



Universidad del Desarrollo
Facultad de Derecho

DERECHO PÚBLICO IBEROAMERICANO
REVISTA DEL CENTRO DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL
N° 3
OCTUBRE DE 2013

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

DIRECTOR

Dr. Julio Alvear Téllez

SECRETARIO DE REDACCIÓN

Prof. Sergio Verdugo Ramírez

CONSEJO CIENTÍFICO

Derecho Público Iberoamericano

es una publicación semestral que se edita en abril y octubre de cada año.

Los trabajos científicos son sometidos al proceso de arbitraje ciego.

Prof. Pablo Rodríguez Grez

Universidad del Desarrollo

(Chile)

Prof. Dr. Danilo Castellano

Università di Udine

(Italia)

Prof. Dr. Gilles Dumont

Université Paris II Panthéon

(Francia)

Prof. Dra. Consuelo Martínez-Sicluna

Universidad Complutense de Madrid

(España)

Prof. Dr. Miguel Ayuso

Universidad Pontificia de Comillas

(España)

Prof. Dr. Carlos Pereira Menaut

Universidad de Santiago de Compostela

(España)

Prof. Dr. Santiago Sánchez González

Universidad Nacional de Educación a Distancia

(España)

Prof. Dra. Myriam Hoyos Castañeda

Universidad de la Sabana

(Colombia)

Prof. Dr. Santiago Legarre

Universidad Católica de Argentina

(Argentina)

Prof. Dr. Agustín Squella Narducci

Universidad de Valparaíso

(Chile)

Prof. Dr. Javier Couso

Universidad Diego Portales

(Chile)

Prof. Dr. José Ignacio Martínez

Universidad de Los Andes

(Chile)

Prof. Dr. Manuel Núñez

Universidad Católica de Valparaíso

(Chile)

Prof. Dr. Ignacio Covarrubias

Universidad del Desarrollo

(Chile)

EDITOR

Prof. Hugo Fábrega Vega

REPRESENTANTE LEGAL

Sr. Federico Valdés Lafontaine

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

DERECHO PÚBLICO IBEROAMERICANO
REVISTA DEL CENTRO DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL
AÑO 2 • N° 3 • OCTUBRE DE 2013
ISSN 0719-2959

PRESENTACIÓN

7

ESTUDIOS

ESTUDIOS SOBRE DERECHOS FUNDAMENTALES.

Ricardo Dip

A vida, um bem não negociável.

13

Julio Alvear Téllez

Los derechos humanos como ideología.
Una lectura desde el pensamiento “antimoderno”.

39

Andrea Iñiguez Manso

Los tratados internacionales sobre derechos fundamentales
y el margen de apreciación.

75

ESTUDIOS SOBRE INSTITUCIONALIDAD POLÍTICO-JURÍDICA

Cristián García

Contiendas de competencia entre órganos políticos o administrativos
y tribunales inferiores de justicia.
¿Insconstitucionalidad sobrevenida o derogación tácita por inconstitucionalidad
del inciso final del artículo 191 del COT.

109

Sergio Raúl Castaño

Un hito en la historia del pensamiento político.
La refutación neoescolástica de la tesis del pueblo como sujeto originario del poder.

117

ESTUDIOS SOBRE DERECHO REGULATORIO

Manfred Zink

Regulación de la neutralidad de la red en Estados Unidos y Chile:
Aspectos relevantes referidos a la regulación en mercados tecnológicos
a partir del análisis de dos experiencias regulatorias concretas.

155

ENSAYOS

ENSAYO SOBRE LA TEORÍA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

Danilo Castellano

Il diritto tra fonte e fondamento.

191

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

Juan Ignacio Contardo González

Comentario de sentencia SERNAC con CENCOSUD

203

José Manuel Díaz de Valdés

Primera sentencia Ley Antidiscriminación:
Zapata y De la fuente con Sociedad Comercial Marín Limitada.

239

RECENSIONES

Jaime Arancibia Mattar

Derecho Administrativo. Temas fundamentales, de Eduardo Soto Kloss.

255

Rafael A. Martín Rivera

Historia del análisis político,
de Pablo Sánchez Garrido, Consuelo Marrínez-Sicluna y Sepúlveda (eds.).

259

Julio Alvear Téllez

Activismo judicial en Chile. ¿Hacia el gobierno de los jueces?,
de José Francisco García y por el abogado Sergio Verdugo.

263

SIGLAS Y ABREVIATURAS

269

INSTRUCCIONES A LOS AUTORES

275

PRESENTACIÓN

Derecho Público Iberoamericano ofrece en este tercer número un conjunto de trabajos dedicados a temas de ingente actualidad, no solo coyuntural, sino también teórica. En lo principal se cuestionan algunas de las concepciones políticas y jurídicas más recurrentes de la llamada “Modernidad”, sea en general, sea en relación con algunos aspectos específicos, como el derecho a la vida, el origen del poder político o el ordenamiento jurídico, sin perjuicio de trabajos en otros ámbitos de interés. Contamos en esta edición con colaboraciones de especialistas chilenos, argentinos, brasileños e italianos.

En la sección “Estudios” se han publicado artículos en tres áreas: los derechos fundamentales, la institucionalidad político-jurídica y el derecho regulatorio.

En el área de los derechos fundamentales destacan tres estudios novedosos en su enfoque o temática, que vienen a cuestionar los lugares comunes difundidos en sus respectivos ámbitos. Más allá de las opiniones concordantes o discordantes que puedan formularse a sus conclusiones, representan indudablemente un aporte para nuestro medio científico. El artículo del profesor brasileño Ricardo Dip analiza una de las grandes paradojas de los tiempos modernos: la vida, uno de los bienes no negociables por antonomasia, se encuentra cada vez más sujeto a las afectaciones que desde cierta doctrina de los derechos humanos se promueven o permiten en el momento de su inicio y en el momento de su término. A este respecto, el segundo artículo, de nuestra autoría, problematiza la categoría de los “derechos humanos” en la medida en que impone un concepto negativo de libertad, encuadrado en el proyecto ideológico racionalista, constructivista y subjetivista de la modernidad política, hoy en declive. Por su parte, el trabajo de la profesora Andrea Iñiguez estudia el margen de apreciación en el Derecho Internacional, para después aplicarlo a la cuestión del derecho a la vida del que está por nacer.

En el área de la institucionalidad político-jurídica se integran dos trabajos complementarios en cuanto a la perspectiva, una dogmática y otra puramente doctrinaria. El artículo del profesor Cristián García analiza los efectos al interior de nuestro ordenamiento jurídico de la nueva atribución del Tribunal Constitucional chileno en orden a resolver las contiendas de competencia entre autoridades políticas o administrativas y los tribunales

de justicia, que no correspondan al Senado. Por su parte, la investigación del profesor argentino Sergio Raúl Castaño tematiza, con erudición, una de las cuestiones claves del pensamiento político moderno: la doctrina del pueblo como sujeto originario del poder, tal como fue formulada en su época por la escolástica, principalmente española, y discutida posteriormente en el siglo XIX por la neoescolástica italiana y germana.

En el ámbito del Derecho Regulatorio contamos en este número con el artículo del profesor Manfred Zink, que evalúa el principio de neutralidad de la red, tanto en el modelo regulatorio chileno como en el norteamericano. Un problema de difícil solución por la tensión que se produce entre la libertad y la necesidad (o no) de normar por parte de las autoridades del Estado.

La sección “Ensayos” ofrece un trabajo especialmente redactado para nuestra revista por el conocido jurista italiano Danilo Castellano. En él se cuestionan los presupuestos racionalistas y voluntaristas de la noción moderna de ordenamiento jurídico, describiendo sus incongruencias para los tiempos posmodernos.

En la sección “Comentarios de Jurisprudencia” se incluyen análisis de dos fallos relevantes. El primero, a cargo del profesor Juan Ignacio Contardo, evalúa el contenido y las consecuencias de la sentencia de la Corte Suprema en la causa SERNAC con CENCOSUD, del 24 de abril de 2013. La segunda colaboración pertenece al profesor José Manuel Díaz de Valdés. En ella se estudia la primera sentencia de los tribunales chilenos, del 5 de diciembre de 2012, que aplicó la Ley N° 20.609, que Establece Medidas contra la Discriminación (“Ley Zamudio”).

Finalmente, en la sección “Recensiones” se comentan tres libros de actualidad: uno sobre el Derecho Administrativo chileno, otro sobre la historia del pensamiento político y, finalmente, uno sobre el activismo judicial en nuestro país.

Nuestra revista es un instrumento científico que tiene conciencia de que los derechos fundamentales de la persona humana y la promoción del bien común son los principios intelectuales primarios del quehacer en el Derecho Público. Para ello, continuamos convocando a la comunidad científica nacional y extranjera a espacios de reflexión crítica, sin merma de la pluralidad.

En este sentido, el presente número cumple íntegramente con el propósito que detentamos desde la fundación de la revista: promover, cultivar y difundir el estudio del Derecho Público alejado de los lugares comunes, en lo posible con una aproximación problemática a sus diversas áreas de investigación.

Dr. Julio Alvear Téllez
Director
Derecho Público Iberoamericano

Estudios

Derecho Público Iberoamericano
Universidad del Desarrollo
N° 3 | 2013

Estudios sobre derechos fundamentales

A VIDA, UM BEM NÃO NEGOCIÁVEL LIFE, A NON-NEGOTIABLE GOOD

*Ricardo Dip**

Resumo

Este artigo sustenta que a inviolabilidade da vida só pode ser fundamentada em critérios que transcendem o voluntarismo construtivista e niilista, elemento ideológico que condiciona grande parte da teoria contemporânea dos direitos humanos. Tal voluntarismo é capaz de transformar os bens jurídicos mais valiosos em objeto de negociação, o que acaba afetando a legislação e a jurisprudência, inclusive de países com raízes cristãs tão destacadas como o Brasil.

Palavras chave: vida humana, voluntarismo, bem jurídico natural, bem inegociável.

Abstract

The paper argues that the thesis about the sanctity of human life can only be justified in a criteria that transcends the constructivist voluntarism and nihilist approaches, an ideological element that bounds an important part of the contemporary human rights theory. That voluntarism is capable of turn the most valuable legally protected goods into negotiable things, and has the capacity to influence the statutory legislation and the case-law even in countries with deep Christian roots, such as Brazil.

Keywords: human life, natural legally protected good, non-negotiable value.

* Magistrado del Tribunal de Justicia, São Paulo, Brasil. Miembro del Instituto Interdisciplinario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Porto, Portugal. Artículo recibido el 12 de junio de 2013 y aceptado para su publicación el 16 de agosto de 2013. Correo electrónico: rdip@uol.com.br

*1. A vida: objeto do direito humano
e do direito fundamental, mas, antes disso e superior a isso,
um bem jurídico natural*

A “vida”¹, dado biológico² e confluyente bem moral e jurídico³, é o objeto material de um vasto condomínio de saberes, que vai da técnica –é dizer, da biotecnologia⁴–, passando pela sociologia⁵, pela ética⁶, pela teologia⁷, atingindo ainda um território de fronteiras obscuras –abrange a mesma ação de *détruire*⁸–, com áreas sobrepostas entre si⁹ e ainda imbricadas no âmbito da Moral: é a “vida” como objeto do direito¹⁰.

Exemplo, porém, dos sujeitos de outros segmentos jurídicos, a vida ocupa distintos lugares nos saberes do direito, empolgando a atenção do direito público e do privado, do interno e do internacional, do civil e do penal, além do espaço no direito natural, nos direitos humanos e nos direitos fundamentais, circunstância esta última que põe em evidência o

¹ As notas que seguem apenas referem alguns estudos, sem mínima (e por sinal pouco menos do que impossível) pretensão de ir além de um rol exemplificativo.

² Por muitos, Domingo BASSO, *Nacer y morir con dignidad: Bioética*, pp. 55-57; Germain GRISEZ, *El aborto: Mitos, realidades y argumentos*, pp. 107-110; Augusto SARMIENTO, Gregorio RUIZ-PÉREZ e Juan Carlos MARTÍN, *Ética y genética: Estudio ético sobre la ingeniería genética*, pp. 40-45; Pierre ROYER, *18 leçons sur la biologie du développement humain*, passim; Mónica LÓPEZ BARAHONA e Ramón LUCAS LUCAS, *El inicio de la vida: Identidad y estatuto del embrión humano*, passim; Jean BERNARD, *Espoirs et sagesse de la médecine*, passim.

³ Elío SGRECCIA, *Manual de Bioética*, pp. 183-188; León RABAGO, *La bioética para el derecho*, passim; Jean BERNARD, *Da biología à ética*, passim.

⁴ Manuel PORRAS DEL CORRAL, *Biotecnología, derecho y derechos humanos*, passim.

⁵ GRISEZ, *op. cit.*, pp. 57-60; SCHOONYANS, *op. cit.*, passim; CHARLESWORTH, *op. cit.*, passim; HÜBNER GALLO, *op. cit.*, passim; SAUVY, *op. cit.*, passim.

⁶ GEISLER, *op. cit.*, pp. 174-180 y 205-211; GRISEZ, *op. cit.*, pp. 409-415; Niceto BLÁZQUEZ, *Bioética fundamental*, passim; Aquilino POLAINO-LORENTE, *Manual de bioética general*, passim; France QUÉRÉ, *L'éthique et la vie*, passim; Eduardo LÓPEZ AZPITARTE, *Ética y vida: desafíos actuales*, passim; Francisco Javier ELIZARI BASTERRA, *Bioética*, passim; Mario CAPONNETTO, *El hombre y la medicina*, passim; Francesco VIOLA, *Etica e metaetica dei diritti umani*, passim.

⁷ Manuel GUERRA, *Antropologías y teología*, pp. 85, 91-94, 229, 231, 263-270, 304, 420-22; Jean MOUROUX, *Sens chrétien de l'homme*, pp. 43-55; Jean-Michel MALDAMÉ, *Création et Providence: Bible, science eu philosophie*, pp. 67-76; GRISEZ, *op. cit.*, pp. 185.195; Patrick VERSPIEREN, *Face à celui qui meurt*, passim.

⁸ Martine REMOND-GOULLAUD, *Du droit de détruire: essai sur le droit de l'environnement*, passim; Jean-Louis BAUDOUIN e Danielle BLONDEAU, *Éthique de la mort et droit à la mort*, passim; Lucien ISRAËL, *Les dangers de l'euthanasie*, passim.

⁹ Raphaël DRAÏ e Michèle HARICHAUX, *Bioéthique et droit*, passim.

¹⁰ Para a amplitude de fazer (ou agir) a própria vida, Giorgio DEL VECCHIO, *Derecho y vida*, passim.

avultado relevo que se concede ao bem da vida, a ponto de dela falar-se ordinariamente qual de um bem inviolável.

A inviolabilidade da vida –seu caráter de bem não negociável– foi também proclamada pelo Bento XVI em discurso, proferido no dia 30 de março de 2006, em audiência receptiva de participantes de um congresso patrocinado pelo Partido Popular Europeu:

“Per quanto riguarda la Chiesa cattolica, l'interesse principale dei suoi interventi nell'arena pubblica è la tutela e la promozione della dignità della persona e quindi essa richiama consapevolmente una particolare attenzione su principi che non sono negoziabili”¹¹.

Entre esses princípios não negociáveis, com efeito, indicou o Pontífice, à partida, a “tutela della vita in tutte le sue fasi, dal primo momento del concepimento fino alla morte naturale” –tutela da vida em todas suas fases, desde o primeiro momento da concepção até à morte natural.

Tais princípios –embora possam ancorar-se em dados da Revelação– não são verdades da Fé, mas, disse o Papa, “sono iscritti nella natura umana stessa e quindi sono comuni a tutta l'umanità” –estão inscritos na própria natureza humana e, pois, são comuns a toda a humanidade.

A não negociabilidade da vida –*in tutte le sue fasi*– só pode ser um dado objetivo, no entanto, se estiver radicada em uma fonte que transcenda as instituições humanas, que têm apenas caráter determinativo (e não constitutiva). De não ser assim, a imanência fontal da tutela da vida traduziria, sem dúvida, uma evidente relatividade, sua possível (e tão conhecida) tergiversação histórica, sua abdicção perante pactos circunstanciais.

Dizer que o direito à vida é um direito humano¹² ou um direito fundamental¹³ pode, assim, pouco dizer ou nada, se o direito fundamental ou o humano não forem a reconhecimento de um direito natural, não qualquer¹⁴,

¹¹ “No que concerne à Igreja Católica, o que principalmente colima em suas intervenções na esfera pública é a tutela e promoção da dignidade da pessoa e, por isso, dá, conscientemente, particular atenção a seus princípios que não são negociáveis”. BENTO XVI, *Discurso aos Participantes do Congresso do Partido Popular Europeu*, 30 de março de 2006

¹² Niceto BLÁZQUEZ, *Los derechos del hombre*, pp. 109-116.

¹³ JOÃO XXIII se refere-se à “carta dos direitos fundamentais do homem” (item n.º 75), entre esses direitos alistando o da “existência” humana, mas assenta que “todo direito fundamental do homem encontra sua força e autoridade na lei natural”. JOÃO XXIII, Encíclica *Pacem in Terris*, N.ºs 11 y 30. A Carta da ONU de 1945 refere-se, já em sua abertura, a uma “fé nos direitos fundamentais do homem”, e a Declaração de Direitos de 1948, no quinto considerando de seu preâmbulo, alude a “direitos humanos fundamentais”.

¹⁴ Bastaria ver que, em alguns pensadores, o direito natural emerge da redução da lei eterna à mera subjetividade, equivalendo à mera lei da razão: cf. as observações críticas de Juan Fernando SEGOVIA, “Ley natural, contrato social y poder constituyente en el pensamiento anglosajón e francés”, p. 42.

mas, isto sim, de um direito cuja fonte seja confessadamente o conjunto das regras inscritas nas coisas da natureza e na natureza das coisas¹⁵, um direito cujo fundamento seja objetivo e não entregue a volúveis consensos humanos¹⁶:

“Quando i nostri contemporanei cercano su quale base fondare i diritti dell’uomo, essi dovrebbero trovare nella fede dei credenti e nel loro senso morale i fondamenti trascendenti indispensabili perché questi diritti siano al riparo da tutti i tentativi di manipolazione da parte dei poteri umani. Lo vediamo, i diritti dell’uomo, più che norme giuridiche, sono innanzitutto dei valori”¹⁷.

2. Direito natural, direitos humanos e direitos fundamentais: uma “profusão de enfoques”, um “terreno movediço”¹⁸

É frequente o uso intercambiável dessas expressões¹⁹ –direito natural (ou, antes, de modo hoje mais comum, com o plural “direitos naturais”²⁰), direitos humanos e direitos fundamentais²¹. Há quem diga que estes últimos,

¹⁵ Ricardo DIP, *Segurança jurídica e crise pós-moderna*, pp. 90-94.

¹⁶ Georg JELLINEK, *La déclaration de droits de l’homme et du citoyen: Contribution à l’histoire du droit constitutionnel moderne*, pp. 17-22.

¹⁷ “Quando nossos contemporâneos buscam uma base para apoiar os direitos do homem, deveriam encontrar na fé dos que creem e em seu sentido moral os fundamentos transcendentais indispensáveis para que esses direitos permaneçam ao abrigo de todas as tentativas de manipulação por parte dos poderes humanos. Vemos que os direitos do homem, mais que normas jurídicas, são, antes de tudo, valores”. JOÃO PAULO II, *Discurso aos membros do Corpo Diplomático acreditados junto à Santa Sé*, 9 de janeiro de 1989. Também referindo à ideia dos direitos humanos como valores: Enrique HABA, “Droits de l’homme, libertés individuelles e rationalité juridique”, p. 333.

¹⁸ Ignacio ARA PINILLA, *Las transformaciones de los derechos humanos*, p. 13.

¹⁹ Ricardo DIP, *Los derechos humanos y el derecho natural: De cómo el hombre imago Dei se tornó imago hominis*, pp. 11-18.

²⁰ Plural cujo uso deriva, em grande medida, na *via modernorum* da apreciação do direito natural (termo análogo) a partir do sujeito e não mais da ordem objetiva de sua normatividade; essa perspectiva, por sua vez, conflui com a hipótese grociana (*etsi Deus non daretur*) e com o primado –para não dizer, exclusividade– da acessão prática à lei natural (é dizer, a via antropológica de seu acerramento).

²¹ Antonio FERNANDEZ-GALIANO, *Derecho natural: Introducción filosófica al derecho*, p. 135. Com essa acepção, os direitos fundamentais corresponderiam “a las dimensiones más básicas y entrañables del ser humano”. Mais amplamente, entendendo convir o uso indistinto desses termos (não sem antes enunciar matizações): José EZCURDIA LAVIGNE, *Curso de derecho natural: Perspectivas iusnaturalistas de los derechos humanos*, p. 24.

os direitos fundamentais, são a realização histórica dos direitos humanos²² –como se os direitos humanos fossem, e não são, destituídos de uma nota conceitual de historicidade²³, o que daria apoio à opinião simplista (para de logo não dizer falsa) de que os direitos humanos equivalem realmente aos naturais, no todo²⁴ ou em parte²⁵.

Sem embargo dessas variações, tem-se propendido à mais ordinária atribuição do termo “direitos fundamentais” para a denominação dos direitos positivados no âmbito interno de cada Estado, inclinando-se a reservar a expressão “direitos humanos” para a designação dos direitos positivados em declarações e convenções internacionais²⁶, qual se fora o resultado de um consenso sobre critérios tomados, a despeito da vicissitude de suas variações, como valores absolutos²⁷.

É verdade que situar a “vida”, como bem jurídico, no espectro dos “direitos humanos”²⁸ permite uma aparente comodidade, ao dispensar a consideração dos diversos núcleos filosóficos que buscam a verdadeira fisionomia e os estatutos desses direitos.

Por mais se acene, contudo, à matriz iusnaturalista dos “direitos humanos”, é preciso, à partida, considerar a equivocidade (ou, quando menos, uma analogia aguda) do termo “iusnaturalismo”: de que se está aí a falar? De um iusnaturalismo tradicional ou de um iusnaturalismo racionalista²⁹? É assim que, de uma parte, poderia cogitar-se tanto de “direitos humanos” de corte iusnaturalista clássico –por mais a expressão melhor então se substituísse pelo termo “deveres naturais”–, quanto de “direitos

²² José FRANCISCO LORCA NAVARRETE, *Introducción al derecho*, pp. 302-311; José FRANCISCO LORCA NAVARRETE, *Derechos fundamentales y jurisprudencia*, pp. 23-28.

²³ Valerio de Oliveira MAZZUOLI, *Curso de direito internacional público*, p. 825. Mas “os direitos humanos são históricos, isto é, são direitos que se vão construindo com o decorrer do tempo”.

²⁴ Ao modo de um simples modismo expressional: “...‘human rights’ being a contemporary idiom for ‘natural rights’: I use the terms synonymously”. John FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, p. 198

²⁵ Mauricio BEUCHOT, “Naturaleza humana y ley natural como fundamentos de los derechos humanos”, p. 17.

²⁶ Antonio Enrique PÉREZ LUÑO, *Los derechos fundamentales*, p. 44.

²⁷ HABA, *op. cit.*, p. 333.

²⁸ Nesse sentido, a título meramente ilustrativo: Salvador VERGÉS RAMÍREZ, *Derechos humanos: fundamentación*, pp. 126-132; Fernando BARCELLOS DE ALMEIDA, *Teoria geral dos direitos humanos*, pp. 54-61; Humberto QUIROGA LAVIÉ, *Los derechos humanos y su defensa ante la justicia*, pp. 33-40; Carlos COLAUTTI, *Derechos humanos*, pp. 35-41; Agustín GORDILLO e Outros, *Derechos humanos*, pp. IV-1; Constantino GONZÁLEZ QUINTANA, “Derechos humanos y bioética”, pp. 101-113.

²⁹ Danilo CASTELLANO, *Razionalismo e diritti umani: Dell'antifilosofia politico-giuridica della “modernità”*, pp. 9-53.

humanos” imanentes, restritos ao reconhecimento positivo da comunidade internacional³⁰, um “iusnaturalismo positivista”, enfim³¹.

Essa comodidade expressiva, como ficou dito, é apenas aparente. Conturbada pela discussão sobre a origem histórica dos “direitos humanos” –num confronto que logo separa, de um lado, os adeptos da transcendência e, de outro, os da imanência desses “direitos”³²–, o uso indiscriminado da expressão não escondeu, de fato, o problema da universalidade dos bens jurídicos referíveis a essa categoria. Pode entender-se, com efeito, que haja uma espécie de evolução subjetiva dos direitos naturais –explicável pelo progresso (melhor dito: pela tradição) do pensamento humano em extrair conclusões mais distantes dos primeiros princípios da razão prática (vale dizer, daqueles próprios do hábito da *sindérese*). Mas uma falsa transposição objetivante desse progresso levaria a concluir que a universalidade dos direitos naturais é um resultado histórico, é fruto de algum positivismo, e já não se veria razão para cogitar de direitos naturais³³.

Nesse sentido, poderia pensar-se ingenuamente, por exemplo, que o alistamento de uns tantos direitos –tidos tradicionalmente próprios da natureza das coisas– na Declaração universal dos direitos do homem enunciada, em dezembro de 1948, pela Organização das Nações Unidas, estaria a superar, por meio de uma conclusão prática –firmada num antropocentrismo (*quand même...*) realista–, o conflito radical entre várias correntes teocêntricas e antropocêntricas. É essa a nota de boa intenção que nutriu tantas almas católicas, qual, por exemplo, a de René Cassin³⁴, de reconhecido relevo no arrolamento dos direitos humanos da Declaração da ONU. Mas qual acordo seria efetivamente possível mais além do nominal e efêmero, se, de uma parte, se pensava numa concepção metafísica dos direitos e em sua fonte divina, ao passo que, doutra parte, tudo não passava de um fenômeno cultural e de um mero consenso de ocasião?

Como extrair, enfim, de tamanho contraste de fundamentos uma afirmação universal –verdadeiramente universal, verdade permanente, é dizer, não uma asserção do tipo arbitrário: é verdade “até que dure”³⁵–, se o que estava em jogo era, no fim e ao cabo, a razão eterna do direito?

³⁰ Antonio CASSESE, *I diritti umani oggi*, pp. 61-65.

³¹ Jorge SCALA, *Género y derechos humanos*, pp. 33-45 y 123-138.

³² Sobre a conhecida “Controversia de Valladolid”, Jean DUMONT, *El amanecer de los derechos del hombre*, pássim.

³³ Carlos MASSINI-CORREAS, “El fundamento de los derechos humanos en la propuesta positivista-relativista de Luigi Ferrajoli”, p. 242.

³⁴ Philippe DE LA CHAPPELLE, *La déclaration universelle des droits de l’homme et le catholicisme*, passim.

³⁵ Guy HAARSCHER, *A filosofia dos direitos humanos*, pp. 154-156.

Como seria possível conciliar a metafísica tradicional com uma contrafilosofia racionalista?³⁶.

O resultado foi que o “universalismo” da Declaração se resumiu a uma política de “internacionalismo”³⁷, a um cosmopolitismo circunstancial, e, em acréscimo, a inegável necessidade de instrumentos legais para garantir os “direitos humanos”³⁸ converteu-se em porta aberta a um positivismo desenvolvido que se inclina a reduzir esses “direitos” ao campo fenomenal dos “direitos fundamentais” (*i.e.*, instituídos positivamente nos vários Estados).

É possível que o entorno histórico da Declaração da ONU, em 1948, equivale a dizer, o *day after* da 2ª Guerra Mundial, explique uma saturação psicológica irenista, uma ansiedade de paz a todo custo, cegando os que viam em acordos transitórios e, muita vez, apenas sobre nomes –foi isso que se desvelou, ao fim, nos consensos sincretistas, acordos *hic et nunc* para durar de modo temporário– uma paz possível, uma paz que se sonhava persistente, uma paz humanitária, uma paz por trilhas, contudo, que não eram as da metafísica e da genuína Fé em Deus, caminhos que, por isso mesmo, não podiam atrair e acomodar os cristãos. A falida Sociedade das Nações já testemunhara o fracasso de projetos “humanitários” –de uma Humanidade sem Deus–, e isso o proclamara, antecipada e, pode até dizer-se, profeticamente, Robert Hugh Benson nas páginas de *The Lord of the World*: que paz, com efeito, seria possível alcançar por trilhas que não fossem as de Cristo?

3. “Novos direitos humanos”: não são novos, não são direitos, nem são humanos³⁹

Não estranha nesse quadro que um dos paradoxos mais vistosos destes nossos conturbados tempos seja o de que, a despeito do pleno sucesso factual do relativismo⁴⁰, estejam a instituir-se novos direitos fundamentais⁴¹, supostamente absolutos, direitos que se proclamam não negociáveis, a despeito de que seus conflitos íntimos atraíam frequentes interrogações *ad casum*⁴²

³⁶ CASTELLANO, *op. cit.*, passim.

³⁷ Robert CHARVIN et Jean- Jacques SUEUR, *Droits de l'homme et libertés de la personne*, p. 42.

³⁸ Andrés OLLERO TASSARA, *Derechos humanos y metodología jurídica*, pp. 157-159; Germán BIDART CAMPS, *Teoría general de los derechos humanos*, pp. 102-115.

³⁹ Abelardo LOBATO, “Novos direitos humanos”, pp. 733-734.

⁴⁰ Roberto DE MATTEI, *La dittatura del relativismo*, passim.

⁴¹ Cristina QUEIROZ, *Direitos fundamentais*, pp. 269-278.

⁴² Julio ALVEAR TÉLLEZ, “Síntomas contemporáneos del constitucionalismo como mitología de la modernidad política”, p. 107

Isso é vistosamente desconfortável quando a fonte expressa dos novos direitos fundamentais seja, principalmente, embora não sempre, a norma constitucional. É que a positividade fontal exigida para esses direitos novos é imanente, histórica, não autorizando concluir pela não negociabilidade⁴³ desses direitos. Em outras palavras, trata-se, com os direitos fundamentais, de direitos que, mediando aventada conexão com os direitos humanos, destes emprestam, ao menos praticamente, uma nota de “relativa universalidade” (*rectius*: de cosmopolitismo), “universalidade” que se determina positivamente e persiste “até que dure”.

Tamanho paradoxo vem junto de um desconchavo não menos graduado, o de que, de par com a tese universalista da proibição do retrocesso em matéria de direitos fundamentais⁴⁴ e a de sua petrealização constitucional, alguns dos novos proclamados “direitos” sejam, frequentemente, opostos explícitos de direitos já antes definidos: um exemplo basta, por agora, dado seu caráter impressivo: o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, adotado pela Assembleia Geral da ONU em 16 de dezembro de 1966, depois de assentar que “a família é elemento natural e fundamental da sociedade” (N° 1 do art. 23: sublinhe-se: “elemento natural”) – diz que se reconhece “o direito do homem e da mulher de contrair matrimônio” (N° 2 do mesmo art. 23)⁴⁵; um direito, pois, que, com ser reconhecido, é preexistente e próprio do homem e da mulher⁴⁶, o que

⁴³ É absoluta a não negociabilidade da vida (considerada latamente a ideia de negócio), mas não é absoluto o direito à vida. Devem considerar-se certas situações de limitação ordenadora do exercício desse direito (p.ex. a legítima defesa, a guerra justa e o estado de necessidade: FRANCISCO JOSÉ HERRERA JARAMILLO, *El derecho a la vida y el aborto*, p. 219. Não se trata, porém, de exceções ao princípio da negociabilidade, mas de reconhecer isenção de culpa moral em dadas situações, GEISLER, *op. cit.*, pp. 129-130. Assim, “matar é uma atitude errada em todos os tempos, em todos os lugares e para todas as pessoas” (*op. cit.*, p. 16), e embora S. Tomás de Aquino, ao tratar do homicídio em legítima defesa (SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma teológica*, IIa.-IIa.º, q. 64, art. 7º), ensine ser esse ato defensivo *multo magis licitum* que a defesa da própria casa indicada no livro do Êxodo (22-2), lê-se no *respondeo* desse mesmo art. 7º que, para o Aquinate, o problema é solvido à luz do critério da duplicidade de efeitos de um mesmo ato, dos quais apenas um – o ato bom – é intencional, e isso interessa propriamente ao tema da culpabilidade do actante e não da ação objetiva praticada, pois que essa visava a lícito diverso comportamento.

⁴⁴ MAZZUOLI, *op. cit.*, p. 826; Cristina QUEIROZ, *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais*, passim; Cristina QUEIROZ, *Direitos fundamentais sociais*, pp. 101-113. Sem embargo, acerca de possível renúncia dos direitos fundamentais, Jorge Reis NOVAIS, *Direitos fundamentais: Trunfos contra a maioria*, pp. 211-136.

⁴⁵ Não diversamente, o art. 17 do Pacto de São José da Costa Rica (de 1969).

⁴⁶ Disse o Bento XVI que entre os princípios não negociáveis está o do “*riconoscimento e promozione della struttura naturale della famiglia, quale unione fra un uomo e una donna basata sul matrimonio, e sua difesa dai tentativi di renderla giuridicamente equivalente a forme radicalmente diverse di unione che, in realtà, la danneggiano e contribuiscono alla*

vem em confronto com o reconhecimento agora de um novo “direito de matrimônio” ancorado na ideologia generista⁴⁷, do qual matrimônio –com essa revolucionária alteração de um conceito multissecular⁴⁸– disse Aníbal D’Angelo Rodríguez tratar-se de uma espécie de “*cabalgata en bicicleta*”⁴⁹.

Abelardo Lobato denuncia nesses “novos direitos humanos” um tríplice abuso: não são novos, não são direitos, nem são humanos⁵⁰, e é manifesto que a adoção do consenso como fonte constitutiva dos “direitos humanos” –isso se passou com o (quando tenha sido menos reprovável: somente ingênuo) apoio de tantos católicos às pomposas declarações internacionais de direitos– rendia exatamente a ocasião para que, ao largo do tempo, se imaginassem “novos” desses “direitos” que, contrapostos aos anteriormente definidos, são já o resultado de uma radical visão materialista do mundo e das coisas, em que o homem, para muitos, constitui mera “excrecência” do universo corpóreo⁵¹.

É já agora evidente o caráter cristofóbico desses “novos direitos”⁵², estadeados, de modo nuclear, na ideia de “liberdade negativa”, que torna o absoluto livre querer humano o fim último do homem⁵³ –liberdade negativa cujo mote se assinou pelo ocultista britânico Aleister Crowley: “do what thou wilt”⁵⁴ e que constitui uma dificuldade fundamental para o direito público moderno: é que, calcado nessa liberdade negativa, o poder

sua destabilizzazione, oscurando il suo carattere particolare e il suo insostituibile ruolo sociale”: “reconhecimento e promoção da estrutura natural da família, como união entre um homem e uma mulher baseada no matrimônio, e sua defesa contra os intentos de equipará-la juridicamente a formas radicalmente diversas de união que, em realidade, a lesionam e contribuem a sua desestabilização, obscurecendo-lhe o caráter particular e seu insubstituível papel social”. BENTO XVI, *op. cit.*

⁴⁷ Andrés OLLERO TASSARA, “Presuntas fobias como atentado a la libertad ideológica”, *passim*; Maria Isabel LLANES, *Del sexo al género: La nueva revolución sexual*, *passim*; Maria Luisa DI PIETRO, *Sexualidad y procreación humana*, *passim*; Élizabéth MONTFORT, *Le genre démasqué: Homme ou femme? Le choix impossible...*, *passim*.

⁴⁸ Se é possível alterar, de modo arbitrário, um termo com aceção definida ao largo de toda história humana, já não haverá pedra sobre pedra em nenhum campo do saber.

⁴⁹ Aníbal D’ANGELO RODRÍGUEZ, “La nueva religión: el laicismo es una religión”, p. 2.

⁵⁰ LOBATO, *op. cit.*, pp. 733-734.

⁵¹ DE MATTEI, *La dittatura...*, *op. cit.*, p. 62.

⁵² J.H.H WEILER, *Una Europa cristiana: Ensayo exploratorio, sobretudo* pp. 51-58; Michel DE JAEGHERE, *Enquête sur la christianophobie*, pp. 125-135; Mario MAURO, Vittoria VENEZIA e Matteo PORTE, *Guerra ai cristiani*, pp. 79-92; Georg WEIGEL, *Política sin Dios*, pp. 75-86.

⁵³ E por aí se vê, prontamente, que esse conceito de liberdade enfrenta a noção cristão correspondente, nos termos com a que S. Tomás define a liberdade: “poder de eleger os meios, conservando a ordem ao fim”. SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma teológica, op. cit.*, Ia.-IIæ., q. 10; Ia.-IIæ., q. 13, art. 6; I, q. 89, art. 4; SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma contra los gentiles*, I, 72 e 88.

⁵⁴ Tonino CANTEMI y Cristina CACACE, *Il libro nero del satanismo*, p. 101.

político não saberia já limitá-la ou negá-la sem fazer-se, por definição, um poder tirânico⁵⁵.

Essa “liberdade” já advinha da Declaração francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão (art. 4º), como possibilidade de o homem fazer tudo o que queira, ainda que com seu próprio detrimento, seja ignorando, seja afrontando todas as leis naturais ou morais, com o só limite de não afligir a liberdade de outrem.

Se se reconhece, contudo, uma vontade humana absolutamente livre, já o bem e o mal são de todo irrelevantes⁵⁶. De sorte que se vê às claras nesse passo a mesma ideologia que bem descrevera Dostoiévski por sua personagem Chigalióv, de *Os Demônios*: pois que se parte da “liberdade ilimitada” e resulta que se chega ao “despotismo ilimitado”⁵⁷, ou como sentenciou um autor contemporâneo, se a liberdade não é fim, senão que meio, “quem a toma por fim, não sabe que fazer quando a obtém”⁵⁸.

Trata-se aí de mero exercício de uma liberdade absoluta egocêntrica –por isso mesmo, clausurada e sem contacto com a realidade das coisas e do outro⁵⁹ (dos outros e do Outro), uma liberdade em que “l’esperienza vissuta in prima persona assume le caratteristiche della sacralità”⁶⁰–, em que já não se cuida de uma autorrealização e autodeterminação íntima do homem, mas do simples poder de fazer o que quer que seja⁶¹.

Há nesse quadro uma dissolução da realidade objetiva, incluída a humana, o que, por si só, tende a explicar a desenvoltura da instituição de “novos direitos humanos”, porque

“se nada pode considerar-se razoavelmente objetivo, nenhuma desigualdade de tratamento será admissível, por estar, em sua mesma definição, privada de fundamento”⁶².

Põe-se em pugna, claramente, essa concepção da “liberdade negativa” –para a qual o curso mais espontâneo das pulsões humanas rematará na libertação e na verdade– com outra, a da liberdade no genuíno sentido

⁵⁵ Miguel AYUSO, “¿Hay un poder constituyente?”, p. 147.

⁵⁶ DE MATTEI, *La dittatura...*, *op. cit.*, p. 86.

⁵⁷ Fiódor DOSTOIÉVSKI, *Os Demônios*, pp. 391, 392-394 y 407. Com efeito, chega-se a um “direito” a todo o não proibido, o que, porém, haverá de incluir, por estrita lógica interna, o direito a que nada se proíba, salvo prova manifesta de que produza danos a terceiros. OLLERO TASSARA, “Presuntas...”, *op. cit.*, p. 500.

⁵⁸ Nicolás GÓMEZ DÁVILA, *Escolios a un texto implícito*, p. 26.

⁵⁹ Xosé Manuel DOMÍNGUEZ, *Psicología de la persona*, pp. 45-47.

⁶⁰ CANTELMÍ y CACACE, *op. cit.*, p. 25.

⁶¹ Domingo BASSO, *Los fundamentos de la moral*, p. 140.

⁶² OLLERO TASSARA, “Presuntas...”, *op. cit.* p. 500.

cristão. Assim, contra a frequente proposição do século de que a liberdade nos fará verdadeiros se opõe a asserção evangélica de que, ao revés, é a Verdade que nos fará livres⁶³. E a fundamentalidade desse conflito mostra o inevitável caráter não neutral de todas suas posições e consequências⁶⁴, incluso no plano jurídico e, nele, vistosamente, no constitucional⁶⁵.

4. A verdade (dizem) que já morreu: apenas restou a vontade

A “morte da verdade” –que é quase como um transcendental da “morte de Deus”– abrange a secundária “morte da verdade jurídica” (ou, mais exatamente da *res iusta*). Ora, ao desaparecer a verdade jurídica possível, não subsiste objeto para a razão do *homo iuridicus*, submetido por inteiro e exclusivamente à vontade como potência não cognoscente.

Natalino Irti, professor da Universidade de Roma La Sapienza, autor de vários estudos interpelantes⁶⁶, afirmará que o direito está agora entregue “inteiramente à vontade dos homens” (*per intero alla volontà degli uomini*⁶⁷), sugerindo que “cada um de nós escolhe o próprio Deus” –*ciascuno di noi sceglie il proprio Dio*⁶⁸– e institui um “direito sem destino”, um direito que “vai e vem, mas não sabe ‘por quê’, nem ‘aonde’ ir” –*un diritto senza destinazione: che va e va, ma non sa ‘perché’ e ‘verso dove’ muova*⁶⁹.

Assim é que a vacuidade do possível encontro da verdade gerou o espaço da atuação voluntarista, no campo jurídico inclusive (muito nomeadamente abrangendo a atuação construtivista dos juízes, a que Aristóteles, já no livro da *Retórica*, e muitos outros autores destinaram graves críticas⁷⁰).

⁶³ DE MATTEI, *La dittatura...*, *op. cit.*, p. 87.

⁶⁴ Diz DE MATTEI, *La dittatura...*, *op. cit.*, pp. 44-45: “(...) *non esiste un terreno neutro: o il processo di scristianizzazione avanza fino a giungere la persecuzione dei cattolici e di chiunque difende la legge naturale o, grazie alla nostra resistenza, questo processo si arresta e inizia un processo inverso di ricostruzione della società in base ai principi dell'ordine naturale e cristiano*”; *vid.* também ALVEAR TÉLLEZ, *op. cit.*, p. 86; Eduardo OLAZÁBAL, “La imposible neutralidad moral estatal”, p. 13.

⁶⁵ ALVEAR TÉLLEZ, *op. cit.*, p. 86. Diz, a propósito, George: “It is obvious that neutrality between neutrality and non-neutrality is logically impossible”, Robert P. GEORGE, *The Clash of Orthodoxies: Law, Religion and Morality in Crisis*, p. 75.

⁶⁶ Entre outros: Natalino IRTI, *Nichilismo giuridico*, *passim*; Natalino IRTI, *Il salvagente della forma*, *passim* e Natalino IRTI, *Diritto senza verità*, *passim*;

⁶⁷ IRTI, *Nichilismo...*, *op. cit.*, p. 5.

⁶⁸ IRTI, *Diritto...*, *op. cit.*, p. 106.

⁶⁹ IRTI, *Nichilismo...*, *op. cit.*, p. 8.

⁷⁰ ARISTÓTELES, *La República*, Bkk. 1354 b. Cf. ainda SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma teológica*, *op. cit.*, Ia-IIae, q. 95, art. 1º, *ad secundum*; *vid.* o clássico Édouard LAMBERT, *Le*

Embora seja mais comum a referência ao “ativismo judicial”, o ativismo jurídico pode abranger todas as esferas do poder político e do saber do direito. Provenientes apenas da vontade, potência definitivamente não cognoscitiva, os atos do construtivismo jurídico não são suscetíveis de controle epistemológico, tendo já historicamente propiciado, com sua imanência e a-razionalidade fundacional, a eclosão das “justiças” que, por exemplo, plasmaram o século XX, quer a do nazismo, quer a do comunismo, quer a das “democracias totalitárias”: o problema, com efeito, não é geométrico, não é geográfico, pois tanto quanto as fluidas “direitas” e as voláteis “esquerdas”, também não falta que se embebam de arbítrio os “centrismos” de todo gênero e até mesmo os eloquentes discursos sobre teorias possíveis do direito, que, com mais não admitir-se a verdade, não podem já passar de simples exercício performativo.

Assim, o ativismo niilista põe em evidência o acerto de uma asserção de Natalino Irti: “il positivismo giuridico non è morto, ma rinasce come positività della volontà...”. É uma espécie de autismo ético e jurídico, que proíbe o acesso a toda forma de transcendência, exaurindo-se na subjetividade do actante.

Agnosticismo radical à parte, as soluções ativistas produzem realíssimos efeitos exteriores (*eppur si muove!*). E alguns muito graves. De fato, um dos problemas mais vistosos com que se enfrenta o niilismo jurídico é o de que suas práticas redundam mesmo, frequentemente, em efeitos irreversíveis, entre outros, por exemplo, os que resultam de permitir-se o livre trânsito de opções antropológicas definitivas: assim, o das autorizações para o suicídio, para o livre uso de drogas que gerem danos cerebrais irreparáveis, para a mutilação genital, para a doação de órgãos não vitais, para a entrega de menores em adoção, etc⁷¹.

Nessa mesma série podem situar-se as decisões permissivas ou impositivas do aborto direto –é dizer, a autorização (ou mesmo imposição) ablatória da vida do nascituro derivada de algum exercício de poder político–, que concernem a uma opção antropológica definitiva, ou seja, ensejada por meio de uma decisão (e comportamento) com efeitos irreversíveis. Em sentido próprio, o ativismo jurídico é uma protagonização política (não apenas, mas de comum, normativo-judiciária) *contra legem*

gouvernement des juges; Elival da SILVA RAMOS, *Ativismo judicial: Parâmetros dogmáticos*; Alejandro NIETO, *El arbitrio judicial*; Jr. Thomas WOODS e Kevin GUTZMAN, *Who killed the constitution?*; Paul LOMBARD, *Le crépuscule des juges*; Gérard TMSIT, *Les figures du jugement*; Zygmunt BAUMAN, *Legisladores e intérpretes, maxime*, pp. 176-182. Com maior amplitude: Yvan ÉLISSALDE, *Critique de l'interprétation*, passim.

⁷¹ Pedro José María CHIESA, “El derecho a la protección constitucional de las opciones matrimoniales definitivas”, pp. 9-11.

*posita*⁷². Desse modo, nem todo aborto decidido, por exemplo, na via judiciária é fruto de ativismo, porque pode dar-se o caso de uma “lei” –*rectius: legis corruptio*⁷³– dar aparente fundamento para uma decisão judicial de aborto provocado. Sempre cabe, portanto, aferir a normativa de regência, para considerar se o aborto, incluso o pretoriano –na dicção de Héctor Hernández–, à margem de seu patente conflito com a lei natural, constitui ou não um verdadeiro ativismo, é dizer, uma ação (ou atuação) *contra legem posita*.

5. A vida nesse reino de voluntarismo

Afirmar que um bem é não negociável por livre e exclusiva disposição da vontade é o mesmo que abrir larga franquia para negociá-lo. Isso emerge ainda que se cogite de um quadro em que as melhores virtudes se supõem no mercado dessa negociação.

De toda a sorte, não custa considerar –sublinhadas as muitas e prudentes reservas a essa aproximação– se, numa perspectiva de estrita legalidade determinativa haveria, em cada caso, espaço para admitir, positivamente, a negociação do naturalmente inegociável bem da vida.

A breve trecho que se medite, vê-se logo que essa aproximação deixa à margem a aferição da legítima substantividade da ordem jurídica, limitando-se a um controle cripto-substantivo, qual o de as leis inferiores se acomodarem às fundamentais, o que, no fim e ao cabo, reduz a ordem do direito ao plano somente volitivo.

Nada obstante, pode ser uma via argumentativa de interesse retórico, porque discute –e pode vitoriar-se– dentro dos próprios acanhados lindes dos pensadores positivistas.

Feita claramente a reserva, cabe prosseguir.

Antes do *lendemain* da Segunda Guerra Mundial, as leis europeias –aqui tomadas à conta de sua exemplaridade para outros continentes–

⁷² Nota que o distingue do pendor processual na busca pelo juiz, *motu proprio*, da prova de uma realidade de interesse de uma das partes processuais (realidade a cujo acesso, paradoxalmente, está clausurado o conhecimento pelo voluntarismo de que se nutrem as práticas propriamente ativistas) e ainda do mal designado ativismo *praeter legem*, que, por motivos de equidade, é admissível como supressor de lacunas e corretor de excessos normativos (*summum ius, summa iniuria*)

⁷³ Muitos são os exemplos históricos de corrupções de leis (ou leis corrompidas): assim, o decreto de homicídio massivo de crianças imposto por Herodes (S. Mateus, II-15-18), o antigo costume dos esquimós em ofertar meninas recém-nascidas para alimentar cães, os massacres eugenésicos, as práticas antropofágicas dos indígenas –de que são gráficas as promovidas por Montezuma.

declaravam, em geral, a ilicitude do aborto direto, e ainda a proposta legislativa de 1939 na Alemanha nazista, embora a seu modo (é dizer, com um reducionismo utilitário), condenava o aborto como delito de ataque contra a raça. Dessa generalidade destoavam então a Rússia soviética (*Códigos* de 1922 e 1926) e, na América hispânica, o Uruguai (*Código* de 1934)⁷⁴. Nos anos que se seguiram a essa Guerra, já não se reconhecia, na Europa, a fundamentação iusnaturalista para a ilicitude do aborto –o que tanto mais surpreende quanto sem o amparo do direito natural não se saberia como reconhecer os inúmeros crimes praticados durante aqueles tempos pelos nazistas (e não só por eles, bem é que se diga) e julgados pelo Tribunal de Nuremberg. Na década de 60, já se avistava mesmo uma inclinação a admitir a legalidade restrita do aborto, o que conduziria, na sequência, a considerar-se o aborto como objeto de prestação de saúde –estatal e gratuita–, no âmbito de uma proclamada “política de proteção à família”⁷⁵. Chegou-se ao ponto de uma espécie de “naturalização cultural” (acaso melhor, de uma normalização social) do aborto direto, com situações embaraçosas até para a Igreja: a Santa Sé, por exemplo, foi levada a excomungar uma freira norte-americana que dirigia, em Detroit, um centro de “interrupção” da vida intrauterina humana⁷⁶.

Curioso paradoxo: à medida em que a Genética avançava e permitia concluir que o homem se constitui desde a concepção, o direito, ao revés, tendia a legalizar o abortamento.

Fez-se com isso um movimento não só oposto à ciência biológica, mas também contrário a uma constante histórica que explica a razão pela qual, de fato, o aborto se admitira em alguns séculos anteriores.

A esse propósito, diz autorizadamente Romano Amerio:

“(...) a teoria do aborto é um caso conspícuo no qual se evidencia a *historicidade das opiniões morais*, seja genericamente entre os homens, seja em particular na Igreja. Variam as apreciações morais não porque sofram variação os princípios, mas porque se aperfeiçoa o conhecimento dos fatos submetidos a eles”⁷⁷.

Isso se deve ao estatuto próprio dos silogismos práticos, porque neles a premissa maior é absoluta, mas a menor, contingente, de sorte

⁷⁴ Antonio QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la parte especial del derecho penal*, pp. 535-574.

⁷⁵ Romano AMERIO, *Iota unum*, § 182.

⁷⁶ *Op. cit.*, § 182, n. N° 1.

⁷⁷ *Op. cit.*, § 182: “(...) la teoria dell'aborto è un caso conspícuo in cui si palesa la storicità delle persuasioni morali, sua generalmente tra gli uomini, sia particolare nella Chiesa. Varano gli apprezzamenti morali no perché patiscano variazione i principii, ma perché si perfeziona, a cognizione dei fatti sottoposti a quei principii”.

que –diz Amerio– a menor (ou seja, do tipo, no caso, “l’embrione è un uomo innocente”) sofreu variações ao largo da história, repercutindo na conclusão discursiva, ainda que perseverante a maior invariável, do tipo “la vita dell’uomo innocente è inviolabile”.

Continua Romano Amerio:

“Os teólogos católicos pensaram durante séculos que o aborto do feto animado pelo princípio sensitivo, mas ainda não pelo racional, era lícito e obrigatório, inclusive, em algumas circunstâncias⁷⁸. O juízo acerca do *status humanus* do embrião de mulher estava ditado pela teoria aristotélica dos três princípios de vida (vegetativo, sensitivo, racional), dos quais só o último confere em ato ao ser vivo a qualidade de ser homem⁷⁹.”

Santo Tomás, na *Suma Teológica* (II-II, q. 64), sobre o homicídio, não faz discurso especial acerca do aborto⁸⁰, e Dante ensina que a alma racional (a que faz ser homem) substitui a sensitiva só no momento no qual ‘o cérebro do feto se articula’ (Purg. xxv)⁸¹.

A Igreja separou-se da filosofia natural da época ensinando com o dogma da Imaculada Conceição⁸² que a Virgem esteve livre da culpa

⁷⁸ Sem embargo, já em 4 de março de 1679, um Decreto do Santo Ofício assentava a ilicitude do aborto já “antes da animação do feto” –*ante animationem foetus* (Enrico DENZINGER, *Enchiridion symbolorum*, N° 1184), e, antes disso, no século XIV, o dominicano SANTO ANTONINO, que foi Arcebispo de Firenze, difundia a tese tradicional de condenação do aborto (*in Confessionale, apud* GRISEZ, *op. cit.*, p. 257), admitindo, porém, a hipótese (que se empolgaria ao modo de premissa menor) de não haver animação nos primórdios gestacionais.

⁷⁹ Daí que o moralista dominicano Silvestre Prieras (1456-1523), na *Summa summarum*, à luz da teoria aristotélica da sucessão das almas nos embriões humanos, distinga entre o aborto homicídio (se o feto está animado com uma alma racional) e o aborto não homicida, se só estão presentes no feto as almas vegetativa ou sensitiva. GRISEZ, *op. cit.*, p. 258.

⁸⁰ Com efeito, nessa questão 64 da IIa-IIæ. da *Suma Teológica –De homicidio–*. S. Tomás “*non fa uno speciale discorso sull’aborto*”, embora o refira, *obiter dictum*, no art. 8º, *ad secundum*.

⁸¹ DANTE, *Divina Comédia* (canto xxv do Purgatório, N°s 67-72): “*Apri a la verità che viene il petto;/e sappe che, sì tosto come al feto/l’articular del cerebro è perfetto,lo motor primo a lui si volge lieto/sovra tant’arte di natura, e spira/spirito novo, di virtù repleto*” –Abre o peito à verdade que vou dizer-te e saibas que tão pronto como esteja concluída no feto a articulação do cérebro, o primeiro motor volta a ele comprazido da obra mestra da natureza e infunde-lhe um espírito novo, pleno de virtudes.

