la sed de Dios impresa en la naturaleza humana, aunque de manera torcida, atendido el carácter elemental de los pueblos primitivos.

Por eso, hay que matizar el léxico del autor. Cuando se refiere a la fe comunitaria, o a lo sagrado comunitario, alude a lo religioso, pero en este sentido lato y a veces impropio de la palabra. Solo así se comprende el siguiente texto:

“La sociedad histórica no es, en su origen, el de una convivencia jurídica, ni siquiera se define por el sentimiento de independencia entre sus miembros, sino que se acompaña de la creencia de que el grupo transmite un cierto valor sagrado, y del sentimiento de fe y de veneración hacia unos orígenes sagrados más o menos oscuramente vividos. En tanto una sociedad puede caracterizarse como comunidad forma una sociedad de deberes, con un nexo de naturaleza distinta a la sociedad de derechos, que brota del contrato y de una finalidad consciente”¹⁶.

La religión, por tanto, ha sido siempre necesaria para formar una comunidad, y sin su vínculo activo es improbable que esta subsista a largo plazo.

Por eso, más allá de su génesis, la propia noción de “comunidad”, como sociedad de deberes, implica el vínculo religioso. El vínculo es tan esencial, en su papel articulador, que la sociedad “racional”, neutra, liberal, ha tenido que remedar la religión con tópicos sustitutivos para poder sobrevivir y desarrollarse¹⁷. Y es que el vínculo religioso cumple, adicionalmente, una función social difícil de reemplazar. La “comunidad” requiere que sus creencias tengan pretensión de inmunidad. Y la verticalidad de lo religioso vuelve, de suyo, intocables las creencias que fundan ahí su sentido. La comunidad política, que se verá en el próximo acápite, aparece, entonces, como una sociedad de deberes, antes que una sociedad de derechos¹⁸.

esencialmente religioso, precisamente por radicar en la naturaleza humana a modo de proyección de sus tendencias y estratos más profundos”. GAMBRA, *El silencio...*, op. cit., p. 34.

¹⁶ GAMBRA, *Tradición...*, op. cit., p. 37.

¹⁷ Merece precisarse la idea. “Los pueblos nuevos formados en el neutralismo liberal, si llegan a constituir una nacionalidad estable es porque han divinizado a su modo las figuras históricas o las leyes que dominaron en sus orígenes, a las que rinden un culto idolátrico”. GAMBRA, *Tradición...*, op. cit., pp. 39-40.

¹⁸ Hasta dónde alcanza esta función, se destaca en este texto sintomático: “La obligación política, arraigada originariamente en la vinculación familiar –paternal y filial– adquiere en ella (la comunidad) un sentido radical, indiscutido, que no posee un régimen contractual o constituido (...) El carácter consecutivo que el deber tiene respecto del derecho ha de hallarse en la incisión en ella de un orden sobrenatural, que posee el primario

La “comunidad” es siempre la relación humana más radical, base de todas las otras formas de relacionamiento. Sobre ella debieran apoyarse las formas de convivencia contractual como la industria o el comercio a fin de que no se muevan en el solo ámbito de la coexistencia práctica o funcional. La “comunidad” tiene, entonces, la delicada función humana de servir de “comunidad preformante de valoraciones y actitudes”, que comprende en el ámbito social “los móviles más profundos y extensos del comportamiento humano”¹⁹.

Esta función imponderable es objeto de una absoluta incompreensión por parte del racionalismo político. Tal función “preformante” es la raíz de la profunda y habitual cooperación en que viven los seres humanos, superando los condicionamientos del interés utilitario y trascendiendo la amenaza coactiva de la legalidad, que queda como *ultima ratio*, como garantía de un orden mínimo²⁰.

Hay que destacar que el vínculo religioso es un lazo, en esencia, comunitario. Une a los hombres por vía de interioridad. Y, desde ese ángulo, es imprescindible para producir la unión moral que sostiene la *aquiescencia* espontánea a la comunidad, particularmente a la comunidad política.

Sobre este cimiento comunitario, impregnado de socialismo, institucionalismo, tradición y vínculo religioso, se edifica la “comunidad política”.

3. La “comunidad política”

Solo a partir del reconocimiento de la realidad comunitaria es que puede existir, después, como maduración, la “comunidad política”.

La “comunidad política” surge del desenvolvimiento de la sociabilidad comunitaria natural e histórica, excluyendo por definición la estructura superior estatal que el racionalismo impone al hombre concreto, subsumiéndolo.

Los hombres son libres para desarrollar las comunidades políticas en diversos sentidos, de acuerdo con las contingencias y peculiaridades propias

derecho a ser respetado, esto es, la aceptación comunitaria de unos derechos de Dios que determinan deberes radicales en el hombre y en la sociedad”, *op. cit.*, pp. 37-38.

¹⁹ *Op. cit.*, p. 40.

²⁰ Tampoco se trata que los hombres sean ángeles. Los actos de pura benevolencia no abundan, observa Rafael Gamba, con cierto pesimismo. El núcleo de la cuestión es la existencia en la “comunidad” de esa función “preformante”, que genera “imágenes de comportamiento social que rigen nuestra conducta espontánea y cuya elaboración reconoce raíces mucho más profundas que las capas intelectuales o educativo individuales de nuestra personalidad”, *op. cit.*, p. 41.

del tiempo y del espacio. Aparecen, de este modo, a lo largo de la historia, comunidades políticas diversas, como las repúblicas, las aristocracias o las monarquías sociales y representativas, que por su tendencia selectiva expresan el poder político supremo en la figura de un rey.

Las bases histórico-naturales de estas comunidades políticas dependen de mil variables: geográficas, climáticas, situacionales, voluntarias, etc. No se puede tocar aquí este punto. Solo destacar el carácter antirracionalista de la comunidad política. Nace de la comunidad social, no de la voluntad general. Se desenvuelve como una unidad política dinámica, cuya vida depende del extenso entramado de cuerpos asociativos, ciudades, provincias y países con derecho a gobernarse a sí mismos, según las normas de su propia identidad y personalidad. Su desarrollo no depende, por tanto, de la planificación constitucional-estatal. El poder político está llamado a “conocer” y no a “crear” aquella trama comunitaria. Para el racionalismo moderno, en cambio, el Estado existe por derecho propio y las demás instituciones por su concesión o tolerancia²¹.

“Pueblo” equivale, aquí, a “comunidad” en todo su realismo, no a masa de individuos abstractos, tan libres e iguales como artificiales. Al respecto, se recuerda la definición que de “pueblo” o “comunidad” da Alfonso X el Sabio:

“Pueblo llaman el ayuntamiento de todos los hombres comunalmente, de los mayores, y de los medianos y de los menores. Ca todos son menester y no se pueden excusar, porque se han de ayudar unos a otros porque puedan bien vivir y ser guardados y mantenidos”²².

Sosteniéndose en las asociaciones comunitarias naturales e históricas que le sirven de base (siempre peculiares, amoldadas al espacio y al tiempo), la “comunidad política” se define por el fin –el bien común–, por la cohesión interna y entrañable, y no por su estructura exterior o puramente legal, como el Estado moderno democrático.

4. El “reino” o la “monarquía social y representativa”

El “reino” o la monarquía es la comunidad política en cuanto se concreta en un régimen inspirado por el principio monárquico de la *reductio ad unum*²³.

²¹ GAMBRA, *La monarquía social...*, *op. cit.*, p. 110.

²² ALFONSO X, *VII Partidas*, 2, X.

²³ La fórmula la tomamos de Plinio CORRÊA DE OLIVEIRA, *Justicia y sacralidad en la Edad Media*, p. 28.

Es la comunidad política regida por el principio monárquico, según se analiza a continuación.

En los estudios clásicos sobre la caracterización política de la monarquía, esta aparece, por definición, como el gobierno de uno²⁴.

Esta visión cuantitativa fundada en tipos ideales, no da cuenta, sin embargo, del fenómeno del “reino”, nombre de régimen más que de gobierno, presidido por un príncipe, titular de un poder limitado intrínseca y extrínsecamente, al que se aproximaron cualificándolo las grandes figuras de la neoescolástica, como Francisco de Vitoria, Francisco Suárez, Juan de Mariana y Francisco de Quevedo²⁵.

En la misma línea, el “Manifiesto de los persas” y los pensadores hispanos de los siglos XIX y XX, convencionalmente calificados como “tradicionalistas”, calificaron el poder del Rey, atribuyéndole funciones políticas específicas y sujetándolo a límites jurídicos y morales que hacen incompatible, al menos en principio, la idea de reino con la concepción moderna del Estado soberano, sea democrático o autocrático²⁶.

El poder del Rey no es parte de una estructura normativa de potestades, planificada por el derecho positivo, de carácter constitucional y administrativo. Es, principalmente, una potestad humana, personal y circunstanciada, revestida de *auctoritas*. En este sentido, el poder del Rey no se identifica con el poder estatal. No es la pieza de un engranaje político al que se le atribuye de modo extrínseco (por vía legal) un determinado cúmulo de funciones, que se justifican por vía procedimental. Se trata, por el contrario, de

²⁴ Son clásicos los textos de la monarquía como “gobierno de uno” y sus beneficios “morfológicos” en relación con el principio de unidad y de continuidad. SANTO TOMÁS DE AQUINO, *De Regno ad regem Cypri*, I, 3.

²⁵ FRANCISCO DE VITORIA, *De la potestad civil*, pp. 7-8, 11 y 21; FRANCISCO SUÁREZ, *Defensio Fidei*, vol. III: *Principatus politicus*, n. 2, 5; 3, 4; FRANCISCO SUÁREZ, *Defensio Fidei*, vol. IV: *Iuramento Fidelitatis Regis Angliae*, n. 2, 2; JUAN DE MARIANA, *Del Rey y de la institución de la dignidad real*, pp. 33 y 45-62; FRANCISCO DE QUEVEDO, “Política de Dios, gobierno de Cristo”, pp. 7, 77-82, 27, 44-45, 60-61. Más detalle en JULIO ALVEAR TÉLLEZ, “Elogio del reino. Rafael Gamba y la reivindicación del tradicionalismo político”, pp. 304-307.

²⁶ ALEXANDRA WILHELMSSEN, “El Manifiesto de los persas: una alternativa al liberalismo español”, pp. 141-172; JUAN DONOSO CORTÉS, “Carta al director de Revue de Deux Mondes”, pp. 211-234; ANTONIO APARISI Y GUIJARRO, *El rey de España*, pp. 16, 22-24, 31-34; CARLOS VII, “Carta manifiesto al infante don Alfonso de Borbón y Austria-Este”, pp. 38-43; JUAN VAZQUEZ MELLA, *Textos de doctrina política*, pp. 107-141; JAIME DEL BURGO, *Ideario*, pp. 10-11; FERNANDO POLO, *¿Quién es el Rey? La actual sucesión dinástica en la monarquía española*, pp. 22-25; FRANCISCO ELÍAS DE TEJADA, *La monarquía tradicional*, pp. 11-168; FRANCISCO ELÍAS DE TEJADA, “Poder y autoridad: concepción tradicional cristiana”, pp. 157-175; ÁLVARO D’ORS, “Gabriel o del reino”, pp. 261-300; ÁLVARO D’ORS, “Autonomía de las personas y señorío del territorio”, pp. 241-259; ÁLVARO D’ORS, “Legitimidad”, pp. 135-152; ÁLVARO D’ORS, “Forma de gobierno y legitimidad familiar”, pp. 121-138.

un poder cualificado, que corona la cúspide de un régimen político-histórico, que subyace y da razón de las leyes, al que mejor cabe la denominación de “reino” que de monarquía²⁷.

Sin entrar a la cuestión terminológica, es una constante en Rafael Gamba precisar tanto el *carácter* del poder monárquico como su *inserción* dentro de un orden político comunitario y sacral. Sin lo uno ni lo otro, no se entiende ni el “reino” ni la figura del Rey:

“El término ‘monarquía’ significa etimológicamente gobierno de uno solo. Pero su uso dentro de nuestra civilización le ha conferido otro sentido más profundo. No es monarquía todo gobierno de un solo: si tal fuera habrían sido grandes monarquías la Unión Soviética de Stalin o la Argentina de Perón, por ejemplo. Monarquía es un gobierno en cierta medida sacralizado, en el cual el monarca es considerado como representante de Dios en el orden civil o temporal y reina en nombre de Dios y de la ley natural (de origen divino), y en una relación muy neta (aunque muy matizada) con el otro poder (el Pontificado) que representa a Dios en el orden de fines sobrenatural. Se trata, en definitiva, de la concepción del poder civil dentro de la Cristiandad o civilización cristiana. Lo cual no supone en modo alguno que se tratara de una teocracia, ni siquiera de un ‘poder absoluto’. Hablar de monarquía absoluta en la Edad media es un anacronismo. Y aun en las grandes monarquías de los siglos XVI al XVIII resulta una noción muy discutible. El poder del rey no era absoluto (solutus, libre de trabas, desembarazado), sino sometido a la ley de Dios –parcialmente al Pontífice– y al derecho y fuero de cada hombre o grupo sobre los que reinaba (es decir, guardaba la justicia). Derecho natural en unos casos, otorgado en otros, adquirido o conquistado en otros, etc.”²⁸.

Para Rafael Gamba, los principios constitutivos del “reino” se encuentran en la “comunidad política”. En este contexto, la figura del Rey es la del vicario de Dios en el ámbito temporal y rector de dicha comunidad política. Más aún, representa el principio gubernativo ejemplar del “reino”.

La “monarquía” se funda en una continuidad que solo puede otorgar la historia.

“El rey gobierna en nombre de un principio superior a él (nunca un carisma personal), algo permanente y necesario que la institución misma representa en aquel medio humano y a lo que príncipe y pueblo reconocen como santo, y a la vez natural y bueno”²⁹.

²⁷ La distinción es esencial para VOLKOFF, *Du Roi*, pp. 5-9.

²⁸ Rafael GAMBRA, “Constitucionalismo y racionalismo político. Reflexiones en clave española”, pp. 241-242

²⁹ Rafael GAMBRA, “Monarquía instrumental”, s/p.

Por eso, ni el más grande de los poderes, como el que detentó Napoleón (que juró “ser su propio nieto”) fue suficiente para crear una nueva monarquía. Se trata, por cierto, de una continuidad *de iure*, compatible con las discontinuidades de *facto*, que ocasionen la conducta defectiva de ciertos reyes.

Los títulos de los reyes son histórico-dinásticos, y no reconocen, en la constitución liberal, el origen y el fundamento de su poder. De ahí la posibilidad, siempre presente, no de una instauración volitiva, sino de una restauración histórica –volver a la tradición– del “reino”³⁰.