⁸² A Imaculada Conceição da Virgem Maria é um dos quatro dogmas marianos definidos pela Sé Romana, ao lado dos dogmas da (i) Maternidade Divina (III Concílio de Éfeso: “Christus (...) est partus de sancta et immaculata Virgine Dei genitrice” (DENZINGER, *op. cit.*, N° 251), da (ii) Virgindade Perpétua (Concílio de Latrão: “(...) Verbum e coelo descendisse, et incarnatum ex Spiritu Sancto et Maria semper Virgine”, DENZINGER, *op.*

original desde o primeiro instante de sua concepção⁸³: de conseguinte havia sido pessoa humana desde o princípio. Também Cristo teve o *status hominis* desde sua concepção, e Santo Tomás nota expressamente que isso o diversifica da geração dos outros homens, donde ‘prius est vivum et postea animal et postea homo’ (*Suma Teológica*, III, q. 33, a. 2, *ad tertium*). Não menos que a teologia dogmática –que se havia separado da filosofia natural dominante–, o direito romano identificou o concebido como pessoa sujeito de direitos e assinou ao feto um *curator ventris* com a missão de representá-lo em juízo e tutelar seus direitos.

A doutrina da animação do feto no nonagésimo dia começou a declinar após a obra de Fienus, *De animatione foetus* (1620), que foi propugnada e difundida por Santo Afonso Maria de Ligório. A embriologia natural conformou-se então com a sobrenatural de Cristo e da Virgem, e reconheceu-se o aborto como delito em qualquer momento da gravidez⁸⁴.

Desse modo, a tradição fundamental do pensamento humano é no sentido de que o aborto é vedado, de maneira absoluta, pondo-se apenas variação sobre o fato –objeto próprio das ciências biológicas (não da teologia, não da filosofia, não do direito)– do início da animação racional do homem. Concluindo (e confirmando) a biologia que, a partir da concepção de cada homem, já existe individualidade⁸⁵ e autonomia do embrião⁸⁶, reafirma-se a doutrina tradicional que proíbe o aborto direto em todo seu gênero.

É sempre interessante o encontro –tão bem proclamado já por Donoso Cortés– de questões teológicas à raiz de temas naturais:

cit., N° 255) e da (iii) Assunção de Maria Santíssima ao Céu, em corpo e alma (PIO XII, Constituição Apostólica *Munificentissimus Deus*).

⁸³ Declarou-se, proclamou-se e definiu-se o dogma da Imaculada Conceição de Maria com a Bula *Ineffabilis Deus*, de 8 de dezembro de 1854, lida –em circunstâncias especialíssimas– pelo PIO IX (sobre essas circunstâncias, Roberto DE MATTEI, *Pio IX*, pp. 189-192).

⁸⁴ AMERIO, *op. cit.*, p. 182. “L’embriologia naturale si trovò allora conformata a quella soprannaturale di Cristo e della Vergine e l’aborto fu riconosciuto delittuoso a ogni stadio”

⁸⁵ SGRECCIA, *op. cit.*, p. 346. “Uma vez que o desenvolvimento biológico é ininterrupto e se realiza sem intrínseca mutação qualitativa, sem que seja necessária uma ulterior intervenção causal, deve-se dizer que a nova entidade constitui um novo indivíduo humano, o qual desde o instante da concepção continua o seu ciclo, ou melhor, a sua curva vital”.

⁸⁶ “Es prácticamente unánime el acuerdo de los científicos –biólogos, genetistas, médicos, etc.– sobre la afirmación de que la vida humana comienza en el momento de la fecundación. (...) Se puede, pues, afirmar que la información científica nos dice hoy que la vida humana comienza con la concepción. Desde ese momento existe un nuevo organismo que posee todas las condiciones que hacen de él un ser único, distinto del organismo materno, dotado de todas las posibilidades de un individuo humano a la espera de su despliegue”. Augusto SARMIENTO, RUIZ PEREZ e MARTIN, *op. cit.*, pp. 40 e 43.

“La teología, por lo mismo que es la ciencia de Dios, es el océano que contiene y abarca todas las ciencias, así como Dios es el océano que contiene y abarca todas las cosas”⁸⁷.

E, com efeito, os ensinamentos da Bula *Ineffabilis Deus*, com a proclamação do dogma da Imaculada Conceição de Maria, terminaram por demarcar, com antecipação, aquilo que viria ser um juízo praticamente unânime das ciências biológicas acerca do início da pessoa humana. O Santo Papa Pio X, na Encíclica *Ad diem illum laetissimum* (2-2-1904), dirá que a negação do pecado original –e sua sólida afirmação é o contraponto do dogma da Imaculada Conceição mariana– implicaria não haver mais lugar para tudo o que transcenda a natureza (item N° 16).

Tomemos agora, de toda a sorte, exemplo no direito posto –ou seja, em algo que não se proclama transcendente da vontade humana–, versando aqui de modo breve o caso brasileiro.

Além da expressa norma de proteção constitucional da vida (art. 5° da Constituição federal de 1988), cabe referir que se adota no Brasil, em acréscimo, a normativa de tratados internacionais de que o País seja parte (§ 2° do art. 5°), destacando-se, entre vários deles, o Pacto de São José da Costa Rica (Convenção americana de direitos humanos, firmada em 22 de novembro de 1969)⁸⁸, que se internalizou no direito positivo brasileiro em 25 de setembro de 1992⁸⁹.

Consta desse Pacto o escopo de instituir-se, no amplo Continente americano, “um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito dos direitos humanos essenciais”, direitos esses que não derivam do fato de o beneficiário ser nacional de um ou outro Estado, mas, isto sim, “de ter por fundamento os atributos da pessoa humana” (Preâmbulo). Prevê-se no N° 2 do art. 1° do Pacto que, para seus efeitos –relativos, como visto, a direitos humanos– “pessoa é todo ser humano”, e “toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida” (N° 1 do art. 4°); “ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente” (*id.*).

⁸⁷ Juan DONOSO CORTÉS, “Ensayo sobre el catolicismo, el liberalismo y el socialismo”, p. 499. Ou pelo aspecto negativo: “Entre los errores contemporáneos no hay ninguno que no se resuelva en una herejía (...)” (Juan DONOSO CORTÉS, “Carta al Cardenal Fornari”, tomo II, pp. 744-755).

⁸⁸ Ives Gandra SILVA MARTINS, “O direito constitucional comparado e a inviolabilidade da vida humana”, pp. 138-146.

⁸⁹ Juan Antonio TRAVIESO, *Derechos humanos y derecho internacional*, p. 437. Outros países da América hispânica internalizaram o Pacto muito antes do Brasil: p. ex., a Argentina, em setembro de 1984; a Bolívia, em julho de 1979; a Colômbia, em julho de 1973; o Chile, em agosto de 1980; Equador, em dezembro de 1977; o México, em março de 1981; o Paraguai, em agosto de 1989; o Peru, em julho de 1978; o Uruguai, em abril de 1978; a Venezuela, em agosto de 1977.

A questão fundamental nesse passo é a de saber quando começa a existir a vida humana?⁹⁰. Ou por outra –já que a resposta a essa indagação está mais do que solidada na esfera biomédica⁹¹–, quando começa a existir a pessoa humana e, com ela, a integral proteção inscrita no Pacto de São José da Costa Rica? Essa indagação é relevante não apenas para a concepção transcendental do direito –nomeadamente, para o iusnaturalismo clássico–, mas também para o âmbito das concepções imanentistas, que exigem repousar-se num dado positivo como fonte inevitável dos direitos humanos.

Decerto, a só leitura do N° 2 do art. 1° do Pacto –“pessoa é todo ser humano”– permite cômoda definição textual: não importa se em ambiente intra ou extrauterino, o ser humano –embrião, feto, recém-nascido, criança, adolescente, adulto, velho–, o ser humano é pessoa.

Essa norma, todavia, não se acomoda, à letra, com o que dispõe a primeira parte do art. 2° do *Código Civil* brasileiro de 2002 (“A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida”)⁹².

Bem se vê que, segundo o Pacto, ao *status* de pessoa basta a humanidade constitutiva do ser, o que convoca uma universalidade real: não se distinguem (*rectius*: não se discriminam) os seres humanos pela raça, pelo sexo, pela religião, pela situação econômica, pela orientação política, pelo nível cultural... nem por viver ao norte, ao sul, a leste, a oeste, no campo, na cidade, na montanha, no mar, em um ambiente intrauterino ou extrauterino, etc. Todos esses são pessoa.

A Suprema Corte federal brasileira, ao julgar o Recurso Extraordinário N° 466.343 e o *Habeas Corpus* N° 95.967, professou a tese da supralegalidade hierárquica dos tratados e convenções que versam sobre direitos humanos, de tal sorte que –para o âmbito desses direitos, e entre

⁹⁰ José Renato NALINI, “A evolução protetiva da vida na Constituição brasileira”, p. 268.

⁹¹ AMERIO, *op. cit.*, § 182. Não é competência do direito –e não o é, tampouco, da teologia– definir se o embrião pode ou não configurar-se como homem; isso é tarefa da biologia

⁹² A teoria da vitalidade foi também adotada, p.ex., pelo *Código civil* chileno: “La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre. La criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás” (art. 74). Já o *Código civil* argentino esposou a teoria da concepção: “Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido. Esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieren con vida, aunque fuera por instantes después de estar separados de su madre” (art. 70).

eles o que tem por objeto a vida humana— não é possível reduzir o conceito de “pessoa humana” somente àqueles seres humanos nascidos com vida.

Como visto, o dispositivo do *Código Civil* do Brasil atribui ao nascimento o marco *a quo* da personalidade (por mais que refira à proteção adicional de direitos do nascituro). Todavia, o *Código Civil* brasileiro é uma lei infraconstitucional e não prevalece sobre a disposição suprallegal do Pacto de São José da Costa que não exige o nascimento como condição existencial da personalidade: “pessoa —enuncia esse Pacto— é todo ser humano”.

Assinale-se que, ainda houvera dúvida sobre o ponto —mas não há razoavelmente essa dúvida—, seria caso de adoção do princípio *pro homine*, a fim de propender à solução que melhor protege o homem.

De conseguinte, cabe concluir que, no Brasil, o aborto direto é uma atuação, *ex toto genere suo, contra legem posita*, tanto mais que avessa, designadamente, à declaração do direito fundamental protetivo da vida, concluindo-se que, ainda por motivos de direito posto —quando acertadamente haveria de sê-lo em virtude do direito natural—, a vida, no caso brasileiro, afirma-se bem não negociável *in tutte le sue fasi, dal primo momento del concepimento fino alla morte naturale*.

Bibliografía

- ALVEAR TÉLLEZ, Julio, “Síntomas contemporáneos del constitucionalismo como mitología de la modernidad política”, en Miguel AYUSO (ed.), *El problema del poder constituyente*, Madrid, Marcial Pons, 2012.
- AMERIO, Romano, *Iota unum*, Verona, Fede & Cultura, 2009.
- ARA PINILLA, Ignacio, *Las transformaciones de los derechos humanos*, Madrid, Tecnos, 1994.
- ARISTÓTELES, *La República*, Madrid, Gredos, 1988.
- AYUSO, Miguel, “¿Hay un poder constituyente?”, en Miguel AYUSO (ed.), *El problema del poder constituyente*, Madrid, Marcial Pons, 2012.
- AZPITARTE, Eduardo López, *Ética y vida: desafíos actuales*, Madrid, Paulinas, 1993.
- BARCELLOS DE ALMEIDA, Fernando, *Teoria geral dos direitos humanos*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1996.
- BASSO, Domingo, *Los fundamentos de la moral*, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, 1997.
- BASSO, Domingo, *Nacer y morir con dignidad: Bioética*, 3ª ed., Buenos Aires, Corporación de Abogados Católicos - Consorcio de Médicos Católicos de Buenos Aires, 1993.

- BAUDOIN, Jean-Louis e Danielle BLONDEAU, *Éthique de la mort et droit à la mort*, Paris, Presses Universitaires de France, 1993.
- BAUMAN, Zygmunt, *Legisladores e intérpretes*, tradução de Renato Aguiar, Rio de Janeiro, Zahar, 2010.
- BENTO XVI, papa, *Discurso aos Participantes do Congresso do Partido Popular Europeu*, aos 30 de março de 2006, em www.vatican.va, consultado el 5 de mayo de 2013.
- BERNARD, Jean, *Da biologia à ética*, tradução brasileira, Campinas, Psy, 1994.
- BERNARD, Jean, *Espoirs et sagesse de la médecine*, Paris, Odile Jacob, 1993.
- BEUCHOT, Mauricio, “Naturaleza humana y ley natural como fundamentos de los derechos humanos”, en Carlos Ignacio MASSINI (ed.), *El iusnaturalismo actual*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996.
- BIDART CAMPOS, Germán, *Teoría general de los derechos humanos*, Buenos Aires, Astrea, 1991.
- BLÁZQUEZ, Niceto, *Bioética fundamental*, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1996.
- BLÁZQUEZ, Niceto, *Los derechos del hombre*, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1980.
- CANTELMÍ, Tonino e Cristina CACACE, *Il libro nero del satanismo*, Milão, San Paolo, 2007.
- CAPONNETO, Mario, *El hombre y la medicina*, Buenos Aires, Scholastica, 1992.
- CASSESE, Antonio, *I diritti umani oggi*, Bari, Laterza, 2005.
- CASTELLANO, Danilo, *Razionalismo e diritti umani: Dell'antifilosofia politico-giuridica della "modernità"*, Turim, G. Giappichelli, 2003.
- COLAUTTI, Carlos, *Derechos humanos*, Buenos Aires, Universidad, 1995.
- CHARLESWORTH, Max, *La bioética en una sociedad liberal*, tradução castelhana, Nova York, Cambridge, 1996.
- CHARVIN, Robert et Jean-Jacques SUEUR, *Droits de l'homme et libertés de la personne*, 3ª ed., Paris, Litec, 2000.
- CHIESA, Pedro José María, “El derecho a la protección constitucional de las opciones matrimoniales definitivas”, en *El Derecho*, N° 23, Buenos Aires, mayo 2012.
- D'ANGELO RODRÍGUEZ, Aníbal, “La nueva religión: el laicismo es una religión”, en *El Derecho*, N° 20, Buenos Aires, marzo 2011.
- DANTE, *Divina Comédia*, São Paulo, Industrias Graficas, 1995.
- DE JAEGERE, Michel, *Enquête sur la christianophobie*, Issy-les-Moulineaux, Renaissance Catholique, 2006.
- DE LA CHAPELLE, Philippe, *La déclaration universelle des droits de l'homme et le catholicisme*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1967.
- DE MATTEI, Roberto, *La dittatura del relativismo*, Chieti, Solfanelli, 2007.
- DE MATTEI, Roberto, *Pio IX*, tradução de António de Azeredo, Porto, Civilização, 2004.

- DEL VECCHIO, Giorgio, *Derecho y vida*, traducción de Eustaquio Galán y Gutiérrez. Barcelona, Bosch, 1942.
- DENZINGER, Heinrich, *Enchiridion symbolorum*, Barcelona, Herder, 1955.
- DI PIETRO, Maria Luisa, *Sexualidad y procreación humana*, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, 2005.
- DIP, Ricardo. *Los derechos humanos y el derecho natural: De cómo el hombre imago Dei se tornó imago hominis*, Madrid, Marcial Pons, 2009.
- DIP, Ricardo, *Segurança jurídica e crise pós-moderna*, São Paulo, Quartier Latin, 2012.
- DOMÍNGUEZ, Xosé Manuel, *Psicología de la persona*, Madrid, Palabra, 2011.
- DONOSO CORTÉS, Juan, “Carta al Cardenal Fornari”, en Carlos VALVERDE (ed.), *Obras completas*, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1970.
- DONOSO CORTÉS, Juan, “Ensayo sobre el catolicismo, el liberalismo y el socialismo”, en Carlos VALVERDE (edit.), *Obras completas*, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1970.
- DOSTOIEVSKI, Fiódor, *Os Demônios*, traducción de Paulo Bezerra, 3ª ed. São Paulo, 2008.
- DRAÏ, Raphaël et Michèle HARICHAUX, *Bioéthique et droit*, Paris, Presses Universitaires de France, 1988.
- DUMONT, Jean, *El amanecer de los derechos del hombre*, traducción de María José Antón, Madrid, Encuentro, 1997.
- ÉLISSALDE, Yvan, *Critique de l'interprétation*, Paris, Vrin, 2000.
- ELIZARI BASTERRA, Francisco Javier, *Bioética*, 2ª ed., Madrid, San Pablo, 1991.
- EZCURDIA LAVIGNE, José, *Curso de derecho natural: Perspectivas iusnaturalistas de los derechos humanos*, Madrid, Reus, 1987.
- FERNANDEZ-GALIANO, Antonio, *Derecho natural: Introducción filosófica al derecho*, Madrid, Universidad Complutense, 1974.
- FINNIS, John, *Natural Law and Natural Rights*, New York, Oxford, 1980.
- GEISLER, Norman, *Ética cristã*, traducción de Alexandros Meimaridis y Djair Dias Filho, São Paulo, Vida Nova, 2010.
- GEORGE, Robert P, *The Clash of Orthodoxies: Law, Religion and Morality in Crisis*, Wilmington, ISI Books, 2007.
- GÓMEZ DAVILA, Nicolás, *Escolios a un texto implícito*, Santa Fe de Bogotá, Villegas, 2001.
- GONZÁLEZ QUINTANA, Constantino, “Derechos humanos y bioética”, en José-Román FLECHA ANDRÉS (coord.), *Derechos humanos y responsabilidad Cristiana*, Salamanca, Universidad Pontificia, 1999.
- GORDILLO, Agustín e Outros, *Derechos humanos*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 1998.
- GRISEZ, Germain, *El aborto: Mitos, realidades y argumentos*, traducción de Luis Bittini, Salamanca, Sígueme, 1972.

- GUERRA, Manuel, *Antropologías y teología*, Pamplona, Universidad de Navarra, 1976.
- HAARSCHER, Guy, *A filosofia dos direitos humanos*, traducción de Armando Pereira da Silva. Lisboa, Instituto Piaget, 1997.
- HABA, Enrique, “Droits de l’homme, libertés individuelles e rationalité juridique”, in *Archives du philosophie du droit*, Paris, Sirey, 1980, vol 25.
- HERRERA JARAMILLO, Francisco José, *El derecho a la vida y el aborto*, Pamplona, Universidad de Navarra, 1994.
- HÜBNER GALLO, Jorge Ivan, *O mito da explosão demográfica*, traducción de Nathanael Caixeiro, Rio de Janeiro. Paz e Terra, 1970.
- IRTI, Natalino, *Diritto senza verità*, Bari, Laterza, 2011.
- IRTI, Natalino, *Il salvagente della forma*, Bari, Laterza, 2007.
- IRTI, Natalino, *Nichilismo giuridico*, 3ª ed., Bari, Laterza, 2005.
- ISRAËL, Lucien, *Les dangers de l’euthanasie*, Paris, Syrtès, 2002.
- JELLINEK, Georg, *La déclaration de droits de l’homme et du citoyen: Contribution à l’histoire du droit constitutionnel moderne*, Paris, Albert Fontmoing, 1902.
- JOÃO PAULO II, “Discurso ao Corpo Diplomático acreditados junto à Santa Sé”, 9 de enero de 1989, Libreria Editrice Vaticana, en www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/speeches/1989/january/documents/hf_jp-ii_spe_19890109_corpo-diplomatico_sp.html. Fecha de consulta: 23 de febrero de 2013.
- JOÃO XXIII, *Encíclica Mater et Magistra*, 15 de mayo de 1961, Libreria Editrice Vaticana, en www.vatican.va/holy_father/john_xxiii/encyclicals/documents/hf_j-xxiii_enc_15051961_mater_po.html. Fecha de consulta: 23 de febrero de 2013.
- JOÃO XXIII, *Pacem in Terris*, 11 de abril de 1963, Libreria Editrice Vaticana en www.vatican.va/holy_father/john_xxiii/encyclicals/documents/hf_j-xxiii_enc_11041963_pacem_po.html. Fecha de consulta 23 de febrero de 2013.
- LAMBERT, Édouard, *Le gouvernement des juges*, Paris, Dalloz, 2005.
- LOBATO, Abelardo, “Novos direitos humanos”, in AA.VV., *Lexicon: Termos ambíguos e discutidos sobre família, vida e questões éticas*, traducción de Cláudia Scolari, São Paulo, Pontificium Consilium pro Familia, Salesiana, 2004.
- LOMBARD, Paul, *Le crépuscule des juges*, Parfís, Robert Laffont, 1988.
- LÓPEZ AZPITARTE, Eduardo, *Ética y vida: desafíos actuales*, Madrid, Ediciones Paulistas, 1990.
- LÓPEZ BARAHONA, Mónica y Ramón LUCAS LUCAS, *El inicio de la vida: Identidad y estatuto del embrión humano*, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1999.
- LORCA NAVARRETE, José, *Derechos fundamentales y jurisprudencia* 3ª ed., Madrid, Pirámide, 2008.
- LORCA NAVARRETE, José, *Introducción al derecho*, Madrid, Pirámide, 1987.
- LLANES, Maria Isabel, *Del sexo al género: La nueva revolución sexual*, Pamplona, Universidad de Navarra, 2010.
- MALDAMÉ, Jean-Michel, *Création et Providence: Bible, science eu philosophie*, Paris, Cerf, 2010.

- MASSINI-CORREAS, Carlos, “El fundamento de los derechos humanos en la propuesta positivista-relativista de Luigi Ferrajoli”, en *Persona y Derecho*, N° 61, Pamplona, julio-diciembre 2009.
- MAURO, Mario, Vittoria VENEZIA e Matteo FORTE, *Guerra ai cristiani*, Turim, Lindau, 2010.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, *Curso de direito internacional público*, 6ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012.
- MELINA, Livio e Sergio BELARDINELLI, *Amare nella differenza*, Sena-Vaticano, Cantagalli, Libreria Editrice Vaticana, 2012.
- MONTFORT, Élizabeth, *Le genre démasqué: Homme ou femme? Le choix impossible...*, Valence, Peuple Libre, 2011.
- MOUROUX, Jean, *Sens chrétien de l'homme*, Paris, Aubier, 1940.
- NALINI, José Renato, “A evolução protetiva da vida na Constituição brasileira”, en Jaques de CAMARGO PENTEADO e Ricardo DIP (coord.), *A vida dos direitos humanos: Bioética médica e jurídica*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1999.
- NIETO, Alejandro, *El arbitrio judicial*, Barcelona, Ariel, 2007.
- NOVAIS, Jorge Reis, *Direitos fundamentais: Trunfos contra a maioria*, Coimbra, Coimbra ed., 2006.
- OLAZÁBAL, Eduardo, “La imposible neutralidad moral estatal”, *El Derecho*, N° 19, Buenos Aires, abril 2010.
- OLLERO TASSARA, Andrés, “Presuntas fobias como atentado a la libertad ideológica”, in Livio MELINA e Sergio BELARDINELLI (dir.), *Amare nella differenza*, Sena – Vaticano, Cantagalli, Libreria Editrice Vaticana, 2012.
- OLLERO TASSARA, Andrés, *Derechos humanos y metodología jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Los derechos fundamentales*, 6ª ed., Madrid, Tecnos, 1995.
- PIO IX, Bula *Innefabilis Deus*, de 8 de dezembro de 1854.
- PIO X, San, *Encíclica Ad deum illum laetissimum*, 2 de febrero de 1904, Libreria Editrice Vaticana, en www.vatican.va/holy_father/pius_x/encyclicals/documents/hf_p-x_enc_02021904_ad-diem-illum-laetissimum_fr.html. Fecha de consulta: 23 de febrero de 2013.
- PIO XII, “Constituição Apostólica Munificentissimus Deus”, 1 de noviembre de 1950, Libreria Editrice Vaticana, en www.vatican.va/holy_father/pius_xii/apost_constitutions/documents/hf_p-xii_apc_19501101_munificentissimus-deus_po.html. Fecha de consulta: 23 de febrero de 2013.
- POLAINO-LORENTE, Aquilino, *Manual de bioética general*, 3ª ed. Madrid, Rialp, 1997.
- PORRAS DEL CORRAL, Manuel, *Biotecnología, derecho y derechos humanos*, Córdoba (España), Caja Sur, 1996.
- QUEIROZ, Cristina, *Direitos fundamentais*, Coimbra, Coimbra ed., 2002.
- QUEIROZ, Cristina, *Direitos fundaentais sociais*, Coimbra, Coimbra ed., 2006.

- QUEIROZ, Cristina, *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais*, Coimbra, Coimbra ed., 2006.
- QUERÉ, France, *L'éthique et la vie*, Paris, Odile Jacob, 1991.
- QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado de la parte especial del derecho penal*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1972.
- QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *Los derechos humanos y su defensa ante la justicia*, Santa Fe de Bogotá, Temis, 1995.
- RABAGO, León, *La bioética para el derecho*, Guanajuato, Universidad de Guanajuato, 1998.
- RÉMOND-GOULLLOUD, Martine, *Du droit de détruire: essai sur le droit de l'environnement*, Paris, Presses Universitaires de France, 1989.
- ROYER, Pierre, *18 leçons sur la biologie du développement humain*, Paris, Fayard, 1975.
- SARMIENTO, Augusto, Gregorio RUIZ-PÉREZ e Juan Carlos MARTÍN, *Ética y genética: Estudio ético sobre la ingeniería genética*, 2ª ed., Barcelona, Internacionales Universitarias, 1996.
- SAUVY, Alfred, *Coût et valeur de la vie humaine*, Paris, Hermann, 1978.
- SCALA, Jorge, *Género y derechos humanos*, Buenos Aires, Vórtice, 2004.
- SCHOOYANS, Michel, *Bioética y población: La elección de la vida*, México, Instituto Mexicano de Doctrina Social Cristiana, 1995.
- SEGOVIA, Juan Fernando, "Ley natural, contrato social y poder constituyente en el pensamiento anglosajón e francés", en Miguel AYUSO (ed.), *El problema del poder constituyente*, Madrid, Marcial Pons, 2012.
- SGRECCIA, Elio, *Manual de Bioética*, traducción de Orlando Soares Moreira, São Paulo, Loyola, 1996.
- SILVA MARTINS, Ives Gandra, "O direito constitucional comparado e a inviolabilidade da vida humana", en Jaques de CAMARGO PENTEADO y Ricardo DIP (ed.), *A vida dos direitos humanos: Bioética médica e jurídica*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1999.
- SILVA RAMOS, Elival da, *Ativismo judicial: Parâmetros dogmáticos*, São Paulo, Saraiva, 2010.
- TIMSIT, Gérard, *Les figures du jugement*, Paris, PUF, 1993.
- TOMÁS DE AQUINO, SANTO, *Suma contra los gentiles*, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1958.
- TOMÁS DE AQUINO, SANTO, *Suma teológica*, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1963.
- TRAVIESO, Juan Antonio, *Derechos humanos y derecho internacional*, 2ª ed., Buenos Aires, Heliasta, 1996.
- VERGÉS RAMÍREZ, Salvador, *Derechos humanos: fundamentación*, Madrid, Tecnos, 1997.
- VERSPIEREN, Patrick, *Face à celui qui meurt*, Paris, Desclée de Brouwer, 1994.
- VIOLA, Francesco, *Etica e metaetica dei diritti umani*, Turim, Giappichelli, 2000.

- WEIGEL, Georg, *Política sin Dios*, traducción de Dionisio Mínguez, 2ª ed., Madrid, Cristiandad, 2005.
- WEILER, J.H.H., *Una Europa cristiana: Ensayo exploratorio*, traducción de José Miguel Oriol, Madrid, Encuentro, 2003.
- WOODS Jr., Thomas e Kevin GUTZMAN, *Who killed the constitution?*, New York, Three Rivers Press, 2008.

LOS DERECHOS HUMANOS
COMO IDEOLOGÍA
UNA LECTURA
DESDE EL PENSAMIENTO “ANTIMODERNO”

HUMAN RIGHTS AS AN IDEOLOGY
A “COUNTER-MODERNIST” READING

Julio Alvear Téllez*

“Los derechos humanos hacen de la humanidad
la medida de todas las cosas y desde el punto
de vista religioso esto constituye una forma de idolatría”.
Michael IGNATIEFF, *Human Rights as Politics and Idolatry*, 2001.

“Ya no tenemos mapas ni navegadores y ya no creemos en astrólogos
y en profetas. Es el miedo a morir, la imaginación loca,
el deseo más allá de todo objeto lo que nos puede conducir,
sin plan pero con pasión, más allá de la crisis,
con la esperanza incierta de inventar una sociedad”
Alain TOURAINE, *Après la crise*, 2010.

Resumen

Hay que distinguir entre “derechos humanos” y derechos o bienes de la persona humana. Los primeros connotan una visión de los derechos fundamentales profundamente ideológica, que se vuelve explícita en la medida en que se analiza su génesis histórico-conceptual y su rol instrumental al proyecto político totalizante de la modernidad. Dicho proyecto, hoy en declive, se ha presentado como “emancipador”, lo que en realidad es un eufemismo para cubrir el carácter subjetivista, constructivista y racionalista de los derechos humanos en el plano individual y colectivo, tendencia que hoy pulsa por disolver todo lo estable.

Palabras claves: “derechos humanos”, modernidad, racionalismo, subjetivismo, disolución.

* Doctor en Derecho y Doctor © en Filosofía, Universidad Complutense de Madrid. Profesor de Derecho Constitucional y miembro del Centro de Justicia Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo. Artículo recibido el 3 de junio de 2013 y aceptado el 25 de agosto de 2013. Correo electrónico: jalvear@udd.cl

Abstract

There is a difference between “human rights” and rights or goods from de human person. The former has a deeply ideological approach that becomes explicit in its historical and conceptual origin. “Human rights” are instrumental to the overwhelming political project of Modernity. Modernity project, today in a falling stage, has been presented as a “liberated” one, but that is only an euphemism for covering the subjectivist, constructivist and rationalist character of human rights in its individual and collective dimension. In that way, the Modernist trend tends to dissolve stability.

Keywords: “human rights”, Modernity, Racionalism, Subjectivism.

1) A modo de introducción

La modernidad, como proyecto ideológico de reconstitución del hombre, de la sociedad y del mundo, y no puramente como etapa cronológica, ha sido objeto de muy diversas lecturas. Una de las más relevantes es aquella que la identifica como un proceso de carácter complejo, pero de sentido unitario, susceptible de ser captado como un todo, de manera que su origen, dirección y desarrollo pueden ser comprendidos, anticipando en ciertos puntos su dilatación o retraimiento. Para proceder a este análisis autores de muy distintas tendencias han propuesto una serie de categorías genealógicas o herramientas conceptuales a fin de describir y criticar este proceso como, por ejemplo, las de *secolarizzazione* o *temporalizzazione della storia*¹, *Selbstbehauptung*², *Revolução*³, *Liquid Modernity*⁴ o *Le désenchantement du monde*⁵, donde se relativiza el *Entzauberung der Welt* de Max Weber.

Desde el pensamiento contrarrevolucionario francés, italiano o hispano, pasando por el romanticismo germano del siglo XIX, o el notable desprecio antiilustrado de la primera Escuela de Fráncfort, hasta llegar a los “nouveaux philosophes” o al posmodernismo, es todo un cúmulo de corrientes filosóficas, sociológicas y culturales que han levantado sus banderas contra las “consecuencias perversas” de la modernidad⁶.

¹ Giacomo MARRAMAO, *Potere e secolarizzazione. Le categorie del tempo*.

² Hans BLUMENBERG, *Die Legitimität der Neuzeit*; Hans BLUMENBERG, *Die Genesis der kopernikanischen Welt*.

³ Plinio CORRÊA DE OLIVEIRA, *Revolução e Contra-Revolução*.

⁴ Zigmunt BAUMAN, *Liquid Modernity*.

⁵ Marcel GAUCHET, *Le désenchantement du monde*.

⁶ Es el título en español de la compilación de Josetxo BERIÁIN para Anthony GIDDENS, Zigmunt BAUMAN, Niklas LUHMANN, Ulrich BECK, *Las consecuencias perversas de la Modernidad*.

Las críticas que apuntan a las promesas falsas e incumplidas de la modernidad son hoy muy difundidas en Europa y América, y se han vuelto a replantear con notable vigencia a partir del año 2008, con ocasión de la crisis del capitalismo global y el ocaso de las instituciones políticas contemporáneas.

Este último aspecto hay que resaltarlo, pues la problematización de los ideales políticos ilustrados de los que aún vivimos (sea en su versión "liberal", sea en su versión "socialista") es moneda común entre filósofos, historiadores, sociólogos, analistas políticos y periodistas especializados, aunque no parece haber permeado la ciencia del Derecho Constitucional, que en este punto, especialmente en Chile, vive apegada a los paradigmas modernos tal como fueron proyectados y defendidos en la etapa del constitucionalismo ilustrado fuerte. A despecho de ello, las instituciones políticas de dicho constitucionalismo sufren una crisis indiscutible, que aquí apuntamos solo referencialmente: crisis de *disfuncionalidad* que pesa sobre la democracia representativa, el Estado nación y la soberanía estatal⁷; crisis de *configuración*, que constata los problemas de eficacia en el rol normativo y estabilizador de las constituciones escritas⁸; crisis de las *creencias* que sustentan el sistema, por la implosión del ideal democrático fruto de la emergencia del "narcisismo" ético, por la "huida de lo público" y por el multiculturalismo, eufemismo que cubre el hecho de

⁷ La bibliografía es inmensa, por lo que indicamos solo algunas de las obras de referencia. Sobre la crisis de la democracia representativa, Marcel GAUCHET, *La Démocratie contre elle-même*; Marcel GAUCHET, *La Démocratie d'une crise à l'autre*; Guy HERMET, *L'Hiver de la démocratie ou le nouveau régime*; José Pedro GALVAO DE SOUSA, *La Rappresentanza politica*, especialmente pp. 203-226. Sobre la crisis del Estado nación, parece definitivo Pierre MANENT, *La raison des nations. Réflexions sur la démocratie en Europe*. Sobre la crisis de la soberanía, cuestión conexas a la precedente, Gian Mario CAZZANIGA et Yves Charles ZARCA (dirs.), *Penser la souveraineté à l'époque moderne et contemporaine*; Luis Felipe MARTÍ, *La reinvencción de la soberanía en la globalización: Perspectivas y alcances de la soberanía del estado democrático constitucional en un mundo interdependiente*. Más específicamente, Noemí GARCÍA GESTOSO, *Soberanía y Unión Europea: algunas cuestiones críticas desde la teoría de la Constitución*; Carmen QUESADA ALCALÁ, *La Corte Penal Internacional y la soberanía estatal*; John H. JACKSON, *Soberanía, la OMC y los fundamentos cambiantes del derecho internacional*.

⁸ Una visión general de la "desorganización constitucional", con indicación de los fenómenos que han preocupado a los constitucionalistas, y que hoy constituyen una tendencia digna de nota, como la "desconstitucionalización", el "desmontaje" (Kägy), la "desvalorización" (Loewenstein), el "falseamiento" (Hauriou), la expansión de los subsistemas (Nieto), la reforma como índice de malestar y no de adaptación, el problema de la hermenéutica constitucional, etc., en Julio ALVEAR TÉLLEZ, "Síntomas contemporáneos del constitucionalismo como mitología de la Modernidad Política", pp. 85-136. Sobre la incidencia de la globalización y la pérdida del sistema de creencias en este punto, Gaetano AZZARITI, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*

que la sociedad fundada en consensos básicos o tradiciones comunes ya no existe: lo que hay es una “*disociedad*” en expansión⁹.

En este cuadro, los “derechos humanos” son una categoría histórica a través de la cual la modernidad, en sendas declaraciones abstractas, ha formulado *more geometrico* su propia doctrina de los derechos, funcional a su proyecto político. Dicha categoría viene cargada desde sus orígenes por el peso de una ideología utópica que se describe a sí misma como “emancipatoria” o “liberadora” del hombre, sea en el plano individual (origen de la actitud liberal), sea en el ámbito colectivo (matriz de la actitud socialista). En este sentido, no es lo mismo “derechos humanos”, como categoría adscrita a la modernidad política, que derechos de la persona, en cuanto conjunto de libertades y bienes que deben protegerse a cada cual según sus títulos justos, independientemente de los proyectos políticos omnicomprendidos.

De ahí la ambivalencia, ínsita al despliegue del Estado moderno a lo largo de los siglos XIX y XX, a la hora de respetar las libertades o derechos humanos “no liberales” o “no comunistas”, por parte de los respectivos regímenes. Respecto al sistema comunista, el fenómeno es conocido. El carácter “emancipador” de su utopía puede rastrearse fácilmente en los escritos fundacionales de Marx, Engels o Lenin. Lo que en parte explica el que los “derechos humanos”, aun los individuales, consagrados en las Constituciones de los países del bloque soviético (y en la actual Constitución cubana), sean en todo correlativos a la implantación de la sociedad comunista, emancipadora por definición de las ataduras de la sociedad burguesa y su superestructura¹⁰. Desde dicha lógica, y en la operativa histórica revolucionaria, poco importa violar o no los derechos humanos no vinculados a la construcción del socialismo¹¹.

Análoga constatación, aunque mucho menos divulgada, se puede realizar respecto de la ejecución del proyecto moderno en su vertiente liberal, especialmente en el siglo XIX en Europa continental e Hispanoamérica, donde las “libertades modernas” abstractas entran en lucha

⁹ Marcel DE CORTE, “De la société à la térmitière par la dissociété”, pp. 5-25. Una crítica al multiculturalismo como concepto no funcional al sistema político contemporáneo en Giovanni SARTORI, *La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*. Una crítica más de fondo, que vincula el multiculturalismo precisamente a ese sistema, Bernard DUMONT (ed.), *La guerre civile perpétuelle. Aux origines modernes de la dissociété*, pp. 23-80.

¹⁰ Sobre esta idea, François FURET, *El pasado de una ilusión. Ensayo sobre la idea comunista en el siglo XX*, pp. 87-98, 306-310, passim.

¹¹ Jean-François REVEL, *La gran mascarada. Ensayo sobre la supervivencia de la utopía socialista*, pp. 98-100 y 119-155.

contra las "libertades antiguas" concretas, o simplemente no se aplican a los opositores de la nueva utopía sedicentemente liberadora¹². Como decía Stuart Mill: a los pueblos que quieren seguir apegados a la "minoría de edad" (en su lenguaje se refiere a los pueblos no "ilustrados"), hay que aplicarles el despotismo, no la libertad¹³. Pierre Manent destaca al respecto cómo el combate anticristiano (como principio histórico) y la inmanencia junto a la duda (como principio político), han sido, en sus profundidades, el fundamento dogmático de los regímenes liberales en la Europa continental¹⁴.

Tras el relato emancipador yace la vieja mitología del milenarismo kantiano, de carácter mesiánico, de ofrecer al hombre la salida de la "minoría de edad" a fin de que sea su propio tutor en la historia. Es en *Die Religion Innerhalb der Grenzen der blossen Vernunft* dónde Kant expone de forma sistemática y explícita la sacralización del principio de inmanencia de la modernidad política, asignándole expresamente –remedando los textos bíblicos– los atributos divinos del Reino de Cristo¹⁵. Más aún, en otro escrito sostiene, de un modo que hoy nos parece risible, que hay un "plan oculto" en la "Naturaleza" para realizar la Constitución política perfecta que coincide con la felicidad terrena, prometida por la modernidad. Ese plan se identifica con una era de perfección suma, análoga a los mil años del Reino de Cristo profetizados en el Apocalipsis. Una edad de

¹² Es conocida la lucha emprendida por el liberalismo decimonónico en Europa e Hispanoamérica, con el apoyo del aparato coactivo y apoyado en el voto censitario y no popular, para centralizar el poder y ahogar las libertades asociativas, y de paso, la "libertas Ecclesiae". Desde la óptica liberal, el fenómeno es constatado por De Ruggiero: "Pocos han comprendido que tampoco frente al Estado racional y liberal la tarea crítica limitativa de la razón se agota, sino que se hace más necesaria ... Esta advertencia no siempre los liberales (¡y mucho menos los demócratas!) han sabido tenerla presente en las relaciones con la Iglesia, a la cual han pretendido negar el derecho de libre ciudadanía en el Estado. De ahí que hayamos visto a los partidarios del Estado, en nombre de los derechos de la razón y de la libertad, promover una lucha contra la Iglesia, que organizaba una fuerte defensa frente a la inmensa concentración del poder estatal, que sofocaba a la libertad y a la razón". Guido DE RUGGIERO, *Historia del liberalismo europeo*, pp. 404-405.

¹³ Al referirse a la "minoría de edad" de los pueblos no ilustrados, agrega Stuart Mill: "Todo soberano, con espíritu de progreso, está autorizado a servirse de cuantos medios le lleven a este fin, cosa que de otra manera raramente lograría. El despotismo es un modo legítimo de gobierno, cuando los gobernados están todavía por civilizar, siempre que el fin propuesto sea su progreso y que los medios se justifiquen al atender realmente este fin. La libertad, como principio, no tiene aplicación a ningún estado de cosas anterior al momento en que la especie humana se hizo capaz de mejorar sus propias condiciones, por medio de una libre y equitativa discusión". John STUART MILL, *Sobre la libertad*, p. 27.

¹⁴ Pierre MANENT, *Historia del pensamiento liberal*, pp. 13-14, 17-27, 259-261.

¹⁵ Immanuel KANT, *Die Religion Innerhalb der Grenzen der blossen Vernunft*, pp. 97-101, 125-126 y 224-225, n. 51.

oro de la humanidad en donde el hombre al fin será libre y feliz gracias al Estado y a lo que hoy llamamos “derechos humanos” (en su lenguaje, las “libertades modernas”)¹⁶.

Observa Matteucci que esta pretensión, que surca todo el trayecto de la modernidad, de querer instaurar plenamente el *regnum hominis sobre la tierra* bajo los despojos del *Regnum Christi*, se intenta lograr mediante la imposición del *inmanentismo sobre el trascendentalismo*¹⁷. Lo que recuerda la irónica crítica que en vida, Johann Georg Hamann (1730-1788), el “genio del Norte”, dirigió a Kant y a sus pretensiones políticas: el *sapere aude!* inmanentista en realidad “pertenece a la fuente del *noli admirari*”. Y no es más que un despotismo disfrazado: el de los ilustrados que prohíben pensar con los cielos abiertos y desean que todos los hombres “admitan su tutela para dirigir sus entendimientos”¹⁸.

Vistas así las cosas, ya se comprende por qué los “derechos humanos”, como categoría de la modernidad, tienen no solo aspectos positivos sino, también, dimensiones negativas.

El objetivo de este artículo es precisamente evaluar una de estas dimensiones negativas, cual es, la trasmutación de los derechos de la persona humana en unos “derechos humanos” que no son neutros, sino que están al servicio de la ideología dicha “emancipadora” del vector político de la modernidad racionalista.

Para tales efectos seguiremos el siguiente camino: en primer lugar, delimitaremos qué entendemos por modernidad política. Luego, analizaremos la categoría de los “derechos humanos” como pieza clave de la ideología “emancipadora” de dicha modernidad. Primero, en su estructura técnica de derecho subjetivo. Posteriormente, en su contenido anclado en la noción, a nuestro juicio disolvente, de libertad “negativa”.

2) *La modernidad política como maleficio*

Observa Paolo Grossi, conocido historiador del Derecho y magistrado de la Corte Constitucional italiana, que el jurista contemporáneo suele manejar un conjunto de certezas axiomáticas, aceptadas pasivamente, objeto más bien de *creencia* que de *conocimiento*. Tras ellas puede vislumbrarse el proceso típico

¹⁶ Immanuel KANT, *Idee zu einer allgemeinen Geschichte in weltbürgerlicher Absicht*, pp.3-23. Octavo principio, pp. 16-18.

¹⁷ Nicola MATTEUCCI, “Liberalismo”, p. 695.

¹⁸ Johann Georg HAMANN, *Carta a Christian Jacob Kraus* del 18 de diciembre de 1784, p. 32.

de mistificación de la modernidad política y jurídica, por la que se absolutizan nociones y principios que para la historia son relativos y discutibles¹⁹.

Como expresa el mismo autor, esta mistificación se aplica proverbialmente a los estudios de Derecho Constitucional contemporáneo que suelen presentar una oposición radical entre el Estado moderno constitucional y el *Ancien Régime*. El antagonismo, trabajado hasta la caricatura, nos presenta al primero como encarnación del poder político democrático, racional, limitado por la Constitución y los derechos humanos. El segundo, en cambio, es dibujado con los negros tintes de un poder político absoluto, arbitrario e ilimitado. La Revolución Francesa –dice la leyenda, tan trabajada por Hollywood– habría sido el rubicón que permitió dejar atrás el absolutismo monárquico y la arbitrariedad medieval y nos condujo a una era de libertad e igualdad política y social.

Desde el ángulo de la historia chilena, la caricatura ha sido desmontada con notable erudición, entre otros, por Bernardino Bravo Lira, quien distingue entre una concepción histórica de "Estado de derecho", vigente en Chile, por ejemplo, desde los inicios del período indiano, y una noción constitucionalista del mismo, apegada a los ideales ilustrados, que después de doscientos años aún no termina de cuajar²⁰.

Sobre el carácter temperado y esencialmente limitado del poder político en el paradigma medieval es conocida la advertencia de Jouvenel:

"La idea de que el poder que viene de Dios sostuvo, durante los 'tiempos oscuros', a una monarquía arbitraria e ilimitada está muy difundida. Tal representación burdamente errónea de la Edad Media está sólidamente anclada en la gente ignorante y sirve de cómodo '*terminus a quo*' para luego desplegar la historia de una evolución política hasta el '*terminus ad quem*' de la libertad. Todo esto es falso. Recordemos, sin insistir sobre ello, que el Poder medieval era compartido (con la Curia Regis), limitado (por otros poderes, autónomos en su ámbito) y que, sobre todo, no era soberano. Porque carácter esencial del Poder soberano es tener el poder normativo, ser capaz de modificar a su arbitrio las normas que presiden su propia acción, y tener finalmente un poder legislativo que se sitúa por encima de toda otra ley: *legibus solutus*, absoluto. El poder medieval, por el contrario era concebido por los pensadores medievales como sometido a la ley, obligado por ella e incapaz de cambiarla autoritariamente. La ley es para él algo dado"²¹.

¹⁹ Paolo GROSSI, *Mitología jurídica de la Modernidad*, pp. 15-16.

²⁰ Bernardino BRAVO, *El Estado de Derecho en la historia de Chile*, pp. 9-60 y 343-364; Bernardino BRAVO, *Constitución y Reconstitución. Historia del Estado en Iberoamérica 1511-2009*, pp. 148-322.

²¹ Bertrand de JOUVENEL, *El Poder. Historia natural de su crecimiento*, pp. 76-77. Sobre la noción medieval del poder sujeto a derecho, Paolo GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*;

En consecuencia, la idea tan divulgada de que fueron “tiempos oscuros” los que políticamente precedieron a la Revolución Francesa (que a su vez sirve de legitimación a-crítica al constitucionalismo moderno a modo de falacia del *muñeco de paja* (*straw man*), necesita ser relativizada. Sustancialmente no se apoya en hechos históricos, sino en la narrativa mítica, primero republicana, y posteriormente marxista, que la manualística ha divulgado sin ninguna reserva crítica.

Por todos, Guido de Ruggiero, en su *Historia del liberalismo europeo*, de indiscutible orientación liberal, reconoce en lo esencial la falencia de este género de afirmaciones:

“En Francia la libertad es antigua; el despotismo reciente. Estas palabras de madame de Stael no carecen de realidad histórica. La libertad es más antigua que el absolutismo de la monarquía moderna. Tiene aquélla su raíz en la sociedad feudal, en la cual se ofrece fraccionada y casi esparcida en infinidad de libertades particulares, cercada cada una en forma tal, que queda como oculta, pero a la vez protegida. A esta libertad nosotros la conocemos bajo el nombre de ‘privilegio’. La aristocracia feudal, las comunidades urbanas y rurales, las corporaciones profesionales, constituyen grupos privilegiados, es decir, libres, dentro de su propia esfera”²².

A este respecto es necesario relativizar algo más el lugar común. Desde el ángulo de la historia del poder político, la Revolución Francesa –y el Estado que nace a partir de él– en realidad no se opone sino que se hermana con la monarquía absoluta. Jouvenel ha sido quien más ha insistido en esta idea de continuidad entre la querencia moderna por el poder concentrado y las tendencias centrípetas de la monarquía que le precedió:

“La Revolución Francesa no fue seguida de un desmembramiento del Poder. Por el contrario, los poderes sociales que representaban para él un obstáculo desaparecieron en el cataclismo. El poder religioso, que le imponía unas normas de conducta, también sufrió un inmenso debilitamiento. El conjunto de derechos y de medios que lo constituían no se disolvió, sino que simplemente pasó a otras manos. Lo que suele llamarse el advenimiento de la democracia no es en realidad otra cosa que el traspaso del Poder constituido a nuevos titulares. Puesto que este traspaso o esta conquista han ido acompañados de una destrucción o retroceso de

Michel SENELLART, *Les arts de gouverner. Du “Regimen” medieval au concept de gouvernement*; Frederick D. WILHELMSSEN, *Christianity and Political Philosophy*; Robert Warrend CARLYLE y Alexander James CARLYLE, *A History of Medieval Political Theory in the West*; que debe ser completado con FRANCISCO ELÍAS DE TEJADA, *El Estado de derecho en el pensamiento germánico y en la tradición de las Españas*, pp. 23-40.

²² RUGGIERO, *op. cit.*, p. 1.

las fuerzas que se oponían al 'imperium', el Poder se encontró más solo en la sociedad y por ello más poderoso... La Revolución Francesa fue simplemente una brutal liquidación de los obstáculos que a finales del siglo XVIII se habían acumulado en su camino y obstruían su avance"²³.

Uno de los más relevantes historiadores de la Revolución Francesa en el siglo XX, François Furet, ha destacado también esta tesis. En su *Penser la Révolution française* sostiene que la Revolución aceleró lo iniciado por la monarquía absoluta, vale decir, la edificación de un Estado centralizado y burocrático que, al destruir los contrapoderes naturales y religiosos, hizo nacer un espacio colectivo definido como igualitario y libertario, del que es su patrón²⁴. La Revolución destruyó los contrapoderes asociativos, límites extrínsecos al poder del gobernante, por lo que después de ella fue fácil construir el genuino poder *absoluto*, desligado, del Estado moderno.

En este sentido, hay que reiterar que la libertad política, como realidad social, que los modernos atribuyen a la Revolución Francesa, fue vivida por los tiempos antiguos. Y también por el *Ancien Régime* en la medida que aún pervivían en él –a contracorriente– las tradiciones medievales. La obra de la Revolución tiene, desde esta perspectiva, un sentido inverso: la de destruir la comunidad política de las libertades orgánicas y concretas para sustituirla por un organismo estatal, centralizado y omnipresente, que se atribuye la representación popular abstracta²⁵. Representación entregada en los sistemas liberales a oligarquías partidistas con influencia directa del poder plutocrático.

La continuidad entre *Ancien Régime* y Estado moderno supuso entonces una gran destrucción, una suerte de "daño colateral" de abismantes dimensiones. En lo que tenía de moderno –tendencia a la concentración– la estructura antigua del poder político se mantuvo y se radicalizó. Y todo lo que podía ser obstáculo a la consolidación y futura expansión del poder estatal fue arrumbado a partir del gran cataclismo revolucionario.

²³ JOUVENEL, *El Poder...*, *op. cit.*, pp. 317-318, 299. El autor precisa: "La "sala de máquinas" creada por la monarquía no ha hecho más que perfeccionarse (en el Estado moderno); sus palancas materiales y morales son capaces de penetrar progresivamente en el interior de la sociedad y de apoderarse de los recursos humanos de un modo cada vez más irresistible". *Op. cit.*, p. 57. Posteriormente, analiza la concepción del poder político en la monarquía absoluta, subrayando los contrapesos y poderes históricos que contenían la expansión del poder, lo que fue eliminado por la Revolución. *Op. cit.*, pp. 299-303.

²⁴ François FURET, *Pensar la Revolución Francesa*, pp. 26-27 y 29, en aguda reflexión sobre *El Antiguo Régimen y la Revolución* de Tocqueville.

²⁵ Bertrand DE JOUVENEL, *Los orígenes del Estado moderno. Historia de las ideas políticas del siglo XIX*, p. 239.

La destrucción fue realizada en el nombre de diversos conceptos abstractos que atizaban las teorías políticas y jurídicas de los *philosophes* y de los más representativos pensadores del iusnaturalismo racionalista. Entre dichos conceptos tuvo un lugar privilegiado el de los “derechos del hombre”. Pero en la intención de los revolucionarios dichos conceptos no eran más que los conductos hacia el poder soberano y absoluto. Al respecto, Hannah Arendt observa:

“cuando los hombres de la Revolución Francesa decían que todo el poder reside en el pueblo, entendían por poder una fuerza ‘natural’ cuya fuente y origen estaban situados fuera de la esfera de la política, una fuerza que había sido liberada en toda su violencia por la revolución y que había barrido, como un huracán, todas las instituciones del Ancien Régime”²⁶.

La sensación de partir de cero, del vacío, porque todo arraigo comunitario (por esencia popular, participativo y asociativo) debía ser arrasado, sentimiento connatural a la sensibilidad revolucionaria, fue una imposición necesaria en el nombre de los “derechos humanos”. El Estado moderno no podría sobrevivir sobre un tejido social más amplio, más antiguo, de vasta pluralidad, con prerrogativas no concedidas por él. Lo político debía equipararse a lo público y lo público al nuevo Estado. Émile Durkheim constata esta sensación de vacío. A partir de entonces sólo el individuo queda frente al Leviatán:

“Como al mismo tiempo fue violentamente destruido lo que existía de organización asociativa, todos los órganos secundarios de la vida social quedaron aniquilados. Sólo una fuerza colectiva sobrevivió a la tormenta: el Estado. El tendió, por la fuerza de las cosas, a absorber en sí todas las formas de actividad que podían representar un carácter social y ya no tuvo enfrente más que una acumulación inconsistente de individuos”²⁷.

Dicho Estado fue la figura dominante de la política durante los siglos XIX y XX, hasta la caída del comunismo. Durante el transcurso de casi dos

²⁶ Hannah ARENDT, *Sobre la Revolución*, p. 187.

²⁷ Émile DURKHEIM, *El suicidio*, p. 437. Pierre-Louis Roederer (1754-1835), hombre de la Revolución, seguidor de Napoleón, testigo y cronista del golpe de Brumario, en su *L'Esprit de la Révolution de 1789* (París, 1831) testifica el vacío, la inseguridad y el horror al que condujo la Revolución en su fase cruenta: “Fue un temor profundo y constante de la muerte, de la tortura, de la ignominia. Fue una verdadera enfermedad en la que lo moral y lo físico actuaban continuamente lo uno sobre lo otro: un estado de excepción que dejó en suspenso el uso de la razón, que llegó casi a causar su extravío. El terror hizo que cada uno se encerrase en sí mismo, dejó sin efecto cualquier interés que no fuese la propia conservación”. Citado por JOUVENEL, *Los orígenes...*, *op. cit.*, p. 106.

siglos, la ideología moderna quiso construir con él, aunque en un proceso paulatino, lo que Talmon denominó la "democracia totalitaria", lo que metodológicamente supone la aplicación en distintas versiones del viejo ideal ilustrado de postular esquemas de realidades abstractas, omnicomprendivas, preordenadas y por definición armoniosas y liberadoras, hacia las cuales los individuos atomizados son llevados irremisiblemente y a las cuales están obligados a llegar²⁸.

En este punto, los derechos humanos como categoría ideológica jugaron histórica y conceptualmente un papel esencial. Es lo que precisaremos a continuación.

3) *Un paradigma para delimitar el significado de la modernidad política: la Declaración de los derechos del hombre de 1789 y los derechos no neutrales*

La declaración francesa de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789, a pesar de ser un texto inacabado y pronto sustituido por otras declaraciones, estableció el espacio normativo dentro del cual debía moverse el Estado, ese Leviatán que pretendió concentrar en sus manos todo el poder político, jurídico y simbólico-nacional. Históricamente, no se trata de "derechos humanos" *neutros*, sino de derechos *de y para* el Estado total y el "hombre nuevo". De ahí que hoy sea posible hablar de "revolución de los derechos humanos" o, más propiamente, de *ideología revolucionaria* insita a la formulación *moderna* de los derechos del hombre.

Los estudios contemporáneos sobre la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, del 20 de agosto de 1789, convienen en señalar su carácter *ideológico*, o si se quiere, sus manifiestas raíces filosóficas ancladas en los ideales del racionalismo instrumental de la Ilustración, de tal manera que no es posible hacer una lectura de ella –al menos a nivel científico– sin remitirse a una crítica de la doctrina que la moldea. De especial relevancia son las investigaciones que se fundan en los proyectos y debates de la Asamblea Constituyente que dieron origen a la Declaración de 1789²⁹.

²⁸ Jacob Leiv TALMON, *Los orígenes de la democracia totalitaria*, pp. 2-3.

²⁹ La obra clásica de referencia es la de Émile WALCH, *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et l'Assemblée constituante. Travaux préparatoires*, y la de Vincent MARCAGGI, *Les Origines de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, pero han sido ampliamente superadas con el paso del tiempo. De la bibliografía francesa contemporánea son de destacar cuatro obras: Antoine DE BAECQUE, Wolfgang SCHMALE, Michel VOVILLE,

Los “derechos del hombre” de la Declaración de 1789 fueron concebidos con un carácter nítidamente utópico: como las nuevas Tablas de la Ley, como el *Catecismo nacional*, según quería Barnave, síntesis no del todo explícito del ideal mesiánico de la modernidad: laicista, racionalista-geométrico, individualista y democrático-totalitario. En este sentido, la Declaración no tuvo como objeto fundamental, como se lee en los manuales de Derecho Constitucional al uso, el proclamar los derechos naturales del hombre, a fin de proscribir para siempre la arbitrariedad política y el abuso jurídico. Fue mucho más allá del discernimiento de las contingencias históricas de la extensión del poder político y de su deseo de limitarlo. Ella tuvo como meta el desplegar bajo el lenguaje de unos derechos subjetivos abstractos la nueva ideología política, que debía ser aceptada por todos, bajo pena de ser excluido de la sociedad³⁰. Una ideología articulada sobre el principio abstracto de la libertad e igualdad, que tiene consciencia de que su aplicación mecánica violará los derechos y libertades concretas, realmente existentes, del orden histórico vigente.

L'An I des droits de l'homme”, que estudia tanto los debates de la Asamblea Constituyente como las distintos proyectos de declaraciones presentados; Stéphane RIALS, *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, con interesantes apreciaciones sobre el sentido revolucionario del documento; Christine FAURÉ, *Les Déclarations des droits de l'homme et du citoyen*, con un carácter más divulgativo; y Marcel GAUCHET, *La Révolution des Droits de l'Homme*, que plasma en profundidad la filosofía y las contradicciones subyacentes a las declaraciones, desde la de 1789, hasta la contenida en la Constitución del 5 del Fructidor del Año III (22 de agosto de 1795). En lengua española puede verse Jesús GONZÁLEZ AMUCHÁSTEGUI (ed.), *“Orígenes de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano”*, que más bien tiene un carácter de antología. En los *Archives Parlementaires*, (1ère série, 1787-1799), que actualmente lleva el *Institut de la Révolution française*, Paris I, y que admiten consulta vía internet, se encuentran hasta el año 1794 los debates parlamentarios de las Asambleas revolucionarias, los decretos adoptados, los reportes oficiales recibidos de las autoridades locales o de los representantes en funciones, las peticiones dirigidas a los legisladores por las autoridades revolucionarias y las “sociedades populares, etc. Los vols. 1-7 está dedicados a los Estados Generales; los vols. 8-33 a la Asamblea Nacional Constituyente; los vols. 34-51 a la Asamblea Nacional Legislativa ; los vols. 52-101 a la Convención Nacional (hasta el 20 de noviembre de 1794). Los procesos verbales de las Asambleas (Constituyente, Legislativa, Convención, Consejo de los Quinientos, Consejo de Ancianos) fueron publicados en su época de forma condensada, pero hoy se les conoce en detalle en edición disponible de Georges LEFEBVRE, Marcel REINHARD y Marc BOULOISEAU (dir.), *Procès-verbaux des séances de la Convention nationale. Table analytique préparée par l'Institut d'histoire de la Révolution française, sous la direction de Georges Lefebvre, Marcel Reinhard et Marc Bouloiseau*.

³⁰ Un análisis del uso político opresor de la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789, a partir del estudio directo de la legislación revolucionaria, Julio ALVEAR TÉLLEZ, “La Revolución Francesa: el legado de descristianización y de violación de los derechos fundamentales”, pp. 255-287.

Lo anterior hace comprender por qué Robespierre, uno de los representantes más agudos del terror revolucionario, sostuvo que la Revolución Francesa es "la primera revolución fundada sobre los derechos humanos"³¹. Gauchet observa que este sentimiento de Robespierre amerita ser tomado en serio, porque:

*"La radicalidad de esta experiencia de fundación obliga a volver a mirar estos derechos que se han formado de otra manera a como nosotros estamos acostumbrados a considerarlos. Ello pone al desnudo, junto a las garantías que prometen a las personas, la exigencia de recomposición del espacio colectivo que constituye su verdad profunda"*³².

En este punto, una pregunta se mantiene abierta, aunque Gauchet sugiere la respuesta al destacar que el contenido revolucionario de la Declaración es su "verdad profunda". La interrogante es la siguiente: ¿Cómo armonizar las libertades modernas proclamadas por la Declaración con la sistemática represión, por parte de sus impulsores, de la libertad, la seguridad, los bienes y la vida de quienes se les oponían (en su mayoría el pueblo), documentada recientemente en *Le Livre Noir de la Révolution Française*?³³. Cómo comprender el simbolismo de una declaración que llegó a ser empastada en piel humana, bajo los consejos explícitos de Saint Just, uno de sus propulsores³⁴.

³¹ Maximilien ROBESPIERRE, *Oeuvres complètes*, p. 544.

³² GAUCHET, *La Révolution...*, *op. cit.*, p. IV

³³ Renaud ESCANDE (dir.), *Le Livre noir de la Révolution Française*. Son cuarenta y siete historiadores los que colaboran en esta obra, varios de ellos honrados con un sillón en la Academia Francesa.

Sobre los crímenes y los métodos de exterminio de la Revolución, así como su encubrimiento bajo el velo de la libertad, existe una amplísima bibliografía en lengua francesa e inglesa. Algunas obras de referencia: René SEDILLOT, *Le Coût de la Révolution Française*; Reynald SECHER, *La Chapelle-Basse-Mer, village vendéen: révolution et contre-révolution*; Reynald SECHER, *Le Génocide franco-français: la Vendée Vengé*; Jacques SOLÉ, *La Révolution en questions*; Jean-Clement MARTIN, *Violence et Révolution - Essai sur la naissance d'un mythe national*; Jean-Clement MARTIN, *Blancs et Bleus dans la Vendée déchirée*; John Hall STEWART, *A Documentary Survey of the French Revolution*; Donald G. SUTHERLAND, *France 1789-1815: Revolution and Counter-Revolution*; Hugh GOUGH, "Genocide and the Bicentenary: The French Revolution and the Revenge of the Vendée", pp. 977-988; Robert Roswell PALMER, *Twelve who Ruled: The Year of the Terror in the French Revolution*; Richard WRIGLEY, *The Politics of Appearances: Representations of Dress in Revolutionary France*; Caroline WEBER, *Terror and Its Discontents: Suspect Words in Revolutionary France*; Edward J. WOELL, *Small-town Martyrs and Murderers: Religious Revolution and Counterrevolution in Western France, 1774-1914*.

³⁴ Sobre el significado simbólico y político de la Declaración, Julio ALVEAR TÉLLEZ, "Contra-razones de la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789 ante la génesis del constitucionalismo moderno", pp. 497-523.

Se ha discutido mucho acerca de esta incongruencia. La posición más cómoda es la de considerar sin ulterior crítica los derechos proclamados por la Revolución como “conquista de la humanidad”³⁵. Bajo el parapeto del carácter universal y abstracto de la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano, normalmente se elude la problemática de su historia singular, mirándose como algo meramente accidental la violación sistemática y concreta de los derechos garantizados en ella³⁶.

Pero lo cierto es que la interrogante por la violación concreta de las libertades en los días revolucionarios se traslada a su propio diseño conceptual abstracto, y plantea el siguiente problema: ¿dicha transgresión fue una mera inconsecuencia de la Revolución o el significado *moderno* de aquellas libertades exigía su *imposición* absolutista? Si es así, ¿cuál es ese significado *moderno*? ¿Cuál es la razón última de la imposición? ¿Puramente *política*, vale decir, de estrategia revolucionaria, o también *filosófica*, esto es, por imperativo de una profunda lógica doctrinaria?

Creemos que la mejor respuesta a estas interrogantes deben ser dadas desde esta última perspectiva. Porque la modernidad política fue un proyecto radical desde sus orígenes, y sus principales tesis doctrinarias orientaban de consuno el ímpetu revolucionario de destrucción de espacios, personas y lugares, y de construcción “emancipadora” de un hombre nuevo y un Estado nuevo. Ímpetu no siempre cuajado, pero que ensayó su realización en Francia, y después, por reflejo, y a su modo, en el resto de Europa continental y en la América Hispana. La tensión entre poder estatal total e individualismo disolvente, las dos muletas del espacio po-

³⁵ Se trata de una conquista muy particular, porque más allá del mito de que la Revolución Francesa fue realizada por el “pueblo”, lo cierto es que las armas revolucionarias fueron dirigidas contra gran parte del pueblo que no quería ser el “pueblo” del sistema político moderno. Sobre el uso de las armas revolucionarias, Richard COBB, *Les armées révolutionnaires. Instrument de la Terreur dans les départements*; Georges CARROT, *La Garde nationale, 1789-1871: une force publique ambiguë*. Sobre el terror revolucionario hasta el período napoleónico inclusive, Gwynne LEWIS y Colin LUCAS (eds.), *Beyond the Terror. 1794-1815*.

³⁶ Por todos, fue la conocida estrategia del primer Del Vecchio en su defensa de la Declaración francesa de los derechos del hombre y del ciudadano: “La necesidad de separar el peculiar significado de la Declaración de las complejas vicisitudes históricas de las cuales ésta surge, solo se fue advirtiendo con el progreso de los tiempos, cuando el historiador y el filósofo se vieron colocados, por el cambio de las circunstancias, en condiciones de suficiente objetividad. Esta, sin embargo, se halla lejos de ser completa; tanto, que aún vemos con bastante frecuencia saltar por encima de aquella separación a quienes (y son los más), dispuestos a combatir el espíritu metafísico de la Declaración, pretenden valerse de la anarquía que siguió a aquella, como un argumento eficaz de la tesis que mantienen”. Georgio DEL VECCHIO, *Los derechos del hombre y el contrato social*, pp. 51-52. El célebre jurista, como se sabe, cambiaría posteriormente su postura.

lítico creado por la modernidad desde la Revolución, marcarán la vida política hasta los días de hoy³⁷.

4) *Los "derechos subjetivos" como técnica emancipatoria*

Para la formulación de los derechos del hombre, sea en las declaraciones históricas, sea en las declaraciones contemporáneas, se dio preferencia a la técnica de los derechos subjetivos. Desde la senda abierta por Michel Villey³⁸, son innumerables los estudios actuales dedicados a la génesis del derecho subjetivo y a su significado para la modernidad jurídica, especialmente desde las perspectivas histórica y filosófico-jurídica³⁹.

Se discute si los derechos subjetivos fueron conocidos en el Derecho Romano, en el germánico o en el medieval, y en este último supuesto, si fueron realmente utilizados en la práctica jurídica. Todo indica que no. De cualquier forma, dicha técnica ha sido abundantemente utilizada en

³⁷ Las principales tesis de la modernidad política, marcadas por esta tensión, en Danilo CASTELLANO, *De Cristiana Republica. Carlo Francesco D'Agostino e il problema politico (italiano)*, pp. 67-71.

³⁸ Son clásicos los estudios de Michel VILLEY, especialmente *La formation de la pensée juridique moderne*; Michel VILLEY, *Philosophie du droit. Définition et fins du droit; Les moyens de droit*; Michel VILLEY, *Le droit et les droits de l'homme*; Michel VILLEY, *Critique de la pensée juridique moderne*. En español, Alejandro Guzmán Brito ha reunido en una sola obra las investigaciones más relevantes del jurista francés en Michel VILLEY, *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*.

³⁹ Al respecto es de destacar la obra colectiva Francisco CARPINTERO *et al.*, *El derecho subjetivo en su historia*, que siguiendo las tesis de Michel Villey y Alvaro D'Ors, profundiza los orígenes modernos del derecho subjetivo desde la perspectiva de la historia del pensamiento. Es de relevancia el estudio de Francisco CARPINTERO, "El desarrollo de la idea de libertad personal en la Escolástica", pp. 35-288, donde rastrea la génesis de la noción de derecho subjetivo en Duns Escoto y Guillermo de Ockham, en los doctores nominalistas franceses del siglo XIV (Gabriel Biel, Conrado de Summenhart, Jacobo Almain, Juan Gerson y Juan Mayr), así como su repercusión en la escolástica española, particularmente en Francisco Suárez, Gabriel Vázquez y Luis de Molina. El proceso concluye en suelo protestante, donde el concepto de derecho subjetivo adopta su fisonomía definitiva (Grocio, Pufendorf y Locke). Asimismo, José Justo MEGÍAS, "El subjetivismo jurídico y el derecho subjetivo en los textos romanos", pp. 17-34 evalúa los aportes de los romanistas contemporáneos (Villey, D'Ors, Monnier, Pugliese, Gioffredi, Bretone, Domingo, Robleda, Kaser, etc.) para descartar el derecho subjetivo como categoría dogmática del derecho romano. Manuel Jesús RODRÍGUEZ PUERTO, "Jus commune y derechos subjetivos en el siglo XVI", pp. 289-344 aborda la trayectoria del concepto en la civilística europea del humanismo jurídico mientras en "Propiedad e individuo en la Modernidad", pp. 345-387 estudia su reelaboración iusnaturalista y racionalista centrándose en las construcciones sistemáticas de Grocio, Pufendorf y Locke, a propósito de la noción de propiedad, que conducen al iusnaturalismo ilustrado kantiano.

la época moderna, y es tan útil como las precedentes, como constata Diez Picazo, para proteger los bienes de la persona humana⁴⁰.

Cuando a los derechos subjetivos se les enmarca en el dinamismo “emancipatorio” de la modernidad política cobran un valor interpretativo que supera en mucho su utilidad técnico-jurídica, tan clara cuando se limita al derecho civil, comercial o procesal.

Miguel Ayuso sostiene que en razón de los complejos supuestos en función de los cuales se gestó, desarrolló y consolidó la idea de derecho subjetivo (individualismo, subjetivismo, iusnaturalismo racionalista y liberalismo), los derechos humanos que se formulan en dicha sede poseen un alcance ético, político, ideológico e, incluso, mítico y simbólico, que va mucho más allá de su contenido dogmático jurídico específico. El autor precisa al respecto que “escindir la noción de derechos del hombre de la categoría del derecho subjetivo resulta tarea imposible”. Aquellos no sólo cargan con los condicionamientos conceptuales de éste, sino que son su fruto más característico en el orden político⁴¹.

Es así como en el ámbito filosófico-jurídico, el concepto de derecho subjetivo representa, en la plenitud de su significación moderna, la tendencia universal a la regresión desde lo objetivo hacia lo subjetivo, como afirma Lachance. El derecho, que debiera decir relación con el orden de lo justo, *se confunde con las prerrogativas de la persona, con el poder –que emana de su calidad de ser libre– de explotarlas* de acuerdo con la propia subjetividad⁴². La noción pasa a designar, como observa Carpintero, las facultades inherentes a los individuos, que se poseen de manera innata y anterior a todo orden previo⁴³.

Para Vallet de Goytisoló, el gran problema del derecho subjetivo radica en su aislamiento de la noción de justicia. Analizando con particular atención sus distintas teorizaciones en los siglos XIX y XX, cultivadas tanto por iusprivatistas como por iuspublicistas, llega a la conclusión de que es una pieza que sirve para desarrollar, dentro de la dialéctica Estado-individuo, ora la sujeción del segundo al primero, por la vía de la inviolabilidad del pacto social que él ha creado; ora la sujeción inversa, por el

⁴⁰ Luis DIEZ PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, pp. 34-35.

⁴¹ Miguel AYUSO, *La Cabeza de la Gorgona. De la “Hybris” del poder al totalitarismo moderno*, p. 90. Sobre los alcances ideológicos y ético-simbólicos de la noción de derechos humanos, en su vinculación con el derecho subjetivo, Gregorio ROBLES, “Análisis crítico de los supuestos teóricos y del valor político de los derechos humanos”, pp. 480-495; Juan VALLET DE GOYTISOLO, “El hombre, sujeto de la liberación. Referencia a los denominados “derechos humanos”, pp. 335-352.

⁴² Louis LACHANCE, *Le droit et les droits de l’homme*, op. cit., p. 148.

⁴³ FRANCISCO CARPINTERO, *Historia del Derecho Natural. Un ensayo*, pp. 141-144. La aguda glosa es de José Miguel GAMBRA, “La notion classique de dignité et les droits de l’homme”, p. 31.

camino de su proclamada intangibilidad⁴⁴. Se trata de un concepto de lo jurídico que, en cualquier caso, se puede desligar, cuando así lo precisa, del orden de las cosas, de los datos de la realidad sobre los cuales debiera articularse el arte del derecho⁴⁵.

Los elementos jurídicos esenciales de la noción de derecho subjetivo son de particular relevancia para la comprensión del carácter ideológico de los derechos humanos:

- i) Si en la concepción antigua, el *ius* era la cosa justa proporcionada a las personas, en la concepción moderna es el poder o facultad que se tiene sobre algo. En otras palabras, es la ventaja que se puede sacar sobre los objetos. El deber se transforma en libertad y el derecho se convierte en una máquina para servir al liberalismo individualista⁴⁶.
- ii) Si el derecho es un producto del poder individual, el bien común deja de existir y se transforma en el espacio colectivo donde el *ius* pierde su contextura para disgregarse en poderes fragmentarios en continua puja por lo suyo. El derecho, como dice Villey, se desplaza hacia una "infinitad de derechos usurpados por el interés de los particulares".
- iii) Si la medida del derecho es la subjetividad, el interés personal o el espacio de la libertad individual (términos que para estos efectos devienen en equivalentes, pues remiten a una misma *potestas* de beneficio propio), no tiene sentido hablar de un fundamento trascendente de los derechos⁴⁷.
- iv) La categoría actual de los derechos subjetivos está condicionada por el normativismo positivista. Los derechos sólo se reconocen

⁴⁴ Estanislao CANTERO, *El concepto de derecho en la doctrina española (1919-1998)*. *La originalidad de Juan Vallet de Goytisolo*, pp. 570-571, con abundantes citas de Vallet.

⁴⁵ Sobre el arte del derecho en Vallet, *op. cit.*, pp. 565-569.

⁴⁶ Michel VILLEY, "La genèse du droit subjectif chez Guillaume d'Occam", p. 97. Saldaña glosa certeramente esta idea: "Ya no es más el derecho como cosa justa, sino la ventaja que tiene el individuo sobre la res iusta. Lo que trae como consecuencia un nuevo derecho propio del mundo liberal, de corte más bien individualista y personalista. Este derecho se traduce en la libertad del individuo, una libertad plena e íntegra, convirtiendo el deber o deberes sociales (concepción antigua del derecho) en la libertad o poder atribuido al individuo... El derecho es visto como un interés particular en beneficio individual y en perjuicio del bien común... buscando asegurar al individuo las condiciones de una vida libre y plenamente individual, asegurándole, tanto como sea posible, las libertades y los poderes a los que el individuo aspira". Javier SALDAÑA, "Críticas en torno del derecho subjetivo como concepto de los derechos humanos", pp. 699-700.

⁴⁷ La idea es de Javier Saldaña, aunque contaminada, a nuestro juicio, por el intento de salvar la teoría de los derechos humanos de sus condicionamientos estrictamente modernos, para lo cual propone desligarla de la categoría de los derechos subjetivos, lo que no parece congruente. SALDAÑA, *op. cit.*, pp. 700-702.

si hay una fuente que determine su existencia y contenido, y esa fuente en el mundo moderno es la norma jurídico-positiva de raigambre estatal⁴⁸.

De lo anterior queda claro cómo el derecho subjetivo no puede ser reducido a su pura significación técnico-jurídica de *potestas* personal, sobre todo desde la lectura de los “derechos humanos”.

En este punto, Guzmán Brito sugiere que, si bien la primera noción de derecho subjetivo como *potestas o facultas* habría aparecido en los canonistas del siglo XII, la técnica pronto se subordinó a la ideología: Ockham y sus sucesores le dieron un significado cada vez más subjetivista, hasta llegar a la escuela de Wolf, que culmina con la concepción kantiana de sujeto, como sustancia pensante o yo consciente, sin vínculos con lo justo. Una noción de derecho-facultad típicamente moderna, que depende de la conciencia intramental del titular ante la “objetividad” de la ley universal⁴⁹.

El valor simbólico de los derechos subjetivos como técnica adosada a los derechos humanos radica, en definitiva, en mitificar una poderosa y sugerente imagen: la de la emancipación del individuo de toda norma, bien o deuda no creada por el consentimiento real o supuesto. Así le damos la ilusión de que es “libre” (con ese retazo de libertad que los clásicos llamaban *libertas a coactione*), aunque sepamos que el derecho vive de relaciones y deberes concretos, algunos de ellos fundados en hechos o realidades objetivas. De cualquier forma, el instrumento del derecho subjetivo permite al lenguaje de los derechos humanos proclamar en abstracto espacios declamatorios cada vez más amplios para la *libertas a coactione*. Su correlato con realidades previas es secundario o prescindible, como hoy sucede, por ejemplo, con los llamados derechos sexuales.

Sobre esto último, anota Vicente Verdú:

“Antes se decía la verdad os hará libres, pero en estos tiempos se ha visto que ella ata. Habitamos un reino donde convalidada la verdad con la falsificación, la especulación pasa a ser un natural modo de vida. El sexo ahora se transforma en género. Antes se hablaba de sexo masculino y de sexo femenino como polos de definición. Hoy bajo el reino del género pueden entrar todos los grados y mixturas hasta parecer de poco gusto caracterizar a alguien de hombre/hombre y mujer/mujer. El título se crea imaginativamente sin que exista una realidad anterior. Todos seríamos

⁴⁸ SALDAÑA, *op. cit.*, pp. 694-697 y 702, quien remite a Rolando TAMAYO, *El Derecho y la ciencia del derecho*, p. 69.

⁴⁹ Alejandro GUZMÁN BRITO, “Los orígenes de la noción de sujeto de derecho”, pp. 151-247; Alejandro GUZMÁN BRITO, “Historia de la denominación del derecho-facultad como “subjetivo”, pp. 407-443.

fusiones, creaciones culturales, construcciones permeables, propensas a la mixtura y a la transfiguración"⁵⁰.

Este subjetivismo que se desvincula de la realidad para los efectos de la exigibilidad jurídica, y convierte la voluntad propia en padrón exclusivo del derecho, también se extiende hoy al ejercicio de ciertos derechos económicos en el ámbito financiero. Lo sugiere Verdú:

"No hay un patrón fijo que presida el intercambio, como tampoco hay canon en la moda o en el sexo. Mas bien el capital, desligado de sí mismo, hace y deshace los modelos generales a lo largo y ancho del mundo mediante intercambios volubles que promueven una especulación liberada, desatada y fácilmente dirigida al crash en un momento cualquiera, impredecible y de dimensiones imposibles de calcular. El dinero actúa pero no está concretamente en ninguna parte. Hace tiempo que ha llegado a esta conversión de su materialidad en un valor signo y del valor signo ha saltado hacia el valor estructural"⁵¹.

5) *El contenido ideológico de los "derechos humanos"*

La constatación precedente sobre la funcionalidad de los derechos subjetivos como instrumento apropiado para resaltar el subjetivismo y el inmanentismo de los "derechos humanos" es uno de los caminos más claros y directos para identificar el contenido ideológico de éstos, encubierto bajo el velo de un lenguaje relativamente neutral. Sin embargo, para encuadrar dicho contenido en su justa medida, hay que formular algunas salvedades previas.

Las declaraciones modernas reconocen –como antiguamente lo hacían los fueros y estatutos particulares, aunque ahora en abstracto– bienes personales o asociativos (consagrados como derechos subjetivos o libertades básicas frente al poder estatal) o exigencias de bien común (garantizadas como derechos sociales y congéneres). Es decir, materialmente estas declaraciones amparan espacios jurídicos para desenvolver legítimos derechos de la persona humana sin interferencias del Estado, y promociones públicas de cotas de bienestar, expresiones positivizadas de "derechos" antiguamente considerados como "naturales".

El problema radica en la *raíz doctrinaria* que sustenta estas libertades en las declaraciones modernas, en virtud de la cual su fundamento y su

⁵⁰ Vicente VERDÚ, *El capitalismo funeral*, pp. 32-33.

⁵¹ *Op. cit.*, pp. 40-41.

fin –y a veces su objeto inmediato– quedan vinculados a un concepto ideológico de libertad, y a su consecuente manipulación política.

Porque junto a una lectura positiva, las declaraciones modernas, *v.gr.*, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y sus instrumentos complementarios, admiten usualmente una lectura o perspectiva que los modernos llaman descriptivamente como “liberadora” o “emancipadora”, en cuanto corresponde a su génesis ideológica y a sus orientaciones políticas últimas⁵². Esta “liberación” es, en realidad, un equívoco, y en su actual desenvolvimiento equivale a la imposición de un único modelo de libertad, la “libertad negativa” –que precisaremos–, signada por un voluntarismo que se dispone a licuar todo lo estable⁵³.

En este cuadro, las relaciones entre el elemento positivo y negativo no son pacíficas en el quehacer contemporáneo de los derechos humanos. El elemento positivo suele terminar depreciado (ej., derecho a la vida), tergiversado en su sentido (ej. libertad de expresión) o alcances (ej. propiedad privada), o simplemente es expulsados del contenido de los derechos humanos (ej. el derecho de los padres a la educación cristiana de sus hijos), por la dinámica propia del concepto negativo de libertad.

A la ambivalencia en el significado global de la teoría de los derechos del hombre se suma lo que anota otro jurista italiano y es que los derechos humanos han venido a reemplazar, en el conjunto de los Estados modernos, la función que otrora ocupaba el “derecho natural”, no obstante la carencia de consensos básicos en torno a su naturaleza y fundamentos⁵⁴, lo que los deja fácilmente sometidos a la manipulación política, a costa de su universalidad, o incluso a una idolatría sin sentido, propia de una religión laica⁵⁵. La idolatría de los derechos humanos ha sido recientemente analizada por Claude Polin⁵⁶.

⁵² En el medio chileno, uno de los divulgadores más agudos e influyentes del tópico de los derechos humanos como conquista de la modernidad en clave de emancipación y liberación ha sido Bobbio, cuya obra más acabada en este punto es Norberto BOBBIO, *El tiempo de los derechos*, pp. 97-113 y 131-157.

⁵³ Un agudo análisis de la naturaleza “licuefactora” de la “emancipación” moderna, Zygmunt BAUMAN, *Modernidad líquida*, pp. 7-97. La crítica jurídica al concepto de libertad negativa, Danilo CASTELLANO, *La razionalità della politica*, pp. 25-44, y Danilo CASTELLANO, *Racionalismo y derechos humanos. Sobre la anti-filosofía político-jurídica de la “modernidad”*, pp. 25-29. La “estrategia del vacío” que encubre esta noción de libertad, Gilles LIPOVETSKY, *La era del vacío*, pp. 49-78.

⁵⁴ Pietro Giuseppe GRASSO, *El problema del constitucionalismo después del Estado moderno*, pp. 20-26.

⁵⁵ Al referirse a la conversión de los derechos humanos en artículos de fe de la cultura laica, Ignatieff advierte: “Los derechos humanos hacen de la humanidad la medida de todas las cosas y desde el punto de vista religioso esto constituye una forma de idolatría”. Michael IGNATIEFF, *Los derechos humanos como política e idolatría*, p. 101.

⁵⁶ Claude POLIN, “L’idolâtrie des droits de l’homme et ses causes”, pp. 14-30.

No pudiendo detenernos en todos estos puntos, analizaremos el contenido ideológico de los derechos humanos a partir de los horizontes abiertos por Michel Villey, olvidados en nuestro medio⁵⁷. A nuestro juicio, Villey acertó notablemente en su crítica. Los aspectos que nos parecen más interesantes son los siguientes:

- i) Los derechos humanos son *falsas promesas*. Se incardinan en un lenguaje y metodología errados, que utilizan expresiones abstractas para dar origen a una retórica política –una política racionalista, no prudencial– sin vínculos con las realidades jurídicas (naturales y positivas) siempre concretas. Con gracia anota Villey:

“Los derechos humanos son, como la mujer, ‘promesas que no pueden ser obtenidas’ (como diría Paul Claudel) o (como decía nuestro economista, Jacques Rueff de la moneda americana) ‘falsos créditos’ que son imposibles de pagar. Y las falsas promesas provocan ... la carga de la ‘espera engañada’. Las falsas promesas suscitan vagas reivindicaciones sin resultado. En buen lenguaje, hace parte de la esencia del derecho el poder ser reivindicado y que la reivindicación sea satisfecha. Aquí, en cambio, las reivindicaciones no pueden ser satisfechas. Los derechos del hombre son ilusiones⁵⁸. Su fallo es que prometen demasiado”⁵⁹.

- ii) El “abstractivismo” convierte a los derechos humanos en *irreales* (*irrêels*), *impotentes* (*impuissants*) e incluso *indecentes* (*indécents*)

⁵⁷ Sobre las conclusiones de Villey en torno a los derechos subjetivos y las declaraciones modernas de derechos humanos existe una discusión abundante. Renato RABBIBALDI, en *La filosofía jurídica de Michel Villey*, las analiza con detención, pero sin comprender el fondo de sus argumentos antimodernos. Más actualmente, el pensamiento del jurista francés sobre el tema se ha reabierto en Jean-François NIORT y Guillaume VANNIER (éds.), *Michel Villey et le droit naturel en question*; Stéphane BAUZON, *Le métier de juriste: Du droit politique selon Michel Villey*; Norbert CAMPAGNA, *Michel Villey. Le droit ou les droits?*; Pierre-Yves QUIVIGER, *Le secret du droit naturel*, pp. 1124-1126; José Carlos ABELLÁN *et al.*, *Realismo y derecho: introducción a la filosofía jurídica de Michel Villey*; Gilles PLANTE, *Michel Villey et la science du juste*; Chantal DELSOL, Stéphane BAUZON (dir.), *Michel Villey. Le juste partage*.

⁵⁸ MICHEL VILLEY, “Crítica de los derechos del hombre”, p. 243. Más en extenso, el autor dice textualmente: “Ils sont, comme la femme, des ‘promesses qui ne peuvent être tenues’ (disait Paul Claudel) ou (comme disait notre économiste Jacques Rueff de la monnaie américaine): de ‘fausses créances’ qu’il est impossible de payer. Et les fausses promesses provoquent... la peine de ‘l’attente trompée’. Les fausses promesses suscitent des vagues de revendications sans issue. En bon langage, il serait de l’essence du droit de pouvoir être revendiqué – la revendication satisfaite. Ici, les revendications ne peuvent être satisfaites. Les droits de l’homme sont des illusions... Leur tort est de promettre trop”. VILLEY, *Le droit...*, *op. cit.*, p. 11.

⁵⁹ VILLEY, *Le droit...*, *op. cit.*, p. 11.

porque produce una distancia consentida pero hipócritamente no asumida entre la declaración y su realización. De ahí que los derechos humanos sean *indeterminados (indetermines)*, *inciertos (incertains)* e inconsistentes (*inconsistants*): la libertad que consagran no tiene nada de tangible; muchas veces hasta carece de objeto preciso. Además, son contradictorios (*contradictaires*) y creadores de injusticias (*générateurs d'injustices*), porque en muchas ocasiones son simplemente inaplicables, sea en sí mismos, sea por su acumulación a lo largo del tiempo, lo que genera además conflictos insolubles entre los distintos grupos insatisfechos⁶⁰.

- iii) Es cierto que los derechos humanos han servido de barrera (*barrage*), antídoto (*antidote*) o arma defensiva (*arme défensive*) contra el derecho inhumano que ha creado el positivismo jurídico en los países totalitarios o aun en los países democráticos que sufren el estatismo, esa *hypertrophie de l'Etat moderne*, efectos típicos de la Modernidad⁶¹. Pero los contra-poderes de los derechos humanos se trastocan al interior de las sociedades liberales en peligrosos poderes que difuminan el individualismo e igualitarismo. Se vuelven tan nefastos como el mal que buscan erradicar, dado que la respuesta a la disgregación individualista es precisamente mayores cuotas de estatismo y el ideal de igualdad exige intervención de la planificación estatal⁶².
- iv) Villey cuestiona el significado simbólico de los derechos humanos, especialmente de aquellos codificados en las grandes declaraciones. Se trata de un auténtico ejercicio de endiosamiento del hombre, que exige una profesión de fe (*profession de foi*), un culto (*culte*) con sus pontífices (*pontifes*), sermones (*sermons*) e ídolos (*idoles*). Con ironía observa:

“Durante el siglo xx los derechos del hombre, sobre todo la Declaración de Derechos de 1789 y la Universal de las Naciones Unidas de 1948 se han convertido en una religión. Blanden sus textos sagrados como si fueran las Tablas de la Ley dictadas por Moisés. Tienen sus mitos fundadores: el viejo mito del Estado de naturaleza individualista; sus misterios, pues su sentido más profundo no queda del todo claro; su clero, sus capillas, sus celebraciones solemnes, sus apologetas. Podrían también tener sus inquisidores. De donde se sigue que nuestra libertad puede volverse un sacrilegio”⁶³.

⁶⁰ VILLEY, *Le droit...*, *op. cit.*, pp. 11-13.

⁶¹ *Op. cit.*, pp. 8-10.

⁶² VILLEY, “L'idéologie égalisatrice et les droits de l'homme”, p. 195.

⁶³ Michel Villey, “Correspondance”, p. 35. Nuestra traducción es libre. El original dice: “Au XXème siècle, les droits de l'homme sont une religion. Ils brandissent leurs

A este propósito, Martínez-Sicluna indica que los derechos humanos tienen un fundamento identificable, aun cuando se haya renunciado explícitamente a fijarlo, al menos en las declaraciones universales⁶⁴. En realidad, lo que se ha querido evitar es la disputa sobre cuál de las distintas teorías debe primar, pero nadie discute la filiación moderna de todas estas teorías (liberalismo, socialismo, positivismo, y en su origen el iusnaturalismo racionalista)⁶⁵.

Profundizando en esta línea, Miguel Ayuso ha connotado que la lectura ideológica de los derechos humanos lo convierten en un subproducto del pensamiento (no propiamente del conocimiento) marcado por el afán de manipular y dominar la realidad dada a los hombres. Herencia de la actitud racionalista y voluntarista del hombre moderno, que se calca de manera tan evidente en el *Talk on Human Rights*. En clave filosófica, en esta ideología se reconocen los siguientes caracteres:

textes sacrés comparables aux Tables de la Loi dictés par Moïse; en l'espèce il s'agit surtout de la Déclaration des droits de 1789 et de l'Universelle des Nations-Unies (1948). Ils ont leurs mythes fondateurs: le vieux mythe de l'état de nature individualiste. Leurs mystères: en effet le sens nous en paraît mystérieux. Ils ont leur clergé, leurs chapelles... Leurs célébrations solennelles... Leurs apologistes... Ils pourraient bien avoir aussi leurs inquisiteurs. D'où suit que notre livre... parut à certains sacrilège".

⁶⁴ Consuelo MARTÍNEZ-SICLUNA, "Fundamento dei diritti umani", pp. 35-45. "Pese a que la declaración de 1948 parece que fundamenta los derechos humanos en el reconocimiento de la dignidad intrínseca de todos los miembros de la familia humana (considerando 1º), en la dignidad y el valor de la persona humana (considerando 5º), más claramente expresado en el pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales de 1966, es lo cierto que existe un vacío completo en torno a la fundamentación de los derechos humanos. Es más, en modo alguno se trató, ante su evidente imposibilidad, por las diferencias que separaban a los diversos Estados, de llegar a una fundamentación común. Así lo expresó en julio de 1947 la Comisión de la UNESCO para las Bases Teóricas de los Derechos del Hombre, al señalar que "el problema filosófico que supone una declaración de derechos del hombre no es el de conseguir un acuerdo general de carácter doctrinal, sino, más bien, un acuerdo sobre los derechos, y también sobre los medios encaminados a realizar y defender los derechos, acuerdo que puede estar justificado por razones doctrinales muy divergentes"; por ello, el fin de la citada comisión era "conseguir el acuerdo sobre los derechos fundamentales y hacer desaparecer las dificultades que en su instrumentalización pudieran surgir a consecuencia de diferencias intelectuales" (Cfr. *Los derechos del hombre*, Laia, Barcelona, 1976, p. 397)". Estanislao CANTERO, *La concepción de los derechos humanos en Juan Pablo II*, pp. 30-31.

⁶⁵ Consuelo MARTÍNEZ-SICLUNA, "La falacia naturalista de los derechos humanos", pp. 39-48. Los fundamentos iusnaturalistas de las primeras declaraciones de derechos, así como su evocación en algunas más recientes, conducen, en realidad, a la afirmación de la primacía del pacto social sobre la razón natural y a la prevalencia de la razón abstracta sobre el orden natural. *Op. cit.*, pp. 40 y 42. Por eso, Villey afirmaba que los derechos humanos representan "el último vestigio (deformado) que todavía conservamos del derecho natural", del derecho natural racionalista, no clásico. VILLEY, *Estudios...*, *op. cit.*, p. 242.

- a) una falsa *metafísica*, en cuanto funda los derechos en la dignidad concebida al modo kantiano;
- b) falsa *antropología*, pues concibe al hombre como un individuo aislado y desligado de las relaciones con los demás, con una sola facultad, la razón dislocada, de donde deduce poderes-derechos de manera unilateral y geométrica;
- c) falsa *filosofía social*, en cuanto parte de la idea de que el hombre no tiene naturaleza social, de manera que la sociedad, el orden político y el jurídico tienen una base puramente contractual;
- d) falsa *filosofía política*, dado que niega la existencia de una genuina comunidad política y social, en el significado que este término tiene en Tönnies, y de ahí la disgregación de la patria, de la familia y del influjo de la Iglesia en los pueblos otrora católicos;
- e) falsa *filosofía jurídica*, pues concibe los derechos como facultades subjetivas separadas de los objetos concretos de las relaciones de justicia⁶⁶.

Desde análoga perspectiva, Martínez-Sicluna ha caracterizado políticamente la ideología de los derechos humanos:

- i) Carencia de un fundamento ontológico común a los derechos enunciados y reiterada ambigüedad en el concepto de persona, lo que señala *una concepción del hombre* en donde la voluntad humana *carece de fin trascendente* y la libertad se entiende como un *fin en sí mismo*. Todo lo cual pulsa por la liberación de toda tendencia específica de la naturaleza humana y de toda responsabilidad previa ante los demás, lo que representa la conquista exponencial del individualismo⁶⁷.
- ii) La exaltación de la *dignidad humana* nace del consenso voluntarista *sin que exista una condición antropológica y un orden previo que deba respetarse*. La dignidad no está dotada de un contenido que provenga del estatuto del ser personal, tal como lo entendió, por ejemplo, la tradición clásica. Con lo que se abren las puertas para la “cosificación” del ser humano, dado que no se le reconoce en todas sus dimensiones, sólo las que son útiles a una determinada sociedad. De ahí que no cause mayor problema el mercado del aborto o el comercio de la muerte. La dignidad es vinculada a la existencia (en su acepción moderna) y no a la esencia; es más fruto de la conquista material o técnica que consecuencia de la naturaleza racional⁶⁸.

⁶⁶ AYUSO, *La Cabeza...*, *op. cit.*, pp. 85-106; Miguel AYUSO, *El ágora y la pirámide. Una visión problemática de la Constitución española*, pp. 95-154.

⁶⁷ MARTÍNEZ-SICLUNA, “Fundamento...”, *op. cit.*, pp. 37-38.

⁶⁸ *Op. cit.*, pp. 38-40.

- iii) Los derechos humanos tienen *primacia absoluta sobre los deberes*, a tal punto que éstos existen sólo para garantizar el ejercicio de aquellos. De ahí la negación de que la primera exigencia derivada del estatuto ontológico de la persona no sea un derecho sino un deber. Por ejemplo, el deber de buscar la propia perfección moral y material, que nace de la exigibilidad del fin último o el deber de reconocer la paridad ontológica del otro, que nace del hecho de que la constitución metafísica de la persona es un débito que se debe en justicia, y que existe independientemente de lo establecido por el derecho positivo⁶⁹.
- iv) El pacto social, transmutado mitológicamente en la Constitución política, opera el tránsito entre el "estado de naturaleza" y el "estado de sociedad", garantizando un catálogo de derechos del hombre que, en realidad, son una creación suya, dado que se parte del presupuesto de que antes de él no existen ni relaciones sociales, ni deberes, ni juridicidad. Los derechos del hombre así concebidos se basan, en principio, más allá de los consensos a que se llegue, no en la justicia, sino en los intereses de los más fuertes⁷⁰.
- v) Las declaraciones de derechos humanos, aun aquellas que aluden a derechos originarios o innatos, suponen, más allá de las apariencias, el *positivismo jurídico*, pues los derechos y deberes que no son concesión de los Estados ni de la comunidad internacional, no existen, dado que no se reconoce un orden natural objetivo. En otros términos, los derechos humanos remiten a la arbitrariedad en la medida en que niegan toda norma o bien trascendente⁷¹.
- vi) *Individualismo libertario e igualitarismo* se conjugan como valores de la doctrina de los derechos humanos, derivados de la noción abstracta del hombre y de la pretensión moderna de construir lo jurídico y lo político al margen de todo dato previo de orden personal o social⁷².

Este espíritu constructivista, propio del racionalismo ilustrado, es, para Danilo Castellano, el fundamento ideológico último de la doctrina de los derechos humanos:

"Las 'Cartas de derechos' y las Constituciones 'históricas' que han ido multiplicándose en los últimos siglos son el producto, en el ámbito político-jurídico, del racionalismo, que es la ilusión del hombre de poder

⁶⁹ MARTÍNEZ-SICLUNA, "Fundamento...", *op. cit.*, pp. 39-41.

⁷⁰ *Op. cit.*, pp. 44-45.

⁷¹ *Op. cit.*, p. 42.

⁷² *Op. cit.*, p. 44.

‘construir’ o ‘crear’ una realidad ‘nueva’, dejando de lado la verdadera⁷³. Es la soberanía reivindicando para sí el derecho de ordenar el mundo según el dictamen de la razón humana, que le conduce a identificar la racionalidad con el ‘cálculo’, la libertad con la licencia, la verdad con la opinión, la moral con la legalidad, el derecho con su efectividad⁷⁴.

Danilo Castellano ha visto en esta matriz “emancipadora” de los derechos humanos la reivindicación de una libertad de carácter luciferino. Le llama “libertad negativa”. En clave jurídica se trata de la reivindicación de poder desnudo, no sujeto a la razón ni a los deberes naturales de justicia ni a la naturaleza de las cosas, que pretende ejercerse solo como expresión de la propia autodeterminación. Es la libertad de adherirse a un proyecto cualquiera, que no se resuelve en otro fundamento que el propio querer⁷⁵. Hoy por hoy ha llegado a ser el más fundamental de los derechos humanos, pero paradójicamente, en la medida que avanza, va destruyendo toda noción de orden, pues no existe consenso posible entre infinidad de individualidades prometeicas que reivindican su libertad⁷⁶.

Es esta libertad *negativa*, en cuanto encarna el nihilismo, la categoría que articula el movimiento de propagación de los derechos humanos en la actualidad. En su acepción más radical, es el vehículo privilegiado para dar curso jurídico a la pretensión del hombre moderno de ser considerado como un ser absoluto. Lo que supone la representación de sí mismo en cuanto desvinculado de todo dato previo que respetar o amar, sea en el campo físico, moral o religioso. Se trata no de cualquier libertad, sino de una libertad “*desligada*”, y solo en ese sentido es que para sus defensores puede y debe tener validez jurídica.

Para afirmar esta veta más profunda de los derechos humanos en clave “emancipatoria” debe morir el Dios cristiano, su *logos* y su *cosmos*, como sugería Sartre⁷⁷. Cada cual es un *demiurgo* de sus propios valores y de su proyecto de vida y no tiene más regla exterior que la impuesta por el orden

⁷³ CASTELLANO, *Racionalismo...*, *op. cit.*, p. 23.

⁷⁴ Danilo CASTELLANO, *L'ordine della politica. Saggi sul fondamento e sulle forme del politico*, p. 37. La traducción es nuestra.

⁷⁵ CASTELLANO, *Racionalismo y derechos humanos*, *op. cit.*, pp. 23-85.

⁷⁶ Fernando SEGOVIA, “Liberalismo y bien común”, pp. 811-860; Fernando SEGOVIA, “Personalismo, sexualismo y disolución en la pos-modernidad. Una crítica a la concepción liberal de los derechos”, pp. 157-188.

⁷⁷ “No hay ninguna diferencia entre ser libremente, ser como proyecto, como existencia que elige su esencia, y ser absoluto... Si he suprimido a Dios padre, es necesario que alguien invente los valores”. Jean-Paul SARTRE, *L'Existentialisme est un humanisme*, edición original digital. “Aunque el Eterno me hubiese mostrado su rostro entre las nubes, rehusaría oírle porque soy libre; y contra un hombre libre, ni el mismo Dios puede nada”. Jean-Paul SARTRE, *Bariona, ou le fils du tonnerre*, p. 143.

público estatal o internacional, cuyos sujetos políticos se suponen a la vez representativos de la voluntad individual / colectiva. Este postulado es la base doctrinaria más profunda de los derechos humanos como ideología.

La afirmación precedente podría chocar con un problema de hecho: el carácter equívoco del lenguaje jurídico contemporáneo, que permite interpretaciones diversas a los enunciados de los derechos humanos. Pero lo cierto es que, por vía también de hecho, podría demostrarse sin dificultad cómo el dinamismo interpretativo de la hermenéutica de los derechos humanos en el ámbito nacional, comunitario e internacional tiende a fundarse siempre o casi siempre en el criterio basal de la libertad desligada⁷⁸.

5) *A modo de conclusión*

Del carácter *subjetivista, racionalista y constructivista* de la ideología de los derechos humanos se desprende en su núcleo una concepción de libertad no neutral, pues está al servicio, en mayor o menor medida, de la libertad *negativa* o *desligada*, sea que se quiera imponer como paradigma en el ámbito individual (lo que es propio del liberalismo), o en el ámbito colectivo (lo que condice con el socialismo).

En el plano histórico y conceptual este concepto de libertad supone una cuádruple negación de la realidad, y de ahí le viene en esencia su carácter *ideológico*:

- a) Negación de un orden trascendente, especialmente el de matriz cristiano, con todas las consecuencias de rechazo al influjo de la moral o de la política cristianas en las sociedades occidentales.
- b) Negación de un orden natural que refleje una ley moral invariable, no sujeta a la disposición del hombre. De ahí el rechazo a la ley natural en su sentido clásico.
- c) Negación de un orden humano no estatal, expresado en libertades sociales y en normas consuetudinarias no cimentadas en la lógica moderna de la democracia totalitaria.
- d) Negación de toda forma de libertad que no sea delicuescente, con lo que se inhibe la posibilidad de cimentar sobre bienes comunes compartidos, una sociedad perdurable en el tiempo. Es decir, se niega el orden de la libertad y se subjetiviza al extremo la "potestas" individual, desligándola cada vez más del sentido de realidad.

⁷⁸ Un análisis de esta tendencia en los pensadores modernos que forjaron la libertad *de conciencia* y *de religión* (que no es lo mismo que libertad *de la conciencia* y libertad *religiosa*), en Julio ALVEAR TÉLLEZ, *La libertad de conciencia y de religión: fundamento problemático del Estado Moderno*, pp. 57-326.

La conclusión precedente requiere de un matiz. No se trata de que todas y cada una de las libertades consagradas en las declaraciones modernas de derechos humanos equivalgan *unívocamente* al concepto enunciado y supongan inmediatamente la cuádruple negación aludida. Lo que sucede es que las libertades modernas y los derechos humanos en su ímpetu sedicentemente “emancipador” se manifiestan en su *punto álgido*, en su *test de reconocimiento*, como una *derecho a desligarse del cuádruple orden aludido*, para constituirse según la imagen de la libertad *negativa*.

De lo anterior, se deduce el *carácter equívoco del lenguaje jurídico contemporáneo*, que permitiendo interpretaciones diversas, consagra en su raíz una libertad *desligada*. En otros términos, la cuestión ideológica de los derechos humanos radica en la doctrina moderna que los sustenta, en virtud de la cual su fundamento, su fin y su objeto inmediato quedan unidos, en la medida en que se hace posible su explicitación, a la libertad desligada.

Tras esta concepción de libertad y de derechos humanos se formula una acerada prohibición: no se puede organizar libremente el orden político sobre otro principio que no sea el de la libertad *desligada*. Este es el efecto político más nocivo del carácter ideológico de los derechos humanos. En ese contexto, y en la medida en que aflora tal ideologismo, las consecuencias benéficas de la doctrina de los derechos humanos en relación a la coexistencia pacífica al interior de las sociedades multiculturales solo son accidentales.

De ahí que si no se comparte el fundamento y la concepción aludida, solo es dable una interpretación positiva de los “derechos humanos” enunciando las debidas reservas y distinciones. Sea en general, en relación a su núcleo doctrinario, sea en particular, en relación con cada derecho, si es el caso.

Bibliografía

- ABELLÁN, José Carlos *et al.*, *Realismo y derecho: introducción a la filosofía jurídica de Michel Villey*, Madrid, Universidad Francisco de Vitoria, 2005.
- ALVEAR TÉLLEZ, Julio, “Contra-razones de la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789 ante la génesis del constitucionalismo moderno”, en *Actualidad Jurídica*, N° 22, Santiago, julio 2010.
- ALVEAR TÉLLEZ, Julio, “La Revolución Francesa: el legado de descristianización y de violación de los derechos fundamentales”, en AA.VV., *Actas del Simposio internacional sobre el legado jurídico de la Revolución Francesa en las Américas*, Santiago, Universidad Bernardo O’Higgins, 2012.
- ALVEAR TÉLLEZ, Julio, “Síntomas contemporáneos del constitucionalismo como mitología de la Modernidad Política”, en AA.VV., *El Problema del Poder Cons-*

- tituyente. Constitución, soberanía y representación en la época de las transiciones*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons, 2012.
- ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *La libertad de conciencia y de religión: fundamento problemático del Estado Moderno*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2010, vol. 1.
- ARENDR, Hannah, *Sobre la Revolución*, Madrid, Alianza Editorial, 1988.
- AYUSO, Miguel, *La Cabeza de la Gorgona. De la "hybris" del poder al totalitarismo moderno*, Buenos Aires, Nueva Hispanidad, 2001.
- AYUSO, Miguel, *El ágora y la pirámide. Una visión problemática de la Constitución española*, Madrid, Criterio Libros, 2001.
- AZZARITI, Gaetano, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Bari, Libri del Tempo, 2013.
- BAECQUE, Antoine de, Wolfgang SCHMALE, Michel VOVELLE, *L'An I des droits de l'homme*, Paris, CNRS, 1988.
- BAUMAN, Zigmunt, *Liquid Modernity*, Cambridge-Oxford, Polity Press - Blackwell Publishers, 2000.
- BAUMAN, Zygmunt, *Modernidad líquida*, traducción de Mirta Rosenberg, Buenos Aires, FCE, 2004.
- BAUZON, Stéphane, *Le métier de juriste: Du droit politique selon Michel Villey*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2003.
- BERIAIN, Josetxo (comp.), Anthony GIDDENS, Zigmunt BAUMAN, Niklas LUHMANN, Ulrich BECK, *Las consecuencias perversas de la Modernidad*, Barcelona, Anthropos, 1996.
- BLUMENBERG, Hans, *Die Legitimität der Neuzeit*, Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 1966.
- BLUMENBERG, Hans, *Die Genesis der kopernikanischen Welt*, Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 1989.
- BOBBIO, Norberto, *El tiempo de los derechos*, traducción de Rafael de Asís, Madrid, Sistema, 1991.
- BRAVO, Bernardino, *El Estado de Derecho en la historia de Chile*, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 1996.
- BRAVO, Bernardino, *Constitución y Reconstitución. Historia del Estado en Iberoamérica 1511-2009*, Santiago, Abeledo Perrot, 2010.
- CAMPAGNA, Norbert, *Michel Villey. Le droit ou les droits?*, Paris, Michalon, 2004.
- CANTERO, Estanislao, *El concepto de derecho en la doctrina española (1919-1998). La originalidad de Juan Vallet de Goytisolo*, Madrid, Fundación Matritense del Notariado, 2000.
- CANTERO, Estanislao, *La concepción de los derechos humanos en Juan Pablo II*, Madrid, Speiro, 1990.
- CARLYLE, Robert Warrend y CARLYLE, Alexander James, *A History of Medieval Political Theory in the West*, London, Edinburgh William Blackwood and Sons, 1970, 4 vols.