En ese sentido, la monarquía constitucional es una incongruencia porque se funda en el principio democrático (moderno). La monarquía genuina es un régimen de convicción, en cambio, la democracia moderna es un régimen de opinión. La primera supone un poder sacralizado, la segunda la desobjetivización del poder en cuanto a sus orígenes y finalidades³¹. Puede apuntarse, asimismo, cómo la monarquía tradicional tiene una profunda coherencia política: se apoya en algo dotado de sentido, donde el Rey no es mero poseedor de un poder fortuito, sino portador de un significado objetivo³².

La monarquía, por su origen, su esencia y su historia es un régimen sacral y aristocrático en oposición a la monarquía constitucional, que en este punto es profundamente revolucionaria. No es sagrada, sino constitucional. No es aristocrática, sino democrática. Precisa Rafael Gamba al respecto:

“La condición de sacral se expresaba en la fórmula ‘por la gracia de Dios? o ‘Deo juvente’ (...) Significa que el rey no reina ni gobierna por sí mismo como autócrata ni por voluntad de los hombres, sino como ministro

³⁰ Rafael GAMBRA, “¿Restauración o instauración?”, s/p.

³¹ Vale la pena traslucir los términos que utiliza nuestro autor: “La democracia moderna excluye, por principio, toda convicción, y ante todo las del Rey. Es un régimen de opinión, de opiniones concretadas en partidos o en candidatos y computables en el sufragio. Convicción es una adhesión firme, sin temor a errar, a algo que exige del sujeto una conducta coherente y una lealtad. Opinión es la suposición de que algo es más probable o más conveniente, lo que no determina vinculación alguna, ni teórica ni práctica. La monarquía es un régimen en cierto modo sacralizado, cuyo poder ejercían los reyes como ministros de Dios. La primera ley objetiva e inalterable es el Decálogo. Su símbolo, la corona, que se remata con una cruz, y representa el origen divino del poder. La democracia moderna, en cambio, postula no solo la completa desacralización del poder sino la desobjetivización de sus orígenes e imperativos, su sumisión a la opinión humana mayoritaria. Fruto de su arraigo popular, a ciertos reyes se les mantuvo después de la Revolución en calidad de reyes constitucionales, especie de presidentes de la República coronados, de quien son rehenes (...) Y un último destino se les ha dibujado: por un síndrome de Estocolmo se han convertido en demócratas convencidos”. Rafael GAMBRA, “Balduino y la monarquía “constitucional” s/p.

³² Rafael GAMBRA, “Regímenes coherentes y regímenes híbridos”, s/p.

de Dios, al modo como el sacerdote ejerce su ministerio. O lo que es lo mismo, que la primera ley del Reino es la Ley divina. La monarquía es un régimen con fundamento religioso. Se opone a constitucional, que es un régimen contractual puramente humano (...) El constitucionalismo liberal es esencialmente laicista; nada hay en su base doctrinal ni de sacral ni de confesional³³.

Sobre el carácter aristocrático:

“La condición aristocrática nace de la misma naturaleza del poder real. El Rey es la cumbre de la jerarquía nobiliaria (...) Se trata de un régimen familiar y hereditario que nada debe a la elección ni a la voluntad popular. La Revolución se alzó ante todo contra las monarquías por el doble carácter sacral y hereditario”³⁴.

En este contexto, la Revolución francesa se enfrenta al “universo espiritual de la Cristiandad”. Era inadmisibles que un sector del pueblo, amotinado, asesinara al Rey y se revelara contra el orden sacralizado y milenariamente establecido. De ahí que las monarquías europeas declaren la guerra a la Convención, y sus ejércitos se cubran de voluntarios³⁵. La Revolución, por su parte, guillotina, fusila o exilia a los reyes y a sus familias y, cuando no puede, crea eso que llama “monarquía constitucional”, donde mantiene al Rey como rehén o prisionero. La tradicional condición suprema se transmuta en condición reclusa. El rey, a lo más, es una figura decorativa, “irresponsable”, que carece de derechos civiles. Solo los *rois fainéants* podrían compararse a ellos como antecedente³⁶.

En la monarquía, el poder del Rey no se magnifica apoyándose en el poder de Dios, sino que se limita, pues se convierte en ministro del Señor, en vicario de Cristo, cumplidor de una ley más alta³⁷.

La monarquía puramente instrumental o funcional, la “monarquía-fórmula”, la monarquía como técnica de gobierno adecuada para una circunstancia específica, es una versión muy débil del “reino” o de la genuina monar-

³³ Rafael GAMBRA, “El síndrome de Estocolmo. Con la monarquía constitucional al fondo...”, s/p.

³⁴ Rafael GAMBRA, “El síndrome de Estocolmo. Con la monarquía constitucional al fondo...” s/p. La monarquía, complemento institucional de la nobleza, expresa de manera típica los principios de jerarquía y de autoridad en la formación de las sociedades. Rafael GAMBRA, “El problema de las clases directoras en la sociedad contemporánea (a propósito de un libro)”, pp. 367-368.

³⁵ Rafael GAMBRA, “Cómo pensaba un fraile español en tiempo de la Revolución Francesa”, p. 232.

³⁶ GAMBRA, “El síndrome...”, *op. cit.*, s/p.

³⁷ GAMBRA, “¿Restauración...”, *op. cit.*, s/p.

quía. Rafael Gamba denota la utilidad de la monarquía como régimen de gobierno³⁸. Pero observa que nadie es monárquico por motivos de utilidad. Ahí radica la clave del arraigo popular de la monarquía tradicional. Ella tiene un contenido “incondicionado”: la “lealtad histórica”, que, en el fondo, es lealtad con el propio ser del pueblo. El título para gobernar, la legitimidad, no se funda en la pretensión revolucionaria y constitucional de construir una sociedad nueva. Por el contrario, sus títulos son el orden natural (a quien sirve el Rey y el pueblo) y la tradición histórica³⁹.

Sistematizando el pensamiento de nuestro autor, se puede ofrecer la siguiente caracterización del poder o del oficio del Rey⁴⁰:

I) POTESTAD DE ORIGEN DIVINO

Como toda potestad humana, la del Rey proviene de Dios no por concepción directa, sino de un modo mediato, a través del orden impreso por la naturaleza social del hombre, la cual exige una autoridad de gobierno. En consecuencia, el poder del Rey no tiene su origen en una jerarquía delegada anclada en los cielos, sino en la necesidad de un principio de gobierno que rija a la sociedad según y en la medida de sus fines de bien común. Hay que descartar, por tanto, la doctrina protestante del origen inmediatamente divino del poder político.

Para representar el origen divino del poder, en la monarquía se encarga a las bellas artes y al ceremonial la expresión simbólica de lo sagrado. En la Modernidad, en cambio, es a la voluntad general, como divinidad sustitutiva, a la que se dedican construcciones que simulan templos laicos⁴¹.

II) POTESTAD SAGRADA O SANTA

El oficio del Rey se eleva sobre el orden natural de las convenciones o de la técnica política de los hombres. En los reinos cristianos, la sacralidad proviene de la consagración o destinación del Rey como vicario de Cristo. Desde este ángulo, la figura genuina del Rey es incompatible con la figura

³⁸ Las razones principales: la unidad, la continuidad y la mejor garantía de la libertad política. Las banderías no tocan la continuidad del gobierno, en lo que tiene de más alto; no se produce, en principio, la angustia política ante las sucesiones inciertas y discontinuas. La libertad tiene una base congruente: el ambiente político estabilizado. GAMBRA, “Monarquía...”, *op. cit.*, s/p.

³⁹ *Op. cit.*, s/p.

⁴⁰ Una primera caracterización de la potestas u oficio del Rey fue expuesta en ALVEAR TÉLLEZ, “Elogio del reino...”, *op. cit.*, pp. 327-329. En ocasiones se han reproducido aquí ciertas frases de dicho trabajo.

⁴¹ Rafael GAMBRA, “Las nuevas catedrales laicas. Otra divinidad...”, s/p.

del jefe de gobierno del régimen parlamentario liberal, nacido de la teoría de la soberanía popular⁴².

En la Cristiandad, el Rey se vincula a una instancia religiosa que trasciende todo otro ligamen, cual es la fe y la moral cristianas.

En polémica con el protestantismo político de Radbruch y Scheler, Rafael Gambra sostiene la tesis de la “relativa significación religiosa” del derecho y del poder político. El Cristianismo, en particular, no solo inspira los límites morales –de contención– del poder, sino que, asimismo, tiene un influjo positivo sobre él, tanto en su origen (*non est potestas nisi a Deo*) como en razón de su fin (hacer posible y coadyuvar al bien y fin últimos del hombre)⁴³.

El Cristianismo lleva a su punto culminante la unión en la distinción entre el orden religioso y el orden político. La religión se plantea como un hecho sobrenatural: parte de una verdad revelada, que se interpreta auténticamente por un magisterio infalible. La religión queda fuera del alcance del gobierno temporal. Se distingue claramente, al menos en tesis, entre la sociedad temporal y la sociedad religiosa, la comunidad política y la Iglesia católica, de acuerdo con la imagen medieval de las dos espadas. Pero hay una unión –por subordinación– entre el fin de la vida buena terrena y del destino eterno sobrenatural.

Rafael Gambra da por supuesta esta doctrina en sus alcances filosóficos, sin perjuicio de connotar la tensión que se produce al interior de la Cristiandad entre un agustinismo que se fija más en la dimensión sobrenatural y un tomismo que parece destacar en su justa medida el ámbito temporal⁴⁴.

En este punto no hay que olvidar que la Cristiandad es la sociedad temporal inspirada en el Cristianismo. En su dimensión propiamente política, no alude a “Estados” católicos, sino a “comunidades políticas” católicas. Lo que tiene gran relevancia a la hora de comprender de qué manera la religión puede ser principio político sin transformar un cuerpo político en teocracia o en totalitarismo.

Para entender este modelo, el filósofo español resalta que, no existiendo el Estado, el poder político no se manifiesta en un solo poder temporal cen-

⁴² GAMBRA, *La monarquía social...*, *op. cit.*, pp. 138-139.

⁴³ La tesis requiere una serie de precisiones que se encuentran en GAMBRA, *La unidad religiosa...*, *op. cit.*, pp. 11-29, 39-43, 65-66; Rafael GAMBRA, “La filosofía religiosa del Estado y del derecho”, pp. 433-457; GAMBRA, *La monarquía social...*, *op. cit.*, pp. 121-131; GAMBRA, *Tradición...*, *op. cit.*, pp. 295-297. La Cristiandad es, para Rafael Gambra el ideal de comunidad histórico-política. GAMBRA, *Tradición...*, *op. cit.*, pp. 45-48. Una acerva crítica de la coexistencia neutra como norma y estructura deseable para la sociedad en GAMBRA, *La unidad religiosa...*, *op. cit.*, pp. 89-98 y GAMBRA, *Tradición...*, *op. cit.*, pp. 295-297.

⁴⁴ GAMBRA, *La unidad religiosa...*, *op. cit.*, pp. 39-42.

tralizado y de ejecución uniforme, sino en una jerarquía de poderes autónomos en su ámbito, a cuya cabeza está el príncipe⁴⁵.

La política se vuelve plural y el poder, en esencia, participativo. Es en este medio donde entra a jugar el principio religioso, el que es acogido por una sociedad que lo comparte en comunidad como un “sobre-ti”, respetando, pero trascendiendo, el orden temporal. Se realiza así, en diversos grados históricos, el conocido axioma tomista: las dimensiones temporal y espiritual se distinguen, pero están unidas y subordinadas en el orden de sus fines.

Ello significa que lo eterno prima sobre lo temporal; las exigencias religioso-espirituales son más importantes que los intereses materiales. De ahí que a los representantes de la comunidad política les esté vedado infringir la ley “divino-natural” en sus actos de gobierno o en sus regulaciones de derecho positivo. Lo que no significa que de hecho no la puedan violar. Porque el equilibrio entre autoridad y libertad es bastante vivo cuando no hay Estado. Rafael Gambra lo destaca con las siguientes palabras:

“Esto no supone que aquella sociedad fuera perfecta en tal o cual época: la penetración del principio religioso en una sociedad es análoga a la que puede darse en un individuo, y ofrecer situaciones prácticas muy semejantes. Un hombre creyente y religioso puede adolecer de una conducta desordenada, al igual que un no creyente puede manifestarse en un comportamiento austero y ordenado. El primero, sin embargo, vivirá tales desórdenes con conciencia de pecado, que es una actitud religiosa, al paso que el segundo se regirá por virtudes puramente naturales, fruto de la mera ordenación racional de la vida, lo que –sea cual fuere su mérito ante Dios– no constituye una vivencia religiosa”⁴⁶.

En la Cristiandad, se aunaban los tres bienes compositivos del orden político. Los más queridos por el pueblo: la religión, el “reino” y la tierra⁴⁷,

⁴⁵ La Iglesia tampoco opera como una estructura única de poder, pues se distinguen distintas gradaciones jurisdiccionales u honoríficas dentro de la jerarquía eclesiástica, supuesto el Primado de Pedro.

⁴⁶ GAMBRA, *La unidad religiosa...*, *op. cit.*, pp. 127-128.

⁴⁷ Rafael Gambra explica el sentido especial, comunitario, que da a estas designaciones: “La tierra es el conjunto de bienes materiales que posee un hombre o una comunidad –sus deudos, sus campos, su hacienda, sus casas–, todo lo que puede ser invadido, raptado o saqueado; el Reino es la estructura, la forma o el alma, que hace de aquella tierra y gentes una patria –las leyes, las costumbres, la monarquía– y establece una continuidad entre las generaciones: todo aquello que puede ser violado o conculcado. La Religión, es como el lazo de unión (o re-ligación) de la ciudad terrena con su fundamento sobrenatural: aquello que puede ser profanado. En referencia a un edificio: los materiales que lo componen, la estructura u orden de sus estancias, y el cimiento en que se sustenta”. GAMBRA, “Cómo pensaba...”, *op. cit.*, pp. 233-234.

que en el mundo hispánico se proyectaron en la célebre tetralogía de “Dios, Patria, Fueros, Rey”, o en la de “Dios, vida, honor y hacienda”.

III) GOBIERNO PERSONAL Y FAMILIAR

La monarquía entraña la idea de gobierno de *uno*. Es *uno* quien gobierna, pero con un gobierno *personal* y *familiar*, moderado por los principios aristocráticos y democráticos en los distintos sectores sociales, de acuerdo con la formulación clásica del régimen mixto.

Para Rafael Gambra el antiguo régimen político-social de los reinos es pañoles fue su mejor realización histórica. Las “Espanñas” fueron

“una federación de repúblicas democráticas en los municipios y aristocráticas, con aristocracia social, en las regiones, levantadas sobre la monarquía natural de la familia y dirigida por la monarquía política del Estado (sic, gobierno)”⁴⁸.