- CARPINTERO, FRANCISCO *et al.*, *El derecho subjetivo en su historia*, Cádiz, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, 2003.
- CARPINTERO, FRANCISCO, “El desarrollo de la idea de libertad personal en la Escolástica”, en FRANCISCO CARPINTERO *et al.*, *El derecho subjetivo en su historia*, Cádiz, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, 2003.
- CARPINTERO, FRANCISCO, *Historia del Derecho Natural. Un ensayo*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas 1999.
- CARROT, GEORGES, *La Garde nationale, 1789-1871: une force publique ambiguë*, Paris, L'Harmattan, 2001.
- CASTELLANO, DANILLO, *De Cristiana Republica. Carlo Francesco D'Agostino e il problema politico (italiano)*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2004.
- CASTELLANO, DANILLO, *La razionalità della politica*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1993.
- CASTELLANO, DANILLO, *L'ordine della politica. Saggi sul fondamento e sulle forme del politico*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1997.
- CASTELLANO, DANILLO, *Racionalismo y derechos humanos. Sobre la anti-filosofía político-jurídica de la “modernidad”*, traducción de Coral García, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2005.
- CAZZANIGA, GIAN MARIO, et ZARKA, YVES CHARLES (dirs.), *Penser la souveraineté à l'époque moderne et contemporaine*, Pise-Paris, Ets-Vrin, 2001.
- COBB, RICHARD, *Les armées révolutionnaires. Instrument de la Terreur dans les départements*, Paris, Mouton, 1961-1963, 2 vols.
- CORRÊA DE OLIVEIRA, PLINIO, *Revolução e Contra-Revolução*, São Paulo, IPCO, 2008.
- DE CORTE, MARCEL, “De la société à la térmitière par la dissociété”, en *L'Ordre Français*, N° 180-181, Paris, 1974.
- DEL VECCHIO, GEORGIO, *Los derechos del hombre y el contrato social*, con prólogo de Fernando de los Ríos U. para la traducción española de Mariano Castaño, Madrid, Hijos de Reus Editores, 1914.
- DELSOL, CHANTAL et Stéphanie BAUZON (dir.), *Michel Villey. Le juste partage*, Paris, Dalloz, 2007.
- DIEZ PICAZO, LUIS, *Sistema de derechos fundamentales*, Madrid, Thomson-Civitas, 2005.
- DUMONT, BERNARD (ed.), *La guerre civile perpétuelle. Aux origines modernes de la dissociété*, Perpignan, Artege, 2012.
- DURKHEIM, ÉMILE, *El suicidio*, 3ª ed., Madrid, Akal, 1989.
- ELÍAS DE TEJADA, FRANCISCO, “El Estado de derecho en el pensamiento germánico y en la tradición de las Españas”, en *Verbo* N°s 211-212, Madrid, 1983.
- ESCANDE, RENAUD (dir.), *Le Livre noir de la Révolution Française*, Paris, Editions du Cerf, 2008.
- FAURÉ, CHRISTINE, *Les Déclarations des droits de l'homme et du citoyen*, Paris, Payot, 1988.

- FURET, François, *Pensar la Revolución Francesa*, traducción de Arturo R. Firpo, Barcelona, Petrel, 1980.
- FURET, François, *El pasado de una ilusión. Ensayo sobre la idea comunista en el siglo XX*, Traducción de Mónica Utrilla, México, FCE, 1995.
- GALVAO DE SOUSA, José Pedro, *La Rappresentanza politica*, Napoli-Roma, Edizioni Scientifiche Italiani, 2009.
- GAMBRA, José Miguel, "La notion classique de dignité et les droits de l'homme", in *Catholica*, N° 107, París, Printemps, 2010.
- GARCÍA GESTOSO, Noemí, *Soberanía y Unión Europea: algunas cuestiones críticas desde la teoría de la Constitución*, Barcelona, Atelier, 2004.
- GAUCHET, Marcel, *La Démocratie contre elle-même*, Paris, Gallimard, 2002.
- GAUCHET, Marcel, *La Démocratie d'une crise à l'autre*, Paris, Cécile Defaut, 2007.
- GAUCHET, Marcel, *La Révolution des Droits de l'Homme*, Paris, Gallimard, 1989.
- GAUCHET, Marcel, *Le désenchantement du monde*, Paris, Gallimard, 1985.
- GONZÁLEZ AMUCHÁSTEGUI, Jesús (ed.), *Orígenes de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*, Madrid, Editora Nacional, 1984.
- GOUGH, Hugh, "Genocide and the Bicentenary: The French Revolution and the Revenge of the Vendée", in *The Historical Journal*, vol. 30, N° 4, Cambridge, 1987.
- GRASSO, Pietro Giuseppe, *El problema del constitucionalismo después del Estado moderno*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2005.
- GROSSI, Paolo, *Mitología jurídica de la Modernidad*, Madrid, Trotta, 2003.
- GROSSI, Paolo, *L'ordine giuridico medievale*, 3ª ed., Roma-Bari, Laterza, 2006.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, "Los orígenes de la noción de sujeto de derecho", en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, N° 24, Valparaíso, 2002.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, "Historia de la denominación del derecho-facultad como "subjetivo", en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, N° 25, Valparaíso, 2003.
- HAMANN, Johann Georg, "Carta a Christian Jacob Kraus del 18 de diciembre de 1784", traducción de Agapito Maestre, en AA.VV. *Qué es la Ilustración*, 5ª ed., Madrid, Tecnos, 2007.
- HERMET, Guy, *L'Hiver de la démocratie ou le nouveau régime*, Paris, Armand Colin, 2007.
- IGNATIEFF, Michael, *Los derechos humanos como política e idolatría*, Barcelona, Paidós, 2003.
- JACKSON, John H., *Soberanía, la OMC y los fundamentos cambiantes del derecho internacional*, traducción de Nicolás Carrillo Santarelli, Madrid, Marcial Pons, 2009.
- JOUVENEL, Bertrand de, *El Poder. Historia natural de su crecimiento*, traducción de Juan Marcos de la Fuente, Madrid, Unión Editorial, 1998.
- JOUVENEL, Bertrand de, *Los orígenes del Estado moderno. Historia de las ideas políticas del siglo XIX*, traducción Gerardo Novás, Toledo, Emesa, 1977.

- KANT, Immanuel, *Die Religion Innerhalb der Grenzen der blossen Vernunft: La Religión dentro de los límites de la mera razón*, traducción de Felipe Martínez Marzoa, Madrid, Alianza Editorial, 1986.
- KANT, Immanuel, *Idee zu einer allgemeinen Geschichte in weltbürgerlicher Absicht: Ideas para una historia universal en clave cosmopolita*, en *Ideas para una historia universal en clave cosmopolita y otros escritos sobre Filosofía de la Historia*, 2ª ed., traducción de Concha Roldán Panadero y Roberto Rodríguez Aramayo, Madrid, Tecnos, 1994.
- LACHANCE, Louis, *Le droit et les droits de l'homme*, Paris, PUF, 1959.
- LEFEBVRE, Georges, Marcel REINHARD y Marc BOULOISEAU (dir.), *Procès-verbaux des séances de la Convention nationale. Table analytique préparée par l'Institut d'histoire de la Révolution française, sous la direction de Georges Lefebvre, Marcel Reinhard et Marc Bouloiseau*, Paris, CNRS, 1959, 3 vols.
- LEWIS, Gwynne & Colin LUCAS (eds.), *Beyond the Terror. 1794-1815*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002.
- LIPOVETSKY, Gilles, *La era del vacío*, traducción de Michele Pendax, Barcelona, Anagrama, 2003.
- MANENT, Pierre, *Historia del pensamiento liberal*, Buenos Aires, Emecé, 1995.
- MANENT, Pierre, *La raison des nations. Réflexions sur la démocratie en Europe*, Paris, Gallimard, 2006.
- MARCAGGI, Vincent, *Les Origines de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Paris, Fontenmoine, 1904.
- MARRAMAO, Giacomo, *Potere e secolarizzazione. Le categorie del tempo*, Roma, Bollati Boringhieri, 2005.
- MARTÍ, Luis Felipe, *La reinención de la soberanía en la globalización: Perspectivas y alcances de la soberanía del estado democrático constitucional en un mundo interdependiente*, México, Porrúa, 2007.
- MARTIN, Jean-Clement, *Blancs et Bleus dans la Vendée déchirée*, Paris, Gallimard, Paris, 1998.
- MARTIN, Jean-Clement, *Violence et Révolution - Essai sur la naissance d'un mythe national*, Paris, Seuil, 2006.
- MARTÍNEZ-SICLUNA, Consuelo, "Fondamento dei diritti umani", in Elio E. SGRECIA e Gian Pietro CALABRO, *I diritti della persona nella prospettiva bioética e giuridica*, Lungro di Cosenza, Marco Editore, 2002.
- MARTÍNEZ-SICLUNA, Consuelo, "La falacia naturalista de los derechos humanos", en Danilo CASTELLANO y Federico COSTANTINI, *Costituzione europea, Diritti umani, Libertà religiosa*, Napoli-Roma, Edizioni Scientifiche Italiane, 2005.
- MATTEUCCI, Nicola, "Liberalismo", en Norberto BOBBIO, Nicola MATTEUCCI y Gianfranco PASQUINO (eds.), *Diccionario de la política*, 11ª ed., Brasilia, Editora UNB, 1983.
- MEGIAS, José Justo, *El subjetivismo jurídico y el derecho subjetivo en los textos romanos* en FRANCISCO CARPINTERO et al., *El derecho subjetivo en su historia*, Cádiz, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, 2003.

- NIORT, Jean-François et Guillaume VANNIER (éds.), *Michel Villey et le droit naturel en question*, Paris, L'Harmattan, Paris, 1994.
- PALMER, Robert Roswell, *Twelve who Ruled: The Year of the Terror in the French Revolution*, Princeton, Princeton University Press, 1989.
- PLANTE, Gilles, *Michel Villey et la science du juste*, Québec, Société Scientifique Parallèle, 2007.
- POLIN, Claude, "L'idolâtrie des droits de l'homme et ses causes", in *Catholica*, N° 107, Paris, Printemps, 2010.
- QUESADA ALCALÁ, Carmen, *La Corte Penal Internacional y la soberanía estatal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005.
- QUIVIGER, Pierre-Yves, "Le secret du droit naturel", in *Commentaire*, N° 108, Paris, 2004.
- RABBI-BALDI, Renato, *La filosofía jurídica de Michel Villey*, Pamplona, Eunsa, 1990.
- REVEL, Jean-François, *La gran mascarada. Ensayo sobre la supervivencia de la utopía socialista*, traducción María Cerdón, Madrid, Taurus, 2001.
- RIALS, Stéphane. *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Paris, Hachette, 1989.
- ROBESPIERRE, Maximilien, *Oeuvres complètes*, Paris, Société des études robespierristes, 1967, vol. x.
- RODRÍGUEZ PUERTO, Jesús, *Jus commune y derechos subjetivos en el siglo XVI* (en Francisco CARPINTERO et al., *El derecho subjetivo en su historia*, Cádiz, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, 2003).
- ROBLES, Gregorio, "Análisis crítico de los supuestos teóricos y del valor político de los derechos humanos", en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, Roma, luglio-settembre de 1989.
- RUGGIERO, Guido de, *Historia del liberalismo europeo*, traducción de Carlos Posada, Granada, Comares, 2005.
- SALDAÑA, Javier, "Críticas en torno del derecho subjetivo como concepto de los derechos humanos", en *Boletín mexicano de Derecho Comparado*, vol. 29, N° 86, México, mayo-agosto 1996.
- SARTORI, Giovanni, *La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*, traducción de Miguel Ángel Ruiz, Madrid, Taurus, 2001.
- SARTRE, Jean-Paul, "Bariona, ou le fils du tonnerre", en *Théâtre Complet*, édition publiée sous la direction de Michel Contat, Paris, Gallimard, 2005, vol. II.
- SARTRE, Jean-Paul, *L'Existentialisme est un humanisme*, edición original francesa, en http://81.80.224.182/pbl/IMG/pdf/existentialisme_humanisme.pdf, consultada el 8 de mayo de 2013.
- SECHER, Reynald, *La Chapelle-Basse-Mer, village vendéen: revolution et contre-revolution*, Paris, Perrin, 1986.
- SECHER, Reynald, *Le Génocide franco-français: la Vendée Vengé*, Paris, PUF, 1986.
- SEDILLOT, René, *Le Coût de la Révolution Française*, Paris, Perrin, 1987.

- SEGOVIA, Fernando, “Liberalismo y bien común”, en *Verbo*, N° 489-490, Madrid, noviembre-diciembre 2010.
- SEGOVIA, Fernando, “Personalismo, sexualismo y disolución en la pos-modernidad. Una crítica a la concepción liberal de los derechos”, en *Derecho Público Iberoamericano*, año I, N° 1, Santiago, 2012.
- SENELLART, Michel, *Les arts de gouverner. Du “Regimen” medieval au concept de gouvernement*, Paris, Seuil, 1995.
- SOLÉ, Jacques, *La Revolution en questions*, Paris, Seuil, 1988.
- STEWART, John Hall, *A Documentary Survey of the French Revolution*, New York, Macmillan Company, 1951.
- STUART MILL, John, *Sobre la libertad*, traducción de Josefa Sainz Pulido, Buenos Aires, Aguilar, 1954.
- SUTHERLAND, Donald G., *France 1789-1815: Revolution and Counter-Revolution*, London, Fontana Press, 1985.
- TALMON, Jacob Leiv, *Los orígenes de la democracia totalitaria*, Madrid-México-Buenos Aires, Aguilar, 1956.
- TAMAYO, Rolando, *El Derecho y la ciencia del derecho*, México, UNAM, 1986.
- VALLET DE GOYTISOLO, Juan, *El hombre, sujeto de la liberación. Referencia a los denominados “derechos humanos”*, en *Verbo*, N° 253-254, Madrid, 1987.
- VERDÚ, Vicente, *El capitalismo funeral*, Barcelona, Anagrama, 2011.
- VILLEY, Michel, *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*, Valparaíso, Ediciones Universitarias, 1976.
- VILLEY, Michel, *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, PUF, 2003.
- VILLEY, Michel, “La genèse du droit subjectif chez Guillaume d’Occam”, in *Archives de Philosophie du Droit*, N° 9, Paris, 1964.
- VILLEY, Michel, *Le droit et les droits de l’homme*, Paris, PUF, 1998.
- VILLEY, Michel, *Philosophie du droit: Définition et fins du droit; Les moyens de droit*, Paris, Dalloz, 2001.
- VILLEY, Michel, *Critique de la pensée juridique moderne*, Paris, Dalloz 1985.
- VILLEY, Michel, “Crítica de los derechos del hombre”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, N° 12, Madrid, 1972.
- VILLEY, Michel, “L’idéologie égalisatrice et les droits de l’homme”, in *Cahiers de philosophie politique et juridique*, vol. 8, Paris, 1985.
- VILLEY, Michel, “Correspondance”, en Louis-Damien FRUCHAUD, *Jacques Maritain, Michel Villey. Le thomisme face aux droits de l’homme*, Mémoire présenté et soutenu publiquement en Université de Paris II Panthéon-Assas, 9 de septembre 2005.
- WALCH, Émile, *La Déclaration des droits de l’homme et du citoyen et l’Assemblée constituante. Travaux préparatoires*, Paris, 1903.
- WEBER, Caroline, *Terror and Its Discontents: Suspect Words in Revolutionary France*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 2003.

- WILHELMOSEN, Frederick D., *Christianity and Political Philosophy*, Athens, 1978.
- WOELL, Edward J., *Small-town Martyrs and Murderers: Religious Revolution and Counterrevolution in Western France, 1774-1914*, Milwaukee, Marquette University Press, 2006.
- WRIGLEY, Richard, *The Politics of Appearances: Representations of Dress in Revolutionary France*, Oxford, Berg, 2002.

LOS TRATADOS INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS FUNDAMENTALES Y EL MARGEN DE APRECIACIÓN

THE INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS TREATIES AND THE MARGIN OF APPRECIATION

*Andrea Rosario Iñiguez Manso**

Resumen

En este artículo la autora analiza el margen de apreciación en el Derecho Internacional, especialmente en lo que se refiere al derecho a la vida del que está por nacer. Además, hace referencia a la forma en que dicho concepto se relaciona con la soberanía de los Estados que pertenecen a la comunidad internacional.

Palabras claves: margen de apreciación, tratado internacional, derecho a la vida del que está por nacer, soberanía.

Abstract

In this article the author does an analysis of the margin of appreciation on international law, especially when it is related to the right to life of the unborn. Also she explains how these concept is related to the sovereignty of the States that are part of the international community.

Key words: margin of appreciation, international treaty, right to life of the unborn, sovereignty.

* Licenciada en Derecho por la Universidad de los Andes. Actualmente es doctoranda en la misma Universidad. La presente investigación forma parte del proyecto FONDECYT N°1120634. Artículo recibido el 8 de mayo de 2013 y aceptado para su publicación el 26 de agosto de 2013. Correo electrónico: rosarioini@vtr.net

Introducción

El concepto de margen de apreciación ha sido utilizado en distintos ámbitos del Derecho tanto nacional como internacional. Uno de ellos se refiere a la deferencia que debe existir entre los denominados organismos de control¹ con los poderes Ejecutivo y Legislativo. En un Estado federal, también se plantea esta problemática en cuanto a la deferencia que debe existir entre los organismos federales y los estatales.

Es difícil y complejo determinar el antecedente histórico del concepto de margen de apreciación. García Roca sostiene que éste “procede de las técnicas de la revisión judicial propias de los Estados, en particular, del Consejo de Estado francés”². De manera análoga, Vassel señala que su origen “se fundamenta en la jurisprudencia administrativa”³ nacional. “Así, el ‘Conseil d’Etat’ francés, de forma parecida, otorga a las autoridades una libertad de estimación”⁴.

El principio de margen de apreciación se ha ido configurando también en el Derecho Internacional. El problema es determinar cuál es la deferencia que debe existir entre cortes internacionales con la legislación nacional y las decisiones administrativas de los Estados contratantes del tratado, especialmente cuando se trata de la protección de la vida del que está por nacer. También nos referiremos brevemente a la relación del margen de apreciación con el respeto por la soberanía de los Estados contratantes de tratados internacionales.

I. El margen de apreciación en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Si bien la Convención Europea de Derechos Humanos no hace referencia explícita al margen de apreciación⁵, éste se ha ido configurando “con perfiles propios”⁶ a través de la jurisprudencia del TEDH⁷. La construcción de esta doctrina se ha fundado en dos principios:

¹ En el caso chileno, la Contraloría General de la República y el TC.

² Javier GARCÍA ROCA, “La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tratado Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración”, p. 121.

³ Johann Justus VASEL, “El ‘margin of appreciation’ como elemento clave en el derecho constitucional europeo”, p. 19.

⁴ VASEL, *op. cit.*, p. 19.

⁵ Ripol Carulla lo denomina “autocontrol judicial”. Véase en Santiago RIPOL CARULLA, *El sistema europeo de protección de los derechos humanos y el derecho español*, p. 73.

⁶ Véase GARCÍA ROCA, *op. cit.*, p. 121.

⁷ Se hace presente al lector que la jurisprudencia de este tribunal ha sido estudiada en inglés. Por lo tanto, todas las traducciones son nuestras.

A. SUBSIDIARIEDAD

El principio de subsidiaridad se manifiesta en el artículo 35 de la Convención Europea de Derechos Humanos, el cual señala que no se podrá recurrir al Tribunal Europeo de Derechos Humanos hasta haberse agotado todos los mecanismos internos. Así, los primeros casos en los cuales se manifiesta el margen de apreciación se refieren a reclamos en contra de las medidas tomadas por Estados contratantes durante la vigencia de estados de excepción.

En *Ireland v. United Kingdom*, el TEDH determinó que cada Estado es libre para definir cuándo está en peligro su seguridad debido a una situación de crisis. Por lo tanto,

“las autoridades nacionales están en principio en una mejor posición que el juez internacional de decidir tanto en la presencia de tal emergencia y las derogaciones necesarias para revertirlas. A este respecto, el artículo 15 párr.1 (art. 15.1) deja a esas autoridades un amplio margen de apreciación”⁸. (cons. 207).

Sin embargo, hace presente que debe velar para que dichas medidas no se extiendan más allá de lo que requiere la emergencia. El TEDH falló a favor de Reino Unido, toda vez que determinó que las medidas tomadas por las autoridades inglesas no había vulnerado el artículo 15, en lo que se refiere a la derogación de normas de derecho internacional y que el Reino Unido había actuado dentro del margen de apreciación.

B. PROPORCIONALIDAD

El margen de apreciación también ha sido utilizado para determinar si las acciones tomadas por un Estado se justifican para proteger un determinado bien jurídico, es decir, si son proporcionales al fin buscado. En el caso de las “leyes lingüistas”⁹ el TEDH resolvió que la medida tomada por el Estado belga en materia de educación no era arbitraria, pues el fin buscado era que las escuelas que se encuentren en una zona del país donde se habla un determinado idioma, impartan la enseñanza en esa lengua. El TEDH consideró que la medida correspondía a un “interés público” (cons. 42) y en definitiva, era proporcional al fin buscado.

En fallos más recientes el TEDH ha utilizado el concepto de margen de apreciación en temas más polémicos, como son la libertad de conciencia

⁸ TEDH (1978), caso 5310/71

⁹ TEDH (1968), casos 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/ 63; 2126/64.

y el matrimonio homosexual. En el caso *Lautsi y otros v. Italia*¹⁰, determinó que la cuestión de los crucifijos en las escuelas quedaba dentro del margen de apreciación de los Estados, que su mera presencia no importa un intento de adoctrinamiento de los alumnos y no vulnera el derecho de los padres a educar a sus hijos conforme a sus propias creencias religiosas¹¹. En *Schalk y Kopf v. Austria*¹², resolvió que no existe consenso en la legislación europea sobre la aceptación del matrimonio homosexual y en consecuencia esta materia queda dentro del margen de apreciación de cada Estado.

En conclusión podemos señalar que el TEDH, si bien ha reconocido que existe margen de apreciación, esto no es óbice para que dicho organismo pueda supervisar la forma en que los Estados contratantes aplican los derechos reconocidos en la Convención y asegurarse que no se vulneren los límites del tratado.

II. La aplicación del margen de apreciación en el TJUE

A diferencia del TEDH, que exige que se agoten todos los mecanismos judiciales internos antes de recurrir a dicho tribunal, el TJUE puede ser requerido a modo de medida prejudicial por cualquier tribunal interno de los países contratantes, trámite en el cual se solicita su opinión en lo relativo a la aplicación de una norma de la UE que se esté invocando en la gestión judicial de la cual conoce. Diversos autores han reconocido la importancia que han tenido las cuestiones prejudiciales como mecanismo para incorporar el derecho de la UE en los Estados miembros. Weiler señala que se podría considerar a la cuestión preliminar como una forma de “empoderamiento judicial”¹³. Ripol Carulla sostiene que este procedimiento ha permitido que el TJUE “se haya nutrido de las instituciones y principios de los ordenamientos jurídicos estatales”¹⁴.

El problema es determinar el efecto que produce la resolución que resuelva la cuestión prejudicial. En opinión de Mangas Martín y Liñán Noguerras ésta

¹⁰ TEDH (2011), caso 30814/06.

¹¹ Los jueces Malinverni y Kalaydjieva votaron en contra del fallo y sostienen que los crucifijos forman parte del ambiente en el cual se educan los niños, el cual debe ser libre de discriminación.

¹² TEDH (2010), caso 30141/04.

¹³ Joseph H.H. WEILER, “The least dangerous branch: A retrospective and prospective of the European Court of Justice in the arena of political integration”, p. 197. La traducción es nuestra.

¹⁴ RIPOL CARULLA, *op. cit.*, p. 64.

“vincula con autoridad de cosa juzgada al juez que planteó la cuestión, que debe aplicar la norma de la UE de conformidad con la interpretación dada por el TJUE. Asimismo, están vinculados por dicha sentencia los demás órganos judiciales nacionales llamados a conocer del mismo litigio”¹⁵.

Sin embargo, esto no ha sido un tema pacífico ni fácilmente aceptado por los tribunales nacionales. En este sentido el TC alemán¹⁶, en el caso conocido como “Solange I”¹⁷, dejó sin efecto una resolución del TJUE que declaró que el tribunal interno no podía someter una norma de la Comunidad al derecho germano, y no se podía alegar infracción a la Constitución nacional para excusarse de cumplir con las leyes de la entonces CEE. El TC alemán fundó su sentencia en el hecho que la CEE no tenía un parlamento elegido democráticamente, tampoco un catálogo de derechos humanos, y que Alemania al integrar la CEE no le transfirió poderes de manera tal que sus regulaciones pudieran vulnerar la Carta Fundamental germana¹⁸.

Conforme a lo señalado por Lanier, si bien el fallo del TC alemán fue objeto de diversas críticas, la jurisprudencia a la cual dio origen siguió vigente hasta 1986¹⁹ con el caso conocido como “Solange II”²⁰, en el cual sostuvo que se habían producido cambios en la CEE y reconoce el desarrollo de normas democráticas y de protección de los derechos fundamentales. En definitiva rechaza la petición de la demandante, la cual solicitaba que declarase que las normas de la CEE que se le pretendían aplicar en juicio eran contrarias a la Constitución germana.

A pesar de lo resuelto en el caso “Solange II”, debemos hacer presente que el TC alemán aparentemente no ha abandonado totalmente la doctrina “Solange I”. En Brunner²¹, dicha Magistratura no declaró inconstitucional el tratado de Maastricht, pero resolvió que cualquier ampliación de éste, inclusive aquella llevada cabo a través de fallos judiciales, y que no hubiera sido aprobada por ley, infringiría la Constitución²².

¹⁵ Diego J. LIÑAN NOGUERAS y Araceli MANGAS MARTÍN, *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, pp. 462-463.

¹⁶ Sobre la importancia que ha tenido el TC en el desarrollo del derecho de la Unión Europea véase Antonio-Carlos PEREIRA MENAUT, *Sistema político y constitucional de Alemania. Una introducción*, pp. 111-127.

¹⁷ TC alemán (1974), 37 BVerfGE 271.

¹⁸ Sentencia citada en E.R LANIER, “Solange, farewell: The German Constitutional Court and the recognition of the Court of Justice of the European Communities as lawful judge”, p. 7

¹⁹ *Op. cit.*, pp. 10-11.

²⁰ TC alemán (1986), 73 BVerfGE 339.

²¹ TC alemán (1993), 2 BVR 2134/92.

²² Sentencia citada en Kevin D. MAKOWSKI, “Solange III: The German Federal Constitutional Court’s decision on accession to the Maastricht Treaty on European Union”, p. 169.

Esta decisión no ha estado exenta de críticas. Según De Miguel Bárcena, con este fallo dicha Magistratura quiso evitar que se profundizara el proceso de integración de la Comunidad fundado en el “activismo judicial europeo”²³. Martínez Estay sostiene:

“la creación masiva de mecanismos supranacionales de derechos humanos, no puede suponer la renuncia de las comunidades políticas a defender aquellos elementos básicos en los que se funda cada una de ellas”²⁴.

Admite la posibilidad que en casos graves el Estado podría no dar cumplimiento a las resoluciones de organismos internacionales. Y, si bien la Convención de Viena señala en su artículo 26 que los tratados deben cumplirse de buena fe y el artículo 27 sostiene que el Estado contratante no podrá ampararse en su derecho interno para no cumplir el tratado, la misma Convención en su artículo 46 prescribe

“que un Estado sí puede excusarse de cumplir un tratado si de cumplirlo resultase una violación manifiesta de una norma de importancia fundamental para el derecho interno”²⁵.

Con el objetivo de poder solucionar estos problemas, Weiler propone crear un Consejo Constitucional de la Comunidad, el cual tendría atribuciones en cuestiones de competencia. Ningún Estado tendría derecho a vetar sus decisiones. De Miguel Bárcena se manifiesta contrario a la propuesta de Weiler y sostiene que los TC nacionales no estarían dispuestos a entregar sus competencias en estas materias²⁶. Nosotros coincidimos con este último autor. Nos parece una solución poco realista la opción planteada por Weiler, teniendo presente el pluralismo jurídico, político y cultural que existe entre los distintos Estados contratantes de la Unión Europea²⁷.

²³ JOSU DE MIGUEL BÁRCENA, “Justicia constitucional e integración supranacional: cooperación y conflicto en el marco del constitucionalismo pluralista europeo”, p. 97. En relación con este mismo tema, el profesor Richard Stith ha calificado al TJUE como una “incomparable Corte activista”. Véase RICHARD STITH, “Securing the rule of law through interpretive pluralism: An argument from comparative Law”, p. 421. La traducción es nuestra.

²⁴ JOSÉ IGNACIO MARTÍNEZ ESTAY, “Constitución y fuentes del derecho”, p. 364.

²⁵ *Ibid.*

²⁶ DE MIGUEL BÁRCENA, *op. cit.*, p. 102.

²⁷ En todo caso, el mismo Weiler advierte que si no se respetan las “sensibilidades constitucionales de cada Estado Miembro (...) solo podemos esperar más Decisiones Maastricht”. Véase JOSEPH H.H. WEILER, “Epilogue: The judicial après nice”, p. 221. La traducción es nuestra.

III. El margen de apreciación en la jurisprudencia de la Comisión y Corte IDH

La Comisión y la Corte IDH aparentemente han sido reacias en acoger los principios de margen de apreciación. Núñez Poblete sostiene que ambas “han sido más activistas que deferentes frente a los ordenamientos internos”²⁸. Benavides Casals señala que la Corte IDH se distingue

“del TEDH que ha elaborado una teoría del orden público europeo y de acuerdo a él, entre otros, aplica o no el consenso y el margen de apreciación de los estados, la Corte, por su parte no ha elaborado una teoría de un orden público propiamente interamericano, tendiendo más bien a la universalidad y a ver un consenso universal aplicado a su jurisprudencia, al utilizar expresiones tales como el *corpus iuris internacional*”²⁹.

El profesor Cançado Trindade reconoce que

“afortunadamente tal doctrina³⁰ no ha encontrado un desarrollo paralelo explícito en la jurisprudencia bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos”³¹.

Si bien la jurisprudencia de la Comisión y de la Corte IDH, en general, no hacen referencia explícita al principio de margen de apreciación, hay excepciones. En el caso Cristián Sahli y otros *v.* Chile, la Comisión resolvió:

“lee el artículo 12 (el derecho a la libertad de conciencia) conjuntamente con el artículo 6(3) (b) de la Convención Americana interpretando que reconocen expresamente el derecho a la condición de objetor de conciencia en los países en que dicha condición esté reconocida en su legislación interna. En Chile, la condición de objetor de conciencia no está reconocido en la leyes nacionales, por lo cual el Estado argumenta que no está obligado a otorgarla”³² (cons. 97).

²⁸ Manuel NÚÑEZ POBLETE, “Introducción al concepto de identidad constitucional y a su función frente al derecho supranacional e internacional de los derechos de la persona”, p. 352.

²⁹ María Angélica BENAVIDES CASALS, “El consenso y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos”, p. 308. Lo destacado es de la autora.

³⁰ Se refiere al margen de apreciación, doctrina que califica como “fórmulas nebulosas (...) desprovisto de contenido verdaderamente jurídico”. Véase Antonio CANÇADO TRINDADE, *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*, p. 401.

³¹ CANÇADO CRINDADE, *op. cit.*, p. 389.

³² COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2005), Informe 43/05: caso 12.219.

En *Ulloa y otros v. Costa Rica*³³, la Corte IDH determinó que el derecho de recurrir de una sentencia, consagrado en el artículo 8.2 letra h) del Pacto de San José

“debe ser un recurso ordinario eficaz mediante el cual un juez o tribunal superior procure la corrección de decisiones jurisdiccionales contrarias al derecho. Si bien los Estados tienen margen de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho a recurrir del fallo” (cons. 161).

Finalmente, en el caso de *Karen Atala y Niñas v. Chile*³⁴ la Corte IDH, en nuestra opinión, utilizando un concepto bastante discutible sobre interpretación evolutiva de los tratados internacionales, habría creado una nueva categoría de discriminación en base a la condición social (la “orientación sexual”), señalando:

“la Corte resalta que la presunta falta de consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerada como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido. El hecho de que ésta pudiera ser materia controversial en algunos sectores o países, y que no sea necesariamente materia de consenso, no puede conducir al Tribunal a abstenerse de decidir” (cons. 92).

La única referencia al margen de apreciación se encuentra en el voto parcialmente disidente del juez Alberto Pérez Pérez, quien sostuvo que en materia de definición de lo que es familia es “más necesario reconocer *un margen de apreciación nacional*”³⁵.

IV. El consenso y su relación con el margen de apreciación

A. LA IMPORTANCIA DEL CONSENSO COMO ELEMENTO DEL MARGEN DE APRECIACIÓN

Uno de los aspectos más polémicos que genera el concepto de margen de apreciación es el consenso, puesto que se ha entendido que en la medida que no exista acuerdo entre los países contratantes sobre la existencia o

³³ CORTE IDH, (2004): caso 12.367.

³⁴ *Op. cit.*, (2012): caso 12.502.

³⁵ Lo destacado es del autor.

regulación de un derecho, se debería respetar el margen de apreciación. Es decir, se debe permitir que los Estados los regulen sin que los tribunales internacionales puedan resolver estos temas.

Existen diversas justificaciones para sostener que el consenso, o la falta de éste, pueden ser utilizados como mecanismo para determinar el margen de apreciación. En primer lugar no se puede ignorar que la redacción de los tratados internacionales que versan sobre materias de derechos humanos pueden contener enunciaciones ambiguas sobre los derechos fundamentales, y en consecuencia se producirían divergencias en la forma en que se le debe dar contenido a estos derechos³⁶.

En segundo término, existe relación entre el silencio de los tratados sobre derechos humanos y el consenso como criterio de margen de apreciación. A este respecto, el profesor Núñez Poblete sostiene que los efectos de estos tratados son distintos que los que generan el derecho interno, “– al menos en principio– no hay en nuestro sistema impedimentos positivos para reconocer derechos no positivados”³⁷. En cambio, en el caso de los convenios internacionales de derechos humanos no se podría proceder de la misma manera, pues si bien se puede recurrir a un criterio evolutivo de interpretación, se debe tener presente que “pretender que el tratado dice algo allí donde guarda silencio es tan grave como subvertir el significado de sus palabras”³⁸.

B. CRITERIOS PARA DEFINIR EL MARGEN DE APRECIACIÓN

Los problemas antes explicados nos llevan a intentar determinar cuáles son los criterios que se pueden utilizar en el caso concreto para definir el margen de apreciación. Barbosa Delgado sostiene que si se trata de derechos

“civiles o políticos existirá un control estricto del margen nacional de apreciación, mientras que si es de naturaleza social, económica o cultural, el control judicial internacional será laxo”³⁹.

³⁶ En este sentido, es interesante citar el denominado Caso Carolina, en el cual el TC germano rechazó la reclamación de Carolina de Mónaco, en relación a que la publicación de fotos sobre sus actividades personales eran una violación de su vida privada. Por el contrario, el TEDH acogió la demanda, señalando que la princesa no ocupaba cargos públicos en Mónaco y por lo tanto los medios alemanes no tenían derecho a publicar fotos de aquellos ámbitos que ella consideraba parte de su vida íntima. TEDH (2004), caso 59320/00.

³⁷ Manuel NÚÑEZ POBLETE, “La función del derecho internacional de los derechos de la persona en la argumentación de la jurisprudencia constitucional. Práctica y principios metodológicos”, p. 512.

³⁸ NÚÑEZ POBLETE, “La función...”, *op. cit.*, p. 512

³⁹ FRANCISCO R. BARBOSA DELGADO, “Los límites a la doctrina del margen de apreciación nacional en el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: intervención judicial en torno a ciertos derechos de las minorías étnicas y culturales”, p. 117.

Núñez Poblete opina que materias como el derecho a la vida del que está por nacer, la eutanasia y el matrimonio homosexual deberían quedar dentro del margen de apreciación, toda vez que no existe consenso internacional en cómo solucionar estos temas⁴⁰.

Diversos autores⁴¹ e incluso jueces integrantes del TEDH han reconocido los dilemas generados por la falta de objetividad y de certeza jurídica del margen de apreciación. En el caso de las “leyes lingüísticas”, el juez Wold señaló:

“Los derechos humanos garantizados son derechos absolutos, que no pueden ser objeto de regulación por separado de los Estados salvo si expresamente lo establece la Convención y bajo las condiciones que la Convención haya establecido”.

A pesar de las críticas que ha tenido el principio de margen de apreciación, éste ha sido defendido por constituir una fórmula que en definitiva ha reconocido la diversidad cultural que existe en Europa, sobre todo teniendo presente, como sostiene García Roca, que la misma Convención Europea de Derechos Humanos señala en su preámbulo que el objeto de la creación del Consejo de Europa es “realizar una unión más estrecha entre sus miembros”⁴². Shany incluso ha llegado a reconocer que este principio se aviene con las leyes de derecho internacional que “sacrifican la certeza legal por el pluralismo”⁴³.

En definitiva, el problema del relativismo del cual adolecería el margen de apreciación⁴⁴ nos lleva a intentar buscar otras formas de solución⁴⁵. Una

⁴⁰ NÚÑEZ POBLETE, “La función...”, *op. cit.*, pp. 519-520.

⁴¹ Véase en Néstor P. SAGÜES, “Las relaciones entre los tribunales internacionales”, p. 219, y Murat TÜMAY, “The ‘margin of appreciation doctrine’ developed by the case law of the European Court of Human Rights”, p. 214.

⁴² Véase GARCÍA ROCA, *op. cit.*, p. 132.

⁴³ Yuval SHANY, “Toward a general margin of appreciation doctrine in international law?”, p. 939. La traducción es nuestra.

⁴⁴ La falta de certeza en el reconocimiento y protección de los derechos humanos se deduce también de la jurisprudencia del TEDH. En *Schalk y Kopf vs Austria* éste señaló: “los Estados todavía son libres (...) para restringir el acceso al matrimonio a parejas de sexo diferente” (cons. 108). A partir de esta expresión, podemos deducir que el TEDH estaría anticipando que en casos futuros podría no respetar el margen de apreciación en materia de matrimonio homosexual.

⁴⁵ No se debe olvidar que estamos ante derechos fundamentales, que en esencia son universales, inmutables e inalienables, por lo tanto su protección más profunda no puede variar sustancialmente según la realidad política o social. En este sentido, Benavides Casals señala que es “de la esencia de los sistemas de protección de los derechos humanos el respeto y protección de los derechos de las minorías”. Véase BENAVIDES CASALS, *op. cit.*, p. 299.

de ellas es que sería aconsejable evitar que los instrumentos internacionales contengan declaraciones ambiguas relativas al contenido de un derecho. También podría ayudar si se reforzara el principio de “identidad constitucional y cultural” como criterio de los tribunales internacionales. Esta fórmula fue utilizada en “Internationale Handelsgesellschaft”⁴⁶ y “Nold”⁴⁷, en los cuales el TJUE tuvo en consideración la tradición cultural común y la forma en que el Estado Alemán protege las garantías fundamentales, manteniendo un grado de deferencia con el derecho interno. Ripol Carulla sostiene que debe haber un “diálogo”⁴⁸ entre los tribunales internacionales e internos. Weiler⁴⁹ agrega que los tribunales internos e internacionales no se pueden ver como enemigos, sino que debe imperar la cooperación.

V. El margen de apreciación, y la interpretación de los tratados internacionales

El tema del margen de apreciación hace necesario que analicemos los criterios de interpretación de los tratados internacionales establecidos en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. En el caso de *Shalk y Kopf v. Austria*, el TEDH hace referencia a los elementos que permiten interpretar los tratados, y sostiene que si se analiza el artículo 12 de la Convención Europea de los Derechos Humanos –de manera aislada– se podría concebir que ésta permite el matrimonio homosexual. Sin embargo, señala que cuando la Convención se refiere a los derechos usa los vocablos

“‘todos’ o sostiene que ‘nadie’ debe estar sometido a ciertos tipos de tratados prohibidos. La elección del vocablo que utiliza el artículo 12 debe entenderse como deliberada. Es más, se debe hacer referencia al contexto histórico en que la Convención fue adoptada. En la década de 1950 el matrimonio era claramente entendido en su concepción tradicional de ser una unión entre parejas de distinto sexo” (cons. 55).

Los jueces Malinverni y Klover señalan en su voto concurrente que el significado ordinario del artículo 12 de la Convención Europea de De-

⁴⁶ TJUE (1970): caso 11/70.

⁴⁷ TJUE (1974): caso 4/73.

⁴⁸ Véase RIPOL CARULLA, *op. cit.*, p. 69.

⁴⁹ Véase Joseph H.H. WEILER, “Fundamental rights and fundamental boundaries: in the conflicts of standards and values in the protection of human rights in the european legal space”, p. 124.

rechos Humanos es reconocer el derecho a contraer matrimonio, en el entendido que éste se celebra entre un hombre y una mujer. Agregan que el “artículo 12 asocia el derecho a casarse con el de fundar una familia”.

Otro criterio que se ha utilizado para la interpretación de tratados ha sido el evolutivo o dinámico. Jacobs y White sostienen: “la interpretación de la Convención debe ser ‘dinámica’ en el sentido que se debe interpretar a la luz del desarrollo de actitudes sociales y políticas”⁵⁰. En nuestra opinión, el intérprete de los tratados internacionales debe tener presente los cambios que se hayan producido desde la dictación de éstos instrumentos, especialmente en el ámbito de la tecnología. Por ejemplo, la determinación del contenido del derecho a la honra y expresión no puede ignorar los avances en Internet. Tampoco se puede abordar el derecho a la vida del que está por nacer sin tener en consideración los avances científicos que ha habido en este campo, sobre todo en el de la genética⁵¹.

Es menester señalar que el criterio de interpretación evolutivo o dinámico fundado en los avances científicos puede ser utilizado, en nuestra opinión, cuando el tratado contiene enunciaciones o preceptos ambiguos, mas no para que un tribunal internacional se sustraiga de la aplicación de la norma expresa⁵². Además la interpretación dinámica de los tratados no puede llevar al intérprete a desconocer su sentido o intentar crear nuevos derechos a partir de interpretaciones a veces torcidas o demasiado amplias de derechos ya existentes en la Convención⁵³.

Lo planteado anteriormente ha sido discutido por la jurisprudencia y la doctrina. Así, el juez Fitzmaurice en el caso *Golder*⁵⁴, sostiene que el TEDH no puede “traspasar al área que podría bordear la legislación

⁵⁰ FRANCIS G. JACOBS & ROBIN C.A. WHITE, *The European Convention on Human Rights*, p. 31. La traducción es nuestra.

⁵¹ A este respecto, los jueces Mularoni y Stráznická, en su voto disidente en el caso *Vo v. Francia* señalan que si bien los “travaux préparatoires” de la Convención Europea de Derechos no señalan que el art. 2° de la Convención se puede aplicar a los no nacidos, se debe tener presente los avances que ha habido desde década de los años 50 en estas materias. Consideran que el art. 2° de la Convención “debe ser interpretado de manera evolutiva para que los grandes peligros que actualmente enfrenta la vida humana puedan ser confrontados”.

⁵² En el caso *Artavia Murillo y otros v. Costa Rica*, la CIADH utilizó como criterio de interpretación evolutivo del artículo 4 N°1 del Pacto de San José: “i) los desarrollos pertinentes en el derecho internacional y comparado respecto del estatuto legal del embrión, y ii) las regulaciones y prácticas en el derecho comparado en relación con la FIV” (cons. 246). Esta interpretación se lleva a cabo contra el contenido expreso del artículo 4 N°1 que protege la vida del que está por nacer, en general, desde la concepción. CIADH (2012): caso 12.361.

⁵³ Por ejemplo, el “derecho al aborto” como una extensión del derecho a la vida privada. Volveremos sobre este punto.

⁵⁴ TEDH, (1975): caso 4451/70.

judicial” y la Convención “no puede ser interpretada para proveer más de lo que contiene”, teniéndose presente además que las normas de una Convención emanan de un consentimiento mutuo entre Estados y no de organismos soberanos, por lo tanto debe “limitarse a lo que se ha acordado o lo que se puede presumir apropiadamente que se acordó”. Núñez Poblete sostiene que una de las desconfianzas hacia los sistemas jurídicos internacionales es el activismo judicial, lo cual

“deteriora en mayor o menor medida la legitimidad misma del Derecho internacional, al tiempo que sacrifica las posibilidades de los legisladores y jueces internos para configurar la solución más justa a las particularidades del caso”⁵⁵.

VI. *El principio de margen de apreciación y el derecho a la vida del que está por nacer ante las cortes internacionales*

A. TEDH

Existen diversos fallos del TEDH en los que se hace referencia al principio de margen de apreciación de los Estados contratantes de la Carta Europea de los Derechos Humanos de 1950 y los derechos del nonato⁵⁶. El problema es que se presentan contradicciones cuando se intenta definir cuáles son aquellas áreas que quedan dentro del margen de apreciación, ya que las sentencias del TEDH no han sido homogéneas y no ayudan a determinar el estatuto jurídico del embrión.

Los criterios utilizados para delimitar el margen de apreciación de los Estados contratantes en los casos de aborto son los siguientes:

1) El consenso

En el caso *Vo v. Francia*, el TEDH sostuvo que, debido a diferencias de diversa índole entre los Estados europeos, no hay consenso respecto de cuándo comienza la vida o las normas que se deben aplicar al embrión, por lo tanto, estas materias quedan dentro del margen de apreciación. En relación al que está por nacer, declaró:

⁵⁵ NÚÑEZ POBLETE, “La función...”, *op. cit.*, p. 505.

⁵⁶ Véase las sentencias TEDH, *Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland* (1992): caso 64/1991. TEDH *Vo v. France* (2004): caso 53924/00. TEDH, *Tysiack v. Poland* (2007): caso 5410/03. TEDH, *A, B and C v. Ireland* (2010): caso 25579/05. TEDH, *R.R v. Poland* (2011): caso 27617/04.

“La Corte está convencida que ni es deseable, ni siquiera posible (...) de responder en abstracto la pregunta si el no nacido es una persona para los propósitos del artículo 2 de la Convención”⁵⁷ (cons. 85).

Sin embargo, agrega: “ellos están comenzando a recibir algo de protección a la luz de los progresos científicos” (cons. 84) y estima que se puede establecer que hay consenso que “el embrión/feto pertenece a la raza humana”. (con. 84). En definitiva, el TEDH establece que el que está por nacer pertenece a la raza humana, pero no deja en claro si se le debe reconocer el derecho a la vida consagrado en el artículo 2° de la Convención.

En el caso de *A, B y C v. Ireland*, rechaza la demanda de A y B, toda vez que las solicitantes requieren un “aborto a petición”, y en opinión del TEDH esta materia se mantiene dentro del margen de apreciación de Irlanda, aunque la mayoría de los países europeos tienden a permitirlo.

Las decisiones del TEDH en materia de aborto no han sido unánimes, y existen votos disidentes que son interesantes de mencionar. En *Open Door* el juez Blaney manifiesta que el derecho del que está por nacer es un derecho humano. En *Tysiak v. Poland* el juez Borrego señala:

“Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos. Hoy, la Corte ha decidido que un ser humano nació como resultado de una violación de la Convención Europea de Derechos Humanos. De acuerdo a este razonamiento, hay un niño polaco, que actualmente tiene seis años de edad, cuyo derecho a nacer contradice la Convención. Nunca me hubiera imaginado que la Convención iría tan lejos, y lo encuentro aterrador”.

2) Identidad cultural

En el caso *A,B,C v. Irlanda*, el TEDH se refiere específicamente a este tema y procede a analizar el desarrollo de la legislación irlandesa en temas de aborto. Hace presente que las consultas populares que se han hecho en Irlanda ponen de manifiesto que el aborto es rechazado por el colectivo irlandés⁵⁸.

⁵⁷ Si analizamos este considerando a la luz del derecho chileno, se puede afirmar que el TEDH habría vulnerado el principio de inexcusabilidad establecido en el artículo 76 inciso 2° de la Constitución.

⁵⁸ Los jueces Rozakis, Tulkens, Fura, Hirvelä, Malinverni y Poalelungi disienten y señalan que si bien es afirmativo que existe una profunda convicción moral en Irlanda sobre el tema del aborto, ésta no puede ignorar el consenso europeo en esta materia, el cual es contrario a la postura de Irlanda.

3) La interpretación de los tratados internacionales y el margen de apreciación

La problemática de la interpretación de los tratados se presenta especialmente en las demandas presentadas ante el TEDH contra Polonia e Irlanda, en las que se alegan infracciones a presuntos derechos a los cuales la Convención no hace expresa mención.

Así, en R.R, *Tysiac y A, B y C*, reconoce que el tema de la protección de la vida del que está por nacer queda dentro del margen de apreciación de los países contratantes de la Convención. Sin embargo, en el primer y tercer caso antes indicado, sostiene que el margen de apreciación tiene relación con el deber de los Estados de tomar las medidas que equilibren los derechos de la madre y del niño que está por nacer. Específicamente, en *A, B, C y R.R*, determinó que una vez que el Estado contratante decide regular el aborto, debe hacerlo

“de manera coherente que permita los diferentes legítimos intereses involucrados de ser tomados adecuadamente en consideración y en acuerdo a las obligaciones derivadas de la Convención” (cons. 187 y 249 respectivamente).

El problema es que este mismo tratado no hace referencia al aborto, por lo tanto, el TEDH no aclara la forma en que los Estados contratantes deben regular un derecho conforme a lo establecido en la Convención, si tales obligaciones no están expresamente señaladas en el tratado.

En el caso de *C*, el TEDH vincula el derecho a la privacidad con el aborto, distinguiendo además los casos en que el Estado efectivamente tiene margen de apreciación para poder prohibirlo (aborto a elección, caso *A* y *B*) y en los cuales no tiene este derecho (aborto por riesgo de la salud de la madre, caso *C*) sin haber norma expresa de la Convención al respecto⁵⁹. En el mismo sentido, en *Tysiac*, el TEDH determinó que las leyes polacas relativas al aborto impiden que la mujer pueda ejercer el derecho a la privacidad reconocido en el artículo 8° de la Convención.

⁵⁹ Rey Martínez señala que en el caso *A, B, C* el TEDH “se niega expresamente a emplear un criterio interpretativo evolutivo y a considerar, en consecuencia, que se deriva del artículo 8° del Convenio la exigencia de que estatalmente se configure (aunque sea de modo más o menos restrictivo) la posibilidad de un aborto por razones de salud o de bienestar de la mujer embarazada”. Véase Fernando REY MARTÍNEZ, “¿Es el aborto un derecho en Europa? Comentario de la sentencia ‘A, B y C vs. Irlanda’, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, p. 298.

4) Las acciones positivas o negativas de los Estados para dar cumplimiento de los derechos de la Convención

El artículo 18 de la Convención señala:

“Las restricciones que, en los términos del presente Convenio, se impongan a los citados derechos y libertades no podrán ser aplicadas más que con la finalidad para la cual han sido previstas”.

Por lo tanto, los Estados tienen que llevar a cabo acciones positivas y negativas para lograr el máximo goce de los derechos reconocidos en la Convención. En A, B, C, el TEDH determinó: “Los principios aplicables para determinar las obligaciones negativas y positivas del Estado bajo la Convención son similares” (cons. 247) y agrega en R.R que no se ha definido cuales son los límites entre las acciones positivas y negativas y éstas tampoco han sido determinadas, sin embargo, debe haber una relación equilibrada

“entre los intereses individuales y los de la comunidad como un todo; y en ambos contextos el Estado goza un cierto de margen de apreciación” (cons. 189).

En ambos casos, el criterio de las acciones positivas y negativas de los Estados fue uno de los fundamentos por los cuales el TEDH sentenció que los países demandados no habían tomado las acciones necesarias para proteger el derecho a la privacidad de las mujeres para abortar, establecido en el artículo 8° de la Convención.

B. CORTE EUROPEA DE JUSTICIA

En *SPUC v. Grogan*⁶⁰, el grupo SPUC demandó a Stephen Grogan y a otros representantes de organizaciones estudiantiles por distribuir información en Irlanda sobre el lugar donde se ubicaban clínicas abortivas en países extranjeros y que son miembros de la Unión Europea. SPUC reclamó que la Constitución irlandesa protege la vida del que está por nacer y que el aborto no puede ser considerado un “servicio” en los términos del Tratado de la Comunidad por ser “groseramente inmoral e involucra la destrucción de la vida humana, específicamente del embrión” (cons. 19). El TJUE resolvió que el aborto es un servicio y puede ser “llevado a cabo en acuerdo con las leyes del Estado en el cual se realiza” (cons. 21).

⁶⁰ TJUE, (1991): caso 159/90. La traducción de las citas textuales de este fallo son nuestras.

En el presente caso, el TJUE declinó referirse a la dimensión moral del aborto reclamada por el grupo SPUC, señalando que “cualesquiera sean los méritos de esos argumentos en el plano moral” (cons. 20) no pueden tener influencia en la pregunta si el aborto es un servicio o no. Sin embargo, en nuestra opinión, implícitamente el TJUE reconoce el margen de apreciación de los Estados en estas materias, al declarar que el aborto es un servicio en la medida que las leyes internas lo reconozcan. Tampoco hizo un llamado expreso al Estado irlandés para despenalizar el aborto, con el objetivo de que los médicos irlandeses pudieran proveer este “servicio” a quienes lo requieran.

Pareciera que el criterio del TJUE podría haber sufrido una leve variación en el reciente fallo *Oliver Brüstle v. Greenpeace eV*⁶¹. En dicho caso, el Bundesgerichtshof de Alemania solicita la intervención del TJUE para que determine el sentido y alcance del artículo 6, apartado 2 letra c) de la Directiva 98/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de julio de 1998, relativo a la protección de invenciones tecnológicas.

El artículo 6° de la mencionada Directiva establece en su apartado 1 que no podrán patentarse aquellas “invenciones cuya explotación sea contraria al orden público y la moralidad”, considerándose como tales “la utilización de embriones humanos con fines industriales o comerciales” (apartado 2).

El TJUE resolvió que, si bien la Directiva en cuestión no establece qué es lo que se debe entender por “embrión humano”, éste tampoco autoriza a que dicho concepto sea definido por el derecho interno de cada Estado contratante. El TJUE reconoce que el concepto de “embrión humano” ha generado diversas controversias en los Estados miembros de la Unión, las cuales no está llamada a resolver, “sino que debe limitarse a una interpretación jurídica de las disposiciones pertinentes de la Directiva” (cons. 30).

“El contexto y finalidad de la Directiva revelan así que el legislador de la Unión quiso excluir toda posibilidad de patentabilidad en tanto pudiera afectar al debido respeto de la dignidad humana. De ello resulta que el concepto de ‘embrión humano’ recogido en el artículo 6, apartado 2, letra c) de la Directiva debe entenderse en sentido amplio” (cons. 34).

Para efectos de la Directiva debe entenderse por “embrión humano”

“todo óvulo humano, a partir de la fecundación (...) habida cuenta que de la fecundación puede iniciar el proceso de desarrollo de un ser humano” (cons. 35).

⁶¹ TJUE, (2011): caso 34/10.

En definitiva entiende que hay embrión humano desde el momento de la concepción.

Si bien el TJUE autorizó la investigación en embriones para fines terapéuticos y no hace referencia directa a la cuestión del aborto, consideramos que de todas maneras la sentencia Brüstle constituye un avance con respecto a lo resuelto en el fallo SPUC, pues prohibió un “servicio” que tiene relación directa con la afectación de la vida del que está por nacer. Además, hace un juicio de valor sobre la dimensión moral de la actividad económica en cuestión, materia sobre la cual se abstuvo de juzgar en el caso SPUC.

C. SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

1. Jurisprudencia relevante

En el sistema latinoamericano de protección de los derechos humanos el caso más importante que ha resuelto la Comisión en lo que se refiere al derecho a la vida del que está por nacer, ha sido el de “Baby Boy”⁶². En relación al artículo 4 N° 1 del Pacto de San José de Costa Rica, resolvió que conforme a la historia de dicha norma, no se puede colegir que la Convención no permita el aborto, pues al hablar de la protección “en general, desde el momento de la concepción”, los Estados podrían regular casos de aborto en su derecho interno. En este sentido, la Comisión –de manera implícita– estaría reconociendo que hay un margen de apreciación en esta materia. Lo anterior se ve ratificado con el voto concurrente del comisionado Andrés Aguilar, quien sostiene que la expresión “en general”

“fue finalmente aprobada como una fórmula compromiso, en que aun si es obvio que protege la vida desde el momento del nacimiento, deja a cada Estado el poder de determinar, en sus leyes domésticas, si la vida comienza y la garantiza desde el momento de la concepción o desde cualquier otro momento en el tiempo previo al nacimiento”⁶³.

En su voto disidente, el comisionado Gerardo Monroy sostiene que la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre reconoce el derecho a la vida. El problema es que el artículo 1° no señala cuándo se inicia, por lo tanto, para definir esta cuestión se debe recurrir a la ciencia, la cual indica que la vida comienza con la concepción, puesto que en ese momento queda determinada la carga genética de la persona, distinta a la

⁶² COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, (1981): caso 2141, Resolución 23/81, caso 2141 (Estados Unidos).

⁶³ La traducción es nuestra.

de su padre y madre. En este mismo sentido se manifiesta la disidencia del comisionado Demetrio Tinoco, quien funda su opinión en las explicaciones que a este respecto ha desarrollado el Dr. Jerome LeJeune⁶⁴.

En el caso *Artavia Murillo y otros v. Costa Rica*⁶⁵ los demandantes reclaman en contra del Estado de Costa Rica, porque la legislación interna no les permite concebir a sus hijos por medio de las técnicas de FIV en cuanto éstas no respeten la vida del que está por nacer desde la concepción. La Corte IDH, en un extenso fallo, sostuvo que existen dos opiniones científicas sobre el término ‘concepción’. La primera agota dicho proceso al instante en que se unen los gametos masculinos y femeninos, lo cual “da paso a una célula diferente y con la información genética suficiente para el posible desarrollo de un ‘ser humano’” (cons. 186) y la segunda teoría señala que dentro del concepto de concepción se debe incluir el de implantación. La Corte IDH, en el mismo considerando declara: “lo cierto es que si dicho embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer sus posibilidades de desarrollo son nulas” (cons. 189) y, por lo tanto, esta última debe ser la interpretación que se le debe dar al término ‘concepción’, señalado en el artículo 4 N° 1 del Pacto de San José. En cuanto al sentido y alcance de la expresión

“‘en general’ permite inferir ciertas excepciones a una regla, pero la interpretación según el sentido corriente no permite precisar el alcance de dichas excepciones” (cons. 189)⁶⁶.

El fallo fue aprobado con el voto disidente del juez Vio Grossi, quien funda su opinión señalando:

“los comentarios incluidos en este voto disidente se han hecho considerando no lo que el intérprete desea, sino lo que el Derecho expresa”.

Agrega que a la Corte IDH le compete determinar el sentido y alcance del Pacto de San José y no “la función normativa, la que le corresponde a

⁶⁴ De manera similar, se pronunciará la Corte Suprema de Chile (2001): rol 2186-01, cons. 12, 17 y 18 y el TC de Chile (2008): rol 740-07, cons. 50. Ambos procesos se refieren a la denominada “píldora del día después”.

⁶⁵ Véase Álvaro PAÚL DÍAZ, “La Corte Interamericana in vitro: comentarios sobre su proceso de toma de decisiones a propósito del caso *Artavia*”, pp. 303-345.

⁶⁶ En este tema la Corte IDH se contradice, pues más adelante declara: “Es posible concluir de las palabras ‘en general’ que la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición no es absoluta, sino es gradual e incremental según su desarrollo” (cons. 264). Es difícil determinar qué quiere decir con esto la Corte IDH, pero pensamos que podría pretender afirmar que a mayor desarrollo del embrión, mayor será la protección legal que se le deba dar.

los Estados, únicos habilitados para eventualmente” reformar dicho Pacto. Con respecto a la interpretación del artículo 4° N° 1 señala:

“el término ‘concepción’ empleado por el artículo 4.1 de la Convención jurídicamente debería ser interpretado, más allá de cualquier otra consideración, como la fecundación del óvulo por el espermatozoide. Eso fue y no otra cosa, en lo que se convino en 1969, al suscribirse la Convención y ese es todavía jurídicamente el sentido de tal término”.

Agrega que la mayor parte de la medicina también lo reconoce así. “Con esto no se está sosteniendo que lo que exprese la ciencia médica no deba ser tenido en cuenta, sino que ello lo debe hacer en la medida que el Derecho lo incorpore en su acervo”.

Finalmente, y en relación con el tema del margen de apreciación, es menester hacer presente que el Estado demandado alegó dicho principio, pero el fallo de la Corte IDH no lo acogió. Probablemente la única alusión relevante en este tema fue expresada por los votos concurrentes del juez García –Sayán y la jueza Abreu Blondet, quienes sostuvieron que la Corte IDH

“como es su práctica constante deja en manos de las autoridades locales el conjunto de decisiones sobre la naturaleza y alcance de las medidas necesarias para garantizar, progresivamente, lo pertinente respecto al conjunto de técnicas asociables a diversas modalidades de la FIV entre las cuales las autoridades deberán ejercer una clara y debida regulación”.

2. Sentido y alcance de la expresión del artículo 4° N° 1 de la Convención Interamericana relativo a la expresión “en general, desde la concepción”

Las resoluciones de la Comisión en el caso Baby Boy y de la Corte IDH en Murillo Artavia hacen necesario dilucidar el sentido y alcance de la expresión “en general, desde la concepción”. Zampas y Gher opinan que la resolución del caso Baby Boy no imposibilita que se puedan dictar leyes que liberalicen el aborto⁶⁷. Medina Quiroga señala que el artículo 4 N° 1 del Pacto de San José “no impide la facultad de los Estados de permitir el aborto en las circunstancias que ellos determinen”⁶⁸. En su opinión, para definir el sentido de dicha norma hay que partir de dos premisas: en primer lugar

⁶⁷ Véase Jaime GHER y Christina ZAMPAS, “Abortion as human right-international and regional standards”, p. 267.

⁶⁸ Cecilia MEDINA QUIROGA, *La Convención Americana: teoría y jurisprudencia, vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*, p. 73.

“la madre es una persona tanto en el ordenamiento jurídico de los Estados partes de la Convención como frente a la Convención misma y que, por consiguiente, es titular de todos los derechos humanos consagrados en ese tratado. La segunda es que el feto que no ha sido extraído del vientre de la madre, es dependiente de ésta, no es una persona, y por lo tanto, no puede tener derechos por sí mismo, sino que sólo a través de ésta”⁶⁹.

Si se protege la vida “en general, desde el momento de la concepción”, podemos concluir que existen excepciones a la regla general. Pero el problema es determinar cuáles serían aquéllas que se avienen con el principio interpretativo *pro homine* de protección de la vida humana. Paúl Díaz trata extensamente esta cuestión y concluye:

“los redactores de la Convención no quisieron permitir las forma de aborto aceptadas en las legislaciones como la brasileña y estadounidense de aquel entonces. Por ello (...) la frase ‘en general’ permite sólo excepciones al derecho a la vida del *nasciturus*⁷⁰ que sean aceptadas en legislaciones que prohíben el aborto directo. Estos sistemas legales consideran como no sancionables aquellas terminaciones del embarazo que resulten de la aplicación del principio del doble efecto, es decir, los abortos indirectos”⁷¹.

La muerte el embrión sería un efecto no querido, pero previsible. No hay una acción directa que tenga por objeto causar el aborto.

Esta forma de entender el artículo 4 N° 1

“no le faltará el *respeto*⁷² al *nasciturus*⁷³, ya que no permite acciones dirigidas directamente en su contra. Sin embargo, al mismo tiempo admite situaciones en que la protección de la vida del *nasciturus*⁷⁴ no se garantice, ya que el no nacido puede perecer cuando la madre requiera someterse a ciertos tratamientos para salvar su propia vida”⁷⁵.

Por lo tanto, el derecho a la vida del que está por nacer

“se encuentra en igualdad de condiciones con el de su madre, por lo que sólo serían permisibles aquellas excepciones que no involucren un ataque directo a su persona”⁷⁶.

⁶⁹ MEDINA QUIROGA, *op. cit.*, p. 74.

⁷⁰ Lo destacado es del autor.

⁷¹ Álvaro PAÚL DÍAZ, “Estatus del no nacido en la Convención Americana: un ejercicio de interpretación”, p. 99.

⁷² Lo destacado es del autor.

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ PAÚL DÍAZ, “Estatus...”, *op. cit.*, p. 102.

⁷⁶ *Op. cit.*, p. 102

Nosotros concordamos con la interpretación propuesta por Paúl Díaz, puesto que ésta pareciera ser la que más se aviene a los principios de interpretación de los preceptos del Pacto de San José de Costa Rica favorables a la vida humana sin discriminación. El problema de los argumentos de Zamps, Gher y Medina Quiroga es que el Pacto de San José es un tratado internacional que versa sobre derechos humanos y por lo tanto, no sería razonable que éste reconozca un derecho que posteriormente no será amparado y protegido, como es en este caso, el derecho a la vida del que está por nacer⁷⁷. El mismo encabezado del artículo 4 N°1 hace referencia al derecho “de toda persona”. Además y tal como sostiene Benavides Casals, el hecho de encontrarnos con leyes que regulan el aborto demuestra que “existe por tanto un derecho del no nacido”⁷⁸.

VII. La soberanía y el margen de apreciación

El concepto de soberanía es amplio y ha sufrido cambios a través del tiempo. Pereira Menaut señala que ésta se caracterizaría por

“ser un poder absoluto, no estar atada a nada, no reconocer superior, carácter originario, monismo, exclusividad (la soberanía es excluyente: dos soberanías son incompatibles), centralidad (centro del que fluye todo poder y toda función pública), perpetuidad, ilimitación de materia, inapelabilidad e irresistibilidad”⁷⁹.

Sin embargo, el mismo autor es crítico de este concepto de soberanía y sostiene que ningún Estado ha sido soberano, por lo menos, no en los términos señalados anteriormente⁸⁰. Martínez Estay sostiene que la regulación de los derechos humanos a nivel internacional y la aparición de organismos supranacionales han contribuido a esta cuestión⁸¹.

En relación con el tema del margen de apreciación, podría plantearse que dicha doctrina implica un respeto por la soberanía del Estado. García Roca señala que “la idea de la soberanía ‘nacional’ (en el sentido de ‘es-

⁷⁷ En esta misma contradicción incurre la Corte IDH en el caso Murillo Artavia, señalando que “La Corte ha utilizado los diversos métodos de interpretación, los cuales han llevado a resultados coincidentes en el sentido que el embrión no puede ser entendido como persona para efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana” (cons. 264).

⁷⁸ BENAVIDES CASALS, *op. cit.*, p. 308.

⁷⁹ Antonio-Carlos PEREIRA MENAUT, *Política y derecho*, p. 235.

⁸⁰ *Op. cit.*, p. 235.

⁸¹ Véase MARTÍNEZ ESTAY, *op. cit.*, pp. 354-355.

tatal’) en todo caso subyace bajo el denominado ‘margen de apreciación nacional’⁸².

En el caso de la Unión Europea la integración supone la transferencia de soberanía. González Pascual señala que los países que la integran “han cedido derechos soberanos que la UE posee de manera autónoma”⁸³. Núñez Poblete concuerda con esta afirmación y agrega que esto

“no sólo se manifiesta en el consentimiento necesario para que el órgano supranacional dicte ciertas reglas que afecten al Estado o a sus gobernados, sino también en la abdicación del derecho a controlar *toda*⁸⁴ norma que se aplique en el ámbito interno”⁸⁵.

Sin embargo, y en definitiva, subsiste la pregunta de si los Estados contratantes de un tratado internacional deben aplicar de forma automática las resoluciones adoptadas por organismos jurisdiccionales internacionales. Pareciera ser que el TC alemán, conforme a lo establecido en el caso Brunner, ya habría resuelto esta cuestión. Además, la misma Magistratura sostuvo en 2009, con respecto al tratado de Lisboa⁸⁶, que la Constitución alemana autoriza abrir la soberanía estatal a la “cooperación pacífica de las naciones y hacia la integración Europea” (cons. 220)⁸⁷. Es un “compromiso que asegura la paz y fortalece las posibilidades de dar forma a políticas por medio de acción conjunta” (cons. 220)⁸⁸. Pero el mismo Tribunal señala que la aprobación de dicho tratado no significa que las disposiciones constitucionales germanas quedarán sin efecto y menos que a esta Magistratura ya no le sea posible velar por “la identidad constitucional y la protección alemana de los derechos fundamentales”⁸⁹ (cons. 331). De lo anterior se deduce que no se podría entender que la doctrina del TC alemán acoja el concepto clásico de soberanía, pero, por otra parte, no está dispuesto a aceptar que la normas internacionales estén –de manera automática– por sobre la Carta Fundamental germana.

⁸² GARCÍA ROCA, *op. cit.*, p. 118.

⁸³ Maribel GONZÁLEZ PASCUAL, *El Tribunal Constitucional alemán en la construcción del espacio europeo de los derechos*, p. 125.

⁸⁴ Lo destacado es del autor.

⁸⁵ Manuel NÚÑEZ POBLETE, *Integración y Constitución. Desafíos para la justicia constitucional europea y sudamericana*, pp. 84-85.

⁸⁶ Tribunal Constitucional alemán (2009): caso 2BvE 2/08, 30. La traducción es nuestra.

⁸⁷ *Ibid.*

⁸⁸ *Ibid.*

⁸⁹ *Ibid.*

Por su parte el TJUE ha defendido la superioridad de las normas internacionales, por sobre las internas. Así, en el caso *Van Gend and Loos*⁹⁰, determinó que son destinatarios de las normas comunitarias tanto los Estados como las personas de dichos países. En *Costa v. Enel*⁹¹ señala que el espíritu de la entonces CEE hace que no sea posible que cada Estado determine cómo aplica el Tratado de Roma. En *Simmenthal*, resolvió que el juez del país contratante se encuentra en la obligación de aplicar la ley de la CEE y si entra en conflicto con una norma interna, el juez tiene que dejar de aplicar esta última sin que sea necesario esperar la opinión al respecto de los órganos legales o constitucionales⁹².

El respeto por la soberanía interna del Estado ha sido ambivalente en los fallos del TEDH, habiendo diferencias entre lo resuelto en los casos de Irlanda *v.* Reino Unido o en *Lautsi v. Italia* y los fallos *Open Door y R.R.* En el tercer caso el TEDH determinó que los medios utilizados por la legislación irlandesa destinados a proteger la vida del que está por nacer eran ineficaces para conseguir dicho fin⁹³ y en cuanto a R.R. presumió que la forma en que Polonia regula el aborto produce miedo en los doctores polacos para realizarlos, y por lo tanto, deberían modificar sus leyes para que los médicos no se sientan atemorizados si los llevan a cabo.

Finalmente con respecto a los sistemas americanos, Núñez Poblete reconoce que estos han sido reacios en incluir disposiciones constitucionales que autoricen a los Estados a celebrar acuerdos que permitan transferir soberanía, tal como ha sucedido en el caso europeo⁹⁴. El mismo autor hace presente también que en general, cuando se produce un conflicto entre la aplicación de un tratado internacional y la Carta Fundamental, se prefiere aplicar las normas constitucionales⁹⁵. A este respecto, concordamos con el autor y pensamos que la realidad jurídica chilena, especialmente en lo relativo a la jurisprudencia del TC, ha sido un fiel reflejo de esta situación.

En el fallo sobre el Tratado de Roma que creó la Corte Penal internacional⁹⁶, el TC estableció que los tratados internacionales se encontraban afectos al control de constitucionalidad, ya sea a través de un procedimiento a priori llevado a cabo por el TC o a posteriori, por medio del reque-

⁹⁰ TJUE, (1963): caso 26/62.

⁹¹ *Op. cit.*, (1964): caso 6/64.

⁹² *Op. cit.*, (1978): caso 106/77, 9 de marzo de 1978.

⁹³ En su disidencia, los jueces Pettiti, Russ, Russo, López Rocha y Bigi señalan que el tema del aborto pertenece al ámbito de las leyes criminales y por lo tanto, conforme a los principios de soberanía y margen de apreciación, el Estado irlandés no habría vulnerado el artículo 10° de la Convención.

⁹⁴ NÚÑEZ POBLETE, *Integración...*, *op. cit.*, pp. 94-95.

⁹⁵ *Op. cit.*, p. 108.

⁹⁶ TC de Chile, (2002): rol 346-02.

rimiento de inaplicabilidad⁹⁷. Agrega que si los tratados internacionales que versan sobre derechos humanos estuvieran por encima de la Carta Fundamental, se podría llegar al absurdo de aceptar que ésta podría ser reformada con un quórum menor a los establecidos por el constituyente en el capítulo XIV⁹⁸ de dicho texto legal. En definitiva, el TC señala en la parte resolutive de la sentencia:

“el Tratado que contiene el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, materia de estos autos, para su aprobación por el Congreso Nacional y su posterior ratificación por el Presidente de la República, requiere de una reforma constitucional previa”.

En el año 2005, la ley de reforma constitucional N° 20.050 otorgó al TC la facultad de conocer de los requerimientos de inaplicabilidad y crea la acción de inconstitucionalidad, para el caso que un precepto haya sido declarado previamente inaplicable. Producto de dicha reforma, fue menester que se procediera modificar la ley N° 17.977, Orgánica Constitucional del TC, la cual incorporaría los nuevos procedimientos establecidos en la Carta Fundamental.

La reforma antes mencionada fue aprobada por el Congreso y remitida al TC para que este llevara a cabo un control preventivo sobre el proyecto de ley⁹⁹, el cual en su artículo 47 letra G N° 4 establecía que los tratados internacionales no podían ser objeto de requerimiento de inaplicabilidad¹⁰⁰. El TC declaró que dicho precepto era contrario a la Carta Fundamental, por considerar que si bien los tratados internacionales

“no son propiamente una ley, como ya lo había por cierto entendido esta Magistratura (...) ello no es óbice a que, en cuanto a su rango, este Tribunal ha estimado que deben sujetarse a la Carta Fundamental” (cons. 43).

El TC y la Corte Suprema han entendido el concepto de precepto legal

“en sentido amplio, incluyendo, por cierto, las disposiciones de un tratado internacional (...). El reconocer que un tratado internacional no es lo

⁹⁷ Cuando se dictó este fallo, la facultad de resolver los recursos de inaplicabilidad estaba radicada en la Corte Suprema.

⁹⁸ Actualmente capítulo xv de la Carta Fundamental.

⁹⁹ Dicho control culmina con la sentencia del TC de Chile, (2009): rol 1288-08.

¹⁰⁰ En la causa del TC de Chile, (2011): rol 1307-09, el TC debió pronunciarse por primera vez sobre un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de un tratado internacional. En este caso se impugnaban los artículos 22 N° 2 y 25 de la Convención de Varsovia. El requerimiento fue rechazado.

mismo que una ley no impide que éstos puedan asimilarse y que ambos queden comprendidos en la categoría de ‘precepto legal’” (cons. 47).

El fallo hace referencia a la reforma constitucional de 2009, que permitió al Estado chileno aprobar el Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional, la cual

“era la única vía para que Chile pudiera ratificar dicho tratado internacional, pues, conforme dictaminó esta Magistratura en la sentencia rol N° 346 (...), los tratados internacionales no tienen rango constitucional. Pues bien, si se requirió reformar la Constitución (...) es evidente que un tratado internacional tiene rango inferior a ella, rango de ley, y sus preceptos son preceptos legales perfectamente susceptibles de ser requeridos de inaplicabilidad, en la medida que se cumplan los demás requisitos que la Constitución establece para ello” (cons. 49).

VIII. Conclusiones

1. Los procesos de globalización e integración internacional no permiten que hoy en día solo se conciba un ordenamiento a nivel nacional, desechando de plano la existencia de uno internacional.
2. El margen de apreciación nacional es necesario, dada la diversidad cultural, social, política y económica de los países que adhieren a los documentos internacionales sobre derechos humanos, ya sea universal, y sobre todo, a nivel regional.
3. Los ámbitos que quedan dentro del ámbito del margen de apreciación nacional podrían estar regulados en los documentos internacionales suscritos por los Estados en materia de derechos humanos, y en el caso particular de Chile, aprobados, ratificados y que se encuentre vigentes. Esto evitaría algunos de los problemas analizados en esta investigación, sobre todo el activismo judicial
4. Los organismos llamados a controlar la aplicación de dichos tratados no podrían hacerlo de manera tal que entren a resolver cuestiones a las cuales los Estados no se han referido en el tratado internacional, sobre todo por falta de consenso, ni tampoco traicionando su espíritu. En cuanto a los conceptos de interpretación evolutiva, se debe tener presente que éstos se deberían aplicar de manera restrictiva y bajo el supuesto de que el enunciado del derecho incorporado en el tratado es ambiguo. Deben, por lo tanto, abstenerse de resolver en contra de norma expresa.

5. Hay ciertos derechos que son universales y que no admitirían margen de apreciación. Uno de ellos es el derecho a la vida protegida desde la concepción. Nos parece pertinente señalar que tanto la Convención Americana de 1969 y la Convención Europea de 1950, ambas sobre derechos humanos, reconocen a toda persona el derecho a la vida. Los avances tecnológicos de la medicina actual, especialmente en el campo de la bioética, nos permiten confirmar que la vida comienza con la concepción y desde ese momento debe ser protegida. Por lo tanto, en caso que los tribunales internacionales tuvieren dudas de cómo interpretar los preceptos que aseguren el derecho a la vida, podrían recurrir al criterio evolutivo de interpretación de los tratados, conforme a los avances científicos antes indicados.
6. Si bien no ha estado exenta de críticas la facultad que tiene el TC chileno de declarar inaplicable un tratado internacional, la fórmula contemplada por la Constitución chilena a este respecto nos parece que es la correcta. De lo contrario, en el caso de que una simple mayoría legislativa apruebe tratados internacionales inconstitucionales y si ninguno de los organismos legitimados por la Constitución requiere un control preventivo ante el TC –de no existir el requerimiento de inaplicabilidad respecto de tratados– las personas a quienes en una gestión judicial se les pretenda aplicar los preceptos de dicho tratado no podrían reclamar por esta situación.

IX. Bibliografía

- BENAVIDES CASALS, María Angélica, “El consenso y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos”, en *Lux et Praxis*, vol. 15, N°1, Talca, 2009.
- BARBOSA DELGADO, Francisco R., “Los límites a la doctrina del margen de apreciación en el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: intervención judicial en torno a ciertos derechos de minorías étnicas y culturales”, en *Revista de Derecho del Estado*, N° 26, Madrid, enero-junio 2011.
- CANÇADO TRINDADE, Antonio A., *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*, 2ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005.
- DE MIGUEL BÁRCENA Josu, “Justicia constitucional e integración supranacional: cooperación y conflicto en el marco del constitucionalismo pluralista europeo”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N° 9, Rosario, 2008.
- GARCÍA ROCA, Javier, “La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tratado Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración”, en Javier GARCÍA ROCA y Pablo SANTOLAYA (coord.), *La Europa de*

- los Derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.
- GHER, Jaime y Christina ZAMPAS, “Abortion as a human right-international and regional standards”, in *Human Rights Law Review*, vol. 8, Oxford, Oxford University Press, 2008.
- GONZÁLEZ PASCUAL, Maribel, *El Tribunal Constitucional Alemán en la construcción del espacio europeo de los derechos*, España, Civitas, 2010.
- JACOBS, Francis G. & Robin C.A. WHITE, *The European Convention on Human Rights*, 2ª ed., Oxford, Clarendon Press, 1996.
- LANIER, E.R, “Solange Farewell: The German Constitutional Court and the recognition of the Court of Justice of the European Communities as lawful judge”, in *Boston College International and Comparative Law*, vol. 11, issue 1, Boston, 1995.
- LIÑÁN NOGUERAS, Diego J., y Araceli MANGAS MARTÍN, *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, 6ª ed., España, Tecnos, 2010.
- MAKOWSKI, Kevin D., “Solange III. The German Federal Constitutional Court’s decision on accession to the Maastricht Treaty on European Union”, in *University of Pennsylvania Journal of International Business Law*, vol. 16, Issue 1, Pennsylvania, 1995.
- MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio, “Constitución y fuentes del derecho”, en Jaime ARANCIBIA MATTAR y José Ignacio MARTÍNEZ ESTAY (coord.), *La primacía de la persona humana, Estudios en homenaje al profesor Eduardo Soto Kloss*, Santiago, Legal Publishing, 2009.
- MEDINA QUIROGA, Cecilia, *La Convención Americana: teoría y jurisprudencia, vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*, Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos, 2005.
- NÚÑEZ POBLETE, Manuel, *Integración y constitución. Desafíos para la justicia constitucional europea y sudamericana*, Valparaíso, EDEVAL, 2000.
- NÚÑEZ POBLETE, Manuel, “Introducción al concepto de identidad constitucional y a su función frente al derecho supranacional e internacional de los derechos de la persona”, en *Ius et Praxis*, año 14, N° 2, Talca, 2008.
- NÚÑEZ POBLETE, Manuel, “La función del derecho internacional de los derechos de la persona en la argumentación de la jurisprudencia constitucional. Práctica y principios metodológicos” en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° XXXII, Valparaíso, primer semestre, 2009.
- PAÚL DÍAZ, Álvaro, “La Corte Interamericana in vitro: comentarios sobre su proceso de toma de decisiones a propósito del caso Artavia”, en *Revista Derecho Público Iberoamericano*, año 1, N° 2, Santiago, 2013.
- PAÚL DÍAZ, Álvaro, “Estatus del no nacido en la Convención Americana: un ejercicio de interpretación”, en *Ius et Praxis*, año 18, N° 1, Talca, 2012.
- PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos, *Política y derecho*, Santiago, Legal Publishing, 2010.

- PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos, *Sistema político y constitucional de Alemania. Una introducción*, Santiago de Compostela, Tórculo, 2003.
- REY MARTINEZ, Fernando, “¿Es el aborto un derecho en Europa? Comentario de la sentencia ‘A, B y C vs Irlanda’ del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *Revista de Derecho del Estado*, N° 27, Madrid, julio-diciembre de 2011.
- RIPOL CARULLA, Santiago, *El sistema europeo de protección de los derechos humanos y el derecho español*, Barcelona, Atalier, 2007.
- SAGÜES, Néstor P, “Las relaciones entre los tribunales internacionales”, en *Ius et Praxis*, vol. 9, Talca, 2003.
- SHANY, Yuval, “Toward a general margin of appreciation doctrine in international law?”, in *The European Journal of International Law*, vol. 16, N° 5, 2006.
- STITH, Richard, “Securing the rule of law through interpretative pluralism: an argument from comparative law”, in *Hastings Constitutional Law Quarterly*, vol. 35, N° 3, 2008.
- TÜMAY, Murat, “The ‘margin of appreciation doctrine’ developed by the case law of the European Court of Human Rights”, in *Ankara Law Review*, vol. 5, N° 2, Ankara, invierno 2008.
- VASEL, Johann Justus, “El ‘margin of appreciation’ como elemento clave en el derecho constitucional europeo”, en *ReDCE*, año 6, N° 11, Madrid, enero-junio 2009.
- WEILER, Joseph H.H., *The Constitution of Europe. Do the new cloths have an emperor? and other essays on european integration*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999.
- WEILER, Joseph H.H., “Epilogue: The judicial après nice”, in Gráinne DE BÚRCA & Joseph H.H. WEILER (eds.), *The European Court of Justice*, Oxford, Academy of European Law, European University Institute, United Kingdom Oxford University Press, 2001.
- WEILER, Joseph H.H., “Fundamental rights and fundamental boundaries: in the conflicts of standars and values in the protection of human rights in the european legal space”, in Gráinne DE BÚRCA & Joseph H.H. WEILER (eds.), *The European Court of Justice*, Academy of European Law, European University Institute, United Kingdom Oxford University Press, 2001.
- WEILER, Joseph H.H., “The least dangerous branch: A retrospective and prospective of the European Court of Justice in the arena of political integration”, in Joseph H.H, WEILER, *The Constitution of Europe. Do the new cloths have an emperor? and other essays on european integration*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999.

TRATADOS INTERNACIONALES

- Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 1969.
- Convención Americana de Derechos Humanos, 1969.
- Convenio Europea de los Derechos Humanos, 1950.

JURISPRUDENCIA COMPARADA

- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, (2005): informe 43/05, caso 12.219, 10 de marzo de 2005.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, (1981): resolución N° 23/81, caso 2141, 6 de marzo de 1981.
- Corte IDH, (2004): caso 12.367, 2 de julio de 2004.
- Corte IDH, (2012): caso 12.502, 24 de febrero de 2012.
- Corte IDH, (2012): caso 12.361, 28 de noviembre de 2012.
- TEDH, (1968): casos 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64, 23 de julio de 1968.
- TEDH, (1975): caso 4451/70, 21 de febrero de 1975.
- TEDH, (1978): caso 5310/71, 18 de enero de 1978.
- TEDH, (1992): caso 64/91, 23 de septiembre de 1992.
- TEDH, (2004): caso 59320/00, 24 de junio de 2004.
- TEDH, (2004): caso 53924/00, 8 de julio de 2004.
- TEDH, (2007): caso 5410/03, 20 de marzo de 2007.
- TEDH, (2010): caso 30141/04, 24 de junio de 2010.
- TEDH, (2010): caso 25579/05, 16 de diciembre de 2010.
- TEDH, (2011): caso 30814/06, 18 de marzo de 2011.
- TEDH, (2011): caso 27617/04, 26 de mayo de 2011.
- TJUE, (1963): caso 26/62, 5 de febrero de 1963.
- TJUE, (1964): caso 6/64, 15 de julio de 1964.
- TJUE, (1970): caso 11/70, 17 de diciembre de 1970.
- TJUE, (1974): caso 4/73, 14 de mayo de 1974.
- TJUE, (1978): caso 106/77, 9 de marzo de 1978.
- TJUE, (1991): caso 159/90, 4 de octubre de 1991.
- TJUE, (2011): caso 34/10, 18 de octubre de 2011.
- Tribunal Constitucional Alemán (1974): rol 37 BVerfGE 271, 29 de mayo de 1974, en www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen.html
- Tribunal Constitucional Alemán (1986): rol 73 BVerfGE 339, 22 de octubre de 1986, en www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen.html, consultada el 3 de abril de 2013.
- Tribunal Constitucional Alemán (1993): rol 2 BVerfGE 2134/92, 12 de octubre de 1993, en www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen.html, consultada el 3 de abril de 2013.
- Tribunal Constitucional Alemán (2009): rol 2 BVerfGE 2/08, 30 de junio de 2009, en www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen.html, consultada el 3 de abril de 2013.

JURISPRUDENCIA NACIONAL

CS (2001): rol 2186/01, 31 de agosto de 2001.

TC (2002): rol 346/02, 8 de abril de 2002.

TC (2008): rol 740/07, 18 de abril de 2008.

TC (2008): rol 1288/08, 25 de agosto del 2009.

TC (2011): rol 1307/09, 20 de enero de 2011.

LEGISLACIÓN NACIONAL

Ley N° 20.050 de Reforma Constitucional, 26 de agosto de 2005.

Estudios
sobre institucionalidad
político-jurídica

CONTIENDAS DE COMPETENCIA ENTRE
ÓRGANOS POLÍTICOS O ADMINISTRATIVOS
Y TRIBUNALES INFERIORES DE JUSTICIA:
¿INCONSTITUCIONALIDAD SOBREVENIDA
O DEROGACIÓN TÁCITA
POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL INCISO
FINAL DEL ARTÍCULO 191 DEL COT?

CONFLICT OF POWERS BETWEEN
THE EXECUTIVE BRANCH AND FIRST
INSTANCE TRIBUNALS:
UNCONSTITUTIONALITY OR IPSO FACTO
ABROGATION OF THE FINAL PARAGRAPH
OF ARTICLE 191 OF THE TRIBUNALS' CODE?

*Cristián García**

Resumen

La reforma constitucional del año 2005 entregó al Tribunal Constitucional la atribución de resolver las contiendas de competencia entre autoridades políticas o administrativas y tribunales de justicia, que no correspondieran al Senado. Dicha competencia estaba radicada hasta esa fecha en la Corte Suprema y así lo reforzaba el artículo 191, inciso final, del *Código Orgánico de Tribunales*. Con la entrada en vigencia del nuevo capítulo VII de la Constitución, sobre el Tribunal Constitucional, el precepto del COT se tornó incompatible con la nueva Constitución, configurándose una inconstitucionalidad sobrevenida. No obstante lo anterior, la Corte Suprema ha conocido de contiendas de competencia aplicando esta norma devenida en inconstitucional, sin que se haya abstenido de conocerla –aplicando su teoría de la derogación tácita por inconstitucionalidad previa aplicación directa de la Constitución– o haya

* Doctor en Derecho por la Philipps-Universität de Marburg, Alemania. Profesor de Derecho Administrativo y de Gestión Pública de la Universidad Mayor. Artículo recibido el 15 de julio de 2013 y aceptado para su publicación el 28 de agosto de 2013. Correo electrónico: cristian_garcia_m@yahoo.com

remitido al Tribunal Constitucional –vía inaplicabilidad– para que éste controlara la constitucionalidad en su aplicación concreta.

Palabras clave: contiendas de competencia, reforma constitucional, inconstitucionalidad sobrevenida, derogación tácita, *Código Orgánico de Tribunales*

Abstract

The Chilean Supreme Court authority to decide the conflicts of power between the Executive branch and first instance tribunals, was given to the Constitutional Court by the 2005 constitutional amendment. In spite of the new constitutional clause, the Congress has not adapted the final paragraph of article 191 of the Tribunal's Code, which regulates the issue. Therefore, the statutory provision is now incompatible with the new constitutional regulation. However, the Supreme Court has applied that legal provision, despite of its lack of constitutional validity. Thus, according to the Supreme Court, the conflicts of power cannot be solved by the Constitutional Court and, also, the final paragraph of article 191 of the Tribunal's Code cannot be subject to judicial review.

Keyword: Conflict of powers, constitutional amendment, unconstitutionality, ipso facto abrogation, Tribunal's Code

Previo a entrar al tema que nos convoca, es preciso hacer un poco de historia y remontarnos a la tramitación legislativa del mayor cambio en nuestra Constitución desde el retorno a la democracia: la Ley N° 20.050, que reformó varios pasajes de la Ley Fundamental, en especial respecto de la composición y atribuciones del Tribunal Constitucional, que es lo que en este artículo nos interesa destacar. ¿Qué tiene que ver la reforma constitucional precitada y una norma del COT? La pregunta se responderá luego de esta breve síntesis de antecedentes.

Como se dijo, la reforma a la Constitución llevada a cabo el año 2005, mediante la Ley N° 20.050, supuso un cambio drástico en las funciones y atribuciones del Tribunal Constitucional, siendo algunas de ellas traspasadas desde la Corte Suprema a la Magistratura recién aludida. Dentro de ellas no sólo se encuentra el requerimiento de inaplicabilidad, sino que también una atribución de menor visibilidad y alcance que la anterior: la resolución de conflictos de competencia entre la autoridad política o administrativa y un tribunal inferior de justicia.

Como es sabido, durante la discusión parlamentaria que concluyó con la reforma constitucional, se intentó dejar la resolución de todo conflicto

entre órganos políticos y administrativos con tribunales de justicia –ya sean superiores o no– radicada exclusivamente en el Tribunal Constitucional. Así fue expuesto en su momento por el ex Ministro de dicha Magistratura, Eugenio Valenzuela Somarriva, durante la discusión en la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado, en primer trámite constitucional¹. Tal propuesta encontró apoyo en esa ocasión en los ex senadores Viera-Gallo y Hamilton².

No obstante, la Corte Suprema consideró que su atribución, esto es, conocer de los conflictos de jurisdicción promovidos entre tribunales inferiores y las autoridades políticas o administrativas, debía mantenerse en ella, arguyendo su condición de máxima autoridad del Poder Judicial y que, por tanto, es facultad suya la resolución de cualquier problema de funcionamiento en tribunales inferiores en uso de su facultad de superintendencia directiva, correccional y económica; además, jamás ha habido controversia alguna respecto del ejercicio de dicha atribución³.

A pesar de que la Comisión estimó necesario reunir ambas atribuciones en el TC, tanto en el primer como en el segundo informe reglamentario⁴, ya durante la discusión en general se alzaron voces de evitar sustraer del conocimiento del Senado la resolución de conflictos entre Tribunales Superiores y órganos políticos o administrativos⁵, lo que llevó finalmente a eliminar el entonces inciso final del artículo 79 de la Constitución, que disponía que la Corte Suprema es quien conoce de las contiendas de competencia entre las autoridades políticas o administrativas y los tribunales de justicia, que no correspondan al Senado⁶ y no se considera para el Tribunal Constitucional potestad alguna para ese respecto⁷, lo que se explicaría por la complejidad de la tramitación legislativa particular y cierto desprolijo de la mesa durante la votación⁸.

¹ Historia de la Ley de Reforma Constitucional N° 20.050..., p. 546.

² *Op. cit.*, pp. 547 y s.

³ *Op. cit.*, p. 556. De la misma opinión fueron los Ministros de la Corte Suprema que, a su vez, eran miembros del Tribunal Constitucional en esa época, y que la hicieron constar en el informe que fue evacuado por la Magistratura Constitucional en primer trámite constitucional, en *op. cit.*, pp. 562 y s.

⁴ *Op. cit.*, pp. 567, 710 y s., 721-725 y 1124 y ss.

⁵ Véanse intervenciones de Senador Mario Ríos, *op. cit.*, pp. 866 y 1804; Senador Antonio Horvath, *op. cit.*, p. 889; Senador Sergio Fernández, *op. cit.*, pp. 1807 y s.; Senador Alberto Espina, *op. cit.*, pp. 1810 y s., y Senador Jaime Gazmuri, *op. cit.*, p. 1812.

⁶ *Op. cit.*, p. 2181.

⁷ *Op. cit.*, p. 2184.

⁸ Rechazo automático del entonces N° 11 del art. 82 CPR, que hubiera atribuido esa función al TC. *Op. cit.*, pp. 1812 y s. y 1818

Haciendo un análisis parcial, hasta dicho momento, la potestad de la Corte Suprema para conocer tales conflictos de competencia perdía rango constitucional, pero seguía radicada en ella, de conformidad al inciso final del artículo 191 del *COT* –aquí viene la primera pista para entender el problema expuesto en el título–, aunque se mantenía la incongruencia de que en las disposiciones transitorias de la Constitución se regulaba el conocimiento de las contiendas ya trabadas ante la Corte Suprema y las futuras ante el TC⁹.

Ya en segundo trámite constitucional en la Cámara de Diputados se repone la atribución radicada en el Tribunal Constitucional¹⁰, se mantiene la eliminación aprobada por el Senado de la atribución conferida a la Corte Suprema¹¹ y se suprime la atribución del Senado para conocer de las contiendas de competencia¹², entregándole de esa forma exclusivamente al TC el conocimiento de la totalidad de las contiendas de competencia que se susciten entre autoridades políticas o administrativas y tribunales de justicia, sin importar su rango. Sin embargo, esta última disposición fue rechazada por el Senado¹³, quedando de manifiesto que la Comisión

“estimó necesario precisar los términos del numeral 12° de esta disposición, de manera que éste establezca con claridad que el Tribunal Constitucional resolverá solamente las contiendas de competencia que hoy corresponden a la Corte Suprema”¹⁴.

Finalmente, el Presidente de la época hace uso de su facultad de veto y agrega al actual art. 93, N° 12°, CPR la frase “que no correspondan al Senado”¹⁵, tornando con eso inequívoca la voluntad del constituyente derivado en traspasar íntegramente la atribución de la Corte Suprema al TC¹⁶.

⁹ Historia de la Ley de Reforma Constitucional N° 20.050..., *op. cit.*, pp. 2191 y s.

¹⁰ *Op. cit.*, pp. 2340, 2448 y ss.

¹¹ *Op. cit.*, p. 2338.

¹² *Op. cit.*, p. 2333.

¹³ *Op. cit.*, pp. 2630 y ss.

¹⁴ *Op. cit.*, p. 2537.

¹⁵ *Op. cit.*, p. 2727.

¹⁶ Textualmente dice que el veto presidencial “determina que las contiendas de competencia que le correspondía conocer a la Corte Suprema han pasado a ser materia de conocimiento del Tribunal Constitucional. Este veto es particularmente necesario, puesto que es la única manera de hacer conciliables dos normas en la Constitución: la permanente en el Senado y la que parcialmente se le había atribuido al Tribunal Constitucional”. *Op. cit.*, p. 2723.

Por su parte, el senador Alberto Espina refuerza lo anterior al señalar: “veto número 16) incorpora una norma de concordancia en el sentido de que corresponderá al Tribunal Constitucional resolver las contiendas de competencia que se traben entre tribunales

Definido lo anterior, a lo que debe sumarse como fundamento la disposición transitoria cuadragésima tercera, inciso segundo¹⁷, en relación con la cuadragésima quinta¹⁸ de la Constitución, queda meridianamente claro que la Corte Suprema ya no detenta la atribución para conocer de las contiendas de competencia que se susciten entre órganos políticos y administrativos y tribunales inferiores de justicia. ¿Qué suerte siguió entonces el artículo 191, inciso final, del COT? Es preciso recordar su tenor y contrastarlo con el antiguo artículo 79, inciso final, CPR.

Artículo 191, inciso final, del *Código Orgánico de Tribunales*

Corresponderá también a la Corte Suprema conocer de las contiendas de competencia que se susciten entre las autoridades políticas o administrativas y los tribunales de justicia, que no correspondan al Senado.

Artículo 79 de la Constitución, cuyo inciso final fuera derogado por Ley de Reforma Constitucional N° 20.050.

La Corte Suprema (...).

Conocerá, además, de las contiendas de competencia que se susciten entre las autoridades políticas o administrativas y los tribunales de justicia, que no correspondan al Senado.

Como se puede apreciar, ambos son idénticos. Lamentablemente los órganos colegisladores olvidaron presentar un proyecto de ley que eliminara dicho inciso –no pudo ser incluido en la reforma constitucional por expresa prohibición del art. 15 de la LOC del Congreso Nacional– y así evitar la discusión que iniciamos en este artículo.

La primera aseveración que surge espontáneamente es que quizás el dilema sobre su derogación tácita por inconstitucionalidad o su inconstitucionalidad sobrevenida es más teórico que práctico, pues, como es una norma reguladora de atribuciones, mientras no sea ejercida, su pervivencia es inocua. Aunque dicha postura pudiera tener asidero, la Corte Suprema sí ha ejercido la mencionada atribución y ha resuelto contiendas de competencia entre órganos políticos y administrativos y tribunales inferiores

inferiores de justicia y autoridades políticas o administrativas, y al Senado, las que tengan lugar entre tribunales superiores de justicia y autoridades políticas o administrativas". *Op. cit.*, p. 2761.

¹⁷ Las contiendas de competencia actualmente trabadas ante la Corte Suprema y las que lo sean hasta la entrada en vigor de las modificaciones al capítulo VII, continuarán radicadas en dicho órgano hasta su total tramitación.

¹⁸ Las reformas introducidas al capítulo VII entran en vigor seis meses después de la publicación de la presente reforma constitucional con la excepción de lo regulado en la Disposición cuadragésima tercera.

de justicia, que le han sido presentadas con posterioridad al 26 de febrero de 2006¹⁹. Para ello, se ha basado expresamente en el artículo objeto de este comentario. Así, en el rol 3023-2008 la Corte Suprema resolvió una cuestión de competencia entre el Juzgado de Policía Local de Coyhaique y la DGAC. Interpuesta una demanda en contra de LAN por infracciones a la Ley del Consumidor y acogida por el Juez de Policía Local la excepción de incompetencia absoluta opuesta por la demandada, fue remitida a la DGAC quien declinó la competencia y devolvió los antecedentes al tribunal. Éste tuvo por trabada la contienda y ordenó elevar los autos a la Corte Suprema, la que, luego de oír a la Fiscal Judicial (S), ordenó conocer del asunto al Juzgado de Policía Local de Coyhaique. Es bastante probable que los Ministros que resolvieron hayan seguido lo expresado por la Fiscal, quien comenzó su actuación señalando que

“la resolución de la presente contienda de competencia corresponde a V.E con arreglo al artículo 191 inciso final del Código Orgánico de Tribunales”,

a pesar de que es incuestionable que el Juzgado de Policía Local es un tribunal especial de justicia, que no puede ser catalogado como Tribunal Superior²⁰, ni menos que la DGAC sea un órgano dependiente de la Corte Suprema y no tenga carácter de autoridad administrativa²¹. En conclusión, éste fue un caso resuelto por la Corte Suprema en aplicación de una norma de rango legal que ya no era compatible con la Constitución.

Otra causa encontrada en que la Corte Suprema aplicó el artículo 191, inciso final, del COT para justificar su atribución fue en el rol 644-2011. En esta oportunidad la contienda de competencia tuvo lugar entre el Juzgado de Familia de Puente Alto y la Fiscalía Local de Puente Alto del Ministerio Público, originada por una denuncia formulada a Carabineros de Chile por situaciones de violencia intrafamiliar²². El Juzgado de Familia remitió los antecedentes a la Corte Suprema, “en base a lo dispuesto en el artículo 191 inciso final del Código Orgánico de Tribunales”, la Fiscalía Judicial respaldó tal aseveración y la Corte Suprema falló, atendido lo

¹⁹ Fecha de inicio de la vigencia de las atribuciones del TC, de acuerdo a la disposición transitoria cuadragésima quinta de la Constitución, en relación al inciso segundo de su disposición transitoria cuadragésima tercera.

²⁰ Art. 8 de la Ley 15.231, refundido, coordinado y sistematizado por el Decreto N° 307 de 1978.

²¹ Véase art. 1° de la Ley N° 16.752

²² En este punto es preciso hacer notar que un alto porcentaje de las contiendas de competencia que ha conocido el TC desde el año 2006 a la fecha tienen que ver con esta clase de denuncias, por lo que llama aún más la atención que en el año 2011 un juez de familia remita los antecedentes a la Corte Suprema y ésta lo resuelva.

dispuesto –entre otras normas citadas– en el artículo 191 inciso final del *Código Orgánico de Tribunales*, que debía seguir conociendo la Fiscalía de Puente Alto. Nuevamente la Corte Suprema ejerce una atribución que cree aún detentar, basada en una norma legal que ya no tiene sustento constitucional.

En ambos casos la Corte Suprema pudo, incluso, seguir su propia jurisprudencia más reciente²³, haber sido más explícita y manifestar la existencia de la derogación tácita por inconstitucionalidad del inciso final del artículo 191 del COT. Aunque no compartimos dicha doctrina, cabrían en los casos precedentemente expuestos los presupuestos definidos por la Corte para que opere la derogación:

- a) norma preconstitucional, entendida como tal de momento que es anterior a la modificación a la Constitución del año 2005;
- b) la supremacía constitucional y la aplicación directa de la Constitución, que obligaría a regirse por ella y no basarse en una norma legal que claramente se opone a la Ley Fundamental, y
- c) la aplicación de la norma en el tiempo es asunto de vigencia –propio de los tribunales del fondo– y no de validez²⁴.

Aunque pueda sonar seductora esta exégesis, no existe norma en la Constitución que deje fuera del radio de acción del Tribunal Constitucional las normas preconstitucionales o que se haga una distinción entre vigencia y validez de la norma²⁵, aunque debe reconocerse que el TC, en su sentencia rol 991, dejó un manto de duda al estimar que la decisión de la vigencia de una norma por efectos de una Constitución posterior puede ser declarada por el juez de fondo, pero no puede inhibir al TC de la declaración de validez de ella. Consideramos que esta posición carece de un argumento que nos parece central y determinante: la eventual pérdida de vigencia de un precepto legal se da única y exclusivamente por su incompatibilidad con la Constitución –es indiferente si es anterior o posterior–, por lo que necesariamente es un efecto de la constatación de dicha incongruencia con la ley máxima²⁶. Nos parece de toda lógica arribar a tal conclusión desde que la reforma constitucional de 2005 concentró en el TC el control constitucional de los preceptos legales. Finalmente corresponde agregar que, si acogiéramos la tesis de la derogación tácita

²³ Véase, entre otras, sentencia de la Corte Suprema, 2010, rol 1018-09, Sociedad Establecimiento Comercial Camarrico Ltda. con Héctor Alvear.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ Artículo 93, N^{os} 6 y 7, hablan de preceptos legales, sin hacer distinción alguna. Además, STC rol 472, c. 7°.

²⁶ En ese sentido van las prevenciones de los Ministros Colombo y Peña en la STC rol 991.

por inconstitucionalidad, siempre que exista una norma preconstitucional susceptible de ser aplicada en forma decisiva en la resolución de una gestión pendiente, tendría la parte interesada dos alternativas para su inaplicación: en la casación del fondo ante la Corte Suprema (alegando su derogación tácita) y en la inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional; ni hablar sobre eventuales fallos contradictorios en relación al mismo precepto.

Ahora bien, esto nos llevaría a colegir necesariamente que en estos casos debe declararse la inconstitucionalidad sobrevenida o sobreviniente, la que sólo puede ser pronunciada por el TC, de acuerdo a lo ya explicado en el párrafo anterior.

En conclusión, ¿qué debió hacer la Corte en los casos presentados? Somos de la opinión que correspondía devolver los autos remitidos por el Juzgado de Policía Local y el Tribunal de Familia de Puente Alto, respectivamente, pues no le correspondía a la Corte Suprema conocer de la contienda de competencia trabada, sino que al Tribunal Constitucional, tal como lo resolvió éste en varias oportunidades (STC roles N°s 702 a 705) cuando se percató de que no era competente. No obstante la compatibilidad con nuestro ordenamiento jurídico de la solución anterior, creemos que lo óptimo debió ser la vía de la inaplicabilidad: suspender la vista e interponer un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad para que fuera conocido por el Tribunal Constitucional –único órgano llamado a controlar la constitucionalidad de la leyes–, con el objeto de obtener una declaración formal de que dicho precepto legal violenta directamente la Constitución y, por ende, no debe ser aplicado por la Corte para conocer de la contienda sometida a ella. De esa forma, podríamos iniciar el camino para expulsar definitivamente de nuestro ordenamiento jurídico una norma legal flagrantemente inconstitucional que quedó en el olvido del legislador.

Bibliografía

Historia de la Ley de Reforma Constitucional N° 20.050, que modifica la composición y atribuciones del Congreso Nacional, la aprobación de los tratados internacionales, la integración y funciones del Tribunal Constitucional y otras materias que indica, 2005.

Ley N° 16.752, que fija organización y funciones y establece disposiciones generales a la Dirección General de Aeronáutica Civil, 1968.

TC, sentencias roles 472, 702, 703, 704, 705, y 991

Corte Suprema, (2010), rol 1018-09

UN HITO EN LA HISTORIA
DEL PENSAMIENTO POLÍTICO:
LA REFUTACIÓN NEOESCOLÁSTICA
DE LA TESIS DEL PUEBLO COMO SUJETO
ORIGINARIO DEL PODER

A LANDMARK IN THE HISTORY
OF THOUGHT:
THE NEO-SCHOLASTIC REFUTATION
OF THE THESIS OF THE PEOPLE
AS THE ORIGINAL SOURCE OF POWER

*Sergio Raúl Castaño**

Resumen

Este estudio se propone demostrar la profunda trascendencia teórica de la filosofía política de dos autores de la tercera escolástica, Theodor Meyer y Louis Billot, así como, en particular, poner de relieve el valor de su crítica a la tesis de la *multitudo* como sujeto originario del poder, tal como esa cuestionable idea fue postulada por la propia tradición escolástica, con la excepción de Vitoria.