IV) POTESTAD LIMITADA EN SU ESENCIA

El poder del Rey es una potestad política suprema en su orden, pero no es soberana. Está destinada a proteger y coordinar la vida social en su conjunto, no a imponerse sobre ella. Como potestad tutelar, en esencia, es consecuencia del dinamismo asociativo de la sociedad en orden al bien común, y se opone al poder configurador del Estado “racional”.

De suyo, al Rey le compete velar por la administración superior de justicia, la defensa nacional y la suplencia de aquello que la sociedad no puede realizar por sí misma. Extrínsecamente, es un poder limitado por el localismo social autónomo⁴⁹.

V) POTESTAD TRADICIONAL

La figura del Rey representa el arraigo y la continuidad frente a la improvisación y la inestabilidad. Su posición es antitética al régimen de opinión y a la “ideocracia”. Se instala en la realidad de la tradición, y encuentra el complemento institucional en la aristocracia de eficacia directiva y enraizamiento popular, y en la familia con la plenitud de sus atribuciones⁵⁰. El carácter hereditario establece un continuo con estas dos instituciones.

⁴⁸ Rafael GAMBRA, “Estudio preliminar”, p. 33. También, GAMBRA, *La monarquía social...*, *op. cit.*, pp. 191-192. La aplicación la refiere particularmente a los reinos medievales que en evolución orgánica se transforman en la monarquía católica de los Austrias, y se proyecta al reino de las Indias. La España borbónica, sin embargo, es contaminada con los principios de la modernidad política, aunque el autor no lo formule en estos términos.

⁴⁹ GAMBRA, *La monarquía social...*, *op. cit.*, pp. 86-87.

⁵⁰ *Op. cit.*, p. 143; GAMBRA, “El problema de las clases...”, *op. cit.* pp. 366-367.

La monarquía tradicional da estabilidad social, porque el poder del Rey se apoya en un localismo espacial y temporal estabilizador. El mundo moderno ha olvidado que sin permanencia y estabilidad de hombres y ambientes nada es posible en el mundo de las creaciones sociales. El poder del Rey logra, a diferencia del poder soberano moderno, institucionalizar la permanencia y la estabilidad que viene de abajo, obteniendo, además, el hoy esquivo “encuadramiento social” del ser humano⁵¹.

De forma suplementaria, la monarquía representa la tradición política en cuanto comunión depositaria de una legitimidad histórica⁵².

VI) POTESTAD FEDERADA

El Rey gobierna sobre diversas regiones o unidades políticas parciales, dotadas de autonomía propia. El Rey corona “el gobierno del país por el país”⁵³.

VII) POTESTAD REPRESENTATIVA

El Rey representa la unidad de un conjunto histórico de países, regiones, municipios y asociaciones, tan diversos como autónomos. El Rey “parlamentaria” institucionalmente con todas las personas colectivas y personifica la unidad en la variedad⁵⁴.

⁵¹ Precisa Rafael GAMBRA que la potestad del Rey es un “poder independiente capaz de realizar su gestión en un sentido opuesto al que su mera naturaleza de poder le imprimiría”. En vez de procurar “su extensión indefinida y la anulación de cuantas trabas le oponga la sociedad, trata de re-crear esas trabas, buscando en la permanencia y en la libertad corporativa, la formación de instituciones autónomas que encuadren al hombre y, al mismo tiempo, lo protejan”. Solo la monarquía puede descentralizar, decía Maurras, porque es “un poder estable, hereditario, asentado en el tiempo y no en el capricho o la oportunidad de grupos y de vencedores”. RAFAEL GAMBRA, “Epílogo”, pp. 129-131.

⁵² RAFAEL GAMBRA, “Aspectos del pensamiento de Salvador Mingujón”, p. 89.

⁵³ Un amplio desarrollo en RAFAEL GAMBRA, *La monarquía social...*, *op. cit.*, pp. 162-165; RAFAEL GAMBRA, *Eso que llaman Estado*, pp. 183-190; RAFAEL GAMBRA, “Foralismo y nacionalismo vasco”, pp. 939-947. El federalismo se opone al nacionalismo, imaginario político uniforme incoado por el Estado racional. GAMBRA, *La monarquía social...*, *op. cit.*, pp. 174-176. Es tesis del autor que el federalismo en España se identifica con el sistema foral y tiene su fundamento en la “teoría de la superposición y evolución de los vínculos nacionales”. GAMBRA, *La monarquía social...*, *op. cit.*, pp. 165-171.

⁵⁴ GAMBRA, *La monarquía social...*, *op. cit.*, pp. 184-190. Precisa: “en la antigua sociedad, se partía de la dualidad rey-república, o el príncipe y sus Estados, y se concebía el poder del rey como el guardador del derecho de los hombres y de los grupos. Así el rey parlamentaba con sus reinos o ciudades, los escuchaba, discutía con ellos. El Rey debía regir sus Estados, pero éstos tenían por sí mismos una organización, o más bien, eran un conjunto de estamentos o instituciones cuya estructura no solo era asunto de la propia sociedad, ajena, por tanto a la voluntad del rey, sino que se consideraba como un orden natural, una estructura objetiva”, *op. cit.*, pp. 55-56.

El oficio del Rey ha sido alterado por el discurso político moderno, imputándole una concentración de poder (en su estructura) y una capacidad de arbitrio (en su ejercicio) que poco tiene que ver con las exigencias del “reino”. En realidad, son más bien los Estados modernos los que han entregado esos onerosos atributos al poder democrático, con posibilidades de realizarlos en diversos grados.

El “reino” es, en este sentido, un régimen político y una conformación social antitética con el “Estado”, el gran artificio de la modernidad racionalista. Lo mismo puede decirse, como proyección, de la figura del Rey, representante de la comunidad política y principio político ejemplar del “reino”.

En síntesis, en el “reino”, como monarquía social y representativa, existen dos planos, una suerte de dos comunidades que se conjugan en una misma obra política, en una unidad superior y sintética. Rafael Gamba lo explica en estos términos:

En la monarquía:

“existen dos planos en la vida política y espiritual de los pueblos (...) Una estructura corporativa tradicional o espontáneamente cuajada en instituciones sociales, independientes del poder público, diferenciadas, autosostenidas; y el general acatamiento sobre ellas de un poder estable que representa la tradición de todos, el conjunto de valores comunitarios, que se identifican con el origen de la nacionalidad, fuente de emociones comunes. Y el plano más profundo y espiritual, que es la comunión en una misma fe, que inspiró la génesis remota de aquellas instituciones y aquellos poderes cordiales. Ambos planos pueden disociarse. Y es precisamente en su disociación inversa en los pueblos más expansivos de Occidente donde radica la gran tragedia de nuestra civilización”⁵⁵.

Así, en los pueblos hispánicos se perdió la estructura corporativa y monárquica de la sociedad por el asalto repentino, contrahecho, del racionalismo constitucional. Conservó, sin embargo, la profunda comunión histórica de fe y su actitud vital, con expectativa de restauración del orden comunitario, y sentido de protesta frente a la estructura estatal, tendente al laicismo. En cambio, en los pueblos británicos se acabó la unidad religiosa, pero pervivió la estructura corporativa o autonómica de la sociedad y la autoridad indisputada de la monarquía⁵⁶.

⁵⁵ GAMBRA, “¿Comunidad...”, *op. cit.*

⁵⁶ A partir de la Constitución de 1978, España perdió el carácter confesional de su régimen, y se transformó en una democracia moderna en forma. A Gran Bretaña le queda la monarquía. Pero subsiste disecándose, *ibid.*

5. Conclusión

- a. Las formas de gobierno *clásicas*—monarquía, aristocracia, democracia— incluyen la rectitud de la justicia y el bien común como principios basales. Las formas de gobierno *modernas* se fundan todas en el principio democrático, liberal o colectivo. La monarquía constitucional, como ideación moderna de compromiso, es una incongruencia.
- b. La Modernidad ha ideologizado las formas de gobierno y los regímenes políticos, enmarcándolos en una filosofía racionalista. Por tanto, no se puede defender en nuestra época la tesis de la accidentalidad de las formas de gobierno. Existen condiciones y supuestos mínimos—el orden natural, la maduración histórica de las sociedades, la religación con Dios— fuera de los cuales resulta inadmisibles un régimen político, cualquiera sea su forma u organización.
- c. En su delimitación conceptual, la “monarquía” corresponde a una de las formas clásicas de gobierno. Puede caracterizarse desde el ángulo de la *historia*, del *pensamiento político-jurídico*, y de las *ideas regulativas*. Puede comprenderse a través de un conjunto de elementos definitorios: la “comunidad”, la “comunidad política” y la “monarquía social y representativa”.
- d. El presupuesto social del “reino” o “monarquía” es la “comunidad” (*Gemeinschaft*), fundada en los estratos más profundos del ser, y no la “sociedad” (*Gesellschaft*), basada en elementos puramente voluntario-contractuales.
 Como sociedad *raíz*, la “comunidad” se opone a la “sociedad racional”: es creación originaria del espíritu humano encarnado e histórico y, por lo mismo, imprevisible e irreplicable. Es sociedad *cordial*, no deducida de principios abstractos o elaboración metódica o causal. Es sociedad *suprarracional*, y, como tal, tiene una dimensión inabarcable de riqueza y de misterio, de impenetrabilidad explicativa.
- e. Desde un punto de vista analítico y estructural, la “comunidad” es la expresión plena de la genuina sociedad, de la “sociedad de sociedades”. Se compone de cuatro elementos histórico-naturales: el *sociedadalismo*, el *institucionalismo*, la *tradición* y el vínculo *religioso*.
- f. La “comunidad política” es la maduración de la “comunidad” o “sociedad de sociedades”. La “comunidad política” surge del desenvolvimiento de la sociabilidad natural e histórica, excluyendo por definición la estructura superior estatal que el racionalismo impone al hombre concreto, subsumiéndolo.

- g. La “monarquía” es una especie de comunidad política. Es un régimen político por donde se gobierna una comunidad inspirado en el principio monárquico.

En otros términos, la “monarquía” es el gobierno unitario de los pueblos comunitarios, esto es, la creación político-histórica de los pueblos que formaron una comunidad de fe y de destino común. La “monarquía”, en este sentido, es un régimen político y una conformación social antitética al Estado laico, el gran artificio de la modernidad racionalista.

- h. La figura del Rey ha sido alterada por el discurso político moderno, imputándole una concentración de poder (en su estructura) y una capacidad de arbitrio (en su ejercicio) que poco tiene que ver con las exigencias del “reino”. En realidad, son más bien los Estados modernos los que han entregado estos onerosos atributos al poder democrático, con posibilidades de realizarlas en diversos grados.

- i. El término ‘monarquía’ significa etimológicamente gobierno *de uno*. Pero su uso dentro de la civilización cristiana le confirió un sentido más profundo. El poder del Rey no se asimila al poder monocrático, parte de una estructura normativa de potestades, planificada por el derecho positivo, de carácter constitucional y administrativo.

El Rey es la cabeza de una familia que rige una “sociedad de sociedades”. No es titular de un poder estatal soberano, sino de un poder supremo circunstanciado, revestido de *auctoritas*. Una potestad caracterizada por los siguientes atributos: de origen *divino* (mediato), *sagrado, personal, familiar y limitado*, rectora de un conjunto de personas colectivas *autónomas, tradicionales, federadas y representativas*, unidas por un mismo significado comunitario, por un contenido objetivo de sentido patrio.

- j. Para comprender histórica y filosóficamente la realidad de la “monarquía” hay que remover los equívocos asociados al término. El Estado moderno y la teoría del pacto social, ejes de la política de los dos últimos siglos, han sido, por definición, categorías tergiversadoras del “reino”, realidad distinta en lo sustancial a aquellos.

Bibliografía

ALFONSO X, EL SABIO, *VII Partidas*, disponible en www.memoriachilena.gob.cl/archivos2/pdfs/MC0033198.pdf [fecha de consulta: 4 de febrero de 2019]

- ALVEAR TÉLLEZ, Julio, “Elogio del reino. Rafael Gamba y la reivindicación del tradicionalismo político”, en *Revista de Derecho*, tomo XLVIII, Valparaíso, 2017.
- ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *La crítica al discurso de los derechos humanos. El origen*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.
- APARISI Y GUIJARRO, Antonio, *El rey de España*, Madrid, Tip. Ramón Ramirez, 1869.
- BURGO, Jaime del, *Ideario*, 6ª ed., Madrid, CTC, 1979.
- CARLOS VII, “Carta manifiesto al infante don Alfonso de Borbón y Austria-Este”, en Melchor FERRER, *Escritos políticos de Carlos VII*, Madrid, Editora Nacional, 1957.
- CORRÉA DE OLIVEIRA, Plinio, *Justicia y sacralidad en la Edad Media*, Buenos Aires, SADTFP, 1973.
- DONOSO CORTÉS, Juan, “Carta al director de Revue de Deux Mondes”, en ÉL MISMO, *Obras*, Madrid, Imprenta de Tejado, 1855, tomo v.
- D’ORS, Álvaro, “Autonomía de las personas y señorío del territorio”, en ÉL MISMO, *Ensayos de teoría política*, Pamplona, Eunsa, 1979.
- D’ORS, Álvaro, “Forma de gobierno y legitimidad familiar”, en ÉL MISMO, *Escritos varios sobre derecho en crisis*, Roma-Madrid, CSIC, 1973.
- D’ORS, Álvaro, “Gabriel o del reino”, en ÉL MISMO, *Ensayos de teoría política*, Pamplona, Eunsa, 1979.
- D’ORS, Álvaro, “Legitimidad”, en ÉL MISMO, *Ensayos de teoría política*, Pamplona, Eunsa, 1979.
- ELÍAS DE TEJADA, Francisco, *La monarquía tradicional*, Madrid, Rialp, 1954.
- ELÍAS DE TEJADA, Francisco, “Poder y autoridad: concepción tradicional cristiana”, en ÉL MISMO, *Poder y autoridad*, Barcelona, Scire, 2008.
- GAMBRA, Rafael, “Aspectos del pensamiento de Salvador Minguijón”, en *Revista Internacional de Sociología*, vol. 67, ciudad, julio/ septiembre 1959.
- GAMBRA, Rafael, “Balduino y la monarquía “constitucional”, en *Siempre p’alante*, Navarra, 5 de mayo de 1990.
- GAMBRA, Rafael, “Cómo pensaba un fraile español en tiempo de la Revolución Francesa”, en *Verbo*, n.º 231-232, Madrid, 1985.
- GAMBRA, Rafael, “Comunidad o coexistencia, carta abierta a Álvaro Fernández Suárez”, en *Índice*, 1958, disponible en www.larramendi.es/ fecha de consulta: 4 de enero de 2019].
- GAMBRA, Rafael, “Constitucionalismo y racionalismo político. Reflexiones en clave española”, en *Verbo*, n.º 503-504, Madrid, 2012.
- GAMBRA, Rafael, *El lenguaje y los mitos*, Madrid, Speiro, 1983.
- GAMBRA, Rafael, “El problema de las clases directoras en la sociedad contemporánea (a propósito de un libro)”, en *Revista Internacional de Sociología*, Madrid, 1946.
- GAMBRA, Rafael, *El silencio de Dios*, Madrid, Prensa Española, 1968.
- GAMBRA, Rafael, “El síndrome de Estocolmo. Con la monarquía constitucional al fondo...”, en *Fuerza Nueva*, 4 de febrero de 1995.