Palabras clave: Poder político, aristotelismo clásico, soberanía del pueblo, Meyer, Billiot.

Abstract

This monograph aims to demonstrate the deep theoretical weight of the political philosophy of two authors belonging to Neo-scholasticism, i. e., Theodor Meyer and Louis Billot, and particularly to point out the value of their criticism concerning the thesis that the *multitudo* is the original

* Doctor en Derecho y doctor en Filosofía Universidad Abat Oliva, Barcelona. Investigador del CONICET, Argentina. Artículo recibido el 18 de mayo de 2013 y aceptado para su publicación el 16 de agosto de 2013. Correo electrónico: sergioraulcastano@fundacionbariloche.org.ar

holder of political power, as that questionable idea was posited by the scholastic tradition itself -except Vitoria.

Keywords: Political power, classical aristotelianism, sovereignty of the people, Meyer, Billiot.

I. Introducción

La cuestión del origen inmediato del poder, en su precisa significación, como tesis acerca del concreto modo de la investidura del gobernante y del papel que representa la comunidad política como causa inmediata de la forma de la potestad de régimen, agitó y sigue agitando las aguas del pensamiento político católico. En ella se encuentra intrínsecamente involucrada la idea del pueblo como sujeto (originario) de la autoridad política, en la medida en que una de las respuestas que se ha dado a este problema pivota sobre tal afirmación.

La presente cuestión, a pesar de las sólidas dilucidaciones de que ha sido objeto contemporáneamente por parte de teólogos políticos (como Julio Meinvielle¹), filósofos políticos (como Jean Dabin²) y iuspublicistas (como Germán Bidart Campos³), dista de hallarse cerrada; en efecto, no hay acuerdo pacífico a su respecto. Así, el gran jurista Costantino Mortati sostenía que el desemboque lógico de los presupuestos cristianos referidos a la organización política no podía ser sino la soberanía popular⁴. Mientras que, por el contrario, un reputado teórico del Estado y de la Constitución de nuestros días, Josef Isensee, concluye que la idea de soberanía del pueblo –ante todo bajo su forma contemporánea– es un “mito”, que sería deseable abandonar⁵.

En lo que sigue, tras presentar la posición asumida (casi) unánimemente por los doctores escolásticos hasta muy entrado el siglo XIX, expondremos en detalle el análisis de dos grandes neoescolásticos contemporáneos (Theodor Meyer y Louis Billot), el segundo de los cuales, en particular, precisó el sentido del afato paulino “*Non est enim potestas nisi a Deo*” (Rom., XIII, 1); y demostró con solvencia las falencias de la tesis canónicamente representada por Bellarmino y, sobre todo, por Suárez.

¹ Julio MEINVIELLE, *Concepción católica de la política*, pp. 66-76.

² Jean DABIN, *Doctrine générale de l'État. Éléments de Philosophie Politique*

³ Germán J. BIDART CAMPOS, *El mito del pueblo como sujeto de gobierno, de soberanía y de representación*

⁴ Costantino MORTATI, “La costituente”, p. 58.

⁵ Josef ISENSEE, *Das Volk als Grund der Verfassung*, p. 106

Cabe resaltar que el valor de la tarea teórica de Meyer y Billot en esta refutación no ha sido debidamente aquilatado y justipreciado, tal vez por motivaciones que no coinciden con los requerimientos propios de la búsqueda de la verdad objetiva. Podría verse un ejemplo de ello en la obra en que A. Messineo S.J. presenta su punto de vista sobre la posición católica relativa al fundamento del derecho público, obra aparecida en el preciso momento en que se preparaba la constitución italiana de posguerra: pues bien, el autor, quien tensa en sentido liberal las doctrinas de Suárez⁶, descarta las razones de Meyer casi sin discutir las e ignora el trabajo de Billot⁷.

II. La teoría de la traslación

1. SUS PRIMEROS GRANDES REPRESENTANTES DE LA SEGUNDA ESCOLÁSTICA DEL SIGLO XVI

No es nuestro propósito hacer la historia de esta teoría. Mencionaremos sólo algunos de sus jalones histórico-sistemáticos más significativos, con el fin de delinear su sentido e ilustrar su vigencia secular⁸.

La formulación paradigmática de la teoría de la traslación pertenece a Roberto Bellarmino. Dios, decía el gran teólogo jesuita, ha dado el poder a la comunidad; pero no se lo ha dado a ninguno de sus miembros en particular; luego, se lo ha dado a la multitud (es decir, a todos –quienes, a su vez, están obligados a trasladarla–⁹). Se observa cómo el *primer*

⁶ Conviene puntualizar desde ahora que la teoría escolástica católica de la *traslación* que será discutida aquí no se identifica con la idea democrático-representativa de Sieyès, fundamento de legitimidad del sistema liberal hoy vigente. Al respecto, una diferencia fundamental estriba en que esta última –no así la primera– postula una titularidad inalienable del poder por el pueblo, pero por principio (*i.e., de jure*) despojada del ejercicio; nota 25. Es estupefaciente constatar, dicho sea de paso, que el *Compendio de Doctrina Social de la Iglesia* (Nº 395), acepta como tesis católica esa idea liberal de soberanía del pueblo.

⁷ Antonio MESSINEO, *Il potere costituente*, pp. 51-53, 65-70 y 113 y ss.

⁸ Se halla una síntesis ilustrativa y en general ajustada de la cuestión en Rafael TROTTA, “Origen concreto de la autoridad civil según la doctrina católica”. Debo el ejemplar de este raro y útil trabajo a la gentileza del maestro Guido Soaje Ramos.

⁹ Roberto BELLARMINO, *Vindiciae pro libro tertio De laicis, sive secularibus*, L. III, cap. VI, p. 11 t. VII-. “Secundo nota, hanc potestatem immediate esse tamquam in subjecto, in tota multitudine: nam haec potestas est de jure divino. At jus divinum nulli homini particulari dedit hanc potestatem; ergo dedit multitudini. Praeterea sublato jure positivo, non est major ratio cur ex multis aequalibus unus potius quam alius dominetur Igitur potestas totius est multitudinis [...] Tertio nota, hanc potestatem transferri a multitudine in unum vel plures eodem jure naturae: nam Respublica non potest per seipsam exercere hanc potestatem; ergo tenetur eam transferre in aliquem unum, vel aliquos paucos [...]”

presupuesto es cifra y síntesis conclusiva de la teología política católica tradicional, tal como ésta se había manifestado en la doctrina de santo Tomás: la vida política responde exigítivamente a la necesidad perfecta de la naturaleza humana, que no podría alcanzar su *télos* intramundano fuera de la participación del bien común político; por su parte, la consecución de tal bien implica la causación de la comunidad autárquica a él ordenada; por último, esa comunidad no podría existir sin una potestad suprema de régimen. El *segundo presupuesto* determina la argumentación con un principio de nítido cuño aristotélico: no hay formas de régimen, ni menos concretos titulares, señalados por el derecho natural o por la ley divina: de allí que se exprese que Dios no ha dado la potestad en la comunidad “a nadie” (individuo, grupo, estamento; y bajo ninguna forma específica o particular de gobierno o de Estado). En ese preciso sentido la teología católica afirma que *omnis potestas a Domino Deo est*. Por lo menos desde san Juan Crisóstomo, la doctrina tradicional no tuvo dudas respecto de que este principio se refiere al origen divino de la función de gobierno (*i.e.*, de la facultad en sí misma), mas de ninguna manera a los títulos de gobernante alguno¹⁰. En síntesis, el Creador de la naturaleza humana, teleológicamente ordenada al bien común político y al bien común sobrenatural, al crear al hombre funda la comunidad política y la potestad de régimen a ella aneja, en la medida en que ambos resultan causalmente necesarios para la perfección humana.

Ahora bien, nótese que la *conclusión* de Bellarmino ya responde a una comprensión ontológica peculiar, extraña a la herencia tomista: si no se lo ha dado *a alguien* en la comunidad, luego se lo ha dado a la multitud (*i.e.*, *a todos*). Sin posibilidad de detenernos en la exégesis de Bellarmino, no podemos dejar, sin embargo, de apuntar que late en la conclusión un presupuesto implícito de índole nominalista (formalmente: atomístico), por el cual se identifica al *todo* de orden comunitario con *todos* sus miembros individuales. Presupuesto que decide el razonamiento en el sentido de la titularidad colectiva originaria de la potestad política.

Sin embargo, no ha sido Bellarmino el primer gran doctor escolástico en proponer esta interpretación del origen de la potestad política. Ya Tomás de Vío, el cardenal Cayetano –a quien la orden dominicana y la tradición del tomismo moderno erigieron en el intérprete oficial del Aqui-

¹⁰ Jacques Paul MIGNÉ, *Patrologia Graeca*, t. 60, col. 615. En efecto, el Crisóstomo había respondido (en la *Homilía XXIII*, sobre la *Epístola a los Romanos*) a la pregunta sobre si, según san Pablo, “todo gobernante [] ha sido elegido por Dios”, que “el principio no se refiere a los gobernantes individualmente, sino a la cosa misma en cuestión []” –es decir, a la potestad política–.

nate– supuso la teoría de la traslación del poder político en su *Apologia de auctoritate papae*¹¹. Asimismo, otro ilustre miembro de la escolástica española del siglo de oro, Domingo de Soto, también afirmó formalmente la traslación del poder de la comunidad al príncipe. Las repúblicas, sostiene el maestro dominicano, establecieron diversas formas de gobierno, entre las cuales aquella que resulta de la traslación de toda la potestad y el imperio de la comunidad a un solo rey (“totam suam potestatem & imperium in unum regem [...] transferre”). Es de este modo como la república, de acuerdo con el orden natural, crea los títulos de la potestad y la forma del régimen, concluye Soto¹².

2. LA FORMULACIÓN CLÁSICA DE LA TESIS POR SUÁREZ

Pero se debe a Francisco Suárez, autor canónico de la orden jesuita, la adopción y fundamentación clásica de la tesis de la traslación. Expongamos entonces en escorzo sus grandes líneas de acuerdo con la doctrina del Eximio.

La potestad política no procede inmediatamente (*simpliciter*) de Dios, es decir, no es otorgada directamente a su titular. Por el contrario, Dios, al crear al hombre, confiere el poder no como una institución diversa de la naturaleza humana misma y a ella sobreañadida, sino como una necesaria consecuencia de esa naturaleza, conmensurada a sus fines esenciales¹³. Pero como el derecho natural no señala al titular de la potestad, esa tarea será de resorte de la comunidad en el contexto de sus circunstancias, la cual determinará el modo de la *potestas jurisdictionis* según una forma (constitucional) y según unos titulares concretos¹⁴, trasladando el poder al gobernante¹⁵.

¹¹ Tomás Vío de CAYETANO, *Apologia de auctoritate papae*, N° 450. Sobre este tema, Mateo LANSEOS, *La autoridad civil en Francisco Suárez. Estudio de investigación histórico-doctrinal sobre su necesidad y origen*, pp. 198-199.

¹² Domingo DE SOTO, *De iustitia et iure libri decem*, IV, 4. Sobre este tema en Soto la obra del gran especialista y editor de sus obras, Jaime BRUFAU PRATS, *El pensamiento político de Domingo de Soto y su concepción del poder*, pp. 150 y ss, quien cita en el mismo sentido el siguiente trecho de Soto: “reges ac principes a populo creati sunt, in quos suum transtulit imperium ac potestatem”.

¹³ Francisco SUÁREZ, “Defensio fidei”: *Principatus politicus*, III, c. II, n. 3.

¹⁴ *Op. cit.*, III, c. VIII, n. 1.

¹⁵ Mariano Delgado, “Die Zustimmung des Volkes in der politischen Theorie von Francisco de Vitoria, Bartolomé de Las Casas und Francisco Suárez”, p. 171. Francisco SUÁREZ, *Disputatio XII De Bello: Teoría de la guerra en Francisco Suárez*, III, c. 4, n. 4. La fórmula “populus in principem transtulit potestatem” (“Defensio...”, *op. cit.*, III, II, 13) es “reiterada hasta la saciedad” en esa obra y en *De legibus* por Suárez, quien la contrapone a las “imprecisiones conceptuales” de Vitoria en este punto, apunta Mariano Delgado.

Seguramente hay un nivel de objeciones, relativas a los presupuestos más básicos de su concepción sobre el poder, que no podrían enderezarse a la ligera contra Suárez. En primer lugar, el Eximio permanece fiel (en lo filosófico-político) a los principios fundamentales de la tradición del aristotelismo tomista¹⁶. Así, por ejemplo, afirma la politicidad natural, y el bien común como fundamento del orden político. En efecto, la potestad temporal puede instituirse con mayor o menor alcance, y ser limitada o mutar con el curso del tiempo en tanto todo ello resulte conducente al bien común¹⁷. Es que la república –“superior al rey”, dice Suárez– transfirió a éste el poder para que gobernase “política, y no tiránicamente” (*ut politice et non tyrannice regeret*), trecho interpretado sin infidelidad nocional por el traductor como “para que gobernase según las exigencias del bien común, no tiránicamente”¹⁸. En segundo lugar, por un lado, Suárez, no propugna expresamente la volatilidad en la posesión de los derechos de imperio por el gobernante. Una vez trasladada, y no mediando un caso craso de tiranía de ejercicio, la *collatio* es irrevocable y el príncipe no depende del pueblo en el (recto) ejercicio de su poder¹⁹. Por otro lado, el Eximio tampoco afirma formalmente una titularidad inalienable del poder político por parte de la comunidad. Pues es verdad que el gobernante ejerce la potestad política según el modo y las condiciones de la donación por la cual la comunidad se la ha trasladado²⁰, de suerte que el pueblo puede retener parte de la potestad total²¹. No obstante, es verdad

Sobre la teoría de la traslación en Suárez y en su contexto doctrinal, Juan CRUZ, “Dialéctica ontológica del poder político”.

¹⁶ Acotamos esta afirmación a esos grandes principios políticos, toda vez que la antropología de Suárez ya trasuntaba la impronta de principios voluntaristas y racionalistas, sobre el tema, Sergio Raúl CASTAÑO, *Interpretación del poder en Vitoria y Suárez*, cap. II, II, 5, b. Pero debe insistirse desde ya en que la cuestión del sentido innovador o tradicional del sistema de Suárez, aun en política, constituye un problema con numerosas aristas y que exige múltiples distinguos. Así, autores meritorios, como LANSEROS, *op. cit.*, esp. pp. 138 y ss., defienden la continuidad de la doctrina del poder de Suárez respecto de Aristóteles, santo Tomás y Vitoria; sin embargo, tampoco cabe obviar la presencia en Suárez de asunciones teóricas extrañas a la tradición del realismo clásico y cristiano, como se apunta más adelante.

¹⁷ SUÁREZ, “Defensio...”, *op. cit.*, III, c. III, n. 13.

¹⁸ SUÁREZ, “Disputatio...”, *op. cit.*, sec. VIII, n. 2. Sobre el bien común como principio político en Suárez, Heinrich ROMMEN, *La teoría del Estado y de la comunidad internacional en Francisco Suárez*, pp. 381-384.

¹⁹ SUÁREZ, “Defensio...”, *op. cit.*, III, c. III, nn. 1 y 5. “Una vez hecha la donación no puede limitar de nuevo la potestad que ha puesto en manos del gobernante [...] ni puede tampoco el pueblo, basándose en su potestad, abrogar las leyes justas del gobernante”, explica Ignacio GÓMEZ ROBLEDO, *El origen del poder político según Francisco Suárez*, pp. 180-181 fundándose en “Defensio...”, *op. cit.*, III, c. III, n. 4.

²⁰ SUÁREZ, “Defensio...”, *op. cit.*, III, c. II, n. 18.

²¹ *Op. cit.*, III, c. III, n. 3 “[...] si populus transtulit potestatem in regem, reservando eam sibi pro aliquibus causis et negotiis, in eis licite poterit illa uti, et ius suum conservare”.

que Suárez se mostró renuente a utilizar la fórmula de potestad *in actu* (para el príncipe) e *in habitu* (para el pueblo), usual entre los escolásticos de su tiempo, toda vez que tal fórmula daba pábulo a la presunción de una donación ficticia del poder²².

Sin embargo, el traslacionismo en general y su exposición por Suárez en particular (con todos los presupuestos ontológicos, prácticos y antropológicos que le son propios) no dejan de ostentar aspectos cuestionables. Si bien el poder político no reside, decía Suárez, en un mero agregado de individuos, porque recién aparece la necesidad de la potestad en la medida en que los hombres pasan a conformar un todo de orden solidario en la consecución de un fin común político²³; con todo, en otros lugares el Eximio había sostenido que “los hombres individualmente (*singuli homines*) tienen parcialmente la virtud de conformar o hacer efectiva esta potestad”²⁴. Ahora bien –a pesar de que (decimos nosotros) este sujeto múltiple y horizontal, con la magnitud inherente a un grupo político, mal podría efectivamente *ejercer* el mando²⁵–, Suárez, al contrario de Bellarmino, sí aceptaba la hipótesis de que la comunidad retuviera el poder sin transferirlo²⁶ –aunque él mismo había reconocido “dificilísima, porque habría infinita confusión y morosidad” a la democracia originaria directa²⁷–.

Sea como fuere, más allá de su viabilidad real y de su modo efectivo, el Eximio sí es formal en afirmar que la democracia es de “derecho natural negativo” o “concedente”, es decir, rige mientras los hombres no dispongan otra forma de gobierno. Y pone el ejemplo de la posesión común de los bienes, fruto de la donación divina, a partir de la cual, por derecho de gentes, los hombres introdujeron la propiedad privada²⁸. Luego, según la teoría de Suárez, que con toda propiedad puede ser llamada *de la traslación*, la comunidad no sólo *designa* a quien ha de ejercer el gobierno, sino que, asimismo, le *traslada* la potestad que en ella reside originalmente (*designatio* y *collatio*, actos distintos por los que la república instituye el imperio político). Y lo hace “como dándole a otro una cosa suya”²⁹.

²² GÓMEZ ROBLEDO, *op. cit.*, pp. 182-183.

²³ FRANCISCO SUÁREZ, *De legibus*, III, c. II, n. 4.

²⁴ FRANCISCO SUÁREZ, *Disputación VII de legibus*, sectio II; y también *De legibus...*, *op. cit.*, III, c. IV, n. I.

²⁵ Sergio Raúl CASTAÑO, *Lecturas críticas sobre el poder político*, cap IV. Sobre la imposibilidad nocional –esencialmente anclada en la cosa misma en que consiste la función de imperio– de separar la *titularidad* del *ejercicio* de una potestad.

²⁶ SUÁREZ *De legibus*, *op. cit.*, III, c. 4, n. 12; “Defensio...”, *op. cit.*, III, II, 9

²⁷ SUÁREZ, *Disputación VII...*, *op. cit.*, sectio II.

²⁸ SUÁREZ “Defensio...”, *op. cit.*, III, c. II, n. 14.

²⁹ A diferencia de la designación del Pontífice, “potestas autem civilis ex natura rei est in ipsa communitate et per illum in hunc vel illum principem translata est, voluntate

Como síntesis conclusiva sobre Suárez: por un lado, la tesis clásica del realismo aristotélico (a la que él mismo adhería), según la cual no existen formas de régimen por derecho natural, queda, por lo menos virtualmente, negada –con el hiato que ello supone entre un estadio democrático originario y toda otra determinación constitucional–; por otro lado, el modo de la traslación comporta una cuestionable inteligencia de la naturaleza de la potestad.

3. UNA ILUSTRE EXCEPCIÓN

En la Introducción habíamos dicho que la posición traslacionista fue adoptada “casi” unánimemente por toda la escolástica de la época moderna. Pues bien, es nada menos que Francisco de Vitoria quien da la nota discordante respecto de su entorno doctrinal. En efecto, se halla en el gran maestro dominicano de Salamanca la afirmación formal de que la comunidad *no traslada su potestad* al gobernante; antes bien, para él la comunidad “non potestatem, sed propriam auctoritatem in regem transfert”³⁰. Nótese que

ipsius communitatis, eam (ut sic dicam) *tanquam rem suam alteri donantis*”, sostiene el Eximio en “Defensio..”, *op. cit.*, III, c. III, n. 13 (destacado es nuestro).

³⁰ FRANCISCO DE VITORIA, *Relectio De potestate civili*, 8: “[q]uamvis enim [rex] a Republica constituatur (creat namque Respublica regem) non potestatem sed propriam auctoritatem in regem transfert, nec sunt duae potestates, una regia, altera communitatis. Atque ideo sicut potestatem Reipublicae a Deo et jure naturali constitutam esse dicimus, idem prorsus de regia potestate dicamus necesse est [...] Errare ergo videntur auctores concedentes Reipublicae potestatem esse de jure divino, non autem regiam potestatem”. Esta fundamental discrepancia fue advertida por Héctor H. HERNÁNDEZ, “Fe y razón en los títulos vitorianos”. La afirmación de Vitoria se enmarca dentro del tratamiento de la comunidad como causa material de la potestad, la cual es función inderogable de esa comunidad y debe ser encomendada (*commendari*) a un príncipe, colegio o asamblea para que la ejerza (en otros trechos de la misma obra aparece *committere*, *mandare* y *dare* –semánticamente vinculados a “encargar, confiar”–; pero, sobre todo, se emplea *constituere*, cuya significación alude a la configuración del orden constitucional y la creación de los títulos de mando). La crítica parece no haber tomado siempre debida nota de la relevancia y del sentido de esta posición de Vitoria, que se opone *ante litteram* a la democracia originaria *jure naturali* de Suárez: tal el caso de los excelentes libros de Peter TISCHLEDER, *Ursprung und Träger der Staatsgewalt nach der Lehre des heiligen Thomas und seiner Schule*, pp. 125-127 y de Norbert CAMPAGNA, *Francisco de Vitoria: Leben und Werk. Zur Kompetenz der Theologie in politischen und juristischen Fragen*, pp. 95-104. Por su parte, Daniel DECKERS, *Gerechtigkeit und Recht. Eine historisch-kritische Untersuchung der Gerechtigkeitslehre des Francisco de Vitoria (1483-1546)*, pp. 295-296 coincide con el editor francés de Vitoria, Maurice BARBIER, *Leçons sur le pouvoir politique*, p. 52, en que el pasaje completo indica la no coexistencia simultánea de dos poderes, a saber el del príncipe y el de la república; pero Deckers también se inclina a inscribir la afirmación en un contexto de defensa del régimen monárquico (que derivaría directamente de Dios). No creemos que estas lecturas alcancen el fondo de la cuestión. De hecho, SUÁREZ, *De legibus*, *op. cit.*, III, c. IV, n. 4, ya

en *De potestate ecclesiastica* I (III, 5), Vitoria hace residir la especificidad de “potestad”, como contrapuesta a “autoridad”, en el uso y ejercicio del poder. Esta expresa distinción terminológica, planteada ahora en su obra propia específica sobre el poder político, reviste una significación nocional y real clave. Téngase en cuenta que “autoridad” comporta hallarse investido de títulos legítimos para el ejercicio de la potestad; y que el término se relaciona semánticamente con “autorización”. La sociedad, pues, en Vitoria, “autoriza” constituyendo la norma de la investidura, la cual, a su vez, otorga el título a la potestad suprema. Es así como la comunidad legítima el acceso al gobierno, pero no “traslada” ni “comunica” la potestad misma (es decir, el ejercicio de un poder de régimen que no tenía).

III. La refutación de la idea de traslación y la fundamentación teórica de la designación por la tercera escolástica tomista

I. THEODOR MEYER

El jesuita Theodor Meyer (1821-1913) ocupa un lugar de privilegio dentro de los autores escolásticos que se consagraron a la filosofía del derecho y de la política entre la segunda mitad del siglo XIX y la primera mitad del siglo XX. Su obra seguramente más importante es *Institutiones Iuris Naturalis*³¹, cuyo segundo volumen, dedicado al “derecho natural especial”, trata las cuestiones fundamentales del orden social y político.

1.1. El poder político

1.1.1. El monarquismo antiaristotélico

Entre las posiciones enfrentadas a la de soberanía del pueblo se contaban aquéllas que señalaban a la monarquía como la única forma legítima de gobierno, en tanto imperada sea por la ley divina sea por la ley natural;

interpretaba el texto de Vitoria en el sentido de una designación por la comunidad que exige la ulterior colación directa del poder por Dios (*i.e.*, dada por Dios, pero supuesta la elección humana) –siendo que la potestad en concreto es causada, replica el Eximio, *ex donazione* de la república–. Pero debe objetarse que en esta versión queda preterida la tesis de Vitoria de la intrinsecidad de la potestad de régimen respecto de la comunidad. Por el contrario, J.T. DELOS, *La société internationale et les principes du droit public*, pp. 210-214 y, sobre todo, Emilio NASZALYI, *El Estado según Francisco de Vitoria*, pp. 240-242 sí han captado, estimamos, el sentido formal de esta extraordinaria asunción vitoriana.

³¹ Theodor MEYER, *Institutiones Iuris Naturalis, seu Philosophiae Moralis Universae secundum principia S. Thomae Aquinatis*, vol II.

se trataba, como en el caso del absolutismo, de posiciones típicamente *modernas* (en sentido doctrinal, no cronológico), puesto que el orden y la cultura clásico-cristianos del medioevo habían sido básicamente ajenos a tal tesis³². Esta idea ya había sido sostenida por Robert Filmer en *Patriarcha* (1680), obra en la que se afirmaba el derecho divino de los reyes, en la línea consagrada en el cisma inglés por Jacobo I, contendor teórico de los grandes doctores católicos Bellarmino y Suárez³³. Filmer plantea allí un formal mentís a la axial doctrina aristotélica que distingue entre imperio político (racional, y ejercido sobre un súbdito libre) y dominio despótico (ejercido sobre un sujeto no libre o no racional). En efecto desde el libro I, en el que se fundarán los desarrollos de *Patriarcha*, Filmer identifica específicamente el mando político con el paterno y, al hacerlo, reconoce su explícita oposición con el Estagirita³⁴.

Pero, asimismo, en época de Meyer gozaban de predicamento también en el campo católico teorías contrarrevolucionarias de presupuestos ajenos al realismo aristotélico y tomista. Una de las más célebres durante el siglo XIX –en la Europa latina y germánica, y en América hispana– fue la delineada por el converso Carl von Haller en *Restauration der Staatswissenschaft* (1816)³⁵. En esa obra Von Haller impugna el estado de naturaleza, como distinto del estado civil, y afirma que la sociedad natural no ha dejado ni puede dejar de existir. El autor sitúa al derecho del más fuerte (*Mächtiger*) –por el origen, la fuerza física, el saber o los recursos económicos– como el principal fundamento de la vida social en general y, *a fortiori*, de la comunidad política. La naturaleza (*rectius*, Dios a través de la naturaleza) es la que otorga el poder; éste reside de modo innato en ciertos

³² Marie-France RENOUX-ZAGAMÉ, “Théologie sacerdotale contre théologie séculière: la question du droit divin des rois”, p. 131. Por lo demás, el derecho divino de los reyes no deja de reconocer vínculos con el absolutismo, en línea de fundamentación.

³³ Sobre la concepción despótico-patrimonial del poder según el monarca británico, Eleuterio ELORDUY, “Introducción”, parágrafo IV.

³⁴ Rafael GAMBRA y Carmela GUITIERREZ DE GAMBRA, *La polémica Filmer-Locke sobre la obediencia política*, en su totalidad.

³⁵ Carl LUDWIG VON HALLER, *Restauration der Staats-Wissenschaft, oder Theorie des natürlich-geselligen Zustands*. Para lo que sigue se utiliza el tomo 1º, especialmente la introducción y los caps. V, XII, XIII, XIV, XV, XVI y XVIII. Sobre la influencia de Von Haller en Alemania, Friedrich MEINECKE, *Weltbürgertum und Nationalstaat*, cap. 10. Acotemos que la obra sufrió la ácida crítica de HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, pp. 401-406. Más tarde la tesis de Von Haller fue también cuestionada –ya desde la perspectiva de la escolástica aristotélica– por Heinrich ROMMEN, *El Estado en el pensamiento católico*, pp. 269-270, 278 y 495. Rommen, dicho sea de paso, no fue el único que identificó toda oposición a la teoría de la traslación con este género de visiones contrarrevolucionarias, las cuales, de una u otra manera, en mayor o menor medida, desconocían el papel del consenso comunitario a la hora de la determinación de la forma del régimen.

individuos, o es adquirido por ellos como efecto de esas dotes innatas. Tales dotes consisten, en esencia, en la superioridad (*Überlegenheit*) respecto de los demás, la cual implica libertad y concede el título de dominio (*Herrschaft*). El soberano, pues, posee un derecho propio –i.e., que no supone sino la designación natural– al gobierno de la república. Por su parte los súbditos tienen necesidades: de vivir, de ser protegidos y de ser instruidos. De suerte que, correlativa a la ley natural que crea el título de mando en cabeza del más poderoso existe otra ley natural, la de sujeción –fundada en las necesidades de los débiles–, que explica y legitima la obediencia de éstos al príncipe. Luego, por un lado se dan libertad y dominación; por otro, dependencia y obediencia: en otros términos, superioridad frente a necesidades. Se trata de un orden eterno e inmutable, cuyo trastorno provoca la violencia y precipita en la tiranía. En efecto, la ley del predominio del más poderoso, al ser justa y útil, constituye el principio por excelencia de legitimidad del poder, principio que colisiona radicalmente con el de la soberanía del pueblo, teorizado por Rousseau y la Revolución Francesa.

Para Von Haller el eje y fundamento de la realidad política es el poder supremo. Príncipe (soberano) es aquél a quien las circunstancias afortunadas hacen completamente libre; y la unión del príncipe con quienes lo obedecen conforma la república. Debe remarcarse, asimismo, que el poder soberano no se ejerce sobre lo común (como sostenía Bodino en su definición de república³⁶), ya que el señor ejerce dominio patrimonial sobre sus posesiones: “no se gobierna lo que es común a muchos, sino sólo lo que pertenece al príncipe”, sostiene el autor.

Von Haller, sin embargo, no propone una discrecionalidad absoluta del poder soberano. Por el contrario, este autor afirma una ley general del deber, que impone al príncipe obligaciones de justicia y de amor hacia los súbditos –derivadas de la voluntad misma de Dios, como toda ley de la naturaleza–; y señala asimismo varios modos lícitos de sustraerse a la eventual deriva despótica del poder soberano, entre los cuales se cuenta la resistencia. Ahora bien, a la afirmación del derecho del más fuerte como fundamento axiológico del orden social y político, se suman las consecuencias que tal fundamento acarrearía cuando se pase a explicar la naturaleza de la sociedad política y de su fin. Ante todo no existe para Von Haller una distinción específica entre las distintas clases de sociedades, con excepción de los grados de independencia y libertad de sus respectivos jefes. No hay, entonces, un fin propio de la comunidad política en tanto tal; lo cual conlleva la expresa negación por el autor del bien común político como fin específico de la comunidad política.

³⁶ Jean BODAN, *Les six livres de la République*, p. 27.

Como veremos, la filosofía política aristotélica y tomista se opondrá al pensamiento revolucionario moderno desde otros principios³⁷.

1.1.2. La potestad política en Meyer.

Su definición y su específica distinción con el poder paterno

En sí misma considerada, sostiene Meyer, la “suprema autoridad política” consiste en el derecho de dirigir a la sociedad civil a su fin, o más explícitamente en el derecho a obligar (*ius obligandi*) a los miembros de la sociedad civil para que coadyuven con sus actos al bien común³⁸. A continuación Meyer enuncia y demuestra dos principios esenciales al aristotelismo escolástico. En primer término, el autor distingue esencialmente la potestad³⁹ política del dominio heril y de la potestad familiar unida a tal dominio. Esta tesis aristotélica se opone a todas aquellas posiciones que, como las mencionadas, identificaban o confundían el poder político con el paterno, y que explicaban el primero por una suerte de extensión cuantitativa que no introducía solución de continuidad en la común naturaleza doméstica de ambas formas de potestad.

Contra tales posiciones, Meyer prueba aristotélicamente que la potestad paterna y la política difieren a partir de sus respectivos objetos y fines, que son específicamente distintos⁴⁰. Pero, en segundo término, Meyer suscribe la tesis de que, en sí misma considerada, la potestad política no deriva enteramente de la voluntad humana, sino de Dios en tanto creador de la naturaleza humana y de sus exigencias⁴¹.

1.2. La cuestión del sujeto de la autoridad política. Prenotandos

1.2.1. Enunciación de la tesis del sujeto comunitario

A los fines de la presente investigación interesa analizar las consideraciones y críticas formuladas por Meyer a la “sentencia más antigua” de los escolásticos sobre el sujeto originario del poder político. Se trata de la tesis

³⁷ Como hemos dicho, centraremos nuestro estudio en los desarrollos sistemáticos de Meyer y Billot, quienes, dentro de la tradición de la escolástica aristotélica, se opusieron formalmente a la tesis de la traslación y a sus presupuestos y consecuencias, dominantes hasta ese momento en la escuela. Pero, como es obvio, no pretendemos afirmar que no hayan existido otros posicionamientos en el mismo sentido, no sólo en el pensamiento contrarrevolucionario de impregnación tardomedieval y moderna. Valga como ejemplo de ello el caso del ilustre Luigi TAPARELLI D’AZEGLIO, *Ensayo teórico de derecho natural apoyado en los hechos*, p. 241, expresaba: “Si: la autoridad reside *en la* multitud, porque donde no hay multitud no hay tampoco autoridad; existe *para la* multitud, porque es principio de su unidad; pero no existe *por la* multitud, que no puede crear ni abolir la autoridad; no es *de la* multitud, la cual no gobierna sino que es gobernada”.

³⁸ MEYER, *op. cit.*, t. II, pp. 334-335.

³⁹ El autor utiliza *auctoritas* y *potestas* indistintamente.

⁴⁰ MEYER, *op. cit.*, t. II, pp. 336-339.

⁴¹ *Op. cit.*, t. II, pp. 339-344.

sostenida paradigmáticamente por los grandes autores de la segunda escolástica, como Bellarmino y Suárez, y que después gozó de predicamento casi indiscutido en la misma escuela, como hemos dicho, hasta bien entrado el siglo XIX⁴². Cabría enunciarlo como el principio según el cual el pueblo o multitud unida constituye el sujeto originario de la potestad política, la cual luego es transferida por tácito o expreso consenso del mismo pueblo⁴³. Como oportunamente lo recuerda Meyer, esta idea remonta sus orígenes a Ockham y el conciliarismo medieval, cuya doctrina fue recibida más tarde por Marsilio de Padua y los doctores galicanos de los siglos XIV y XV⁴⁴.

1.2.2. Las diferencias entre la versión secundoescolástica y la de Rousseau

Meyer, antes aun de analizar críticamente la tesis del sujeto comunitario y del consiguiente título traslativo de la potestad, se aplica a distinguir las posiciones de Bellarmino y Suárez de la de Rousseau. Enumera seis diferencias fundamentales:

- i) mientras los escolásticos derivan de Dios la potestad política en sí misma considerada, Rousseau la deriva del hombre;
- ii) aquéllos afirman que Dios la transmite al pueblo, éste que es hecha por los hombres mediante la convención y que se constituye a partir de múltiples derechos de libertad de los individuos;
- iii) para los escolásticos la potestad no es poseída en forma inalienable por el pueblo, sino que resulta conveniente, e incluso naturalmente mandado, que se transfiera a uno o a varios, en tanto que Rousseau sostiene que el poder del pueblo es esencialmente inalienable;
- iv) para los escolásticos la forma monárquica no es menos legítima que la democrática, mientras que para el Ginebrino la democracia perfecta es la sola forma legítima de gobierno;
- v) para los primeros los príncipes son verdaderos poseedores de la potestad suprema, aunque la hayan recibido del pueblo; por el contrario para Rousseau los gobernantes son esencialmente sólo magistrados que fungen de mandatarios del pueblo;
- vi) por último, la ocurrencia de la esporádica expresión “contrato social” (o similares) no significa entre los escolásticos –ni en cuanto al fondo ni en cuanto a la forma–, como para Rousseau, un estado natural originario del que se pasaría al de agregación social y política⁴⁵.

⁴² La síntesis histórica de la tesis en el valioso libro del conde VAREILLES-SOMMIÈRES, *Les principes fondamentaux du droit*, cap. XXXVIII.

⁴³ *Op. cit.*, t. II, p. 346.

⁴⁴ Los textos de estos autores aparecen transcritos por MEYER, *op. cit.*, pp. 357-358.

⁴⁵ MEYER, *op. cit.*, t. II, pp. 360-362.

1.3. La posición de Balmes sobre la motivación de la disputa

Meyer no extrema las distancias entre las posiciones “antigua” (colación por la comunidad que transfiere la potestad misma) y “moderna” (sola designación del gobernante). Para el autor, salvando el caso de “los pocos aduladores” del absolutismo que llegan a identificar el “derecho inmediatamente divino” con una intervención sobrenatural, la posición que niega la soberanía originaria del pueblo (“moderna”) no retacería su conformidad con la tesis secundoescolástica en varios aspectos axiales. Así, por ejemplo, coincidiría en la inexistencia de un privilegio señalado por el derecho natural para el mando; y coincidiría también en la adquisición del título por razones contingentes de orden histórico, cuya concreción se atribuye de algún modo al *ius gentium*, que es “derecho humano” (no desvinculado, claro está, del fundamento de validez del derecho natural)⁴⁶. Meyer adhiere aquí al juicio de Balmes, quien amortiguaba los efectos prácticos del diferendo teórico⁴⁷. A propósito de lo últimamente dicho, conviene agregar que la posición de Jaime Balmes es remarcable tanto por la integradora visión histórica que ofrece del problema cuanto por la agudeza de sus observaciones, llamadas en algunos casos a ser más tarde retomadas y ampliamente utilizadas por otros autores que intervendrían en la polémica.

Para el teólogo español, la *traslación* del poder implica la designación de quien ha de ejercerlo, sumada a la efectiva comunicación por la comunidad del poder recibido de Dios. Por su parte, con la sola *designación* la comunidad pone la condición necesaria para que actúe la causación divina otorgando el poder. Pero, sea como fuere, en una y otra respuesta se afirma por igual el origen trascendente del poder, los derechos y deberes que le competen y, asimismo, las obligaciones que la potestad de régimen genera en los súbditos. Por lo cual concluye: “[e]n la práctica el resultado es el mismo”⁴⁸. Balmes, por su parte, se inclinó personalmente por la solución traslacionista⁴⁹.

⁴⁶ MEYER, *op. cit.*, t. II, pp. 348-349.

⁴⁷ Jaime BALMES, “El protestantismo comparado con el catolicismo”, cap. 51, citado por Theodor MEYER, *Institutiones Iuris Naturalis*, p. 349.

⁴⁸ BALMES, *op. cit.*, p. 487. Vale la pena remarcar que el sentido otorgado en este momento a la designación como modo de investidura del gobernante de la república no coincidía con el que Meyer y sobre todo Billot darán a la noción. Balmes, por ejemplo, la entendía como una colación directa del poder por Dios a los titulares designados por la comunidad –aunque no a la manera de una providencia sobrenatural extraordinaria, dice Balmes (como en la institución divina de la potestad del pontífice), sino presupuesta la acción constituyente y determinante de la comunidad política–. Por el contrario, señalará Billot con Suárez, la designación seguida de la colación directa del poder por Dios no se opera en el caso de la institución *in concreto* de la potestad política, la cual, en tanto función inderogable a ser determinada en su forma y en sus titulares, ya reside en la comunidad.

⁴⁹ José María GARCÍA ESCUDERO, “Introducción”, t. I, pp. 20-21. Sobre la respectiva opción de Balmes en relación con sus concepciones sobre la naturaleza del poder.

Ahora bien, a juicio de Balmes, la razón por la cual señeros representantes de la segunda escolástica (como Bellarmino y Suárez) se empeñaron en sostener la teoría de la traslación radica en la necesidad apologética de aventar la confusión entre la naturaleza de la potestad secular y la de la potestad pontificia. Se trataba, expone, de una necesidad explicable a partir del contexto epocal de los siglos XVI-XVII, circunstancia histórica en que monarcas heréticos o cismáticos, como Jacobo I de Inglaterra, buscaban acrecentar las prerrogativas del poder real a expensas de los fueros de la Iglesia. Y uno de los argumentos a los que recurrieron para exaltar la independencia de su función y el absoluto alcance de sus derechos fue, precisamente, afirmar la colación directa del poder desde Dios al rey. En respuesta a tal pretensión, los doctores escolásticos se atuvieron a la teoría de la comunicación mediata para distinguir el orden natural y humano, propio de la esfera política, del orden sagrado fundado en la providencia sobrenatural. Esto es, sostiene Balmes, para negar “que la potestad civil hubiese sido instituida de una manera singular y extraordinaria como la del Sumo Pontífice” y reafirmar que “el establecimiento de los gobiernos y la determinación de su forma ha dependido en algún modo de la misma sociedad”⁵⁰.

Con todo, no parece escapar a Balmes la dificultad –subyacente a la teoría secundoescolástica– que encierra la identificación de la entidad “*moral [i.e., práctico-accidental]*” del poder con una realidad pasible de pasar de mano en mano, a la manera de los objetos corpóreos⁵¹. Esta aporía constituirá, como veremos, el núcleo de una decisiva objeción levantada por Louis Billot contra la posición traslacionista.

1.4. Las objeciones fundamentales de Meyer

No obstante, las diferencias entre ambas posiciones son verdaderamente tales, y su señalamiento no es ocioso. Meyer niega el carácter de *principio general* del orden político-jurídico a la tesis de la comunidad como sujeto originario de la potestad política, y de la traslación como fundamental título de legitimidad de origen⁵². La principal impugnación de Meyer se dirige contra la pretensión de universalidad de la idea según la cual la multitud

⁵⁰ GARCÍA ESCUDERO, *op. cit.*, pp. 489-495.

⁵¹ *Op. cit.*, p. 488.

⁵² MEYER, *op. cit.*, p 363. La tesis del autor reza: “Veterum theoria –quatenus per eam simpliciter et pro quacumque historica hypothesis asseritur: soli populo qua tali immediate per Deum ut auctorem naturae supremam civilem potestatem conferri, regibus autem et principibus determinate sumptis eam per se alio iuris competere non posse nisi titulo translationis per consensum ipsiusmet communitatis aut per iustam eius privationem factae –a recentiore iuris philosophia merito derelinquitur”.

unida debe ser considerada sujeto originario e inmediato de la potestad política por derecho natural. De lo cual se seguiría necesariamente la exclusividad de la traslación por el pueblo –solo titular originario legítimo– como fundamento del título de legitimidad de todo gobernante. Ahora bien, la traslación, como título, envuelve, según Meyer, “graves dificultades”.

Como veremos, negar la universalidad de la radicación originaria de la potestad en la comunidad –y la consiguiente transferencia del poder a los gobernantes efectivos– implicará *ipso facto* negar la soberanía originaria del pueblo como principio, así como los fundamentos mismos sobre los que esta pretensión se erige. Meyer ofrece al respecto tres argumentos principales.

1.4.1. La comunidad *qua* multitud como materia no dispuesta para la actualización de la potestad

En páginas anteriores, Meyer había citado los textos más ilustrativos de la posición de Suárez. En ellos el Eximio sostenía que en la comunidad política sucedía como si los hombres dispusieran la materia y produjeran el sujeto capaz de la potestad (*De leg.*, III, III, 4). Se trata de la aplicación analógica a la sociedad de un axioma común a toda la escuela, a saber aquél según el cual la forma exige una materia previamente dispuesta. Meyer, en coincidencia con ese principio metafísico, afirma que la potestad es como la forma de la sociedad política. Ahora bien, para que advenga la forma es necesaria una materia dispuesta. Pero ocurre que la multitud, por el hecho de encontrarse *meramente unida* no alcanza a hallarse preparada para la recepción de la forma, sobre todo si se repara en que la potestad exige ejercicio, y la multitud *qua* multitud en general (*generatim*) no es por sí capaz de la posesión definitiva de la potestad ni de su ejercicio. Luego, de todo ello se concluye que la comunidad no se halla próximamente dispuesta a la recepción de la forma (la autoridad política) hasta tanto no se halle presente un sujeto particular capaz de poseer y ejercer la potestad política⁵³.

1.4.2. La dependencia de la teoría del pacto

La tesis del sujeto originario de la potestad resulta ser una suerte de corolario de la teoría que explica el origen de la sociedad por un pacto,

⁵³ MEYER, *op. cit.*, t. II, pp. 364-366. La preparación del sujeto apto para el ejercicio de la potestad, como disposición de la materia, es entendida diversamente por Suárez y por el autor. Para el primero, que parte de la base de que la comunidad es titular de la potestad, dicha preparación se opera en el momento de la conformación de la sociedad, o *corpus mysticum politicum*, cuya realidad preexiste –ontológicamente– a la potestad política.

sostiene Meyer. Esta última hipótesis consiste en afirmar que la multitud, conformada a partir de la unión de hombres políticamente independientes, preexiste –ya temporal, ya lógicamente– al gobernante determinado por el derecho. Sólo por un esfuerzo de abstracción puede considerarse que los hombres viven primero, libres, en un estado social, pero no político (“natural”), para convenir más tarde en la unión social del estado político, que sólo finalmente se sujeta a cierto régimen. Tal hipótesis, insostenible, aparece de alguna manera supuesta por la tesis criticada, en la medida en que ésta supone un hiato entre la multitud unida y la vigencia efectiva de la potestad de régimen. Luego, la endeblez teórica del universal origen pacticio de la sociedad vicia los fundamentos de la potestad colectiva originaria⁵⁴.

1.4.3. La traslación como título universal

Para el autor, la posibilidad de la traslación como fundamentación universal del título de toda potestad se ve comprometida por los defectos de las premisas discutidas *supra*. La traslación depende de la hipótesis de que una comunidad por libre consenso instituya sobre sí misma su régimen político, pero tal situación sólo puede darse de modo contingente. Ahora bien, prosigue Meyer, aun cuando esa situación se verifique, el sufragio del pueblo no transfiere el poder cual si se tratase de una función originariamente a él inherente, sino que se trata meramente de una *designación y como una última preparación de la materia para la recepción de la forma*. Por tanto la traslación no puede constituir el solo modo legítimo de adquirir el título del mando político. A continuación el autor se aplica a una minuciosa argumentación ordenada a probar su aserto⁵⁵.

Sea como fuere que una “multitud unida” llegue a constituir su régimen político (sufragio libre, alguna forma de consenso, etc.), es necesario asumir como posible una de dos hipótesis: o bien la multitud no se ha constituido aún en unidad social, como persona moral; o bien ya está socialmente unida y constituida en acto (“*in facto esse*”) como un sujeto unitario de operaciones.

1.4.3.1. La unidad *in fieri*

Primera alternativa. La multitud no posee en tanto tal un principio unitario de acción común, por ende no constituye por sí un sujeto jurídico ni una persona moral. Luego, mal podría transferir la potestad política, ya que

⁵⁴ MEYER, *op. cit.*, t. II, p. 366.

⁵⁵ *Op. cit.*, t. II, p. 367.

ella misma no la tiene. Dicha imposibilidad se refiere a la transferencia del derecho actual al imperio político; pero, por el contrario, sí podría la multitud cooperar a la institución de la autoridad social. Esto tendría lugar, por ejemplo, en el caso de que un grupo de hombres libres o familias, aun no políticamente congregados, designaran al sujeto de la autoridad pública. Se trata de una actividad socialmente constitutiva, bajo la forma de la determinación del sujeto del derecho al mando. Allí la acción de las partes prepara la materia para la última educción de la forma política –i. e., el ejercicio de la autoridad⁵⁶.

1.4.3.2. La unidad *in facto esse*

Segunda alternativa. La multitud unida ya está constituida como persona moral capaz de acción social unitaria. Ella puede ser considerada sujeto de la autoridad política, y entonces transferirlo voluntariamente a uno o a pocos. Meyer señala enseguida que tal hipótesis incurre en “gravísimas dificultades lógicas”, que no alcanzan a ser resueltas.

En efecto, semejante sociedad capaz de alienar su derecho al imperio político no sería sino una república democrática, en la cual el pueblo ejerce la potestad de régimen por sí o mediante magistrados. Asumido lo cual, Meyer argumenta que entonces ya no se estaría hablando de la instauración de la primera forma determinada de gobierno, sino de una mutación de una forma por otra. Pero podría tratarse de la tesis de Bellarmino según la cual la traslación desde la totalidad del pueblo resulta necesaria. Ahora bien, en este segundo caso cabe objetar:

- a) si la democracia no hubiese podido ser ejercida por todo el pueblo, éste habría podido crear órganos que lo hicieran en su nombre (es decir, si la democracia fuera la forma originaria, no se necesitaba variar esencialmente la forma de gobierno, sino sólo introducirle modificaciones accidentales);
- b) aunque se reconoce la ineptitud del pueblo para ejercer el gobierno (con lo cual, paradójicamente, parece descalificarse a la democracia), sin embargo se confiere al mismo pueblo la alta facultad de trasladar en forma definitiva la potestad.

En cambio, cabría pensar en la versión de Suárez, para quien la traslación resultaba conveniente mas no obligatoria. Si ésa fuese en concreto la hipótesis, y tal el régimen originario –llamado por el Eximio democracia de “derecho natural concedente”–, eso colisionaría ante todo con la experiencia histórica, que señala a la monarquía como la forma históricamente

⁵⁶ MEYER, *op. cit.*, t. II, pp. 367-372.

originaria de la humanidad. Pero, por otra parte, existe una razón principal para negar este planteo, afirma Meyer. Si no existe obligación de derecho natural de alienar la potestad, luego el pueblo actúa en tal sentido de modo libre y por una cuestión de oportunidad y mayor utilidad. Esto implicaría para Meyer que la instauración de todo régimen y principado se operaría bajo la forma de una suerte de *contrato bilateral*. En ese acuerdo el pueblo, que actúa con libérrima voluntad, parecería hallarse facultado para rescindirlo y reivindicar el poder ante el incumplimiento por el príncipe de las cláusulas estipuladas. Va de suyo que no se trataría aquí de una hipótesis excepcional, válida para explicar algunas experiencias históricas particulares, sino de una tesis universal, que apuntaría a la condición común a todo gobierno legítimo⁵⁷. Con lo cual, continúa Meyer, sería difícil sustraerse a la consecuencia de que la estabilidad de la potestad política vigente se hallaría amenazada por los eventuales reclamos del donante. Amenaza que no se conjuraría sin una explícita (no tácita ni implícita) declaración en contrario del pueblo (la cual, piensa Meyer, colisionaría con el espíritu de libertad del pueblo preconizado por Suárez)⁵⁸.

1.5. El sujeto del poder político

1.5.1. La variedad constitutiva del concurso humano y la pluralidad de formas legítimas

A partir de las observaciones críticas a la teoría de la traslación Meyer expone los puntos axiales de su propia posición.

La autoridad política es esencial al cuerpo político y se ordena al bien de ésta. Esto conlleva como exigencia ontológica necesaria que en la comunidad política se encuentre un sujeto apto y preparado para la actualización de la sociedad como persona moral. De qué modo coopere la multitud para que se dé tal condición, que es como la última preparación de la materia social para recibir la forma política, dependerá de un sinnú-

⁵⁷ Meyer, como vemos, señalará la significación ambigua y las potenciales dificultades de la idea del contrato en Suárez; ahora bien, haber resaltado la centralidad de esa idea dentro de la concepción del poder del Eximio no es patrimonio exclusivo de la visión crítica del teólogo alemán. Así, un iusfilósofo de la talla de Luis RECASÈNS SICHES, *La Filosofía del Derecho de Francisco Suárez*, pp 180 y ss. interpreta que, para Suárez, los títulos de quienes ejercen la potestad se basan en un acuerdo o pacto –entre el gobernante y los gobernados–; por su parte, Josef SODER, *Francisco Suárez und das Völkerrecht. Grundgedanken zu Staat, Recht und internationalen Beziehungen*, p. 91, sostiene: “[e]l carácter contractual es la nota esencial de la traslación del poder”; en el mismo sentido Markus KREMER, *Den Frieden verantworten. Politische Ethik bei Francisco Suárez (1548-1617)*, p. 111.

⁵⁸ MEYER, *op. cit.*, t. II, pp. 372-376.

mero de factores históricos y materiales, afirma nuestro autor. Y continúa: la naturaleza de la comunidad política exige –como preparación de la última forma (política)– el que se provea la determinación de un sujeto particular idóneo para el ejercicio de la autoridad. Es entonces cuando interviene la cooperación humana. La acción de los hombres, sostiene Meyer, no es causa de que comience a tener vigencia el orden de justicia legal, sino su *condición necesaria, como consenso concomitante o subsiguiente*. Meyer explica su categorización del consenso y la determinación humana de la potestad como *condicio* y no como *causa* por el hecho de que la designación humana no crea formalmente el derecho de la potestad a obligar jurídica y moralmente. Sólo podría ser considerado causa material de la determinación del derecho, mas no causa eficiente del derecho mismo de la potestad. En esta negativa a considerar con carácter causal la designación por la comunidad subyace seguramente la convicción de Meyer respecto de la necesidad de rechazar la donación de la potestad misma por parte de la comunidad.

En cualquier caso, y cuidando de no tropezar en una *lis de verbo*, queda en pie la tesis aristotélica clásica de que las formas de gobierno son de derecho humano (*ius gentium*) en tanto penden de la múltiple cooperación de los hombres. Toda forma particular de gobierno depende de tal “mediación” humana, sin que ello comporte un acto pacticio de donación del poder⁵⁹. Más adelante insiste Meyer en que no debe tomarse la parte por el todo; en efecto, si bien es verdad que toda forma de régimen es de derecho humano, de allí no se sigue como principio el de que “no puede haber forma legítima de potestad que no emane próxima o remotamente del pueblo”. La particular forma de gobierno de cada comunidad histórica, en efecto, no viene determinada por el derecho natural, como ocurre en el caso de la autoridad paterna. Por el contrario, el establecimiento de cada forma exige la deliberación y el concurso de la voluntad humana, guiadas por el impulso de la ley natural. Ahora bien, tal concurso humano resulta de suyo variable, dado que depende de circunstancias concretas e intransferibles. Luego, la cooperación (voluntaria) del hombre no debe identificarse sin más con uno de sus modos posibles de manifestación, cual es el pacto o convenio⁶⁰.