- GAMBRA, "Epílogo", en Gustave THIBON, *Diagnóstico de fisiología social*, Madrid, Editorial Nacional, 1958.
- GAMBRA, Rafael, *Eso que llaman Estado*, Madrid, Montejurra, 1958.
- GAMBRA, Rafael, "Estudio preliminar", en Juan VAZQUEZ DE MELLA, *Textos de doctrina política*, Madrid, Talleres Gráficas Artes, 1953.
- GAMBRA, Rafael, "Foralismo y nacionalismo vasco", en *Verbo*, n.º 128-129, Madrid, 1974.
- GAMBRA, Rafael, "José De Maistre y la idea de comunidad", en José DE MAISTRE, *Consideraciones sobre Francia*, Madrid, Rialp, 1976.
- GAMBRA, Rafael, "La filosofía religiosa del Estado y del derecho", en *Revista de Filosofía*, vol. VIII, n.º 30, Madrid, 1949.
- GAMBRA, Rafael, *La monarquía social y representativa en el pensamiento tradicional*, Madrid, Rialp, 1954.
- GAMBRA, Rafael, *La unidad religiosa y el derrotismo católico. Estudio sobre el principio religioso de las sociedades históricas*, 3ª ed., Buenos Aires, Nueva Hispanidad, 2002.
- GAMBRA, Rafael, "Las nuevas catedrales laicas. Otra divinidad...", en *Fuerza Nueva*, 3 de enero de 1998.
- GAMBRA, Rafael, "Monarquía instrumental", en *Siempre*, 1963, disponible en www.larramendi.es/ [fecha de consulta: 18 de enero de 2019].
- GAMBRA, Rafael, "Regímenes coherentes y regímenes híbridos", en *El Pensamiento Navarro*, 24 de enero de 1975.
- GAMBRA, Rafael, "¿Restauración o instauración?", en *Tots*, 21 de marzo de 1984.
- GAMBRA, Rafael, "Sociedad y religación. La ciudad como habitáculo humano", en *Verbo*, n.º 91-92, Madrid, 1971.
- GAMBRA, Rafael, "Sustancialidad política y monárquica", en *El Pensamiento Navarro*, 2 de diciembre de 1945.
- GAMBRA, Rafael, *Tradición o mimetismo*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1976.
- MARIANA, Juan de, *Del Rey y de la institución de la dignidad real*, Buenos Aires, Partenon, 1954.
- POLO, Fernando, *¿Quién es el Rey? La actual sucesión dinástica en la monarquía española*, Sevilla, Editorial tradicionalista, 1968.
- QUEVEDO, Francisco de, "Política de Dios, gobierno de Cristo", en EL MISMO, *Escritos políticos*, Madrid, Editora Nacional, 1956.
- SANTO TOMÁS DE AQUINO, *De Regno ad regem Cypri*, disponible en www.corpusthomicum.org/orp.html [fecha de consulta: 8 de agosto de 2018].
- SUÁREZ, Francisco, *Defensio Fidei*, Madrid, CSIC, 1965, vol. III: *Principatus politicus*.
- SUÁREZ, Francisco, *Defensio Fidei*, Madrid, CSIC, 1978, vol. IV: *Iuramento Fidelitatis Regis Angliae*.
- VÁZQUEZ DE MELLA, Juan, *Textos de doctrina política*, estudio preliminar, selección y notas por Rafael Gamba, Madrid, Talleres Gráficas Artes, 1953.

VITORIA, Francisco de, *De la Potestad Civil*, en ÉL MISMO, *Relecciones teológicas*, Madrid, Publicaciones Españolas, 1960.

VOLKOFF, Vladimir, *Du Roi*, Paris, Julliard / L'Âge d'Homme, 1990.

WILHELMSSEN, Alexandra, "El Manifiesto de los persas: una alternativa al liberalismo español", en *Revista de Estudios Políticos*, n.º 12, Madrid, 1979.

Comentarios de jurisprudencia

Derecho Público Iberoamericano

Universidad del Desarrollo

N° 14 | 2019

RECURSO DE PROTECCIÓN
REMOCIÓN FUNCIONARIO PÚBLICO
Pérez Gutiérrez Dorothy c/ Bermúdez Soto Jorge
Corte de Apelaciones de Santiago 16 de octubre de 2018
Corte Suprema 30 de noviembre de 2018

*Eduardo Soto-Kloss**

Comentario

No cabe duda alguna que la disputa jurídica –inédita en sus alcances actuales– entre el Contralor General de la República y quien ejerce el cargo de subcontralor general (designada por el mismo contralor mencionado), ha producido conmoción, tanto en el plano jurídico como institucional de la república, potenciada por la vehemencia del titular del organismo fiscalizador de la Administración del Estado, y la publicidad desplegada, al pedir la renuncia a su cargo a dicho subcontralor y al negarse esta a hacerlo (por no corresponder jurídicamente) dispuso su remoción y nombró a otro funcionario en su reemplazo.

Hago presente que no conozco personalmente a ninguno de los dos implicados en esta disputa y, por tanto, pude escribir un texto breve a los pocos días de la remoción de la referida subcontralor¹, con total independencia y ajeno a la disputa personal de la pérdida de confianza de aquel con respecto de esta. El texto, publicado en el diario *La Tercera* el sábado 1 de septiembre de 2018, p. 8, sostiene que tal remoción era *nula* por cuanto carece el Contralor General de la República del poder jurídico de remover al subcontralor, ya que la propia ley orgánica constitucional del dicho organismo² en su artículo 4° inciso 2° establece que para efectuar tal remoción un procedimiento judicial llevado a cabo por un tribunal de la república y conforme a un debido proceso, “juicio de amovilidad”, y la remoción propiamente tal la debe efectuar el Presidente de la República en cumplimiento de la sentencia recaída en dicho proceso. Es decir, debe existir un “proceso judicial” llevado a cabo por un tribunal de justicia y el acto de re-

* Doctor en Derecho, Universidad de París (Panthéon Sorbonne), doctor H. C. Universidad de los Andes. Profesor titular de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Correo electrónico: sotokloss@gmail.com

¹ No existe en la ley el cargo de Subcontralora.

² Ley n.° 10336.

moción se realiza a través de un acto administrativo (decreto supremo) dictado por el Presidente de la República. Vale decir, en caso alguno, jamás, podrá el contralor general disponer esa remoción en nuestro ordenamiento jurídico vigente.

Y la razón de esta norma especial es que el subcontralor general es también un *juez de la república*, dado que es el *juez de primera instancia* en el llamado *juicio de cuentas*, juicio que con la creación de la Contraloría General de la República en 1927, pasó a integrar la competencia específica del llamado Tribunal de Cuentas incluido en este organismo (como una unidad especial) en tanto sucesor legal del Tribunal de Cuentas decimonónico (actual artículo 107 de la ley n.º 10336).

El asunto es muy claro jurídicamente hablando y pienso que el ardor y vehemencia de la actitud del señor Contralor –profesor de derecho administrativo– y una asesoría no muy juiciosa y tal vez demasiado obsecuente, le hizo no ver la evidente redacción del texto indicado de la propia ley orgánica de la misma entidad constitucional del que es titular y una de las más altas magistraturas del país.

El texto es cristalino y expone la completa y total incompetencia de dicho titular para proceder a la remoción de la autoridad que ejerce el cargo de subcontralor (que conforme a la ley n.º 10336, es nada menos que su subrogante legal). Dicho texto –artículo 4º inciso 2º– establece que el ejercicio del cargo de subcontralor no está a la disposición del Contralor General, ya que es un *juez de la república* y, como tal, no se encuentra a la discreción de ningún jerarca, dado que si así fuere se estaría frente a una simple tiranía, que no de un régimen de derecho, en el cual impera el derecho y la justicia y no el capricho y el mero arbitrio del jerarca de turno.

Deducido recurso de protección en contra de la resolución contralora n.º 21, de 22 de agosto de 2018 que la remueve, la subcontralor sostenía, además de la aludida afectación de su derecho, constitucionalmente reconocido, al “juez natural” (artículo 19 n.º 3 inciso 5º) y no ser juzgado por una “comisión especial”, la vulneración de su derecho a la “igualdad ante la ley” (artículo 19 n.º 2) y el derecho a la “estabilidad en el cargo” (especie de derecho de propiedad/artículo 19 n.º 24).

El fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, en seis considerandos (7º al 12º) acoge precisamente cuando habíamos sostenido a los pocos días de ocurrida la disputa indicada. En efecto, así lo dice su considerando 9º:

“el Subcontralor queda fuera del ámbito de aplicación del inciso 2º del artículo 3º de la Ley N° 10.336. Por consiguiente, se rige necesariamente por el artículo 4º mencionado”.

Al acoger la pretensión deducida, el tribunal declara la afectación tanto del derecho reconocido por el artículo 19 n.º 2 como del artículo 19 n.º 3 inciso 5º de la Constitución, ya que al obrar como lo hizo el recurrido:

“sustituyó en el hecho al tribunal llamado por la ley a conocer del juicio de amovilidad”, “declaración que debía emanar del tribunal competente y que, en su caso, debía cumplir el Presidente de la República” (considerando 10º).

Siendo así, el Contralor General de la República actuó en contravención a los artículos 6º y 7º de la Constitución, y su actuación es, por lo tanto, *nula*. Además, reconoce la afectación de la referida estabilidad funcionaria, cuya remoción no puede efectuarse, sino por causa legal, que en este caso es inexistente.

Como medida de protección, la Corte ordena la reincorporación de la recurrente en su cargo de Subcontralor sin solución de continuidad desde la fecha de su separación, para lo cual el señor Contralor deberá dictar los actos que en derecho corresponda al debido cumplimiento de lo resuelto³.

La Corte Suprema, en un larguísimo fallo de veintinueve considerandos, un voto en contra en cuanto a la medida de protección adoptada, y una prevención, confirma la sentencia del *a quo*, haciéndose cargo de las defensas planteadas por el recurrido en su apelación al fallo aludido y rechazándolas minuciosamente a fin de convencerlo de su actuar ilegal y arbitrario, de una manera muy pedagógica digna de alabarse⁴.

Solo me interesa aquí comentar el voto en contra de los ministros Muñoz y Sandoval, que discuerdan en la medida de protección adoptadas por el tribunal de la instancia que acoge la pretensión protectora, esto es, en cuanto se ordena la reincorporación de la actora al cargo de subcontralor.

Y disienten de dicha medida porque, según ellos, una vez que fue removida de dicho cargo la actora, el Contralor recurrido procedió a nombrar a otra persona en su reemplazo, designación que a su respecto no ha sido analizada ni pedido su nulidad, y no ha sido parte ella en este recurso y, por ende, la reincorporación indicada “vulneraría su derecho a la defensa tanto más que en su cargo sería inamovible”. También, sostienen los disidentes que la naturaleza cautelar del arbitrio en cuestión impediría adoptar una decisión de fondo “declarativa de derechos” como sucedería al ordenarse la reincorporación de la actora gananciosa. Para ellos, lo que correspondía era declarar ilegal y arbitraria la remoción y una

³ Redactor ministro Mauricio Silva Cancino, recién nombrado ministro de la Corte Suprema, enero 2019.

⁴ Redacción ministra Sandoval Gouet.

“medida paliativa de carácter alimenticia (sic) a contra del alejamiento del cargo”, “sin perjuicio de las acciones ordinarias que la actora [del recurso de protección] eventualmente pudiera impetrar”.

Llama verdaderamente la atención esta disidencia, que envuelve una contradicción en los términos, como mostraré:

1. Olvida que al declararse ilegal y arbitrario el acto administrativo de remoción de la actora de su cargo inamovible de subcontralor, lo que declara el tribunal *a quo* y confirma el *ad quem*, es que dicho acto desaparece del ordenamiento jurídico –por su disconformidad con la Constitución– y al desaparecer, implica que nunca nació como acto administrativo en este ordenamiento y, por lo tanto, ha carecido de todo fundamento la pretendida designación de otro funcionario en su cargo, por cuanto así como el Contralor General de la República careció de toda competencia para remover a su titular (que, por ende, nunca ha dejado de ser titular), con cuánta mayor razón ha carecido de toda competencia para designar uno nuevo, desde que el cargo jamás ha estado vacante y, en consecuencia, esa nueva designación ha sido solo una *via de hecho*, proscrita por el derecho y fruto del exceso, solo arbitrio irrazonable y abuso de poder, de quien fuera del derecho ha ejercido solo fuerza que no una potestad propiamente jurídica, vulnerando ostensiblemente no solo el estatuto propio de su propio organismo fiscalizador (artículo 4° inciso 2° de la ley n.° 10336), sino la propia Constitución Política de la República (artículos 6° y 7° y 19 n.°s 2, 3 inciso 5° y 14).
2. Si se ha declarado “ilegal y arbitraria” la remoción de la actora por carecer de toda competencia quien así ha actuado, la única medida de protección consecuente para “asegurar la debida protección del afectado” (artículo 20 inciso 1°) es ordenar el tribunal su *inmediata reincorporación al cargo del que es titular* (y que nunca ha dejado de serlo), que constituye el verdadero *amparo* de la recurrente que ha sido agraviada en un triple orden de sus derechos fundamentales, reconocidos, asegurados y amparados por la Constitución y que han sido esgrimidos en el fallo que acoge la protección deducida.
3. Por otra parte, parecen los disidentes navegar en las procelosas, veleidosas y traicioneras aguas de la corriente de estimar que el llamado recurso de protección es una acción meramente “cautelar” siendo que *su naturaleza es la propia de una típica acción de amparo*, como es la de *habeas corpus*, desde que en su origen

mismo –en el que estuvo el mismo autor de estas líneas, a quien se le ocurrió la idea de hacer este *habeas corpus* extensible a los demás derechos fundamentales– así ha aparecido en nuestro ordenamiento ya en el Acta Constitucional n.º 3, de 13 de septiembre de 1976, DL 1553, artículo 2º) y recogido en la Constitución de 1980, artículo 20.

Si se trata de una acción de amparo *lo que se pretende con ella es obtener a través de su interposición terminar con una situación antijurídica que una persona* (natural o jurídica o, incluso, un conjunto sin personificación) *sufre a raíz de un acto, hecho u omisión de otro que actúa contra derecho agraviándole uno o más de sus derechos fundamentales*⁵. Y si el tribunal acoge la pretensión debe otorgarle el amparo correspondiente, que en el caso en análisis no puede ser otro que “restituir al agraviado en su cargo” *del que ha sido removido por un acto contra derecho*, sin asidero en potestad jurídica alguna de quien ha pretendido producir esa remoción. Es esa y no otra la única manera de mantener el *statu quo* alterado por un acto antijurídico, ilegal y arbitrario. Eso es “amparar al afectado” que es lo estatuye expresa y muy claramente la Constitución (artículo 20 inciso 1º citado).

¿Qué saca la actora, subcontralor general (removida de su cargo inamovible, solo removible de acuerdo con un proceso judicial, y no por disposición administrativa del Contralor General, acto declarado como “ilegal y arbitrario” desde el punto de vista judicial) con que se reconozca que fue removida contra derecho si no se le restituye de su cargo? ¿No es acaso *una burla*, lo que contiene la referida disidencia (por no decir un escarnio y reírse en su propia cara), de decirle que sí, que se cometió un acto entera y escandalosamente contra derecho (incluida con una publicidad indebida) dispuesta nada menos que por el jerarca máximo del organismo encargado de “velar por la legalidad de

⁵ Recuérdese el caso ejemplar Soc. Agrícola y Maderera Los Chenques en los comienzos de la aplicación del recurso de protección (Corte Suprema, 7 de julio de 1980, en *RDJ*, 7.77/Santiago, 1980, 2.1, 53-56, redacción ministro Marcos Aburto), en que establece el principio fundamental de proteger el recurso de protección el *statu quo* existente ante la pretendida autotutela antijurídica de un tercero, que pretende hacerse justicia de propia mano (incluso si es el Estado/autoridad administrativa mismo el que tal cosa pretende, véase entre otros, Del Río Guerra (*RDJ*, tomo 86, Santiago, 1989, 2.5, 241-245); Araya Portiño (*RDJ*, tomo 89, Santiago, 1992, 2.5, 214-218 con comentario nuestro), Confecciones Corona (*RDJ*, tomo 93, Santiago, 1996, 2.5, 21-33), posteriormente Díaz Ibaceta (*RDJ*, tomo 102, Santiago, 2005, 2.5, 440-442 y Rajido Castillo (*RDJ*, tomo 103, Santiago, 2006, 2.5, 433-437 y nota nuestra en 434).

los actos de la Administración” (como dice el artículo 87/98 de la Constitución), y darle una “migaja” de compensación de seis meses de su sueldo “como medida paliativa de carácter alimenticio” y en tanto el autor del enorme desaguizado jurídico producido en su contra, reírse a mandíbula batiente saliéndose con su capricho de eliminarla del servicio y de manera ilegal y arbitraria? ¿Se les olvidó a los disidentes que la acción constitucional de amparo general, que es el llamado recurso de protección, de ser acogida la pretensión deducida, el tribunal debe “restablecer el imperio del Derecho” violado, dejándose sin efecto el acto administrativo ilegal o arbitrario de remoción de la actora y, por tanto, se reconoce *ipso iure* que aquel nombramiento de un funcionario en su reemplazo ha carecido de toda validez jurídica desde su dictación misma? ¿En qué estarían pensando los disidentes? ¿Tal vez en un acto de caridad con el recurrido para no darle en la cabeza con un “cinco a cero” rotundo denostando, así, su actuar atrabiliario?⁶.

- 4 Por último, si bien aparece loable la posición de los disidentes, de ocuparse de la situación del funcionario designado en el cargo de subcontralor en sustitución de la recurrente de estos autos, y de su pretendido derecho de defensa, *no cabe eludir* que este funcionario, con muchos años de desempeño en el organismo contralor –*debía conocer y muy bien*– que su nombramiento carecía de todo sustento jurídico, pues basta la sola lectura del artículo 4° inciso 2° de su Ley Orgánica Constitucional/10336, para advertir que el cargo de subcontralor no está a la discreción del Contralor General, sino que corresponde su remoción al Presidente de la República y “previo un proceso judicial de amovilidad” que la acoja y conforme a las normas establecidas para los ministros de los tribunales superiores de justicia y por las causales señaladas para los ministros de la Corte Suprema. En otros términos, *su nombramiento era flagrantemente ilegal y contrario* por comple-

⁶ Habrían debido recordar los referidos disidentes que el mismo Contralor General de la República plantea contiendas de competencias cuando se recurre ante los tribunales de justicia en contra de sus dictámenes, por pretender que ellos carecen de competencia para conocer de la pretendida disconformidad a derecho de esos actos administrativos. Y ha de recordarse que al propio ministro Muñoz Gajardo le tocó redactar una magnífica defensa de la plenitud jurisdiccional de los tribunales de justicia, ante el Senado, en el asunto referido a qué régimen previsional era aplicable a determinados funcionarios públicos, véase *Diario de Sesiones del Senado*, sesión 87, de 6 de marzo de 2018; también véase *Boletín*, n.° S. 1.913-03).

to a derecho, puesto que el Contralor General carecía de competencia para disponerlo por acto administrativo *desde que tal cargo no se encontraba vacante*, atendida la notoria y evidente nulidad de la remoción de su titular.

Es decir, al asumir el cargo este funcionario sabía –y no podía menos que saber dada su calidad de abogado y con largos años de ejercicio como funcionario de la Contraloría General– que carecía de todo derecho para ejercer tal función de subcontralor⁷.

Si el cargo de subcontralor comporta el ejercicio de una “función jurisdiccional de la república” –y *este es el punto central del asunto* (como lo indiqué de inmediato una vez producida la situación y lo vio muy bien el tribunal de la instancia y confirmara el de apelación)– como es ejercer la función de “juez de la primera instancia” del Tribunal de Cuentas, aparece más que obvio que como juez y órgano titular de un tribunal de la república, no está su función a la voluntad o discreción del jerarca (sea este administrativo o judicial), ya que ello implicaría, de suyo, dejar de ser juez, cuya naturaleza más intrínseca y esencial es ser independiente e imparcial y, por tanto, no se encuentra subordinado a un superior jerárquico que le imparta órdenes en su actuar jurisdiccional o que le pueda remover a su mero capricho, arbitrio o discreción, como si se tratara de un funcionario de su exclusiva confianza.

Lamentable disidencia, pero que agradece todo aquel que se dedica a esta disciplina del derecho público y específicamente constitucional y administrativo, porque permite esclarecer puntos, develar errores y, en lo posible, difundir criterios de justicia y equidad, mostrando las situaciones que las corrompen y escarnecen, las que siempre perturban la convivencia social y, en este caso comentado, el normal funcionamiento de las instituciones de la república.

⁷ Pienso que no podría menos que saber que el propio Contralor en su *Derecho administrativo general* (cito la tercera edición. Thomson Reuters, 2015, p. 493) sostiene y enseña que el cargo de subcontralor *es inamovible*. Y aun sin ser experto romanista o conocedor del *ius commune* medieval, el principio del *venire contra factum proprium non valet* es de actual aplicación y plenamente de recibo en la jurisprudencia tanto judicial como, incluso, contralora; el mismo Contralor –*op. cit.*, pp. 110-125– se extiende largamente sobre el tema, trayendo a Chile la *Vertrauensschutz* germánica, la “confianza legítima”, de la que él mismo ha hecho profusa y muy abundante uso en la jurisprudencia contralora, en especial en lo que se refiere a la no renovación de funcionarios a contrata en la administración pública. Sobre el tema puede ser interesante consultar *Cuadernos de Extensión Jurídica*, vol. 18, Santiago, 2010 (Universidad de los Andes, Facultad de Derecho) dedicado al tema del célebre brocardo indicado.

EL DERECHO DE ANGARIA: UN PRECEDENTE CHILENO DEL SIGLO XIX

*Rodrigo Cespedes**

Resumen

El caso comentado es uno de los pocos fallos sobre el derecho de angaria, una institución medieval que concede la potestad a los Estados para utilizar naves de países neutrales en los esfuerzos de guerra. Como limitación al dominio, la carga pública debe ser compensada. Los tribunales deciden, sobre la base de los principios del derecho internacional y derecho público chileno y conceden plena protección al derecho de propiedad.

I. Introducción

El caso en comento es, en cuanto a los hechos, una verdadera excentricidad. Existen pocos casos de angaria documentados en el mundo. En cuanto al derecho, confirma la idea general de que la responsabilidad estatal es objetiva y que la restricción del derecho de propiedad debe compensarse completamente sin recurrir a la noción de culpa. El Estado chileno utiliza una institución del derecho medieval, el derecho de angaria, para hacerse con una nave. Al mismo tiempo, los tribunales ordinarios chilenos otorgan plena protección a la propiedad, incluso, a la de un extranjero, sospechoso de cooperar con la flota enemiga.

El derecho de angaria permite que un Estado, parte en un conflicto bélico, utilice cualquier bien de un país neutral que se pueda usar como instrumento del esfuerzo de guerra, incluyendo lo que puede pertenecer a ciudadanos de ese Estado neutral. Esta institución es diferente de las requisiciones de guerra en territorio ocupado (afectan a los beligerantes), se basa en el derecho internacional consuetudinario y la limitación al dominio conlleva una indemnización¹. El derecho de angaria surgió en el Medioevo cuando las naciones beligerantes no tenían capacidad suficiente para ayudar a los esfuerzos de guerra transportando carga. Para compensar esta falencia, tomaban las naves mercantes neutrales presentes en sus puertos

* Investigador, Instituto Max Planck de Antropología Social (Halle), Departamento de Derecho y Antropología, correo electrónico: cespedes@eth.mpg.de

¹ C.D. ALLIN, "Right of Angary", pp. 415-428.

y las obligaban (a veces, junto con sus tripulaciones), para el transporte de tropas o municiones, previo pago de una compensación. Hasta el siglo XVII, la existencia del *ius angariae* era irrefutable, ya que se aplicaba frecuentemente². Se sostiene que durante los siglos XVIII y XIX, la angaria no se ejerció y operó una forma de *desuetudo*³. Pues bien, Chile no solo utilizó la angaria, sino que existe una sentencia que la aplica, revela su naturaleza y fija la forma para determinar la indemnización correspondiente. El precedente no es solo importante como ejemplo de una institución de derecho internacional público, sino, también, para explicar cómo se concebía la responsabilidad estatal y el derecho de propiedad en la época. Posteriormente, en el siglo XX, por la situación creada por las dos guerras mundiales, la angaria volvió a aplicarse por la comunidad internacional, incluyendo a Chile. En efecto, existe un precedente chileno de 1955, tan importante como comentada y se refiere al caso Lauritzen con fisco⁴.

Sucintamente, una nave inscrita en Chile, de propiedad de un ciudadano español, viene de Australia a Chile. Por la guerra con España (1865-1866)⁵, cambia su bandera por la guatemalteca (para pasar por neutral), cambio que no se registra en su país⁶. La fragata es detenida por

² J. Eugene, HARLEY, “The Law of Angary”, pp. 267-301.

³ Wolff Heintschel VON HEINEGG, “Right of Angary”. Según el autor, sin embargo, la angaria se nombraba en tratados; el único caso reportado fue en 1798, cuando Napoleón Bonaparte lo utilizó para el transporte de las tropas a Egipto.

⁴ RDJ, tomo 52, n.º 9-10, Santiago, 1955, sec. 1, p 444 yss. Corte Suprema. Apelación En este caso se discute la indemnización a armadores daneses por privarlos temporalmente del goce de sus naves (“derecho de angaria”, una institución de derecho internacional público distinta a la requisición y la captura bélica) en atención a las dificultades que trajo la Segunda Guerra Mundial al tráfico marítimo y al abastecimiento. El fallo es interesante, ya que trata instituciones como soberanía; el derecho subjetivo público a obtener justicia; costumbre internacional; estado de necesidad; colisión de derechos; equidad; etc. Como se aplican principios de derecho internacional público, la Corte se sustrae de la cultura jurídica estatista que imperaba en Chile en esos años. Señala que la fuente de la obligación de indemnizar no proviene del contrato o de la responsabilidad extracontractual. En el fondo, se impuso una carga pública en forma desigual, con efectos similares a una expropiación, y debía compensarse el desequilibrio. Muy similar al caso que se comenta, aunque la sentencia, bastante extensa, abunda en ejemplos donde la costumbre internacional había sido aplicada y en cuestiones doctrinales.

⁵ También denominada Guerra Hispano-Sudamericana fue un conflicto bélico naval que enfrentó a España contra una coalición formada Chile, Perú, Bolivia y Ecuador desde 1865 a 1866. El conflicto comenzó con la ocupación de las Islas Chincha como parte de una serie de intentos de la Corona de incrementar influencia en Sudamérica y hacerse pago de deudas. Hubo importantes batallas navales en Papudo, Abtao y El Callao, así como el bombardeo de Valparaíso.

⁶ Sobre responsabilidad del estado en tiempo de guerra, véase Eduardo SOTO KLOSS, “1891. Chile bajo dos gobiernos y dos administraciones”, pp. 9-99; y también del mismo,

la Escuadra chilena y utilizada por seis meses para apoyar los esfuerzos de guerra. El dueño sostiene que la carga pública impuesta era del todo legal por el derecho de angaria, pero de todos modos solicita una “competente” indemnización por los fletes y el deterioro natural experimentado por la nave, según “los principios del derecho de jentes”, perjuicios que deben determinarse por arbitraje. Afirma que no hubo un contrato (“no fue dado en administración”), sino que su buque fue “retenido i usado contra la voluntad de su dueño”. Por lo tanto, no tiene por qué conformarse con los daños contabilizados y apreciados unilateralmente por el Estado.

El fiscal señala que había “justo motivo” para detener a la nave por sospecha de colaboración con el enemigo y su posterior “ocupación”, invocando el derecho de angaria que da la facultad a los beligerantes de utilizar aun las naves neutrales para las operaciones bélicas. La compensación se debe reducir solo al “justo pago del servicio prestado” según “el precio corriente de plaza en la época del servicio” y “no hai razón, atendido el derecho de angarias, para exigir más” de lo que el Estado liquidó. No deben considerarse, consecuentemente “los costos de reparación, porque ellos están incluidos en el pago del flete”. Además, “no se ha probado que los deterioros se causaran *culpablemente*”.