1.5.2. El concurso humano en la determinación del título del gobernante

Meyer acepta –y confiere rango de tesis– al principio según el cual el sujeto de la potestad política exige para su constitución el concurso, sea directo,

⁵⁹ MEYER, *op. cit.*, t. II, pp. 376-385.

⁶⁰ *Op. cit.*, pp. 379-380.

sea indirecto, de la voluntad de los hombres reunidos en comunidad. Los grados y los modos de la cooperación humana oscilan entre dos extremos, aclara: van desde el sufragio directo y simultáneo con la instauración del poder, mediante el cual se elige o reconoce al gobernante; hasta la participación meramente material y ocasional, inserta en procesos paulatinos y orgánicos de instauración, consolidación o ampliación del poder. En este último caso se trata de modos no informados por la deliberación; como asimismo del asentimiento pasivo que se puede suponer en todos aquellos que integran o pasan a integrar la comunidad política. Estos diversos modos de establecimiento del poder se operan, continúa Meyer, de modo análogo y paralelo al que se verifica en el proceso de constitución de la comunidad misma. Es decir, que sociedades conformadas –como raramente ocurre– de modo pacticio instaurarán casi siempre su potestad de modo igualmente pacticio. Pero en todos aquellos casos –los más– en que la comunidad se conforme de modo “orgánico”, la situación concreta de los hombres frente al poder será otra: allí quienes quieran permanecer como miembros de la sociedad sólo prestarán su asentimiento a la sujeción según el modo y los titulares con que la potestad rija.

En el caso de la instauración pacticia de la potestad el consenso social opera como electivamente y por su intermedio se produce el efecto formal del derecho. Se requiere aquí de la acción del consenso como la del influjo causal necesario para la determinación del titular del derecho al imperio en la sociedad. En el segundo caso, orgánico, sólo se trata de una condición concomitante o subsecuente, por la cual el miembro de la sociedad refrenda su incorporación a ella mediante el acatamiento al poder vigente. Pero aquí la acción voluntaria sólo configura el radio material de vigencia del derecho de mando; es decir, la aceptación del hombre al imperio vigente sólo determina si ese hombre quedará o no sujeto al poder (pues si no lo acata deberá emigrar), y sólo afecta cuantitativamente el ámbito de vigencia personal de la potestad, no el título mismo de ésta. Para el individuo que llega a la existencia se plantea la obligación de la obediencia al poder establecido en el suelo en que ese individuo ha visto la luz. Otras situaciones no son sino excepcionales, y los argumentos en ellas fundados provienen de perspectivas abstractistas.

Ese último punto reviste especial relevancia para la posición de Meyer. La validez objetiva del derecho de imperio (“*formalem vigorem iuris*”, la llama Meyer) se funda en el derecho natural. Pero su determinación material, concreta e individual, depende de algún hecho (*aliquo facto*), que no exclusiva ni necesariamente se origina en conductas libres, sino que también puede derivar de hechos o circunstancias independientes del arbitrio humano, que no por ello dejan de ser fundamento de las

correspondientes obligaciones jurídicas (*i.e.*, de obediencia). Por todo, ello, concluye Meyer, la obligación de obediencia permanece vigente aun cuando el título no haya sido determinado causalmente, de modo cuasi electivo, por el libre consenso comunitario. Es que el débito de obediencia se deriva del título de la potestad, basado a su vez en el orden racional objetivo de la realidad humana y política.

1.6. Conclusión:

el rechazo a la transferencia de la titularidad por el pueblo

Así pues, Meyer opone dos tesis a la teoría de soberanía del pueblo y la consiguiente transferencia de potestad. Por un lado, la determinación del sujeto titular no corre exclusivamente por cuenta del consenso electivo (causal), sino que las más de las veces la acción voluntaria del miembro del cuerpo político consiste en un consenso obligado a la autoridad vigente (condición concomitante o subsiguiente).

Pero, sea cual fuere el modo de la cooperación humana en el establecimiento del poder, tal cooperación en ningún caso comporta transferencia de titularidad⁶¹.

2. LOUIS BILLOT

En la misma línea recorrida por Theodor Meyer, Louis Billot (1846-1931) elabora una relevante contribución al tema del sujeto originario del poder político. Esta contribución filosófica del ilustre teólogo jesuita (maestro de generaciones en Roma durante décadas, indoblegable y preclaro sostenedor de los principios católicos en la teoría y en la praxis) se halla en su magna obra *De Ecclesia Christi*⁶².

2.1. Naturaleza y origen de la potestad

2.1.1. Concepto de potestad política

En la definición del autor, política es aquella potestad por la cual el pueblo es gobernado en orden a su tranquilidad y prosperidad temporales. Ella debe ser especialmente distinguida de la potestad heril, cuyo fin consiste en el bien del amo, que se sirve del siervo como de un instrumento. Por

⁶¹ MEYER, *op. cit.*, t. II, pp. 389-399.

⁶² LOUIS BILLOT, "Tractatus De Ecclesia Christi, sive continuatio theologiae de Verbo Incarnato", t. I: "De credibilitate Ecclesiae, et de intima ejus constitutione", capítulo III, cuestión XII, & 1: "De originibus et formis politici principatus", pp 489-516.

el contrario, la potestad política se ordena al bien común de la sociedad política, *i.e.*, al bien participable por los gobernados. La transgresión a este principio básico constituye el fenómeno de la tiranía. Tras esta puntualización Billot enunciará cuatro tesis.

2.1.2. El origen último del poder

2.1.2.1. El sistema de Rousseau

En la primera tesis explica el principio paulino de *Romanos*, 13, 1: *Omnis potestas a Deo est*. Aceptado que Dios sea el creador de la naturaleza humana, luego también es origen de todas aquellas exigencias ínsitas en la naturaleza humana, entre las cuales la politicidad, concretada en la sociedad política, la cual a su vez exige la acción de la potestad. Es de acuerdo con tal secuencia como debe entenderse el efato paulino. Su núcleo principal –en el plano de la razón natural– viene a significar que el poder es una exigencia de la naturaleza de la sociedad política, y que ésta es necesaria para la perfección del hombre. Tal tesis tradicional adquiere un alcance peculiar en la época moderna, dado que se opone frontalmente a Rousseau ya desde el contenido filosófico mismo que encierra, y sin necesidad de recalar en su significación teológica. La teoría del contrato social, sintetiza Billot, hace derivar la potestad política de la comunidad como de su fuente original. Esto es así en la medida en que cada individuo ha transferido la totalidad de sus derechos individuales al Estado. El individuo tiene absoluta libertad de disposición sobre sí mismo y sobre las cosas, y sólo adquiere deberes merced a un contrato libremente pactado. De allí que el fundamento de la justicia política lo constituya el contrato de cesión de derechos de los individuos por el cual se instituye la comunidad. Una vez creado, el Estado se erige en única fuente de derechos y deberes; pero, por otro lado, el magistrado no es sino el ejecutor de la voluntad del pueblo, titular de una soberanía que, a más de absoluta, es inalienable.

Billot formula dos objeciones principales a este planteo. En primer término, la teoría resulta incoherente, pues si antes del pacto la libertad del individuo era absoluta, no se ve por qué razón tal libertad pueda ser enajenada a través del pacto originario, en todo o en parte, y de un modo irrevocable. En segundo término, su consecuencia directa desemboca en la sujeción de los individuos concretos a la voluntad ilimitada del poder estatal, revestido del ropaje de voluntad general.

Para Billot el sistema de Rousseau se puede reducir a dos tesis fundamentales. Por un lado, el poder político deriva solamente de la voluntad del pueblo, por cuya razón depende del arbitrio de éste. A propósito de lo cual el autor cita pertinentes textos de Rousseau sobre la cuestión:

“el pueblo es soberano y el gobierno sólo su mandatario (*commis*), menos que su mandatario, su doméstico. Entre ambos no existe contrato indefinido o, por lo menos, durable. *Es contra la naturaleza del cuerpo político que el soberano se imponga una ley que jamás pueda infringir [...] ni siquiera el contrato social*. El acto por el cual un pueblo se somete a jefes no es absolutamente más que una comisión (*commission*), un empleo en el cual, simples oficiales del soberano, ejercen en su nombre el poder del cual él los ha hecho depositarios, y que él puede modificar, limitar, y retomar cuando le place” (*Contrato social*, I- 7, III-1, IV-3; subr. original).

El otro principio consiste en la concentración de todos los derechos en el arbitrio del poder del Estado. Aquí el autor hace suyo el juicio de Hypolite Taine:

“Es necesario que el Estado tenga todos los derechos y los particulares ninguno; [el individuo] habiendo renunciado a todo y a sí mismo nada más tiene que reclamar [...] En lugar de mi voluntad se halla de ahora en más la voluntad pública, es decir, en teoría, la arbitrariedad tornadiza de la mayoría contada por cabezas; de hecho, la arbitrariedad rígida de la asamblea, de la facción, del individuo que detenta el poder público” (*El antiguo régimen*, I. III, cap. IV, párrafos 4 y 5).

Billot, como una suerte de conclusión, advierte la tensión que anida entre la primera idea, que encerraría una dinámica anarquista, y la segunda, con su dinámica absolutista –implicada en la licuación de toda legitimidad en la voluntad omnimoda del poder–.

2.1.2.2. La naturalidad del poder en la tradición escolástica

Tras el interludio polémico con la doctrina de Rousseau, Billot expone la naturaleza de la potestad política de acuerdo con la doctrina de la escolástica aristotélica. Tan pronto los hombres se hallan reunidos en sociedad política, por la naturaleza misma de las cosas aparece la exigencia imprescriptible de la autoridad. Por ello cabe afirmar que la potestad –*qua potestad*– no existe por decisión voluntaria de los individuos, sino por una necesidad intrínseca de la realidad política. Pero, además, el poder político no se erige para el anonadamiento de los derechos individuales, sino para su salvaguarda; por ello no surge de la enajenación de los derechos sino a partir del deber de la sociedad de conducirse al bien común. Este deber es el que funda el derecho (la obligación) de la potestad y del consiguiente acatamiento a su imperio. En suma, ni la enajenación de derechos ni la convención resultan fundamentos de la potestad política.

A partir de lo dicho se sigue una serie de consecuencias de la mayor relevancia para el específico tema del sujeto de la potestad:

- i) la comunidad no es fuente originaria del poder político en tanto tal, sino como su receptáculo inmediato y medio de comunicación a las personas concretas que lo han de ejercer;
- ii) dado que la potestad existe para el bien común, luego el modo de la comunicación también responderá a las exigencias del fin que da razón de la potestad;
- iii) el magistrado o gobernante ya no fungirá, como en Rousseau, de instrumento del pueblo, revocable a capricho, pues la norma que regula su función no es la voluntad general, sino el bien común⁶³.

2.2. La positividad de las formas de gobierno

La segunda tesis condensa un principio de larga solera aristotélica, a saber, el de la pluralidad de formas legítimas de gobierno.

El poder político puede considerarse bajo dos aspectos: o en sí mismo, y entonces se lo afirma de derecho natural; o en cuanto se da según una forma determinada (*i.e.*, monárquica, aristocrática o democrática, diversificables hasta lo infinito). Bajo este último respecto el poder político depende de la institución humana como de su principio próximo. Billot se apoya en este lugar en Suárez (*Defensio fidei*, III, II), quien sostuvo que los pueblos tienen el derecho a darse una forma de régimen acorde con su idiosincrasia y tradiciones. Luego, no hay una forma de régimen que acapare de modo excluyente la legitimidad política; por el contrario, ésta se mensura a partir de la ordenación de la potestad al bien común político.

La institución humana, al concretar la potestad política a una forma del gobierno y a unas personas particulares que han de ejercerlo, opera bajo la formalidad de causa próxima de determinación de una exigencia que, en cuanto a su existencia misma, no depende de la voluntad del hombre. Pero sí depende en cuanto a su forma y a su recepción por quienes mandan. En tal sentido debe entenderse la afirmación de Tomás de Aquino según la cual la potestad política fue introducida por derecho humano (*S. Th.*, II.-IIae., 10, 10). En efecto, el concurso humano no actúa a la manera de la manifestación de la voluntad de los electores del sumo pontífice, cuya potestad es conferida inmediatamente por Dios. Pues esa voluntad, confirmando el título, sólo constituye la *condición* a partir de la cual se ejercerá la investidura divina⁶⁴.

⁶³ BILLOT, "Tractatus...", *op. cit.*, pp. 489-494.

⁶⁴ *Op. cit.*, pp. 494-498.

2.3. El derecho a determinar la forma de gobierno y la ley de la investidura reside en la comunidad (tercera tesis)

2.3.1. Consenso, poder constituyente y legitimidad de origen

Billot había ya establecido que la constitución política debía ser anterior a la investidura del gobernante, ya que éste accederá (de modo legítimo) al poder según la forma constitucionalmente prevista. Luego, esa forma política no puede proceder del mismo gobernante, sino que debe precederlo. Mas antes de la instauración del gobierno legítimo el poder no le compete a nadie, sino a la comunidad. Pues es un principio –tomado también de Tomás de Aquino (*S. Th.*, I-IIae., 90, 3)– que ordenar al bien común es de resorte de la comunidad o de aquel que tiene a su cargo el cuidado de la comunidad. Luego, será la comunidad la que instituya la forma del Estado y el modo según el cual se investirá al gobernante. De allí, concluye Billot, que el modernamente llamado “poder constituyente” (“*potestatem quam moderni constituentem vocant*”), por el cual el poder se deriva de modo próximo al gobernante, pertenezca a la comunidad política. Ahora bien, es necesario detenerse en el concepto de poder constituyente de Billot.

Esa forma primigenia de poder no debe identificarse necesariamente con el sufragio según cómputo aritmético⁶⁵. Antes bien, se constata que el modo más frecuente y estable de constitución se funda en aquella peculiar forma de legalidad denominada costumbre, en la que la voluntad colectiva se expresa mediante el uso y la práctica (“*rationabilis voluntas faciens ius, ipso usu et praxi exprimitur*”). En efecto, rara vez el pueblo se da gobierno mediante un convenio; por el contrario, suelen sucederse una infinidad de hechos que van preparando la introducción de los gobiernos, a los cuales la adhesión del pueblo confiere existencia jurídica. Y esto vale, continúa el autor, incluso para aquellos casos en que la instauración del régimen fue violenta o incluso injusta en sus comienzos (ocupación, usurpación, etc.). Pues aun en tales casos el gobierno establecido por la fuerza es posible de ser legitimado a través del consenso de la comunidad. Supuesta la ordenación al bien de la comunidad,

“no interesa cuáles fueron los comienzos [...] porque en todo caso esta ocupación no se convierte en legítima institución sino a partir del con-

⁶⁵ Si así lo fuera, la doctrina sostenida aparecería en contradicción con la experiencia histórica, que desmiente la introducción de los regímenes mediante la vía llamada “pacticia” por Meyer. Pero Billot aclara que no se afirma el sufragio *formal* y *expreso*, sino el consenso en el acatamiento, como fundamento de legitimidad de origen de todos los gobiernos.

senso de la comunidad, al que le corresponde siempre la misma *ratio* y tiene siempre la misma eficacia”⁶⁶.

Por todo lo dicho, la conclusión del autor, que reviste rango de principio, consiste en que no es el comienzo de los regímenes lo que les otorga legitimidad, sino el uso posterior y, asimismo, la (tácita, en general) adhesión de la comunidad⁶⁷.

2.3.2. El proceso constituyente como acción y derecho de la comunidad

2.3.2.1. El poder constituyente como operación de la sociedad en acto primero

Billot se preocupa por resolver la dificultad relativa a la imposibilidad de que la comunidad efectúe el acto constituyente: antes de erigida la potestad, se objetaría, la sociedad no podría establecer ni conferir nada, ya que no está aún constituida como un cuerpo político con semejante capacidad de acción conjunta. Cabe suponer que este cuestionamiento se origina en todo o en parte (aunque no se lo nombra) en las posiciones de Theodor Meyer.

Billot acepta la observación contraria al acto constituyente previo al ejercicio de la potestad en el caso de aquellas sociedades constituidas últimamente en acto perfecto (o sea, “en acto segundo”, es decir, rigiendo ya la autoridad política). Pero si no se pretende que las sociedades advengan a la existencia histórica de modo totalmente determinado por la naturaleza, luego debe aceptarse en ellas alguna forma de poder constituyente. Hay un poder social subyacente no ordenado a gobernar la comunidad, mas sí a establecer el modo de acuerdo con el cual procederá la acción del gobierno. Y continúa Billot. Si se adopta la denominación de “designación (*designatio*)” para nombrar la acción comunitaria en su acto de determinar la forma y los titulares concretos de la potestad, luego debe necesariamente concederse que la comunidad es capaz de efectuar un acto político; de lo contrario, la designación no valdría más que el acto

⁶⁶ En el caso específico de la anexión tras un conflicto bélico, la consecuencia directa de una guerra justa puede determinar que el Estado vencido pase a formar parte del vencedor. Ahora bien, en tanto pasa a ser parte del Estado, compartirá el régimen y el fin común de esa comunidad.

⁶⁷ BILLOT, “Tractatus..”, *op. cit.*, pp. 498-501. En Sergio Raúl CASTAÑO, *El poder constituyente, entre mito y realidad*, pp. 45-50, planteamos algunas críticas y modulaciones respecto de la afirmación del autor de que la constitución (jurídico-positiva) preceda siempre al titular del poder que adviene; y de la denominación de “poder constituyente” otorgada por Billot al concurso obediencial por el que la comunidad aprueba una forma de régimen.

de un simple particular. Ahora bien, aceptado que se trata de un acto de la comunidad, el autor inquiere si ese acto tiene o no fuerza de ley. Si no la tiene, luego no establece límite ni medida algunos al poder social. Pero si hay real determinación de la forma y sujetos del poder es que con anterioridad al gobierno existe la capacidad de producir algún estatuto vinculante⁶⁸.

2.3.2.2. La designación como causa del estatuto del poder

Billot rechaza que la designación revista el rango ontológico de una mera *condición*⁶⁹. Por el contrario, como se viene diciendo, afirma para ella carácter de *causa*. La razón fundamental para asignar valor de principio a la naturaleza causal de la designación estriba en que la sociedad política en tanto tal no posee *a priori* ni forma constitucional ni títulos concretos a los cuales esté ligada la investidura del poder. Todos ellos deben ser determinados. No alcanza con poner las condiciones sociales y voluntarias para que sólo con ello el poder se haga efectivo en la comunidad. Por el contrario, la estructura constitucional y la ley de investidura de los titulares exige ser concretada dentro de un abanico cuasi infinito de alternativas, todas acordes con la ley natural y abstractamente posibles. Lo cual no significa que la comunidad se halle indeterminada respecto de toda forma posible, ya que, como se ha visto, Billot confiere una relevancia configurante decisiva a la tradición y al talante comunitario. En cualquier caso, la conjunción de la potestad con las personas que han de gobernar es causada próximamente por la acción de la comunidad⁷⁰.

2.3.2.3. La causación constituyente como designación formal

Billot precisa que una designación meramente material del sujeto de la potestad sólo señalaría a la persona que hubiere de suceder a su antecesor, mas sin la facultad de determinar o modificar la forma del poder

⁶⁸ BILLOT, "Tractatus...", *op. cit.*, pp. 506-507

⁶⁹ Para la escolástica aristotélica la *conditio* es un *removens impedimentum*, que no es causa sino que facilita la acción propiamente causal. De allí, por vía de ejemplo, la imposibilidad de reconocer en el bien común político la *causa* final de la comunidad política y, al mismo tiempo, definir ese bien común como un "conjunto de *condiciones*" (sobre este tema remitimos a Sergio Raúl CASTAÑO, "¿Es el bien común un conjunto de condiciones?", pp. 17-33.

⁷⁰ BILLOT, "Tractatus...", *op. cit.*, pp. 497-498; "[...] institutio humana, quae eo ipso efficitur vera et proxima investiturae causa in omnibus supremis rerumpublicarum capitibus".

o el modo de investidura. En cambio, la designación formal (propia del poder constituyente comunitario) resulta causa próxima, asimismo, de que el titular designado acceda según tal ley de investidura y ejerza la potestad según tal modalidad constitucional. Como ya se ha mencionado, todo ello no comporta que la institución humana sea causa del poder en tanto tal. En los términos de Billot, la formalidad misma del poder es de ley natural, y de esa formalidad no es causa el poder constituyente de la comunidad. Pero si la institución humana no es causa de que sea justo obedecer a la potestad –pues la obligación de obediencia a la autoridad recta que dirige al bien común es de ley natural– con todo la institución comunitaria sí es causa de que sean justos (y, por ende, obligatorios) una cierta ley de investidura y un cierto cauce constitucional⁷¹.

2.4. El derecho de la comunidad a mudar su forma de gobierno

A partir de los principios espigados hasta aquí surge con necesidad la cuarta tesis de Billot: en la comunidad reside el derecho a modificar su forma de gobierno de acuerdo con las exigencias del bien común. Ello es así porque el derecho de autoridad se ordena por naturaleza al bien común político. Luego, cuando una auténtica razón de bien común lo imponga será legítima la mudanza constitucional; y ningún derecho preexistente, personal o familiar, podrá ser óbice para ello.

Asimismo, si un régimen adviene al poder por sobre las ruinas de otro anterior, este nuevo gobierno –en la medida en que sea generalmente acatado y no pueda ser removido sino a costa de graves turbaciones y detrimento de la paz– debe ser reconocido como legítimo. Y esto vale, añade Billot, aun cuando la remoción del antiguo gobierno se hubiera efectuado por facciosos y a través de conductas criminales⁷².

⁷¹ BILLOT, “Tractatus...”, *op. cit.*, p. 504.

⁷² El principio aquí en juego es el de la primacía del bien común político. En tal sentido, es pertinente una breve nota por nuestra parte. Los corolarios de esta cuarta tesis concretarán los principios del recto orden social en el polémico ámbito de los cambios de régimen en la medida en que verdadera e integralmente expresen las exigencias del bien común político. Así, en el primer caso, se trataría de subordinar toda pretensión particular a las necesidades concretas del bien de la comunidad en un momento histórico determinado; en el segundo, se trataría de sopesar la licitud de una restauración de difícil éxito, ante la eventualidad de que los bienes humanos esperados no alcanzasen a compensar las discordias y violencias que la lucha acarrearase. Ahora bien, el segundo caso, en particular, no podría ser entendido como la preeminencia del *fait accompli* de la vigencia de cualquier poder por sobre la obligatoriedad de oponerse por todos los medios lícitos posibles a un régimen que atente gravemente contra el orden natural y la ley de Dios. En otros términos y en síntesis, la “pacífica adhesión del pueblo” sana la ilegitimidad de origen, mas no la de ejercicio.

En consecuencia, el autor cree poder confirmar dos conclusiones. Desde el punto de vista del orden internacional, debe ser reconocido por legítimo todo gobierno establecido y confirmado por el consenso del pueblo, sea cual fuera su origen (quedando supuesto, claro está, el ejercicio ordenado de sus funciones). Por último, desde el punto de vista de la comunidad misma y de su derecho, “la pacífica adhesión (*pacificam adhaesionem*) al nuevo régimen habrá de tener la misma fuerza de legítima investidura que antes había tenido en los primeros orígenes de la sociedad”⁷³.

2.5. La crítica a la teoría de la traslación a partir del rechazo de la radicación de la soberanía en el pueblo

Así pues, como se ha visto, Billot coincide con la segunda escolástica en afirmar la positividad de las formas de gobierno y en radicar la legitimidad en el uso de la potestad (legitimidad de ejercicio) y en la tácita –y normada– adhesión de la comunidad (legitimidad de origen). Pero, sin embargo, es a partir de allí donde comienza la discrepancia de Billot con la casi totalidad de la tradición escolástica moderna⁷⁴.

2.5.1. Los posibles sentidos de la mediación del pueblo

La proposición de que el poder político proviene del pueblo puede ser entendida de dos modos, distingue nuestro autor. O bien significa que el pueblo posee el poder en virtud de la ley natural, poder cuya titularidad retiene –para encomendar su ejercicio a magistrados– o transfiere a un príncipe o grupo de notables. O bien significa que el pueblo posee la facultad de dictar la ley de la investidura por la cual el poder, necesario en sí mismo pero indeterminado en su titularidad, será reconocido en uno o varios sujetos concretos.

Enseguida hace Billot una gráfica comparación con el derecho de propiedad. De dos modos se puede obtener de otro el dominio de una cosa. Según el primero, alguien puede darme una cosa de la cual él era legítimo poseedor (como en una donación). Según el segundo, alguien puede ser el autor de la ley por la cual adquiero el dominio de una cosa (como en la *usucapio*, cuyos términos son establecidos por el legislador civil). En cualquiera de las dos versiones se afirma que el consenso de la

⁷³ BILLOT, “Tractatus...”, *op. cit.*, pp. 509-511.

⁷⁴ *Op. cit.*, pp. 501-502. Se dice “moderna” (usamos el término, en este caso, en sentido *cronológico*) porque no es nuestra intención incluir sin más, por ejemplo, a Tomás de Aquino entre quienes sostienen que la comunidad es sujeto originario del poder. Sobre el debatido tópico Juan Antonio WIDOW, “La democracia en Sto. Tomás”, pp. 203-218.

comunidad, a partir de las exigencias del derecho natural, ha instituido la forma del régimen y determinado el título de los sujetos que ejercen el poder. Numerosos autores “antiguos” han adherido a la primera versión. Pero Billot esgrimirá razones fundadas para sostener la segunda.

2.5.2. Contradicción implícita de la traslación con la positividad de toda forma de gobierno

En efecto Billot, al contrario del grueso de los autores de la segunda escolástica, adhiere al segundo criterio. La razón en que se basa para ello tiene que ver nada menos que con la necesidad de guardar coherencia respecto del principio aristotélico, unánimemente sostenido por la escuela, de que no existe una forma de gobierno de derecho natural. Ahora bien, si el pueblo fuera sujeto originario de la potestad se estaría afirmando que existe una determinación de la forma política que no depende de la institución humana, sino que viene señalada por la naturaleza misma. Se trataría así, dice Billot, de una forma “primitiva”, aunque mudable a criterio de sus titulares⁷⁵.

2.5.3 Otras aporías de la traslación

2.5.3.1. Algunas objeciones fundamentales

Ante todo, entonces, debe recalcarse, frente a la implícita promoción de la democracia al rango de forma de derecho natural, que todas las formas de gobierno son de derecho humano, en la medida en que todas ellas se hallan sujetas a la determinación operada por el consenso de la comunidad política. Pero para Billot las dificultades teóricas del modo

⁷⁵ Billot advierte aquí un rasgo del suarismo que críticos contemporáneos han juzgado significativo para el decurso de la filosofía política del racionalismo. Al respecto la sugerente comparación de Manfred WALTHER, “Potestas multitudinis bei Suárez und potentia multitudinis bei Spinoza. Zur Transformation der Demokratietheorie zu Beginn der Neuzeit”, en su totalidad. En la misma línea, otros relevantes críticos han extendido parejo juicio al espíritu de su concepción del Estado: así, André DE MURALT, *L'unité de la philosophie politique; de Scot, Occam et Suárez au libéralisme contemporain*, pp. 119-122, descubre la virtualidad moderna (en sentido doctrinal) de la filosofía política del Eximio a partir de asunciones ontológicas de raigambre escotista; y Jean-François COURTINE, *Nature et empire de la loi Études suarésiennes*, pp. 45-67, subraya también matices de ruptura entre Suárez y la tradición político-jurídica tomista, fundados en la teología moral del Eximio. Todo ello fue lo que seguramente dio pábulo a que dentro de la misma escuela se resaltarán –a veces con encomio– ciertas vinculaciones teóricas entre el sistema de Suárez y el constitucionalismo liberal: tal el caso de Renato VUILLERMIN, *Concetti politici della Difensio Fidei di Francesco Suárez*, pp. 79-97, quien precisamente subraya la actualidad del pensamiento suarista para el sistema democrático-representativo del siglo XX.

secundoescolástico de entender la mediación comunitaria no se reducen a la *contradicción* (lógica) en que se incurre frente a la tesis de la positividad de (*todas*) las formas de gobierno⁷⁶. En efecto, además de esa dificultad, el postular al pueblo como sujeto del poder trae como consecuencia, por un lado, introducir una imaginaria abdicación de la comunidad; y, por otro (lo que es aun más aporético), señalar como sujeto de la función potestativa a un titular inepto para el ejercicio de ésta.

2.5.3.2. La reificación de la función potestativa.

Una objeción axial a la titularidad colectiva

Al responder a una posible objeción a su propia posición, Billot observa con agudeza una falencia conceptual que parece subyacer al planteo de Bellarmino y en particular al de Suárez. La objeción que Billot se pone de parte de éste y de sus seguidores de alguna manera comporta la pregunta de “dónde estaba el poder” antes de haber sido ungido el primer gobernante, o el gobernante que asume el poder tras un interregno o conmoción anárquica. Es decir, supuesto que la comunidad posee como una exigencia intrínseca (natural) la potestad de régimen, parecería plantearse la cuestión de en qué manos está el poder antes de ser recibido por tal gobernante concreto: parecería necesario suponer entonces que, previamente a su donación, el poder debería haber sido poseído por el pueblo agrupado en comunidad. La observación de Billot a esta objeción consiste en señalar el error (tal vez atribuible a un desliz de la imaginación) de identificar la potestad de régimen con un ente físico, que ocupa un lugar y que debe ser siempre poseído por un sujeto determinado. El poder, continúa Billot, existe de dos modos, a saber como instituido y como poseído; y se lo concibe primero como instituido y luego como poseído. En este último caso debe estar en un sujeto determinado que lo ejerce; mas no así en el primero, dado que allí existe como prescripción general dada por un superior. Ahora bien, este precepto originario es pasible de ser determinado ulteriormente por sucesivas prescripciones. Luego, concluye el autor, el poder –en tanto instituido por derecho natural en la comunidad– puede residir en ésta no sólo sin estar en manos de un titular concreto, sino asimismo sin estructurarse de acuerdo con una forma constitucional determinada. Todo ello, en efecto, será materia de las subsiguientes disposiciones que se efectúen en el seno de la sociedad política. A la pregunta, pues, de en

⁷⁶ En efecto, la oposición que se daría entre ambas proposiciones sería la máxima, y se plantearía como sigue: “Ninguna forma de gobierno es de derecho natural” en contradicción con “alguna forma de gobierno es de derecho natural”.

dónde se halla el poder en cuanto instituido en la sociedad política debe responderse que el poder se encuentra en la ley natural. Es decir que reside en el mandato conocido inmediatamente por la razón de los hombres y conteste con la esencia de la realidad política. Pero este precepto se da según cierta generalidad, por lo cual se hace necesario determinarlo a tal concreta forma de régimen y a tal concreto titular. De tal manera, según se ha expuesto ya, será a la vez verdad que cualquiera que en particular sea detentor de la potestad política, la tiene del derecho humano como de su fuente próxima, y sin embargo la potestad de ningún modo deriva de los hombres bajo la forma de potestad política en tanto tal la titularidad del poder deriva del derecho humano como de su fuente próxima sin que por ello la potestad política misma (*sub ratione potestatis civilis inquantum huiusmodi*) –en tanto facultad de ordenar imperativamente al bien comunitario– haya sido creada por el arbitrio humano⁷⁷.

Pero asimismo –y esto es central como conclusión de este análisis de la designación– el hecho de que la determinación de la titularidad de la potestad provenga de la decisión humana *tampoco significa que tal facultad sea poseída por la comunidad como su titular primigenio*.

IV. Colofón

La posición crítica de Billot, tras la estela abierta por Meyer, constituye una profunda, ponderada y sutil modulación de la teoría clásica de la segunda escolástica sobre el origen inmediato del poder –sutil hasta el punto de que algunos relevantes autores no advirtieron sus discrepancias⁷⁸–. Se trata de una aportación no definitiva –pero sin duda esencial– en un tema en el que el genuino aristotelismo católico se ha mantenido distante tanto de la Escila del monarquismo de derecho divino o natural cuanto de la Caribdis del plegamiento acrítico-oportunista a las corrientes demoliberales dominantes.

Una aportación que, por lo dicho, sigue representando un punto de partida obligado para toda investigación teórica que se proponga ir “a las cosas mismas” respecto la naturaleza, causas y propiedades del poder político, y cuyos principios constituyen presupuestos insoslayables a la hora de abordar la realidad del hombre en sociedad.

⁷⁷ BILLOT, “Tractatus...”, *op. cit.*, p. 507.

⁷⁸ Tales los casos nada menos que de ROMMEN, *El Estado...*, *op. cit.*, p. 539; y, antes, Peter TISCHLEDER, *Die Staatslehre Leos XIII*, pp. 214-219, quien fue uno de los mejores exégetas de la filosofía política tomista del siglo XX.

Bibliografía

- BALMES, Jaime, *El protestantismo comparado con el catolicismo*, en Theodor MEYER, *Institutiones Iuris Naturalis, seu Philosophiae Moralis Universae secundum principia S. Thomae Aquinatis*, Friburgo de Brisgovia, Herder, 1900.
- BARBIER, Maurice, *Leçons sur le pouvoir politique*, Paris, Vrin, 1980.
- BELLARMINO, Roberto (San), *Vindiciae pro libro tertio De laicis, sive secularibus* (1596), Paris, Fèvre, 1870, t. VII.
- BIDART CAMPOS, Germán J., *El mito del pueblo como sujeto de gobierno, de soberanía y de representación*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1960.
- BILLOT, Louis, “Tractatus De Ecclesia Christi, sive continuatio theologiae de Verbo Incarnato”, 3ª ed., Roma, Libreria Giachetti, 1909, vol. 1.
- Bodin, Jean, *Les six livres de la République*, Paris, Fayard, 1986. (Sobre la 10ª ed. de Lyon de 1593).
- BRUFAU PRATS, Jaime, *El pensamiento político de Domingo de Soto y su concepción del poder*, Salamanca, Universidad Salamanca, 1960, t. IV.
- CAMPAGNA, Norbert, *Francisco de Vitoria: Leben und Werk. Zur Kompetenz der Theologie in politischen und juristischen Fragen*, Münster, Lit, 2010.
- CASTAÑO, Sergio Raúl, *El poder constituyente, entre mito y realidad*, Buenos Aires, U.C. de Cuyo, Instituto de Filosofía del Derecho, 2012.
- CASTAÑO, Sergio Raúl, “¿Es el bien común un conjunto de condiciones?”, en *Ius Publicum*, N° 28, Santiago, 2012.
- CASTAÑO, Sergio Raúl, *Lecturas críticas sobre el poder político*, México, UNAM, 2012.
- CASTAÑO, Sergio Raúl, *Principios políticos para una teoría de la constitución*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2006.
- CASTAÑO, Sergio Raúl, *Interpretación del poder en Vitoria y Suárez*, Pamplona, EUNSA, 2011.
- CAYETANO, Tomás Vío de, *Apologia de auctoritate papae*, Roma, edición Pollet, 1936.
- CONDE VAREILLES-SOMMIERES, *Les principes fondamentaux du droit*, Paris, Cotillon-Guillaumin, 1889.
- CRISÓSTOMO, Juan (san), *Homilía XXIII*, sobre la *Epístola a los Romanos*, *Patrologia Graeca*, Paris, Migne, 1862, t. 60.
- CRUZ, Juan, “Dialéctica ontológica del poder político”, en Ma. I. Zorroza (edit), *Proyecciones sistemáticas e históricas de la teoría suareciana de la ley*, Pamplona, EUNSA, 2009.
- CURTINE, Jean-François, *Nature et empire de la loi, Études suarésiennes*, Paris, Vrin, 1999.
- DABIN, Jean, *Doctrine générale de l'État. Éléments de Philosophie Politique*, traducción de Héctor González Uribe y Jesús Tobal Moreno, México, Jus, 1946.
- DE MURALT, André, *L'unité de la philosophie politique; de Scot, Occam et Suárez au libéralisme contemporain*, Paris, Vrin, 2002.

- DE SOTO, Domingo, *De iustitia et iure libri decem*, edición de Venancio Carro y Marcelino González Ordoñez, Madrid, I.E.P., 1968, t. II.
- DE VITORIA, Francisco, *Relectio De potestate civili*, edición de Luis ALONSO GETINO, Madrid, La Rafa, 1934.
- DECKERS, Daniel, *Gerechtigkeit und Recht. Eine historisch-kritische Untersuchung der Gerechtigkeitslehre des Francisco de Vitoria (1483-1546)*, Freiburg -Schw.-Herder, Universitätsverlag, 1991.
- DELGADO, Mariano, "Die Zustimmung des Volkes in der politischen Theorie von Francisco de Vitoria, Bartolomé de Las Casas und Francisco Suárez", en F. GRUNNERT y K. SEELMAN (eds.), *Die Ordnung der Praxis. Neue Studien zur spanischen Spätscholastik*, Tübingen, Max Niemeyer, 2001.
- DELOS, J.T., *La société internationale et les principes du droit public*, Paris, Pédone, 1950.
- ELORDUY, Eleuterio, "Introducción", en FRANCISCO SUÁREZ, *Defensio Fidei III: Principatus politicus*, Madrid, C.S.I.C., 1965.
- GAMBRA, Rafael, y Carmela GUITIERREZ DE GAMBRA, *La polémica Filmer-Locke sobre la obediencia política*, Madrid, I.E.P., 1966.
- GARCÍA ESCUDERO, José Ma., "Introducción", en Jaime Luciano BALMES *Antología Política de Balmes*, Madrid, BAC, 1981, t. I.
- GÓMEZ ROBLEDÓ, Ignacio, *El origen del poder político según Francisco Suárez*, Madrid, Jus, 1948.
- HEGEL, Georg Wilhelm, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Frankfurt, Suhrkamp, 1970.
- HERNÁNDEZ, Héctor H., "Fe y razón en los títulos vitorianos", en *Revista Philosophica*, N° 15, Valparaíso, 1993.
- ISENSEE, Josef, *Das Volk als Grund der Verfassung*, Opladen, Nordrheinische Wissenschaftliche Akademie, 2005.
- KREMER, Markus, *Den Frieden verantworten: Politische Ethik bei Francisco Suárez (1548-1617)*, Stuttgart, Kohlhammer, 2008.
- LANSEROS, Mateo, *La autoridad civil en Francisco Suárez: Estudio de investigación histórico-doctrinal sobre su necesidad y origen*, Madrid, I.E.P., 1949.
- LUDWIG VON HALLER, Carl, *Restauration der Staats-Wissenschaft, oder Theorie des natürlich-geselligen Zustands*, Winterthur, Steiner, 1816.
- MEINECKE, Friedrich, *Weltbürgertum und Nationalstaat*, Munich, R Oldembourg, 1962.
- MEINVIELLE, Julio, *Concepción católica de la política*, Buenos Aires, Cursos de cultura católica, 1932.
- MESSINEO, Antonio, *Il potere costituente*, Roma, La Civiltà Cattolica, 1946.
- MEYER, Theodor, *Institutiones Iuris Naturalis, seu Philosophiae Moralis Universae secundum principia S. Thomae Aquinatis*, Friburgo de Brisgovia, Herder, 1900.
- MIGNE, Jacques Paul, *Patrologia Graeca*, Paris, Migne, 1862, t. 60.

- MORTATI, Costantino, “La constituyente”, in AA.VV., *Studi sul potere costituente e sulla riforma costituzionale dello Stato, Studi sul potere costituente e sulla riforma costituzionale dello Stato*, Milán, Giuffrè, 1972, t. I.
- NASZALYI, Emilio, *El Estado según Francisco de Vitoria*, traducción de I. Menéndez Reigada, Madrid, Cultura Hispánica, 1948.
- RECASÈNS SICHES, Luis, *La filosofía del Derecho de Francisco Suárez*, México, Porrúa, 1947.
- RENOUX-ZAGAMÉ, Marie-France, “Théologie sacerdotale contre théologie séculière: la question du droit divin des rois”, in Yves Charles ZARKA (edit.), *Aspects de la pensée médiévale dans la philosophie politique moderne*, París, P.U.F, 1999.
- ROMMEN, Heinrich, *El Estado en el pensamiento católico*, traducción E. Tierno Galván, Madrid, I. E. P., 1956.
- ROMMEN, Heinrich, *La teoría del Estado y de la comunidad internacional en Francisco Suárez*, traducción de V. García Yebra, Buenos Aires-Madrid, Universidad de Buenos Aires, C.S.I.C., 1951.
- SODER, Josef, *Francisco Suárez und das Völkerrecht. Grundgedanken zu Staat, Recht und internationalen Beziehungen*, Frankfurt, Alfred Metzner, 1973.
- SUÁREZ, Francisco, “Defensio fidei”: *Principatus politicus*, edición preparada por Luciano Pereña y Eleuterio Elorduy, Madrid, C.S.I.C., 1965.
- SUÁREZ, Francisco, *Disputatio XII De Bello: Teoría de la guerra en Francisco Suárez*, edición de Luciano Pereña, C.S.I.C., Madrid, 1954.
- TAPARELLI D’ AZEGLIO, Luigi, *Ensayo teórico de derecho natural apoyado en los hechos*, traducción de J.M. Ortí y Lara, Madrid, Imprenta San José, 1884.
- TISCHLEDER, Peter, *Die Staatslehre Leos XIII*, Colonia, Volksvereins-Verlag, 1925.
- TISCHLEDER, Peter, *Ursprung und Träger der Staatsgewalt nach der Lehre des heiligen Thomas und seiner Schule*, Gladbach, Volksvereins, 1923.
- TROTTA, Rafael, “Origen concreto de la autoridad civil según la doctrina católica”, en *Strena*, revista del Seminario de La Plata, 1947.
- VUILLERMIN, Renato, *Concetti politici della Defensio Fidei di Francesco Suárez*, Milán, Athena, 1931.
- WALTHER, Manfred, “Potestas multitudinis bei Suárez und potentia multitudinis bei Spinoza. Zur Transformation der Demokratietheorie zu Beginn der Neuzeit”, en *Die Ordnung der Praxis. Neue Studien zur spanischen Spätscholastik*, Tübingen, Max Niemeyer, 2001.
- WIDOW, Juan Antonio, “La democracia en Sto. Tomás”, en *Revista Philosophica*, N° 1, Universidad Católica de Valparaíso, 1978.

Estudios sobre derecho regulatorio

REGULACIÓN DE LA NEUTRALIDAD
DE LA RED EN ESTADOS UNIDOS Y CHILE:
ASPECTOS RELEVANTES REFERIDOS
A LA REGULACIÓN EN MERCADOS
TECNOLÓGICOS A PARTIR
DEL ANÁLISIS DE DOS EXPERIENCIAS
REGULATORIAS CONCRETAS

NET NEUTRALITY REGULATION
IN THE US AND CHILE: RELEVANT ASPECTS
CONCERNING REGULATION
IN TECHNOLOGICAL MARKETS
FROM ANALYZING TWO
CONCRETE REGULATORY EXPERIENCES

*Manfred Zink P.**

Resumen

Se propone analizar los procesos regulatorios de introducción del principio de neutralidad de la red en Chile y Estados Unidos con el fin de, partiendo de una experiencia real, sentar algunos principios base respecto del rol del legislador y el órgano administrativo en la regulación de tecnologías. El análisis realizado lleva a concluir que el Poder Legislativo, al ser la principal institución diseñada para abarcar y concretizar el debate político (y, por tanto, las diversas posturas normativas o valóricas) en normas obligatorias, debe tener su lugar en la regulación de tecnologías. Pero de la misma forma, el examen efectuado indica que la extensión de la acción del Congreso debería estar determinada, justamente, por su rol principal de ser el foro que comprende el debate o la divergencia

* Master en Derecho con mención en Derecho y Tecnologías, Universidad de California, Berkeley. Abogado de la Fiscalía Nacional Económica. Artículo recibido el 10 de julio de 2013 y aceptado para su publicación el 28 de agosto de 2013. Correo electrónico: manfredzink@gmail.com.

Se hace presente que las referencias a obras en idioma extranjero corresponden a traducciones del autor.

política, evitando, en lo posible, introducirse de lleno en complejos aspectos técnicos.

Palabras clave: Neutralidad de la red, regulación tecnológica, regulación de Internet.

Abstract

The author proposes to undertake an analysis of the regulatory processes of the introduction of the net neutrality principle in Chile and the United States in order to establish some basic principles about the role of the legislature and the administrative agency in the regulation of technologies, starting from real experience. The analysis leads to the conclusion that the legislature, being the main institution designed to encompass and concretize the political debate (and, therefore, different normative or moral positions) onto mandatory rules, must have its place in the regulation of technologies. But in the same way, the examination indicates that the extent of congressional action should be determined precisely by its main role of being the forum comprising political divergence or debate, avoiding, if possible, to dwell into complex technical issues.

Key words: Net Neutrality, Technology Regulation, Broadband Regulation.

I. Introducción

No cabe duda alguna que, con su masificación, Internet ha generado un cambio sustancial en la forma como la sociedad desarrolla gran parte de sus actividades habituales, tal como se ha señalado:

“En el año treinta desde su creación, Internet ha experimentado un crecimiento notable. (...) El crecimiento de Internet ha sido alimentado por una cantidad de innovación sin precedentes. A través de los años, los ingenieros de redes han desarrollado numerosas nuevas tecnologías de red sobre las cuales Internet puede funcionar. Internet conecta hoy de todo, desde sensores a supercomputadores. Un flujo constante de nuevas aplicaciones permite a los usuarios realizar nuevas cosas (...). En tanto más y más usuarios las adoptan, estas aplicaciones, el contenido que ayudan a producir y a hacer disponible, y las nuevas prácticas económicas, sociales, culturales y políticas que estas permiten están cambiando todas las áreas de la sociedad”¹.

¹ Barbara VAN SHEWICK, *Internet Architecture and Innovation*, p. 1.

Ello, por supuesto, ha generado también nuevos desafíos para el derecho y la regulación. En dicho contexto de evolución y cambio, constituye un principio asentado el que la regulación en mercados tecnológicos corre el riesgo constante de quedar obsoleta con prontitud. Ello ciertamente es aplicable a Internet y su regulación, tal como indica un autor:

“La regulación conlleva riesgos particularmente graves en industrias que atraviesan rápidos cambios tecnológicos. Cuando ése es el caso, incluso para el regulador más consciente será difícil seguir el ritmo del cambio”².

En esa lógica, la ley es catalogada como el instrumento de regulación más inconveniente en mercados tecnológicos, al tener el proceso legislativo menores capacidades de mutabilidad y flexibilidad y, asimismo, tener como objetivo primordial el acoger el debate político y no el evaluar complejidades técnicas en detalle³.

No obstante, este artículo sugiere que a la legislatura sí le corresponde un espacio en la regulación de tecnologías. La premisa es simple: los desarrollos tecnológicos conllevan desenvolvimientos que afectan o desafían bienes jurídicos básicos de nuestro ordenamiento jurídico. Cuando ello sucede, la regulación debe proveer de definiciones normativas que se hagan cargo de dichos desafíos, en cuyo caso existen buenos argumentos para sostener que la estructura misma del debate legislativo, que da cabida a distintas posiciones valóricas o, generalmente, puntos de vista, es el mejor foro para abordarlos.

Contrario sensu, se sostendrá, las mismas características de los mercados tecnológicos delimitan los alcances de la regulación legal. En efecto, los legisladores debieran de abstenerse de intervenir más allá de lo estrictamente necesario para asentar la referida definición normativa, evitando introducirse en materias de compleja calibración técnica.

Para reflejar las premisas anteriores, este artículo analizará comparativamente las experiencias regulatorias de introducción del principio de la neutralidad de la red en Chile y Estados Unidos, intentando ejemplificar su procedencia y dar algunas luces sobre los límites del rol de la ley y la regulación administrativa en materia tecnológica.

² Christopher S. Yoo, “Beyond Network Neutrality”, p. 67.

³ Véase, por ejemplo, Carlos CARMONA, “Tres Problemas de la Potestad Reglamentaria: Legitimidad, Intensidad y Control”, p. 34. “Hay materias que el legislador no puede abordar por su complejidad, mutabilidad, tecnicismo, etc.”.

II. El concepto de neutralidad de la red: origen, formulaciones y debate suscitado

De acuerdo a Shelanski, la

“[N]eutralidad de la red, sin perjuicio de ser sujeto de varias definiciones, puede ser resumida como el principio de que todo el contenido similar de Internet debe ser tratado de la misma forma y moverse a la misma velocidad en la red. Los dueños de la infraestructura de Internet no pueden discriminar”⁴.

Ello, agrega, tiene como consecuencia que

“los operadores de redes no deberían tener permitido crear diferentes niveles de servicio en la red vendiendo distintos niveles de acceso a diferentes precios a distintos proveedores de contenido y servicios en la red”⁵.

De dicha forma, la neutralidad de la red busca regular o limitar la capacidad de los proveedores de acceso a Internet⁶ de llegar a acuerdos con determinados proveedores de aplicaciones o contenido⁷ para, a cambio de un precio o tarifa preferencial, privilegiar el tráfico de estos por sobre el de otros. Por tanto, su aplicación implica limitar la habilidad de las empresas que proveen servicios de banda ancha o de acceso a internet de gestionar de acuerdo a sus intereses los distintos paquetes de datos que circulan a través de la red.

Para contextualizar adecuadamente el concepto, se debe tener presente que la neutralidad se ha entendido como uno de los principios imbuidos en el diseño de red original de Internet, tal como indica Tim Wu: “El segundo principio es el de la neutralidad. Sostiene que, para llegar

⁴ Howard SHELANSKI, “Network Neutrality: Regulating with more Questions than Answers”, p. 1.

⁵ *Ibid.*

⁶ De acuerdo al artículo 24 H) de la Ley General de Telecomunicaciones N°18.168, en Chile existen dos tipos de obligados por las normas de neutralidad de la red: i) las concesionarias de servicio público de telecomunicaciones que presten servicio a los proveedores de acceso a Internet y; ii) los proveedores de acceso a Internet. Por proveedor de acceso a Internet se debe entender a “toda persona natural o jurídica que preste servicios comerciales de conectividad entre los usuarios o sus redes e Internet”. Para efectos del presente artículo se utilizarán los términos “proveedores de servicios de Internet/de acceso a Internet/de banda ancha/de red/ISP’s” para identificar indistintamente a ambas categorías legales.

⁷ De acuerdo a Wikipedia, una aplicación de Internet puede definirse como “...software que se codifica en un lenguaje soportado por los navegadores web en la que se confía la ejecución al navegador”. Por su parte, contenido se refiere a videos, música u otro tipo de archivos que son producidos por un emisor.

a su máximo potencial, una infraestructura de comunicaciones no debe discriminar entre usos, usuarios o contenido. Tal como dijo el Comisionado de la FCC Michael Cops:

“Desde su comienzo, Internet fue diseñado, como les señalarán aquellos que estuvieron presentes en el curso de su creación, para prevenir que el gobierno o alguna corporación lo controlaran. Fue diseñado para derrotar la discriminación contra usuarios, ideas y tecnologías”⁸.

O, en sentido similar, Phillip Weiser:

“Internet se desarrolló inicialmente como una curiosidad académica, basada en el compromiso con el ‘principio *end-to-end*’. Este principio requiere que todo el tráfico de internet, sea un correo electrónico, una llamada basada en un protocolo de voz sobre o una emisión de video, sea tratado igual y gestionado a través de “mejores esfuerzos”⁹.

El referido “principio *end-to-end*”¹⁰ sostiene, en términos simplificados:

“(…) el centro de la red (*‘network’s core’*) debería proveer sólo servicios generales que puedan ser utilizados por todas las aplicaciones”¹¹, dejando los desarrollos para aplicaciones específicas y determinadas a los extremos de la red (*“end hosts”*)¹².

Para comprender lo anterior se debe tener presente que en los extremos de la red operan los usuarios de Internet y el centro de la misma es manejado por los proveedores de servicios de telecomunicaciones¹³.

Ello, de acuerdo a von Schewick, tendría consecuencias para una mayor innovación en aplicaciones y programas, desde dos puntos de vista:

⁸ Tim WU, “The Broadband Debate, A User’s Guide”, p. 73.

⁹ Philip J. WEISER, “The Next Frontier for Network Neutrality”, p. 5.

¹⁰ Ha sido traducido como principio de punta a punta o de extremo a extremo. Para efectos de este trabajo, se prefiere mantener la nomenclatura en inglés.

¹¹ VAN SCHEWICK, *op. cit.*, pp. 378 y ss.

¹² *Op. cit.*, p. 378 y ss. *Host* o “anfitrión”, de acuerdo a Wikipedia, se refiere a “...computadores monousuario o multiusuario que ofrecen servicios de transferencia de archivos, conexión remota, servidores de base de datos, servidores web, etc. Un host o anfitrión es un ordenador que funciona como el punto de inicio y final de las transferencias de datos”. Asimismo, se indica, estos son comúnmente descritos como el lugar donde reside o se aloja un sitio web y que los usuarios deben utilizar *anfitriones* para tener acceso a la red. Disponible en <http://es.wikipedia.org/wiki/Host>, consultada el: 7 de agosto de 2013.

¹³ VAN SCHEWICK, *op. cit.*, pp. 378 y ss., agregando que los extremos y el centro “...denotan una relación puramente funcional entre usuarios y proveedores. En tanto los extremos de la red corren programas de aplicaciones que utilizan los servicios de telecomunicaciones de la red, los computadores en el centro de la misma proveen dichos servicios”.

“Primero, desarrollar y desplegar aplicaciones requiere cambiar sólo los *end hosts* que quieren utilizar la aplicación. No requiere ningún cambio al centro de la red. Como resultado, los innovadores pueden decidir independientemente si llevar a cabo sus ideas para una aplicación, y pueden hacerlo a bajo costo. Segundo, la red no puede discriminar en contra de aplicaciones que corren a través de ella y no puede excluir aplicaciones”¹⁴.