El tribunal de Santiago da una muestra del respeto por el derecho de propiedad garantizado por nuestro sistema constitucional, además de un correcto entendimiento del derecho de angaria y del “derecho de jentes”⁷. El cambio de nacionalidad es, para el tribunal, irrelevante y el derecho de angaria es una potestad estatal que puede ejercerse con naves beligerantes y neutrales, chilenas o extranjeras, exista sospecha de cooperación con el enemigo (aunque ese hecho hacía razonable retenerlo) o no. La angaria faculta para “servirse de las naves”, pero existiendo la obligación del “pago de flete i la *indemnización de todo perjuicio*”. Esto último, porque la angaria es una institución de derecho público, no como “los pactos privados i voluntarios del fletamento”. Consecuentemente, “queda comprometido a la indemnización de *todos los perjuicios* que se sufran”, como los deterioros que van más allá

“1891. Chile bajo dos gobiernos y dos administraciones: segunda parte”, pp. 71-84. Sobre las bases del derecho administrativo chileno en el siglo XIX, véase Gabriel BOCKSANG HOLA, *El nacimiento del derecho administrativo patrio de Chile (1810-1860)*.

⁷ El *ius gentium* inicialmente comprendía las instituciones del derecho romano que regulaban la situación de los extranjeros que tenían tratos con Roma y sus ciudadanos. Luego, se extiende a las normas aplicables a la relación entre Roma y sus provincias y colonias como los acuerdos de paz y de alianza. Era el equivalente a nuestro moderno derecho internacional. La disciplina toma un aspecto más moderno desde las contribuciones de Hugo Grocio. La denominación se mantuvo hasta el siglo XIX, por ejemplo, Andrés BELLO, *Principios de derecho de gentes*.

del uso normal. El tribunal niega algunas pretensiones del actor solo por falta de impugnación expresa y de evidencia (“i no hai por consiguiente datos para imputarlos al Estado”). El tribunal, eso sí, rechaza la indemnización de un lucro cesante potencial consistente en “el pago de un constante flete en cada uno de los seis meses”, ya que los puertos estaban bloqueados y la nave no podía “traficar constantemente por ellos”, aun con bandera neutral. Esto es la mera aplicación de “una regla de derecho internacional”: “el no estimar como perjuicio, reclamable por los neutrales, la simple privación de un lucro, nacida del estado de guerra”. El tribunal estima que el pago de la suma determinada por el Estado por los fletes es suficiente; respecto al resto, los deterioros más allá del uso ordinario, se ordena sean apreciados por peritos. La Corte Suprema confirma la sentencia, pero va más allá, y estima que la apreciación del valor de los fletes debe también estimarse por peritos y no por el Estado. Son los últimos, y no la administración, los que deben determinar “el justo pago” por la restricción a la propiedad. Aquí no hay un contrato forzoso, por lo tanto, el régimen de responsabilidad no es el del derecho privado, sino el constitucional: una combinación entre igualdad ante las cargas públicas y protección del derecho de propiedad.

El derecho de angaria se asemeja a la potestad expropiatoria, pero el primero no transfiere el dominio, sino que solo despoja temporalmente al dueño del uso de su bien. Ambas instituciones se fundan en que el interés público, que prima sobre el particular; en este caso, el interés público es apoyar los esfuerzos de guerra, la sobrevivencia del Estado (de hecho, es una especie de estado de necesidad⁸ lo que autoriza el uso de la angaria). Por lo tanto, se puede despojar legítimamente al dueño del uso de su propiedad aun contra su voluntad, como lo sostiene el fallo, el demandante y el demandado. Sin embargo, por el principio de enriquecimiento sin causa, y el hecho que se trate de un Estado neutral, debe compensarse al titular del derecho lesionado con la correspondiente indemnización. De la misma manera que la expropiación no es una “venta-tradición forzada”, la angaria no es un “arrendamiento forzoso”, y así lo deja en claro el tribunal. Ambos son actos administrativos, en esencia unilaterales, y de allí viene su régimen de responsabilidad diferente a la del contrato. La potestad estatal, derivada del derecho de angaria, es un acto del todo lícito y en eso están contestes el demandante, el representante del fisco y el tribunal. También

⁸ No es el estado de necesidad como causal de justificación penal (aunque el sustrato básico lo comparte), sino una norma internacional consuetudinaria según la cual una situación fáctica de serio e inminente peligro para los intereses vitales de un Estado legitima el incumplimiento de una obligación internacional (por ejemplo, respetar la propiedad de los neutrales) como único medio de salvaguardar esos intereses esenciales.

lo están en que hay derecho a una indemnización como una forma de dar equilibrio al desbalance inicial ocasionado por el despojo unilateral de la propiedad. Este proceso no tiene que ver con la declaración del derecho a una indemnización, sino a su cuantía. Es interesante que el tribunal no concibe la indemnización como un “castigo” por un mal actuar administrativo, sino solo una compensación por el sacrificio especial del dueño en aras de los esfuerzos de guerra; una forma de justicia distributiva aristoteliana. La expropiación afecta la propiedad de manera directa y total; la angaria es más tenue y, al ser regulada por costumbre internacional, su régimen no es claro. La intervención estatal aquí es más sutil, ya que, sin privar del dominio, de modo temporal, compromete severamente sus facultades esenciales. Como no hay regulación clara y expresa, entra en el campo de la responsabilidad del Estado y así lo hace el tribunal fijando principios básicos. Es claro que las reglas aplicables al Estado son especiales y distintas a las del sector privado. En primer lugar, la indemnización debe ser completa. En segundo lugar, la indemnización debida no es una sanción-castigo patrimonial por un actuar estatal ilícito dañoso, la culpa es irrelevante (opuesto a lo que sostenía el agente estatal), ergo, la responsabilidad es objetiva. Es evidente que la angaria afecta la esencia del derecho de propiedad de manera que circunscribamente unos pocos (el dueño de la nave neutral) sufren por el bien de la colectividad (la nación chilena, en ese momento en aprietos). Es claro que se impone con desigualdad una carga pública afectando temporalmente el núcleo de las facultades del dominio sin que la actividad estatal lícita constituya, de suyo, expropiación (pero tiene naturaleza y efectos similares a esta). La fuente de responsabilidad estatal no está en el derecho privado, sino en el público; que en este caso no es solo la Constitución chilena, sino el derecho internacional.

II. Texto de la sentencia

“Don José Pérez Anguita con el fisco, sobre cobro de pesos.

Juzgado de Santiago, 09.04.1869

Corte Suprema, 25.06.1869

Sentencia 2.223

Gaceta de los Tribunales, año XXVI, Núm. 1.409, 10 Julio 1869, pp 537-538

Santiago, abril 9 de 1869.-

Vistos:

Don Pascual de la Barra, como apoderado sustituto de don José Pérez Anguita hace cargo al fisco la cantidad de doce mil pesos por el servicio

que prestó al Estado la fragata Carmen Anguita en seis meses, desde el 16 de noviembre de 1865 hasta 16 de mayo de 1866 a razón de dos mil pesos mensuales, i además ochocientos sesenta i siete pesos importe de las faltas que se notan entre el inventario por el cual fue entregada a la Comandancia Jeneral de Armas de Arauco i Lautaro, i en el que se formó al tiempo de su restitución.

Alega que en setiembre de 1865 cambió este buque su nacionalidad chilena por la guatemalteca, i se entregaron en enero de 1866 al Ministerio de Marina su bandera i papeles: que cuando arribó a Lota en noviembre de 1865 venía de regreso de Australia i aún no había sido posible variar su bandera; porque debiendo ponerse esta mudanza en conocimiento de las autoridades nacionales, debieron reputar a dicha fragata como buque neutral; i aunque a pesar de esto pudo retenérsele i obligarle en virtud del derecho de angarias al servicio en que se le ocupó, conduciendo carbón de piedra a Valdivia i Chiloé i prestando importantes servicios al Estado en los momentos más críticos de la guerra cuando nuestros puertos se hallaban bloqueados por la escuadra española han debido conforme a los principios del derecho de jentes, compensarse cumplidamente esos servicios con el pago de su flete i la indemnización de todo perjuicio. El flete de dos mil pesos al mes es el más bajo que puede ganar un buque del porte de la mencionada fragata, como ofrece probarlo i lo acreditan desde luego las cartas de fs. 14 a 16; i los deterioros que sufrió han obligado a hacerle una carena que ha costado más de cinco mil pesos, sin la cual habría sido imposible volverla de nuevo a la mar. El cambio de nacionalidad i el hecho de la restitución del buque alejan toda sospecha de connivencia con el enemigo; i como por otra parte este buque no fué dado en administración, sino retenido i usado contra la voluntad de su dueño, no hai derecho para obligar a éste a conformarse con la cuenta administrativa de f. 1, i a recibir el saldo de mil ciento ochenta i tres pesos sesenta centavos que ella arroja. Debe por el contrario, compensársele competentemente constituyéndose al efecto el correspondiente juicio de compromiso como lo solicita formalmente en su escrito de demanda corriente a f. 31.

El señor fiscal contesta diciendo que hubo justo motivo para que el Comandante Jeneral de Armas de Arauco decretara la detención de la Carmen Anguita, sospechosa de connivencia con el enemigo, como que pertenecía a un súbdito español i agente público i conocido para la provisión de la escuadra enemiga. Detenida justamente, no fué ilegal la ocupación que dicha autoridad le dio en el transporte de carbón a los puertos del sur, porque un belijerante tiene derecho de exigir aun de los buques neutrales los servicios de que tiene necesidad con motivo del estado de guerra; i en este caso lo más que el belijerante puede cobrar es el justo pago del servicio prestado. Este valer es el que ha sido mandado abonar por el supremo decreto de 4 de octubre de 1866, copiado a f. 26, vi como él está conforme con el precio corriente de plaza en la época del servicio, no hai razón, atendido el derecho de angarias, para exigir mas, i mucho menos la excesiva suma en que lo estima el demandante, sin otro antecedente que las cartas citadas que, ni reconocidas,

tendrían fuerza alguna en juicio. Pide que se deseche la demanda en cuanto excede de los mil ciento ochenta i tres pesos i setenta centavos, suma líquida ganada por el buque después de rebajados sus costos, como es justo i racional, según la cuenta de f. 11, que ha sido impugnada por el demandante en la exactitud de sus partidas, debiendo prescindirse igualmente de los costos de reparación, porque ellos están incluidos en el pago del flete, i no se ha probado que los deterioros se causaran culpablemente, debiendo en tal caso tenérsele como ocasionados por el uso ordinario i natural del buque.

Considerando:

Que según lo confiesa el demandante, nuestros puertos estaban bloqueados por la escuadra española cuando arribó a uno de ellos la Carmen Anguila, en noviembre de 1865.

Que el cambio de nacionalidad verificado en setiembre no habría impedido la captura del buque, puesto que sus papeles de mar i la bandera con que navegaba indicaban de un modo inescusable su matriculación en nuestra marina mercante.

Que este solo antecedente, prescindiendo de la connivencia de su dueño con la escuadra enemiga, circunstancia no probada, daba por si solo fundamento bastante para que la Comandancia de Arauco i Lautaro adoptar la medida precautoria de retenerlo e impedir su captura i el servicio que podía ir a prestar al enemigo.

Que aun suponiendo que el dueño de este buque hubiera alcanzado a fijar en él de un modo real i positivo su nueva nacionalidad i el carácter neutral que asumía, las autoridades nacionales tenían siempre el derecho de retenerlo i servirse de él, como lo reconoce el demandante, sin más obligación que el pago de flete i la indemnización de todo perjuicio.

Que en estos casos el pago del flete se nivela por las reglas que rije en los casos comunes; pero el Estado que impone la obligación de prestarle el servicio, a más del justo flete, queda comprometido a la indemnización de todos los perjuicios que se sufran, lo cual no sucede en los pactos privados i voluntarios del fletamento.

Que el demandante no ha impugnado ni la tasa del flete, ni el número de viajes, ni los demás pormenores de la cuenta de f. 11, ni ha señalado tampoco los perjuicios que se le hayan irrogado mediante la detención del buque, ni debiendo tenerse por tales los deterioros que obligaron a carenarlo, porque no consta desde cuándo ni de qué modo vinieron causándose, i no hai por consiguiente datos para imputarlos al Estado en el corto tiempo que se sirvió del buque.

Que el pago de un constante flete en cada uno de los seis meses corridos desde el 16 de noviembre de 1865 hasta el 16 de marzo de 1866, es una hipótesis que no debe sentarse como base de la demanda, porque era imposible que, hallándose bloqueados nuestros puertos, pudiera la Carmen Anguila, aunque llevara bandera neutral, traficar constantemente por ellos.

Que es además una regla de derecho internacional. 'El no estimar como perjuicio, reclamable por 'los neutrales, la simple privación de un lucro, nacida del estado de guerra'.

Que no hai datos en autos para atribuir al uso ordinario del buque todas las faltas apuntadas a f. 8, i que se notan entre ambos inventarios, pues hai algunos objetos que demuestran por sí mismos la verosimilitud de su destrucción con el uso, como las especies alimenticias, habiendo también otros, como los rifles, que se encuentran en un caso opuesto.

Por estos fundamentos, i en virtud de la lei 1, tit. 14, part. 3,⁹ se declara: que el fisco no está obligado a pagar a don José Pérez Anguita otra cantidad mayor que la de mil ciento ochenta i tres pesos setenta centavos mandado ya abonar como producto líquido de los fletes que ganó su buque en el semestre indicado; i que por toda indemnización de perjuicios, debe además pagarle el valor de los objetos que faltaron cuando fué devuelto i que no se hubiesen consumido o destruido en el uso ordinario del buque; debiendo las partes nombrar peritos para que hagan esta apreciación. Ugarte Zenteno - Renjifo, secretario.

Santiago, junio 25 de 1869.-

Vistos:

Confirmase la sentencia apelada de 9 de abril último, con declaración, que la cantidad que ha de pagarse a don José Pérez Anguita por los servicios que se hizo prestar a su buque durante la detención, debe también estimarse por peritos. Tómese razón por la Contaduría Mayor; i devuélvase. Montt - Valenzuela - Altamirano.- Proveido por la Exma. Corte Suprema.- Infante”.

Bibliografía

- ALLIN, C.D., “Right of angary”, en *Minnesota Law Review*, 2, 415, Minnesota, 1918.
- BELLO, Andrés, *Principios de derecho de gentes*, Santiago, Imprenta de la Opinión, 1832.
- BOCKSANG HOLA, Gabriel, *El nacimiento del derecho administrativo patrio de Chile (1810-1860)*, Santiago, Thomson Reuters, 2015.
- HARLEY, J. Eugene, “The law of angary”, in *American Journal of International Law*, vol. 13, n.º 2, Cambridge, 1919.
- VON HEINEGG, Wolff Heintschel, “Right of angary”, in Max Planck, *Encyclopedia of Public International Law*, 2012, vol. I.
- SOTO KLOSS, Eduardo, “1891. Chile bajo dos gobiernos y dos administraciones”, en *Ius Publicum*, n.º 26, Santiago, 2011.
- Soto Kloss, EDUARDO, “1891. Chile bajo dos gobiernos y dos administraciones. Segunda parte”, en *Ius Publicum*, n.º 27, Santiago, 2011.

⁹ La referencia no se relaciona con al angaría, sino con reglas de evidencia.

Recensiones

Derecho Público Iberoamericano
Universidad del Desarrollo
N° 14 | 2019

JULIO ALVEAR TÉLLEZ, *LA CRÍTICA AL DISCURSO DE LOS DERECHOS HUMANOS. EL ORIGEN*, VALENCIA, TIRANT LO BLANCH, 2018, 419 PP. ISBN 978-84-9169-895-1

*Fernando Segovia**

El autor, catedrático chileno en la Universidad del Desarrollo, doctor en derecho y doctor en filosofía por la Universidad Complutense de Madrid, nos era ya conocido por sus libros anteriores: *La libertad moderna de conciencia y de religión. El problema de su fundamento* y *Libertad económica, libre competencia y derecho del consumidor. Un panorama crítico. Una visión integral*. La obra que ofrece en esta oportunidad vuelve a considerar un tema álgido y esquivo como los anteriores. Álgido, porque el discurso sobre los derechos humanos embarga la moral, la política y el derecho paralizándolas, congelando toda posible ruptura de un modo de pensar universal. Y esquivo, sí, por huidizo en cuanto a sus fundamentos filosóficos (¿quién no recuerda la grosera tesis de Norberto Bobbio de unos derechos sin fundamento?) y áspero en razón de su utilización en todos los frentes como un arma de guerra que lleva siempre a la victoria.

Todo esto está en este libro que, sin embargo, para gozo del lector, es introducido en el mundo de los derechos humanos por la puerta de su historia, la de sus orígenes; y conducido a lo largo de un trayecto dos veces centenario a la salida posmoderna y esos novísimos derechos. Trata, por cierto, de autores y de textos, de normas constitucionales y debates teóricos, pero no solamente con pretendida erudición histórica, sino como método de aproximación a una ideología y una mentalidad que se nos impone hoy en su fría y ambigua altivez. Y decimos para gozo del lector porque los manuales y textos al uso se olvidan de la historia como tal, es decir, como constitutiva del sujeto en estudio, los derechos humanos, siendo que esa historia les da una orientación y la impregna de un espíritu.

* Doctor en Derecho y doctor en Historia. Profesor investigador del Conicet, Argentina.

¿Cuál es ese espíritu de los derechos humanos? A juicio del autor es la revolución como emancipación humana, lo que suele llamarse progresismo. Su libro, que promete una crítica, se inscribe desde el comienzo en una lectura histórica no progresista de los derechos humanos, en la tradición antiprogresista. Pero dejémosnos de presentaciones y pasemos al texto.

Luego de una introducción, por demás explicativa de los propósitos, el enfoque y las razones del libro (pp. 15-27), el capítulo I nos induce de lleno en un aspecto central de los derechos humanos: la secularización y su correlato del Estado laico (pp. 29-69). Desfilan los teóricos del Estado (Georg Jellinek), los filósofos del día (Marcel Gauchet), los representantes de la filosofía perenne (Rafael Gambra) y hasta los ambiguos pensadores (Carl Schmitt), que son buen ejemplo de meliflua valoración de la relación Estado-secularización. En todo caso, como quiera que se vea, el amanecer de los derechos humanos dice de un día en el que no se mira más al cielo, sino que solamente se pisa la tierra, por el abandono de Dios como referencia última de la vida y del derecho público cristiano como norma de convivencia política.

En el capítulo II (pp. 71-115) nos propone estudiar la Declaración francesa de 1789 y sus reformas, pero no sin antes reescribir el marco que la encierra: por un lado, la Ilustración con su bagaje racionalista y su perspectiva antirreligiosa; por el otro, la llamada contrarrevolución y su proyecto de refutar y rechazar el hecho revolucionario y la ideología que lo inspira. En este contexto se puede apreciar la novedad de la declaración revolucionaria y por qué se ha calificado (así del Giorgio del Vecchio, entre otros) de un derecho nuevo no anclado en la tradición. De ahí, pues, que el documento pueda ser leído de dos modos: el liberal y el antiliberal, el revolucionario y el contrarrevolucionario, el progresista complaciente y el crítico tradicional.

El capítulo III (pp. 117-166) analiza las normas opresoras de la Francia revolucionaria entre 1789 y 1801, esto es, el periodo en el cual el Estado francés nacido de la revolución implementó el derecho nuevo en nombre de los derechos del hombre, insistiendo con diversas fórmulas declarativas, pero siempre incrementando ese “poder inmenso” atribuido al Estado, que es la contracara de la moneda de los derechos humanos, como tantos otros han visto ya. El siguiente capítulo, el IV, está reservado a la igualdad (pp. 167-197), que Julio Alvear coloca en el dintel de las ideas revolucionarias, insistiendo en el papel gravitante que tuvo, tiene y tendrá en el despliegue del constitucionalismo y de las instituciones modernas por mor del principio de la igualdad legal. Bien dice el autor, entre otros argumentos, que esa igualdad atenta contra la desigualdad, que es principio metafísico constitutivo del cosmos (p. 174). En unas cuartillas muy

actuales, arremete contra la igualdad como no discriminación, según se la entiende en los actuales ordenamientos jurídicos, y contra la teoría del género, que él llama postrera igualdad (aunque así no lo sea para el poshumanismo).

Más adelante, la libertad en su concepción revolucionaria es analizada en el capítulo v (pp. 199-258), comenzando por un esolio muy bien presentado acerca de la libertad, que se proclamó por entonces y se enarbola hoy aún, que ha de ser entendida más bien como liberación, porque la abstracta libertad revolucionaria no solo prescinde de las condiciones históricas de su realización, también nos exonera de la atención debida a la naturaleza humana. Esta libertad, capaz de barrer con la misma esencia del hombre, se desgrana en una multitud de libertades “modernas”, que el autor examina críticamente en sus principales expresiones (las libertades de pensamiento y expresión, de conciencia y de religión) para concluir con reflexiones sobre los actuales problemas jurídicos de la libertad como liberación. La rectificación –al menos en sede intelectual, que desde un punto de vista es la prioritaria– del liberalismo puede provenir solo de una recuperación del bien común, especialmente en su dimensión especulativa que oriente y dirija la práctica. A este problema dedica Julio Alvear las páginas finales del capítulo.

En el siguiente capítulo, el vi (pp. 260-335), el autor vuelve a considerar un tema que ya lo ocupó en su tesis doctoral y en no pocos artículos científicos: el de la declaración conciliar *Dignitatis humanae*, sobre libertad religiosa. Sabido es que esta ha sido acogida por numerosos sectores de la Iglesia católica (e, incluso, fuera de ella) como un documento de acomodamiento al mundo en el sentido de puesta al día, de aceptación de las hodiernas creencias de los hombres como esenciales al catolicismo. También es conocido que los sectores católicos tradicionalistas toman la *Dignitatis humanae* como la bestia negra del Concilio Vaticano, que habría desarticulado el edificio teológico heredado. Julio Alvear que, como hemos dicho, es un gran conocedor del tema, considera el documento poniéndolo en el contexto histórico de su producción, aclarando la composición del texto y reconstruyendo la historia de cómo se llegó a la redacción final y las controversias que suscitó en el seno mismo del Concilio (la lucha de los esquemas), para mostrarnos en unas conclusiones todos los problemas hermenéuticos que encierra la declaración. A nuestro modo de ver, el capítulo es central en la historia de los derechos humanos y de la Iglesia católica desde que ha sido el caballito de batalla para desmontar toda la doctrina política tradicional de la Iglesia, como insiste el autor.

En el vii capítulo (pp. 337-379), reconsidera el carácter revolucionario de la doctrina de los derechos humanos, su colisión con la tradición jurídica

premoderna (p. 341) desde que sus presupuestos filosóficos, siendo los ilustrados, abominan de la naturaleza humana y someten al hombre al poder absoluto del Estado moderno (p. 350). Por ello, los derechos humanos no pueden ser vistos más que como una enfermedad, según la expresión de Julio Alvear (p. 354), que ha sido combatida por las mejores cabezas del pensamiento jurídico contemporáneo (Villey, Lachance, Alejandro Guzmán Brito, Rafael Gamba, etc.), como otrora hicieran los contrarrevolucionarios (Rivarol, De Maistre, De Bonald, Burke, etc.) En esta misma estela están escritas las conclusiones (pp. 381-386).

Encabeza el libro un índice analítico detallado y lo cierra una extensa bibliografía (pp. 387-419).

Decíamos antes que los textos explicativos y los manuales escolares, si refieren la historia de los derechos humanos, lo hacen como un dato o un testimonio anclado en el pasado, incapaz de explicar o servir de referencia al hoy, como si su actualidad tuviera en sí misma la causa; a lo sumo, la historia constituye un mojón puesto en el momento de su nacimiento o un hito celebrando algún instante especial. Es como la memoria de unos “padres fundadores” ya enterrados. Julio Alvear, en cambio, vuelve a la historia de los derechos humanos para recuperar el origen que signa su desarrollo, el comienzo que se continúa en diversos momentos y diferentes etapas; la historia de los derechos humanos no es memoria del pasado, sino actualización permanente de su devenir, porque el efecto –enseña la metafísica– es siempre dependiente de las causas que lo han producido. O como dice el autor, en el origen de los derechos humanos está su ADN. Por eso la feliz frase de Terencio que Julio nos recuerda: *Haec commemoratio est quasi exprobatio*, la conmemoración es ya reprobación o censura, desde que lo que padecemos en nuestros días estaba anticipado, en germen profetizado, en los comienzos.

Magnífico libro de Julio Alvear Téllez, como los otros suyos. Bien escrito, accesible a los no especialistas y, por el rigor y la erudición, de gran utilidad –en el sentido clásico de beneficioso o bueno– para los estudiosos. Valiente, también como los anteriores a él debidos. Sabemos que la sociedad de biempensantes en la que vivimos lo recibirá como se merece, es decir, con el premio del silencio que concede a quienes remueven las viciosas entrañas de la ideología revolucionaria y enfrentan el liberalismo, que es verdadero cáncer de nuestras sociedades. Esperemos que los hombres de bien lo reciban como deben hacerlo, leyéndolo, divulgándolo y enseñándolo. De nuestra parte, eso es lo que sugerimos, especialmente lo último: enseñarlo para comenzar a curar la enfermedad que comenzó siendo moral y hoy se ha ramificado a la política y el derecho.

ADOLFO PAÚL LATORRE, *LA DISPOSICIÓN CONSTITUCIONAL OCTAVA TRANSITORIA ES INCONSTITUCIONAL*, SANTIAGO, EDITORIAL EL ROBLE, 2018, 200 PP., ISBN 978-956-7855-14-8

*Elio Segovia Olave**

Han transcurrido más de diez años desde que comenzó a implementarse la Reforma Procesal Penal y hoy, se encuentra en total aplicación con sus distintas instituciones y normas, un nuevo código, nuevas judicaturas y nuevos sujetos procesales en todo el país. Sin embargo, y aún después de transcurrido todo este lapso, continúan algunos resabios del antiguo sistema de procesamiento criminal anterior a esta reforma. Los resabios a que nos referimos, son los juicios que se substancian bajo el antiguo *Código de Procedimiento Penal*, ya derogado por la reforma y su nueva legislación, el *Código Procesal Penal*, pero que aún continúan, precisamente porque la Constitución lo permite por su artículo octavo transitorio, cuando los delitos se perpetraron antes de la reforma. En la práctica, estos delitos son aquellos referidos a violaciones a los derechos humanos ocurridos durante el gobierno militar, y que son conocidos por ministros en visita. Es esto lo que el autor, el profesor Adolfo Paúl Latorre, cuestiona en la obra reseñada¹, con distintos argumentos y razones jurídicas pone en entredicho al citado artículo transitorio, y el efecto que produce frente a la Constitución y los procesados. Así, en lo sucesivo presentamos el libro con una reseña de este.

* Magister en derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Bolivariana en su sede Iquique. Correo electrónico: ersegovia@uc.cl

¹ En este sentido el autor ha dado gran trabajo a criticar los procesos sobre derechos humanos, así véase también de su autoría: *Procesos sobre violación de derechos humanos. Inconstitucionalidades, arbitrariedades e ilegalidades* y *Prevaricato. Análisis crítico de procesos judiciales contra militares que debieron afrontar la violencia revolucionaria*.

Los tres primeros capítulos de la obra están dedicados a contextualizar el asunto. Nos relata que actualmente se encuentran vigentes dos sistemas de enjuiciamiento penal, uno que es el que se inició con la Reforma Procesal Penal regido por el código homónimo, y otro que es el antiguo, que se mantiene para ciertos juicios y que se rige por el *Código de Procedimiento Penal*. Respecto del último consigna la razón jurídica de su pervivencia, siendo aquella el artículo 483 del *Código Procesal Penal* y la disposición cuestionada, el artículo octavo transitorio de la Constitución. Luego, describe el antiguo procedimiento penal, consignando que no había presunción de inocencia, ni imparcialidad del juez por ser él mismo quien investigaba, que hay una etapa secreta, entre otras características, situaciones que no se dan en el nuevo sistema, en el que existe presunción de inocencia, cautela de garantías, regulación del contenido de la sentencia y de la convicción del tribunal. En el segundo capítulo se pone en cuestión al *Código de Procedimiento Penal* frente al debido proceso y sus principios, mientras que el capítulo tercero lo dedica a la Reforma Procesal Penal, explicando que su entrada fue de manera gradual por razones económicas y administrativas.

La parte medular de la obra viene dada en el capítulo cuarto, pues aquí el autor da las razones jurídicas que considera para sustentar su tesis, la inconstitucionalidad de la señalada norma. Así, argumenta por qué una norma constitucional transitoria puede ser inconstitucional, razón que se encontraría en el carácter transitorio de la referida, y que al contravenir al articulado general y permanente, no pudiéndose conciliar con este, la dejaría como inconstitucional, debido a la mayor jerarquía de las normas permanentes.

La primera razón de su tesis se basa en que la disposición legal que introdujo este artículo, la ley n.º 19519, adolece de nulidad de derecho público, ya que al hacer coexistir dos sistemas procesales penales, y siendo uno de ellos discriminatorio para unos imputados respecto de otros, estaría afectando los derechos fundamentales y garantías del capítulo III de la Constitución, por lo cual requeriría de dos terceras partes de los diputados y senadores en ejercicio, lo que no se dio, puesto que solo fue aprobada por treinta senadores de un total de 46, ya que se dijo que se refería solo a meros aspectos procesales.

El segundo argumento se sustentaría en que el artículo transitorio sería contrario a los derechos fundamentales de los artículos 19 n.º 2 y n.º 3, incisos 1º y 6º, sobre la igualdad ante la ley, por cuanto ninguna autoridad puede someter a las personas a diferencias arbitrarias, también la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, y la garantía de un procedimiento e investigaciones racionales y justos. Sobre este punto, el autor

nos recuerda que la Reforma Procesal Penal se implementó bajo la premisa de, que el *Código de Procedimiento Penal* no respetaba el debido proceso de los imputados, por ello se estableció el nuevo sistema con un resguardo más profundo de sus derechos, y cuya entrada en vigencia se implementó gradualmente por regiones, gradualidad que tenía su fundamento constitucional en el artículo en cuestión, ya que este autorizaba al legislador establecer fechas diferentes para que entre a regir, por ello se optó por mantener al sistema antiguo bajo esta gradualidad al tiempo que entraba en vigencia el nuevo sistema, es decir, en las regiones en que este aún no se implementaba, pero estando ya en plena vigencia y en la totalidad del país la Reforma Procesal Penal, no habría razón alguna para que se siga aplicando el antiguo *Código*; sin embargo, por el artículo en cuestión se sigue haciendo y de manera indefinida. Con esto, se negaría la reforma, y se mantendría un sistema inquisitivo y contrario al debido proceso, aplicado a un reducido número de personas. Así, constata el autor que, al disponer la entrada del nuevo sistema procesal penal de manera gradual por regiones, se generaba una discriminación entre los habitantes de una y otra, pero esta discriminación no sería arbitraria, ya que estaría justificada en razones económicas que derivarían de la implementación de la reforma, así –según el autor– desde que se encuentra instalado completamente el nuevo sistema, ya no existe ninguna razón justificable para mantener los dos códigos de forma paralela, por lo cual la aplicación del antiguo *Código de Procedimiento Penal* sería una discriminación ahora arbitraria, y solo amparada por el artículo en cuestión.

Un tercer argumento viene dado sobre lo dispuesto por el artículo 77 de la Constitución, el que faculta al legislador para hacer entrar en diversas fechas las leyes procesales que hubiere dictado, con un límite de cuatro años, así la reforma no debiera haber tardado en regir en plenitud después del 16 de diciembre de 2004, pues comenzó el mismo día del año 2000, por ello es que la norma transitoria estaría en contravención con este artículo, pues permite que el *Código* antiguo perviva más allá de los cuatro años permitidos. En última instancia, dice que debiera preferirse por jerarquía el artículo 77, por ser del texto permanente.

En un cuarto punto señala que el precepto transitorio es contrario al capítulo VII de la Constitución sobre el Ministerio Público, puesto que la razón de este se halla en la Reforma Procesal Penal, que buscaba reemplazar al antiguo sistema inquisitivo por un sistema adversarial y acusatorio, separando las funciones de investigar y acusar de la de juzgar, por lo cual señala que esta disposición pugna palmaria y frontalmente con la esencia y finalidad del Ministerio Público.

Por otro lado, el autor argumenta que al mantener vigente el antiguo sistema de procedimiento penal, se infringen las normas de derecho inter-

nacional de derechos humanos, de los tratados ratificados por el Estado, ya que en ellos se asegura la igualdad ante la ley y el debido proceso.

Como sexto argumento, se afirma que la señalada disposición fue impugnada ante el Tribunal Constitucional, mediante tres requerimientos presentados por el mismo autor, posibilidad de impugnar que surge de su incorporación posterior por el constituyente derivado y del carácter transitorio, en la medida que contradiga los valores fundamentales de la Constitución contenidos en sus artículos. En este sentido, recoge un antiguo fallo del Tribunal Constitucional, en el que se revisó la constitucionalidad de la Ley Orgánica del Tribunal Calificador de Elecciones. Aquí, se declaró inconstitucional una disposición transitoria que establecía que la justicia electoral solo entraría en funciones para la primera elección parlamentaria. En este caso se reconoció la jerarquía de las normas constitucionales entre sí, por la cual deben primar las de mayor jerarquía frente a las inferiores, cuando estas las estén erosionando, que sería lo que ocurre por el artículo en cuestión.

En su último argumento el autor sostiene que el artículo en cuestión sería arbitrario e inconstitucional, así señala que esta disposición al permitir que se aplique un sistema penal inquisitivo a un reducido número de la población, en circunstancias de que se aplica un sistema garantista a la gran mayoría de los chilenos, sería una discriminación arbitraria evidente, pues carecería de justificación basada en el bien común. Afirma que es tan arbitrario como que se dictara

“...una ley que estableciera que el sistema de procedimiento penal antiguo le será aplicado a las personas con apellidos desde la A a la M, y que el sistema nuevo le será aplicado a las personas cuyos apellidos vayan desde la N a la Z” (p. 53).

En este mismo punto, el autor se refiere a la correspondencia y armonía que debe existir en la interpretación de la Constitución, por cuanto no se debe conducir a privar de efectos de uno de sus preceptos.

En el capítulo quinto aborda el asunto desde la perspectiva de los derechos humanos, argumentando que aplicar el antiguo procedimiento sería una vulneración del derecho al debido proceso, aseverando que existe una discriminación indirecta subyacente a la justificación supuestamente objetiva, de la distinción legal que existe para aplicar el antiguo procedimiento a unos y a otros el nuevo. En este punto recuerda el caso peruano en que se aplicaba un proceso especial para los acusados de delitos terroristas, situación que no fue aceptada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya que no daba las suficientes garantías de imparcialidad y res-

peto al debido proceso. También señala en este aspecto que la aplicación de un procedimiento inquisitivo

“...infringe a los condenados y a sus familiares dolores y sufrimientos, y los somete a una precariedad económica y a una estigmatización social que bien pueden ser calificados como tratos crueles, inhumanos y degradantes...” (p. 61).

En el capítulo que le sigue profundiza sobre los derechos de la Convención Americana de Derechos Humanos que son violados por efecto del artículo transitorio, siendo estos: artículo 1 párrafo 1; artículo 2; artículo 5 párrafos 1 y 6; artículo 7; artículo 8 párrafos 1, 2 (enunciados y letras b., f. y g.) y 5; artículo 11 párrafo 1; artículo 24; artículo 25 párrafo 1, y el artículo 9. Disposiciones que se vinculan con los valores señalados a propósito de la Constitución, como el debido proceso y la igualdad ante la ley, además de otros que solo forman parte de este instrumento, como el principio de resocialización.

Entre todo, señala que quienes consideran que este artículo transitorio y el artículo 483 del *Código Procesal Penal* están conforme a la Constitución, olvidan que sus normas deben interpretarse entre ellas con armonía, sin que una interpretación sirva para privar de efectos al contenido de otros artículos, sobre todo de aquellos que poseen una jerarquía normativa más alta, los que deben respetarse con la seguridad de que su contenido esencial no será alterado, tal como lo dispone el artículo 19 n.º 26 de la Constitución.

Posteriormente, en el capítulo octavo, recoge una sentencia del Tribunal Constitucional, sobre una petición de inaplicar el artículo 483 del *Código Procesal Penal* que le da sustento a la vigencia del *Código* antiguo, en la cual se exhorta a los tribunales que continúan aplicándolo para que asignen las garantías constitucionales que reconoce la Reforma Procesal Penal. Así señala esta sentencia que los jueces del crimen deben buscar armonizar las disposiciones del *Código* con las nuevas garantías más favorables a los intervinientes, dejando en claro el sentenciador:

“...no resultaría tolerable que en un Estado de Derecho, el ejercicio efectivo de las garantías fundamentales, en situación de igualdad, dependa del estatuto legal al que se encuentren sujetos aquellos” (p. 76),

por tanto, es que según cree el autor, se dio una moción en el Congreso Nacional para modificar el artículo transitorio, e incluir el respeto por las garantías que se establecen en el nuevo sistema.

En el capítulo noveno, se refiere a los conceptos de Estado de derecho y de supremacía constitucional, señalando que por ello deben armonizarse

las relaciones de poder con las libertades, para lo cual se somete el poder al derecho, de ahí la importancia de la Constitución y la supremacía constitucional que establece el artículo 6, que obliga a los tribunales a someter su accionar a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, lo que no ocurriría en los juicios sobre derechos humanos. Así, el autor sentencia:

“Para los militares no existe el Estado de Derecho, por cuanto –a diferencia de las personas comunes o de los criminales más abyectos- no les son respetadas las garantías constitucionales que la Carta Fundamental asegura a todas las personas. Para ellos la Constitución Política de la República de Chile es la mejor obra de ciencia ficción de todos los tiempos” (p. 81).

Aquí aborda un punto muy importante, y es que los tribunales no respetan el principio de legalidad, pues recurren a fuentes del *ius cogens*, de la costumbre, principios de derecho internacional o, incluso, tratados que no se encontraban vigentes al momento del cometimiento de los delitos. Este, entre otros atropellos a la ley denunciados por el autor, como la no aplicación de la ley de amnistía, la prescripción de la acción penal y la cosa juzgada, lo que ocurre en instancias de ser procesados por jueces *ad hoc* –que serían los ministros en visita–, siendo que esto lo prohíbe la Constitución, pues atenta contra la independencia e imparcialidad de los tribunales.

Como consideraciones finales, hace presente que el inciso primero del artículo en cuestión estaría tácitamente derogado, pues ya habría surtido sus efectos, en cuanto era una disposición transitoria, sin embargo, el inciso segundo se ha convertido en definitivo para producir efectos *ad infinitum*.

En suma, este libro es relevante por el aporte que hace a los estudios y la práctica del derecho constitucional, pues resalta la importancia de los derechos fundamentales y de la supremacía constitucional, dentro de un Estado de derecho como este bien debe entenderse, específicamente a propósito de la comprensión que tiene el autor de la idea de debido proceso, en el contexto que le ha dado la Reforma Procesal Penal, y el que defiende al oponerse a la aplicación extemporánea del derogado *Código de Procedimiento Penal*, y su concepción antigua de debido proceso, ya que, como se sabe, la reforma actualizó este principio, para encuadrarlo en la perspectiva actual del derecho constitucional. De todo lo cual, resulta la aplicación del *Código* derogado, como una regresión ante el avance y la progresividad de los derechos fundamentales.

Por último, resaltar la actualidad de la discusión, pues muchos de estos procesos a que se refiere, como los juicios sobre violaciones a los derechos humanos, han llegado hasta la judicatura del Tribunal Constitucional mediante recursos con los que se ha pretendido revertir la aplicación de

normas del viejo *Código*, sin embargo, la tesis que sostiene el autor no obtuvo acogida por esa magistratura².

Bibliografía

LATORRE, Adolfo Paúl, *Prevaricato. Análisis crítico de procesos judiciales contra militares que debieron afrontar la violencia revolucionaria*, Santiago, Editorial El Roble, 2017.

LATORRE, Adolfo Paúl, *Procesos sobre violación de derechos humanos. Inconstitucionalidades, arbitrariedades e ilegalidades*, 3^a ed., Santiago, Editorial El Roble, 2015.

² En este sentido véase los roles del Tribunal Constitucional: 3150, 5436 y 5440.

Siglas y abreviaturas

Derecho Público Iberoamericano
Universidad del Desarrollo
N° 14 | 2019

SIGLAS Y ABREVIATURAS

- a. artículo
- AA.VV. autores varios
- ADN ácido desoxirribonucleico
- BAC** Biblioteca de Autores Cristianos
- C Constitucionalidad
- c/ con
- CALPE Compañía Anónima de Librería y Publicaciones Españolas
- Cfr. confróntese
- CIDE Centro de Investigación y Docencia Económicas
- Conicet Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas
- coords. coordinadores
- C.P. Código Penal*
- CTC Comunión Tradicionalista Carlista
- D.F. Distrito Federal
- dir. director
- DL Decreto ley
- Dr. doctor
- D.S. decreto supremo
- ed. edición, *a veces* editor, editorial
- Eunsa Ediciones Universidad de Navarra, SA.
- etc. etcétera
- f. *a veces* Fj foja *a veces* fojas
- FCE Fondo de Cultura Económica
- H.C. Honoris Causa*

<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i> (allí, en ese mismo lugar)
ILADH	Instituto Latinoamericano de Historia del Derecho
LRC	Ley de Reforma Constitucional
n.	nota
n.º	número
<i>op. cit.</i>	<i>opus citatis</i> (obra citada)
p.	página
pp.	páginas
q.	questión
<i>RDJ</i>	<i>Revista de Derecho y Jurisprudencia</i>
S.A.	Sociedad Anónima
sec	sección
S.J.	Sacerdote jesuita
Soc.	sociedad
s/p	sin páginas
SPL	Sociedad Punta de Lobos
ss.	siguientes
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
T	tutela
TC	Tribunal Constitucional
TCE	Tribunal Constitucional Español
trad.	traducción
UNAM	Universidad Nacional Autónoma de México
U.S.	United State
v.	véase
<i>vs. a veces</i>	<i>v.</i> versus
vol.	volumen
vols.	volúmenes

Instrucciones para los autores

Derecho Público Iberoamericano

Universidad del Desarrollo

N° 14 | 2019

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 considerarán 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 entre tres y cinco 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 y correo electrónico. 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. La extensión, incluyendo citas, tablas y gráficos, debe oscilar entre las siete mil y diez mil palabras como máximo.

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 del coordinador general, Sr. José Tomás Herrera.

7. Proceso de selección de los trabajos

1. Si el trabajo ha cumplido con las normas precedentes, *Derecho Público Iberoamericano* decidirá su publicación previo informe favorable de pares evaluadores externos. La evaluación será anónima.

nima. 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.

2. Antes de que el comité editorial remita el trabajo a los evaluadores externos, su autor deberá hacer llegar una carta de declaración de originalidad de su contenido.
3. En el mismo proceso de selección del trabajo, el autor deberá enviar una carta que acredite que cumple las normas nacionales e internacionales que prohíben el plagio.

Este número, de quinientos ejemplares,
se terminó de imprimir en el mes de abril de 2019
por Versión Producciones Gráficas
Santiago de Chile