Precisamente por ello, el referido principio resulta esencial para entender lo que los defensores de la neutralidad de la red buscan resguardar con la misma. De acuerdo a Tim Wu, el principio *end-to-end*

“...representa una teoría de la innovación. Rechaza la innovación centralizada y planificada y sostiene que el mayor ratio de desarrollo tecnológico es impulsado al delegar la autoridad decisoria a los ‘extremos’ descentralizados de cualquier red. La razón es bastante simple: los ‘extremos’ de la red son numerosos, casi ilimitados, y delegarle la autoridad a los extremos abre la puerta a diversos enfoques respecto de un determinado desafío tecnológico. El principio e2e asume que la innovación es un proceso evolutivo, impulsado por contiendas entre enfoques competitivos respecto de un problema. (...) el principio e2e pone suficientes jugadores en la contienda para asegurar que el verdadero campeón surja”¹⁵.

Así, los defensores de la neutralidad de la red sostienen que dicha característica, de apertura y no intervención de extremo a extremo, habría permitido a Internet ser una fuente exponencial de innovación que ha desafiado y revolucionado los modelos de negocios de los proveedores de servicios de telecomunicaciones y de la industria del entretenimiento. Ello cobraría especial relevancia si se tiene en cuenta que los proveedores de servicios de red también ofrecen contenidos o aplicaciones que compiten con empresas que requieren utilizar su red. En dicho sentido, se ha sostenido que la discriminación en distintos niveles de acceso o precio podría afectar “injustamente a (...) empresas que compiten con los propios servicios verticales de la plataforma”¹⁶.

Sin perjuicio de ello y de que, en general, existe consenso en el valor de un “Internet abierto”¹⁷, la necesidad de establecer el principio de neu-

¹⁴ VAN SCHEWICK, *op. cit.* p. 383. Agregando: “Como resultado, los desarrolladores independientes de aplicaciones no tienen que temer que su aplicación sea excluida o discriminada, o que el proveedor de servicios de red tratará de extraer sus ganancias a través de cargos de acceso”.

¹⁵ WU, *op. cit.*, p. 73.

¹⁶ SHELANSKI, *op. cit.*, p. 25.

¹⁷ Véase, por ejemplo, LARRY DOWNES, “Written Testimony of Larry Downes Senior Adjunct Fellow, TechFreedom Hearing on ‘Ensuring Competition on the Internet: Net

tralidad de la red regulatoriamente y los efectos que ello podría implicar han sido fuertemente controvertidos, al punto de haberse indicado que la neutralidad de la red habría “surgido quizás como el asunto más contencioso en política de comunicaciones”¹⁸.

Así, distintos autores y las propias empresas proveedoras de servicios de Internet han enfatizado que una prohibición a raja tabla de discriminar contenido o de cobrar diferentes niveles de acceso produciría el efecto de “...frenar la innovación y la inversión en el centro de la red, reduciendo la capacidad y traspasando los costos a los consumidores”¹⁹. Asimismo, los proveedores de servicios de red han sostenido generalmente que no tendrían

“...incentivos para hacer Internet menos atractivo para sus suscriptores y que los proveedores de aplicaciones estarían parasitando de sus redes”²⁰.

De la misma forma, también se ha indicado: “...la próxima ola de innovación va a ocurrir en el centro de la red y no en sus extremos”²¹. Ello básicamente porque los proveedores de servicios de banda pueden “aumentar sus ingresos y ganancias al vender aplicaciones atadas a una conexión básica”²², agregándoles a esta servicios de valor añadido, tales como telefonía o video. Por último, toda una línea argumentativa ha surgido en el sentido de que la referida discriminación podría ser necesaria para asegurar la calidad de servicio que ciertas aplicaciones requieren²³. Es decir, que los proveedores de dichas aplicaciones deberían poder pagar más para obtener una mejor calidad de servicio.

Así, en suma, resulta claro que, en términos de política de competencia o de innovación, el debate ha distado de ser pacífico, tal como lo indica Shelanski:

Neutrality & Antitrust”, Before the Subcommittee on Intellectual Property, Competition & the Internet Committee on the Judiciary U.S. House of Representatives February 15, 2011”, p. 1: “Como se desprende de todos mis escritos respecto de la revolución digital, comparto el entusiasmo de los cinco comisionados –y no sólo de los tres que votaron a favor de aprobar las nuevas regulaciones– por una Internet abierta. Simplemente no creo que exista evidencia alguna de una intervención regulatoria para “salvar” este robusto ecosistema...”.

¹⁸ Christopher S. Yoo, “Network Neutrality after Comcast: Toward a Case-by-Case Approach To Reasonable Network Management”, p. 1.

¹⁹ SHELANSKI, *op. cit.*, pp. 24-25.

²⁰ *Ibid.*

²¹ WU, *op. cit.*, p. 77.

²² *Ibid.*

²³ WEISER, *op. cit.*, p. 9. Explicando: “En el caso del correo electrónico, por ejemplo, las demoras pueden no aporlemar a muchos usuarios, dado que no están ocupados en comunicaciones críticas o en tiempo real. Pero para otras aplicaciones, tales como video conferencias o comunicaciones de voz, las demoras pueden ser molestas en el mejor de los casos; en el peor, pueden derrotar la utilidad misma de la aplicación”:

“Las proposiciones relacionadas a regular respecto de la neutralidad de la red han generado un debate particularmente intenso. Defensores y opositores de la regulación han predicho consecuencias fatales de, respectivamente, dejar a las redes en libertad de variar los términos de acceso que ofrecen a los proveedores de contenido y servicios o de restringirles dicha capacidad. El Congreso ha sido inundado con proposiciones legislativas desde ambas perspectivas”²⁴.

Y, en efecto, aquella era la situación al momento de dictarse las regulaciones de Estados Unidos y Chile.

Ello, de acuerdo a Weiser, se explicaría atendido a que:

“El acceso de banda ancha a Internet es el *sine qua non* de la era de la información. En efecto, encuestas recientes sugieren que la banda ancha es el servicio de telecomunicaciones con el cual los consumidores ‘menos pueden vivir sin’. En menos de una década, el acceso de banda ancha a Internet ya ha transformado a la industria musical (Napster e iTunes), está en medio de revolucionar la transmisión de comunicaciones de voz (Vonage y Skype), y está empezando a cambiar la industria de programación de videos (YouTube). No es sorprendente, por tanto, que la regulación de las banda ancha haya generado debates candentes de política pública”²⁵.

En efecto, en dicho sentido, se debe notar que la discusión relativa a la neutralidad de la red, sin perjuicio de enfocarse en gran parte a política de la competencia, no sólo se ha reducido a ello, sino que se ha extendido a otros intereses de política pública relacionados a las telecomunicaciones, tales como la libertad de expresión o la pluralidad en los medios. Así, por ejemplo von Schewick señala, argumentando a favor de una red basada en el principio *end-to-end*, en la que, según sostiene, serían los usuarios quienes

“...deciden cómo usar la red y no los proveedores de servicios de red. Los proveedores de servicios de red no pueden interferir con dichos usos ni pueden optimizar la red para ciertos usos. Al permitir a los usuarios usar Internet en la forma que genera más valor para ellos, la versión extensiva no solo maximiza el valor de Internet para los usuarios, sino que también incrementa el valor general de Internet para la sociedad. Pero el valor social de las arquitecturas basadas en la versión extensiva va más allá de eso. Internet tiene el potencial de aumentar la libertad individual, proveer una plataforma para una mejor participación democrática, incentivar una cultura más crítica y consciente y potencialmente mejorar el desarrollo humano en todas partes”²⁶.

²⁴ SHELANSKI, *op. cit.*, p. 23.

²⁵ WEISER, *op. cit.*, p. 1.

²⁶ VAN SHEWICK, *op. cit.*, p. 387.

Y en el mismo sentido

“...los enfoques predominantes en políticas públicas de Internet de banda ancha están indebidamente hechizados por la promesa de la innovación y el comercio por sí mismo. Estos enfoques no contemplan que las comunicaciones son vitales para la operación de una sociedad civil en democracia, irrespectivamente de su impacto en la innovación y comercio”²⁷.

III. Las experiencias regulatorias de Chile y Estados Unidos: descripción de los procesos y normas adoptadas

A. LA LEY CHILENA DE NEUTRALIDAD DE LA RED

En agosto de 2010, Chile fue el primer país en el mundo en adoptar legislativamente reglas de neutralidad de la red²⁸. La ley chilena tuvo su origen en una moción parlamentaria transversal, iniciada por un grupo de parlamentarios que representaron gran parte del espectro político²⁹. Además, la referida moción contó con el decidido apoyo del Poder Ejecutivo, tanto del gobierno de Michelle Bachelet, como del de Sebastián Piñera³⁰, manifestado a través de la constante participación y apoyo de la SUBTEL en la tramitación legislativa. Durante todos los sucesivos trámites legislativos, ningún senador o diputado se opuso a la legislación, no obstante que la historia legislativa da cuenta de la oposición por parte de los ISP's y proveedores de servicios de telecomunicaciones³¹.

²⁷ Olivier SYLVAIN, “Internet Governance and Democratic Legitimacy”, p. 208.

²⁸ Ley N° 20.453, publicada en el *Diario Oficial* con fecha 26 de agosto de 2010.

²⁹ Moción de fecha 20 de marzo de 2007 de los señores diputados Gonzalo Arenas Hödar, Marcelo Díaz Díaz, Enrique Estay Peñaloza, Alejandro García, Alejandro Huidobro Sanfuentes, Patricio Hales Dib, Javier Hernández Hernández, Tucapel Jiménez Fuentes, José Antonio Kast Rist, Carlos Recondo Lavanderos, Felipe Ward Edwards. Véase Historia de la Ley N° 20.453.

³⁰ Historia de la Ley ..., *op. cit.*, p. 102.

³¹ Véase *op. cit.*, pp. 28, 147 y 166. Resulta bastante llamativo el apoyo unánime que tuvo la ley, en contraposición a lo que sucedió en Estados Unidos, cómo se expondrá. Ello puede haber respondido a que la ley siempre se planteó en términos de protección al consumidor, lo que puede haber sido percibido como políticamente ventajoso. De la misma forma, el proyecto contó con el decidido impulso de organizaciones de la sociedad civil, con buena recepción por parte de algunos miembros del Congreso, disponible en www.fayerwayer.com/2010/08/ley-de-neutralidad-de-red-en-chile-como-diablos-se-logro/, consultada el 7 de agosto de 2013. Otro aspecto significativo que puede haber explicado el hecho de que los proveedores de servicios de telecomunicaciones no se opusieran tan firmemente a la ley, fue el hecho de que recientemente se había aprobado una reforma a la Ley de Propiedad Intelectual que limitaba la responsabilidad de los ISP's por material almacenado en sus sistemas vulnerando los derechos de propiedad intelectual,

Producto del proceso legislativo anterior, el principio de Neutralidad de la Red sería finalmente introducido como una reforma a la LGT, el cuerpo legal base que regula a todos los servicios de telecomunicaciones en Chile³². Ello implicó que, por primera vez, el servicio de Internet era regulado expresamente en la LGT. Previamente, sólo había sido regulado por algunas normas administrativas de la Subsecretaría de Telecomunicaciones³³.

En nuestro país, SUBTEL siempre ha interpretado que tiene una amplia autoridad para regular todo tipo de servicios de telecomunicaciones, porque el artículo 1 de la LGT define servicios de telecomunicaciones de forma amplia. Sin perjuicio de que dicha interpretación ha sido discutida por algunos actores privados³⁴, se debe tener presente que ha sido aceptada en el ámbito académico³⁵. Por lo mismo, SUBTEL podría haber introducido el principio de neutralidad de la red vía administrativa y su autoridad para hacerlo hubiere estado menos en duda que en el caso de la FCC en USA.

Por último, el nuevo artículo 24 J introducido a la LGT delegó autoridad a SUBTEL para que dictara un reglamento especificando algunas de las provisiones de la ley, lo que fue hecho por esta en marzo de 2011³⁶.

B. LA RESOLUCIÓN REGLAMENTARIA DE LA FCC

En diciembre de 2010, la FCC³⁷ introdujo el principio de neutralidad de la red, vía resolución reglamentaria, denominada “En la materia de preservar las prácticas de Internet abierto de la industria”³⁸, precedida de un reporte detallado en que justificaba la adopción de las reglas.

Ley N°20.435, de 4 de mayo de 2010. Para quedar exentos de responsabilidad, los ISP’s debían cumplir con condiciones bastante estrictas de gestión de la red, por lo que las normas de neutralidad pueden haber sido percibidas como un argumento par poder limitar dichas gestiones. Sense, the NN Law could have been perceived as way out or an arguable justification to reduce those investments.

³² Ley 18.168. La reforma introdujo los artículos 24 H, 24 I y 24 J a la LGT.

³³ Resoluciones exentas N°1483 del año 1999 y N°698 del año 2000, principalmente referidas a obligaciones de interconexión y calidad de servicio.

³⁴ Principalmente proveedores de servicios de telefonía sobre Internet que no querían ser regulados como prestadores del servicio telefónico tradicional.

³⁵ Así, por ejemplo, Lorena DONOSO, “Estudio sobre la Naturaleza de Internet. Referencias al Modelo Europeo de Regulación”, p. 5.

³⁶ Decreto N° 368 de 2010, publicado con fecha 18 de marzo de 2011.

³⁷ La FCC constituye una agencia administrativa independiente que tiene como rol regular las comunicaciones interestatales e internacionales por radio, televisión, telégrafo y cable. Fue creada por la Ley de Comunicaciones de 1934. Disponible en www.fcc.gov.

³⁸ “In the Matter of Preserving the Open Internet Broadband Industry Practices”, 25 F.C.C.R. 17905, 2010, disponible en www.fcc.gov/openinternet, consultada el 7 de agosto de 2013. En adelante la Resolución Reglamentaria será abreviada como “Resolución FCC” y el reporte como “Reporte FCC”.

En forma excepcional a su normal proceder, caracterizado por el consenso de los comisionados en sus decisiones³⁹, el reglamento de neutralidad de la red correspondió a una decisión dividida: los tres comisionados demócratas votaron a favor y los dos republicanos, en contra⁴⁰. Cada uno de ellos emitió una declaración propia justificando su voto. Dicha excepcional división se explica por el hecho de que la neutralidad de la red se había convertido en un asunto altamente politizado, llegando a ser “quizás el asunto más contencioso en materia de política de comunicaciones”⁴¹. Aun más, se había constituido en un asunto de división entre demócratas y republicanos⁴² y específicamente respecto de la necesidad de intervenir o regular al respecto⁴³.

En relación a ello, y para graficar adecuadamente el contexto en el que se dictó el reglamento de la FCC, se debe tener presente que, desde el año 2006, en el Congreso de Estados Unidos se habían discutido una serie de proyectos de Ley referentes a la neutralidad de la red, ninguno de los cuáles había podido generar el consenso adecuado para ser aprobado. En efecto, en dicha línea se señaló:

“...en la medida en que el Congreso se ha referido a la neutralidad de la red, ha rechazado la política; tres congresos consecutivos no han logrado aprobar proyectos de ley de neutralidad de la red”⁴⁴.

³⁹ La FCC es dirigida por cinco comisionados, nombrados por el Presidente de Estados Unidos, con confirmación del Senado. El Presidente elige a uno de los comisionados como Director de la Agencia. Además, existe una regla por la cual solo tres de los cinco comisionados pueden pertenecer a un mismo partido político, disponible en www.fcc.gov/what-we-do, consultada el 7 de agosto de 2013.

⁴⁰ Respecto de la división de los comisionados, cabe tener presente lo señalado por el comisionado McDowell en su declaración disidente: “Para aquellos que miran a la FCC por primera vez, por favor sepan que más del 90 por ciento de nuestras acciones no sólo son bipartidistas, sino unánimes”, Reporte FCC, p. 146.

⁴¹ YOO, “Network...”, *op. cit.*, p. 1.

⁴² Véase, por ejemplo, disponible en: http://lessig.org/blog/2006/06/the_dems_get_net_neutrality.html: “...los Demócratas han decidido que este es su asunto. El inusual empate producido en la Comisión de Comercio del Senado (11-11) en líneas partidistas (...) parece indicar una decisión de los líderes del partido de que esta es una pelea que quieren liderar...”.

⁴³ Christopher S. ROBERTS, “Can I Still Google My Yahoo? Reframing the Net Neutrality Debate - Why Legislation Actually Means Deregulation”, p. 776. Agregando: “El senador republicano Ted Stevens consideró la propuesta como “totalmente injustificada”, porque el libre mercado corregiría cualquier problema (...) aquellos al otro lado del pasillo alaban la legislación como garantista de la libertad (...) y creatividad de Internet...”.

⁴⁴ NOTA EDITORIAL, “How Chevron Step One Limits Permissible Agency Interpretations: Brand X and the FCC’s Broadband Reclassification”, p. 1035.

Otro aspecto importante a tener presente es que, al momento de regular, la autoridad misma de la FCC para hacerlo estaba en duda⁴⁵, puesto que ocho meses antes una Corte Federal había dejado sin efecto una resolución sancionatoria de la FCC en contra de la empresa Comcast Corporation, en la que justamente la sancionaba por degradar la calidad del servicio de un determinado tipo de aplicaciones de Internet (“peer to peer” o que permiten compartir archivos entre usuarios). La Corte Federal dejó sin efecto la sanción de la FCC por estimar que esta no tenía la autoridad para regular las prácticas de gestión de la red de un proveedor de servicios de Internet⁴⁶. De dicha forma, la resolución reglamentaria de neutralidad de la red constituyó un nuevo intento de la FCC por afirmar una autoridad regulatoria que una Corte Federal expresamente había dicho que no tenía.

Así, la FCC reguló respecto de un asunto sin consenso político, ni suficiente apoyo en el Congreso para convertirse en ley y respecto del cuál su propia autoridad para regular había sido puesta en duda. Todo ello permitía presuponer que las reglas iban a tratar de ser invalidadas y, en los hechos, dos empresas de telecomunicaciones presentaron apelaciones, cuestionando la validez del reglamento de la FCC, ante la misma Corte Federal que había dejado sin efecto la sanción de la FCC contra Comcast. La resolución de las referidas apelaciones aún se encuentra pendiente⁴⁷.

No sólo ello, dos iniciativas⁴⁸ se presentaron en el Congreso de Estados Unidos, buscando la primera invalidar el reglamento de la FCC y la segunda, prohibir a la FCC dictar cualquier tipo de regulación respecto de Internet, las que aún se encuentran en tramitación⁴⁹.

En suma, la regulación de la FCC ha sido objeto de numerosas acciones que buscaron invalidarla, riesgo que aún persiste. Asimismo, su autoridad legal y democrática para dictar las referidas reglas fue duramente cuestionada, tal como se desprende incluso de las mismas declaraciones de los comisionados disidentes. Así, por ejemplo:

⁴⁵ El mismo Reporte de la FCC ocupa varias páginas en justificar su autoridad para regular, cuestión que ya es indiciaria de que aquello no estaba claro. Véase Reporte FCC, pp. 62-87.

⁴⁶ Comcast Corp. v. F.C.C., 600 F.3d 642, 644. D.C. Cir. 2010.

⁴⁷ El resultado de las mismas es incierto. Así, el comisionado Robert McDowell en su declaración disidente indicó: “...la Resolución está designada para eludir la decisión de Comcast del D.C. Circuit, pero este nuevo esfuerzo también fallará en la Corte”, Reporte FCC, p. 148. Así también, Larry DOWNES: “Las nuevas reglas descansan sobre un fundamento legal que la agencia no puede esperar seriamente que sea ratificado en las Cortes o el Congreso”, *op. cit.*, p. 2.

⁴⁸ H. J. RES. 37 112th Congress y H.R.96, 112th Congress.

⁴⁹ Véase <http://thomas.loc.gov/cgi-bin/bdquery/z?d112:HJ00037:@@X>

“...la FCC no solo está desafiando a una Corte, sino que también está eludiendo la voluntad de una gran mayoría bipartidista del Congreso. Más de 300 miembros han advertido a la agencia en contra de que esta exceda su autoridad legal. La FCC no es el Congreso. No podemos hacer leyes. Legislar es el solo dominio de los representantes elegidos directamente por las personas...”⁵⁰.

C. AMBAS REGULACIONES PRESENTAN UNA ESTRUCTURA SIMILAR SOBRE LA BASE A CUATRO PRINCIPIOS FUNDAMENTALES: TRANSPARENCIA, PROHIBICIÓN DE BLOQUEAR, NO DISCRIMINACIÓN Y EL CONCEPTO DE PRÁCTICAS DE ADMINISTRACIÓN O GESTIÓN DE LA RED

En efecto, sin perjuicio de diferencias específicas que se harán presente más adelante, ambas regulaciones se estructuran principalmente en base a dichos principios.

Transparencia

Tanto la norma chilena como la estadounidense requieren que los proveedores de acceso a Internet divulguen cierta información respecto del producto que ofrecen. Así, en Chile se exige que se publiquen “las características del acceso a Internet ofrecido, su velocidad, calidad del enlace (...) así como la naturaleza y garantías del servicio”⁵¹. Las categorías legales se vieron complementadas con el Reglamento de SUBTEL, la que incluyó la obligación de transparentar las prácticas de administración o gestión de red⁵².

Prohibición de bloquear

Ambas regulaciones contemplaron reglas a este respecto. En Chile se indica que los proveedores de servicios de internet

⁵⁰ Declaración disidente del comisionado McDowell, Reporte FCC, p. 146. La comisionado disidente Attwell, por su parte, agregó: “Con esta acción, la mayoría ha diluido la línea entre el legislado y el regulador. Al obrar así, esta decisión puede erosionar la confianza en que la Comisión es una agencia experta en aquellas materias para las cuales el Congreso nos ha dado claros mandatos legales...”, Reporte FCC, p. 196.

⁵¹ Artículo 24 H d). En Estados Unidos, por su parte, también se requiere que se publique información precisa respecto de los servicios de acceso a Internet, bajo un estándar de suficiencia, esto es, de tal manera que los usuarios puedan realizar decisiones informadas y los proveedores de contenido puedan desarrollar y mantener ofertas en Internet. Resolución FCC § 8.3.

⁵² Artículos 3, 4 y 5 del Reglamento.

“[N]o podrán arbitrariamente bloquear, interferir, discriminar, entorpecer ni restringir el derecho de cualquier usuario de Internet para utilizar, enviar, recibir u ofrecer cualquier contenido, aplicación o servicio legal a través de Internet, así como cualquier otro tipo de actividad o uso legal realizado a través de la red”⁵³.

Una regla similar también se contempló en USA, sin perjuicio de algunas distinciones específicas⁵⁴.

Prohibición de discriminar arbitrariamente

La ley chilena indica que los proveedores de servicios de banda ancha

“...deberán ofrecer a cada usuario un servicio de acceso a Internet o de conectividad al proveedor de acceso a Internet, según corresponda, que no distinga arbitrariamente contenidos, aplicaciones y servicios, basados en la fuente de origen o propiedad de éstos...”⁵⁵.

La normativa de USA también es similar a este respecto⁵⁶.

Las prohibiciones de bloquear y no discriminar tienen su contrapeso en el concepto de prácticas de administración o gestión de la red

Así, de acuerdo al legislador chileno

“los concesionarios de servicio público de telecomunicaciones y los proveedores de acceso a Internet podrán tomar las medidas o acciones necesarias para la gestión de tráfico y administración de red, en el exclusivo ámbito de la actividad que les ha sido autorizada, siempre que ello no tenga por objeto realizar acciones que afecten o puedan afectar la libre competencia”⁵⁷.

⁵³ Artículo 24 H a), inciso 1°. Aplica, por igual, al servicio de acceso ofrecido a través de cualquier tecnología.

⁵⁴ Las regla de Estados Unidos prohíbe “bloquear contenido legal, aplicaciones, servicios o aparatos no dañinos, sujeto a medidas razonables de administración de la red”. Resolución FCC § 8.5. Una regla especial de bloqueo, menos exigente, aplica para la banda ancha móvil.

⁵⁵ Art. 24 a), inciso 1°.

⁵⁶ Esta prohíbe “discriminar arbitrariamente al transmitir tráfico legal por sobre el servicio de acceso a Internet de un consumidor”. Resolución FCC § 8.7. Sin embargo, los proveedores de acceso a Internet vía banda ancha móvil no están sujetos a esta obligación.

⁵⁷ Art. 24 a), inciso 3°.

En USA se exigió que las prácticas de gestión de red sean “razonables” y se definió expresamente lo que se entendía por ello⁵⁸.

IV. Comparación de algunos aspectos relevantes entre ambos procesos

Con el fin de ilustrar los roles y límites del Congreso y el órgano administrativo en la regulación de tecnologías, esta sección se enfocará en analizar algunos aspectos comparables de ambas regulaciones y sus procesos.

A. EN NINGUNO DE LOS DOS PROCESOS SE PROPORCIONÓ GRAN EVIDENCIA DE FALLAS DE MERCADO REALES QUE JUSTIFICARAN LA NECESIDAD DE REGULAR

En primer término, cabe destacar que ninguno de los dos procesos regulatorios pudo justificar la adopción de las reglas de neutralidad sobre la base de una gran cantidad de casos reales en que proveedores de servicios de acceso a Internet hayan efectivamente bloqueado, degradado o discriminado contenido en la red. En efecto, sin perjuicio de que tanto la discusión de la ley chilena como el reporte de la FCC intentan fundamentar la regulación en evidencia empírica de casos, sólo logran citar un par de ejemplos reales en que ello habría sucedido⁵⁹. De ello hicieron hincapié los comisionados disidentes en Estados Unidos:

“Si los incentivos y la habilidad de obrar inadecuadamente fueran tan fuertes, uno debería asumir que el registro de la evidencia debería incluir una gran cantidad de ejemplos (...). No existe tal evidencia”⁶⁰.

⁵⁸ Reporte FCC, p. 47: “Una práctica de gestión de la red es razonable si es apropiada y adaptada para lograr un propósito legítimo de gestión de la red...”.

⁵⁹ El Reporte FCC, p. 25, menciona cuatro casos: bloqueo de puertos a un servicio de voz sobre Internet por parte de un proveedor de banda ancha relacionado a una compañía telefónica –Madison River–, la degradación efectuada por Comcast hacia aplicaciones *peer to peer*, el bloqueo de un sistema de pagos móviles y las restricciones de AT&T respecto del tipo de aplicaciones al que se podía acceder vía su red 3G. Por su parte, en Chile, la historia de la ley da cuenta de los siguientes hechos –pp. 4, 5, 11, 21 y 50–: la compra por parte de VTR Banda Ancha S.A. de un aparato que le permitía demorar cierto tipo de tráfico, el bloqueo de puertos lógicos de voz sobre Internet efectuado por Telefónica CTC Chile S.A. en contra de Voissnet S.A., un correo electrónico interno de Telefónica en donde se instaba a reducir el ancho de banda para los usuarios que utilizaran aplicaciones *peer to peer* y un estudio de SUBTEL que concluyó que un 66% de los usuarios de Internet tenían algún problema con su conexión.

⁶⁰ Reporte FCC, p. 187.

La constatación anterior tiene relación con una de las mayores críticas sostenidas por los opositores a la introducción del principio de neutralidad de la red, esto es, que, desde un punto de vista económico o de política de la competencia, no existiría una falla de mercado y, por tanto, tampoco necesidad alguna de intervenir o regular⁶¹.

En dicho sentido, lo que resulta interesante para efectos de este artículo es el hecho de que ambas regulaciones no tienen su origen en evidencia incontestable o en un consenso respecto de la necesidad técnico-económica de su introducción, sino que su introducción parece responder más bien a una decisión valorativa respecto de su procedencia para resguardar bienes jurídicos o consideraciones de interés público transversales, que trascienden el caso específico de la regulación de Internet, sobre lo que se ahondará en el siguiente punto.

*B. ¿QUÉ SE PRETENDIÓ PROTEGER AL REGULAR
RESPECTO DE LA NEUTRALIDAD DE LA RED?*

De acuerdo a lo expuesto en la sección II, queda claro que el principio de neutralidad de la red busca garantizar una cierta igualdad de trato o no discriminación. Así, surge la pregunta de qué tipo de bienes jurídicos pretende salvaguardarse al prohibir la referida discriminación o, en otras palabras, qué alcances tiene la prohibición indicada.

Más allá de la discriminación anticompetitiva

En primer término, un análisis de ambos procesos regulatorios nos conduce a descartar que se haya tratado simplemente de sancionar discriminaciones o conductas anticompetitivas. Así fue señalado expresamente por la FCC:

“... rechazamos el argumento de que sólo la discriminación anticompetitiva que produzca daño sustancial al consumidor debería ser prohibida por nuestras reglas. (...) la regla descansa en la proposición general de que los proveedores de banda ancha no deberían elegir ganadores y perdedores en Internet –incluso por razones que pueden ser independientes de sus intereses competitivos o que puedan no causar inmediata o probadamente daño sustancial al consumidor–”⁶².

⁶¹ Así, por ejemplo, Downes afirma que no existía necesidad alguna de una nueva regulación. No obstante los miles de comentarios de intervinientes de todo el espectro, al final la mayoría solo pudo encontrar cuatro incidentes en los últimos diez años de lo que creyó ser comportamiento no-neutral. Los cuatro fueron resueltos rápidamente. Sin embargo estos cuatro incidentes proveen la única evidencia de la necesidad de regular.

⁶² Reporte FCC, p. 45.

La misma conclusión puede obtenerse de la historia de ley chilena. En efecto, en la discusión legislativa algunos miembros del Congreso y otros participantes propusieron limitar el texto a prohibir sólo prácticas o discriminaciones anticompetitivas⁶³, pero el texto final que se adoptó no recogió dichas inquietudes, consagrando una prohibición de discriminar amplia, sin dicha limitación⁶⁴.

Lo expuesto se ve, además, ratificado si se tiene en cuenta que ambas regulaciones pretendieron complementar el régimen legal de protección al consumidor, normativamente distinguible del que persigue sancionar atentados anticompetitivos⁶⁵.

Protección al consumidor

En segundo término, se debe destacar que ambas regulaciones identificaron encontrarse frente a una hipótesis típica de protección al consumidor, esto es, que estos se encontrarían en una situación desmejorada frente a los proveedores de servicios de banda ancha. Así, la FCC señaló: “[C]reemos que estas reglas (...) van a empoderar y proteger a los consumidores”⁶⁶. En dicho sentido, la justificación principal de la regla de la transparencia fue, precisamente, la de permitir la elección informada del consumidor respecto de los servicios ofrecidos, exigiendo la publicación de información necesaria para ello⁶⁷.

⁶³ Aquella fue la postura de los senadores Pizarro, Historia de la Ley..., *op. cit.*, p. 69, y Matthei, *op. cit.*, p. 62. Además, la Asociación de Proveedores de Internet condicionó su apoyo al proyecto al entendimiento de que el mismo sólo buscaba prohibir prácticas anticompetitivas, *op. cit.*, p. 45.

⁶⁴ Ello a proposición del subsecretario de Telecomunicaciones, quien sugiriera un texto que se centró en la “discriminación arbitraria”, sin ninguna mención a la defensa de la competencia y que se convertiría en el artículo 24 H) finalmente aprobado, Historia de la Ley 20.453, p. 69. Explicando la adopción de la redacción final, el senador Novoa señaló que la “...proposición sustitutiva presentada por el Ejecutivo es correcta, en cambio, la indicación presentada por el Honorable Senador señor Pizarro se refiere a acciones que sean contrarias a la libre competencia o discriminación arbitraria, sin embargo, estos conceptos se encuentran regulados en otros textos legales. La proposición del Ejecutivo es más específica en esta materia...”, *op. cit.*, p. 70.

⁶⁵ Domingo VALDÉS, *Libre competencia y monopolio*, pp. 147-148. “...la protección de los consumidores dice relación con la sinceridad y transparencia de las operaciones comerciales, a título oneroso (...) entre los consumidores finales y los proveedores (...). En cambio, la libre competencia tendría por “...objeto formal o elemento configurador (...) la formación del poder de mercado por medios injustos (...) o el abuso del poder de mercado (...)”. Ello contrastaría con la normativa de protección a los consumidores, la que “...no se ocupa de las fuentes injustas del poder de mercado o del abuso que pueda realizarse de este último, sino que de la sinceridad en el tráfico independientemente de si se halla presente un monopolio...”.

⁶⁶ Reporte FCC, p. 2.

⁶⁷ Reporte FCC, p. 37.

Lo mismo puede sostenerse desde la historia de la ley chilena. En efecto, de acuerdo a lo que indicó la Subsecretaría de Telecomunicaciones en la discusión legislativa, el proyecto perseguía que “...se garantice que el servicio que se entrega es el que se contrata”⁶⁸. Así, se hizo hincapié en la insuficiencia de la información actualmente existente para los consumidores y en la existencia de prácticas de gestión de red que deteriorarían la calidad del servicio, “a espaldas de los consumidores”⁶⁹. Por lo mismo, finalmente se exigió la divulgación de información importante “para evaluar la calidad del servicio, tales como la velocidad y latencia”⁷⁰.

En este punto resulta interesante hacer hincapié en que en servicios tecnológicos como el acceso a Internet, una obligación de transparencia justamente permite que se develen las conductas que la norma o regulación prohíbe, las que, de lo contrario, permanecerían escondidas, sin posibilidad de sanción⁷¹. Ello, sin perjuicio de exceder el alcance del presente artículo, constituye un aspecto esencial a tener en cuenta al regular este tipo de mercados o servicios y adquiere aún mayor importancia si se tiene en cuenta que este tipo de regulaciones también pueden tener por objeto el resguardo de otros aspectos de interés público relacionados a las telecomunicaciones, como ambos procesos en análisis también revelan, según se expondrá a continuación.

Interés público en telecomunicaciones: libertad de información y expresión

Por último, de las dos experiencias regulatorias en comento se desprende que las obligaciones de no discriminación o igualdad de trato impuestas también tuvieron por objeto resguardar otro tipo de bienes jurídicos, no vinculados a la protección en las relaciones comerciales, sino que a elementos relevantes de interés público en telecomunicaciones, como son la libertad de información y de expresión⁷².

⁶⁸ Historia de la Ley..., *op. cit.*, p. 67.

⁶⁹ *Op. cit.*, p. 63. Además, se introdujo el concepto de Internet en la LGT justamente para permitir a SUBTEL sancionar aquellas prácticas, de acuerdo al procedimiento administrativo contemplado en la LGT, el que, se señaló, resolvería los asuntos a favor de los consumidores en un 85% de los casos, *op. cit.*, p. 66.

⁷⁰ Artículo 24 H d) de la LGT y artículo 5 del decreto N° 368 del año 2010.

⁷¹ En dicho sentido, Carol M. HAYES “Content Discrimination on the Internet: Calls for Regulation of Net Neutrality”, p. 524: “Si los usuarios no se dan cuenta que la calidad de su servicio de Internet está siendo dañada por la conducta de su ISP y piensan en cambio que una conexión lenta con una página web en particular responde a que “el otro tipo” tiene un servidor más lento, es improbable que vayan a exigir algo de su propio ISP”.

⁷² Para un análisis de los deberes de los proveedores de servicios de telecomunicaciones relacionados a la libertad de expresión y el pluralismo, véase Carlos PEÑA, “Informe en

En dicho sentido, la FCC fue expresa en el sentido de que las normas también tenían como objeto proteger la libertad de expresión y, como contrapartida, el derecho de acceder a la información⁷³. Así, se indicó que uno de sus propósitos sería el de "...preservar Internet como una plataforma abierta que hace posible la elección del consumidor y la libertad de expresión"⁷⁴, siendo la apertura de Internet "...esencial para su rol de plataforma para el discurso y compromiso cívico"⁷⁵. Ello, en el entendido de que gracias a

"la falta de control de un guardián, Internet se ha convertido en una fuente mayor de noticias e información, lo que forma la base de un discurso cívico informado"⁷⁶.

En dicha línea, señaló la FCC que las reglas serían necesarias debido a los incentivos y habilidad de los proveedores de banda ancha "de discriminar en el tratamiento del tráfico en la red en formas que podrían dañar (...) la libertad de expresión"⁷⁷. La referida afirmación encuentra sustento en artículos académicos que habían puesto de relieve los peligros que podría implicar un régimen no neutral para la libertad de expresión en Internet y que habían hecho hincapié en algunos casos específicos en que ello habría sucedido⁷⁸.

Derecho: Relaciones entre una concesionaria de servicios de telecomunicación de libre recepción y un permisionario de servicios limitados de telecomunicación" p. 74. "En todos estos casos se pone de manifiesto que los medios han de cumplir con dos tipos de expectativas relacionadas entre sí: de una parte, y en su dimensión de industria, las derivadas de la libre competencia; y de otra parte, y esta vez en su dimensión de foro público, las exigidas por el pluralismo y la libre expresión.

⁷³ En dicho sentido, a modo ejemplar, el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos expresa: "2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección".

⁷⁴ Reporte FCC, p. 88.

⁷⁵ *Op. cit.*, p. 8. Agregando: "Un electorado informado es crítico para la salud de una democracia funcional (...). Internet ofrece un foro para una verdadera diversidad en el discurso político, oportunidades únicas para el desarrollo cultural y variadas avenidas para la actividad intelectual".

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ *Op. cit.*, p. 40.

⁷⁸ Véase, por ejemplo, George BENJAMIN, "Internet Content Discrimination: The Need for Specific Net Neutrality Legislation by Congress or the Fcc in Light of the Recent Anti-Net Neutrality Actions by Comcast Corporation", pp. 157-158. El autor cita dos casos particulares de discriminación. El primero lo habría sufrido el grupo musical Pearl Jam, ya que AT&T habría cortado el audio de un concierto transmitido en vivo por la web

Por su parte, en Chile, si bien en la historia legislativa no existe una referencia expresa a la intención de proteger las libertades de información y expresión, en nuestra opinión, del texto legal y la referida historia no puede obtenerse otra conclusión. En efecto, ello se desprende del artículo 24 h a) cuando prohíbe bloquear, interferir, discriminar, entorpecer ni restringir arbitrariamente

“el *derecho* de cualquier usuario de Internet para utilizar, *enviar, recibir u ofrecer cualquier contenido*, aplicación o servicio legal a través de Internet...”.

Contrario sensu, la misma norma obliga a los proveedores de banda ancha a ofrecer un servicio “...que *no distinga arbitrariamente contenidos*, aplicaciones o servicios, basados en la *f fuente de origen* o propiedad de éstos”.

La aseveración anterior encuentra sustento en la historia legislativa. Así, la misma moción parlamentario indicó:

“La llamada ‘Neutralidad de la Red’ trata precisamente sobre la libertad en Internet, intentando asegurar el derecho de todo usuario de poder ver con igual facilidad el blog más pequeño así como la más cara y moderna página web de una gran empresa (...). La Neutralidad en la Red es el nuevo principio que guía la lucha por la preservación de la libertad y apertura de Internet. La ‘Neutralidad en la Red’ asegura a todos los usuarios el acceso libre de contenidos o ejecutar aplicaciones o utilizar los dispositivos de su elección sin condicionamientos de ningún tipo”⁷⁹.

Además, sostuvo:

“Es por lo anterior, que resulta cada vez más necesario asegurar en forma efectiva, el derecho de los usuarios de Internet a utilizar libremente las distintas aplicaciones, prestaciones y posibilidades que la red coloca a disposición del público en general, sin que se puedan imponer restricciones a dicho acceso”⁸⁰.

cuando el vocalista de la banda criticaba al entonces presidente de Estados Unidos, George W. Bush. El segundo habría sido obra de Verizon Corporation, la que habría esgrimido el derecho de bloquear mensajes de un grupo pro-aborto en su red móvil. A este respecto, ver también Hannibal TRAVIS, “The FCC’s New Theory of the First Amendment”, p. 417, argumentando que la “Neutralidad de la red ha ayudado a compañías tales como Rowdy Orbit IPTV a superar barreras hacia el contenido de medios de minoría”.

⁷⁹ Historia de la Ley..., *op. cit.*, moción, p. 4.

⁸⁰ *Op. cit.*, p. 5. Agregando: “Sin la ‘Neutralidad de la Red’, Internet se parecería más a un canal de cable, pues los controladores de la red decidirían que contenidos, aplicaciones o páginas se pueden ver a partir de criterios propios inconsultos y los usuarios sólo se

Tal como se expuso, sería esa misma nomenclatura (“derecho”), la que finalmente formaría parte del texto legal.

Por lo demás, el artículo 24 H a) citado está en línea con lo dispuesto por el artículo 2° de la Ley General de Telecomunicaciones, que dispone: “Todos los habitantes de la República tendrán libre e igualitario acceso a las telecomunicaciones..”, disposición que sería aplicable al servicio de acceso a Internet en su faz de servicio de telecomunicaciones.

C. LA COMPARACIÓN DE AMBOS PROCESOS DA CUENTA DE UNA MAYOR ABSORCIÓN DE CONSIDERACIONES TÉCNICO-ECONÓMICAS POR PARTE DEL ÓRGANO ADMINISTRATIVO Y DEL OTORGAMIENTO DE MAYORES GRADOS DE CERTEZA POR PARTE DEL MISMO

Dado que la naturaleza del objeto regulado en ambos procesos requiere de altos grados de especialización técnica, resulta interesante observar cómo se desarrolló la legislatura chilena en comparación con la agencia estadounidense en el tratamiento de dicho conocimiento técnico.

La regulación vía FCC permitió
una mayor diferenciación

Las normas estadounidenses contienen una serie de distinciones en su aplicación que no están presentes en la ley chilena. A dicho respecto, un comentarista identificó dieciséis “excepciones, advertencias y exenciones” (Downes) tales como la exclusión de la aplicación de las reglas al servicio de Internet conmutado⁸¹, a operadores de “premisa”⁸² y, principalmente, la aplicación parcial al servicio de banda ancha móvil. Por el contrario, la ley chilena se aplica ampliamente a todos los proveedores comerciales de acceso a Internet y tecnologías a través de las cuales se otorgue el mismo, sin distinción alguna. Dicha contraposición constituye un buen ejemplo

limitarían por tanto a escoger de un menú que su ISP le quiere proporcionar, generalmente condicionado por múltiples intereses económicos de toda índole, con lo cual se pierde una de las grandes ventajas y beneficios de una red libre, guiada exclusivamente por la preferencia de los usuarios”.

⁸¹ Acceso a Internet a través de la red telefónica pública. La FCC decidió no aplicarle las reglas, puesto que existiría una mayor facilidad para cambiar de proveedor. Reporte FCC, p. 31.

⁸² *Ibid.* Según se indicó, estos consisten en cafeterías, librerías, aerolíneas y otras entidades que adquieren servicios de banda ancha de proveedores para permitir que sus clientes puedan acceder a los mismos en sus establecimientos comerciales. Señaló la FCC que dichos operadores no estarían regulados puesto que si lo estarían aquellos proveedores desde los cuales contratan los servicios de banda ancha.

de las dificultades de la regulación en mercados tecnológicos altamente dinámicos. En efecto, no puede sino surgir la duda de si dicha falta de diferenciación podría implicar alguna desventaja para tecnologías con menor grado de desarrollo o con características distintivas.

Un buen caso para ejemplificar lo anterior, sin perjuicio de la existencia de otros, lo constituye el tratamiento especial a los proveedores de banda ancha móvil en Estados Unidos, ya que la FCC decidió no hacerles extensiva la regla de no discriminación arbitraria y aplicarles una prohibición de bloquear de menor envergadura⁸³. El trato diferenciado se justificó en el reconocimiento de ciertas características distintivas de la provisión de banda ancha móvil, como una mayor proclividad a la congestión (requiriendo, por tanto, mayores medidas de administración de la red) y, principalmente, la consideración de que constituía una plataforma reciente, pero que sin embargo estaba evolucionando rápidamente y teniendo un rol importante en la penetración del servicio de banda ancha en la población⁸⁴. Ello, se argumentó, permitiría generar mayor competencia, por lo que una mayor laxitud sería aconsejable para no entorpecer su desarrollo. Así, la FCC indicó:

“En este acto estamos tomando pasos medidos para proteger la apertura de Internet para la banda ancha móvil en parte porque queremos entender mejor cómo el mercado de banda ancha móvil se está desarrollando antes de determinar qué ajustes son necesarios a este marco”⁸⁵.

En dicho sentido, se indicó, el desarrollo del mercado de la banda ancha móvil estaría en “monitoreo continuo”⁸⁶.

En Chile, por su parte, la ley no distinguió, sin perjuicio de que durante la discusión legislativa los proveedores de banda ancha móvil presentaron argumentos similares a los que tuvo en cuenta la FCC para diferenciar el tratamiento⁸⁷. Además, el subsecretario de Telecomuni-

⁸³ Así, solo se les prohibió bloquear páginas web o aplicaciones legales que compitieren con sus servicios de telefonía de voz y video. Reporte FCC, pp. 54 y ss..

⁸⁴ *Ibid.*

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ *Ibid.*

⁸⁷ Historia de la Ley..., *op. cit.*, pp. 38-39, Testimonio del presidente de la ATELMO en la Comisión de Transportes y Telecomunicaciones del Senado, argumentando que la iniciativa legal no contempla la complejidad técnica de las redes móviles y que estaría concebida para regular a los proveedores fijos. Además, haciendo hincapié en que las redes móviles, por sus características, serían mucho más susceptibles a la congestión y que un usuario que se dedica constantemente a, por ejemplo, bajar música podría agotar el recurso para todos los demás, por lo que se haría necesario una mayor laxitud respecto de las medidas de administración de las red, para las redes móviles.

caciones también hizo hincapié en la potencialidad de la banda ancha móvil para generar una mayor penetración del servicio y generar mayor competencia⁸⁸.

Sin entrar en el debate técnico respecto de la procedencia del trato diferenciado de la banda ancha móvil, para efectos de este artículo cabe destacar que el anterior es un buen ejemplo de un caso en que, contando ambos órganos con la misma información, el regulador administrativo tomó un enfoque más moderado y flexible en relación a la realidad del mercado particular de cada tecnología. Enfoque que, además, se indicó, estaría bajo escrutinio continuo para ver la necesidad de cambiarlo a futuro. Por el contrario, si en Chile surgiera la necesidad de moderar la aplicación de las reglas al servicio móvil, se requeriría de otra ley, con las consecuentes dificultades de tramitación y tiempo que ello implicaría.

De la misma forma, las restantes excepciones del reglamento estadounidense sugieren también que el organismo administrativo, dada su especialidad, es mucho más adecuado para realizar distinciones o diferenciaciones técnicas basadas en las particulares características del objeto regulado. En efecto, el proceso chileno demuestra que no obstante contar los legisladores con información respecto de, por ejemplo, las especiales características de la banda ancha móvil, ello finalmente ni siquiera sería discutido o tomado en cuenta. A dicho respecto, resulta muy difícil de imaginar que en el proceso legislativo, dominado por el debate o discusión de distintos puntos de vista, ya sea en comisiones o en Cámara, sea viable hacer tal cantidad de diferenciaciones técnicas al detalle.

Mayores grados de claridad o certeza

Por otro lado, la comparación de ambos procesos también da cuenta de que la norma de la FCC otorga mayores grados de claridad o certeza, en gran parte gracias al reporte que acompañó la resolución, el que explica con orden y claridad la misma. Un buen ejemplo de ello es el tratamiento de un concepto fundamental para ambas regulaciones, como es el de las medidas de administración o gestión de la red.

La regulación de USA define claramente qué es lo que debe entenderse por una medida de administración razonable de la red, indicando que esta es aquella "...apropiada y diseñada para cumplir con un objetivo legítimo de administración de la red..."⁸⁹. A continuación, se aclara aun más el concepto con el fin de distinguir una medida de gestión de red que

⁸⁸ Historia de la Ley..., *op. cit.*, p. 107.

⁸⁹ Resolución FCC § 8.1 (d).

implique discriminación arbitraria y una que no⁹⁰, señalándose que para evaluar si una medida de gestión de red es apropiada, deben considerarse cuatro principios: su transparencia, la extensión en que maximiza el principio de control del usuario final, si el trato diferenciado es agnóstico en cuanto a su uso y la conformidad con las mejores prácticas y/o estándares técnicos. Además, se proporcionan ejemplos de prácticas de administración legítimas, tales como el garantizar la seguridad e integridad de la red o reducir los efectos de la congestión en la misma, cada uno de los cuáles se explica en detalle⁹¹.

En contraste, en Chile ni la ley ni el reglamento de la Subsecretaría de Telecomunicaciones definen o ejemplifican lo que es una práctica de administración o gestión de la red permitida, un punto de fundamental importancia en la reglamentación. Es más, sólo se indica que estas no pueden afectar la libre competencia⁹², lo que introduce un importante elemento de confusión. Ello puesto que, como se argumentó, la historia de la ley da cuenta de que el concepto de discriminación arbitraria no se redujo al ámbito de las prácticas anticompetitivas. Por lo mismo, no se entiende por qué la única limitación expresa a las prácticas de administración o gestión de la red tiene relación con no afectar la libre competencia. En efecto, ¿qué pasaría si una práctica de gestión de la red afecta gravemente la calidad del servicio que recibe un usuario, pero no cumple con los requisitos legales de una práctica anticompetitiva? O, ¿qué sucedería si una práctica de gestión de la red implica desfavorecer o degradar el contenido emanado de un blog que sustenta una determinada opción política o valórica?

Sin duda ambos casos estarían dentro de lo que la ley pretendió prohibir. A dicho respecto, sin perjuicio de que una interpretación armónica del texto permitiría salvar la contradicción expuesta, no cabe duda que la redacción empleada introduce un elemento que atenta contra una mayor claridad o certeza y que podría ser utilizado por los ISP's en eventuales conflictos en los tribunales.

Por último, otro ejemplo de la falta de certeza o claridad lo constituye otra frase del mismo artículo 24 H a), que indica:

“Los concesionarios y los proveedores procurarán preservar la privacidad de los usuarios, la protección contra virus y la seguridad de la red”.

Sin perjuicio de que dicha oración está en el mismo párrafo que trata sobre las medidas de gestión de la red, pareciera estar desconectada de

⁹⁰ Reporte FCC, p. 40.

⁹¹ *Ibid*, pp. 47-52.

⁹² Art. 24 a), inciso 2°.

éstas e imponer una especie de obligación a los concesionarios e ISP's. Sin embargo, la revisión de la historia de la ley da cuenta de que fueron conceptos introducidos por la Subsecretaría de Telecomunicaciones en el debate legislativo como ejemplos de prácticas de administración de la red permisibles⁹³. Por tanto, ello podría implicar que muchos intérpretes no capten la real intención de la frase citada.

V. *Los aspectos comparados permiten sentar algunos principios base sobre los roles del legislador y del órgano ejecutivo*

UN ROL PARA LA LEGISLATURA

Como se expuso, el análisis de las experiencias regulatorias de la neutralidad de la red en Estados Unidos y Chile da cuenta de que la decisión de regular correspondió fundamentalmente a una valoración normativa, motivada por los desafíos que ciertos desenvolvimientos de Internet habían implicado para bienes jurídicos fuertemente arraigados en cada tradición jurídica, tales como la protección al consumidor y las libertades de información y expresión.

En efecto, ambos procesos ilustran que las reglas no fueron promulgadas por la existencia de una gran cantidad de evidencia empírica respecto de su necesidad. No sólo ello, la introducción de las referidas normas también implicó regular respecto de un asunto fuertemente debatido y sobre el cuál no existía consenso. Ello no sólo refleja una elección respecto de la necesidad misma de regular, sino que, también, dadas las posturas divergentes respecto de los efectos económicos de las reglas de neutralidad de la red en aspectos tales como la competencia o la innovación, una decisión normativa respecto de la elección de un camino o postura para orientar dicha innovación o competencia o respecto de la forma de generar las condiciones adecuadas para su desenvolvimiento⁹⁴.

⁹³ Así, se indicó: "...el principio de neutralidad de la red debe aplicarse de una forma que priorice otras necesidades y derechos, como son la seguridad en la red así como la protección de la privacidad de los usuarios, entregando a los operadores de acceso la facultad de adoptar las medidas necesarias para estos fines", Historia de la Ley..., *op. cit.*, p. 11.

⁹⁴ A dicho respecto, se debe tener presente que la historia legislativa chilena permite concluir que el proyecto compartía las motivaciones de los adherentes a regular a favor de la neutralidad, expuestas en la sección II, en el sentido de que la gran cantidad de innovación en Internet se debía principalmente al principio *end-to-end* y a su generación en los extremos de la red. Así, en la moción parlamentaria se señaló: "Hoy en día el contenido de la red es de una gran innovación, pues las páginas web, los servicios y aplicaciones de la misma son exitosas o fracasan por su propio mérito, lo cual es determinado por la decisión diaria de

De dicha forma, ambos procesos recogieron una elección de la sociedad referente a cómo orientar una determinada tecnología o técnica, frente a los desafíos que la misma había generado para arraigadas consideraciones de interés público. Ello, en nuestra opinión, sugiere que el Poder Legislativo, al ser la principal institución diseñada para abarcar y concretizar el debate político (y, por tanto, las diversas posturas normativas o valóricas) en normas obligatorias, tiene su lugar en la regulación de tecnologías.

El proceso regulatorio de la neutralidad de la red en Estados Unidos constituye un buen punto de partida para ejemplificar lo anterior. En efecto, tal como se expuso, la FCC reguló sobre una materia altamente politizada y sobre la que no existía consenso político o académico, habiendo sido objeto de múltiples proyectos de ley que no habían podido ser aprobados en el Congreso. Asimismo, se trataba de una materia en que existía una clara división entre demócratas y republicanos, con posturas claramente divergentes respecto de la necesidad misma de regular, cuestión que se manifestó en una clara división entre los comisionados que votaron en contra y a favor de la orden. Aun más, la autoridad misma de la agencia para regular Internet había sido puesta en duda meses antes por un fallo judicial, debiendo el texto de la normativa elaborar complejos argumentos legales para justificar la referida autoridad.

Por ello, se puede argumentar que la agencia se apropió de un rol que correspondía propiamente a una instancia que diera mayor cabida a la divergencia o posturas distintas, haciendo obligatoria su posición normativa respecto de la materia, no obstante existir gran desacuerdo al respecto⁹⁵, cuestión que fuera incluso sacada a la luz en uno de los votos disidentes de la misma:

“Cuando la Comisión toma decisiones políticas y acciones correspondientes a oficiales electos, nuestros procedimientos se tornan inevitablemente más partidistas y controversiales. Esta agencia carece de la capacidad institucional de manejar asuntos divisorios de este calibre”⁹⁶.

Tomando ello en cuenta, y sin perjuicio de que la representatividad

millones de usuarios”. Historia de la Ley ..., *op. cit.*, p. 4. Y asimismo, sin perjuicio de que la redacción es confusa: La “Neutralidad en la Red” consiste en que esta en sí misma (no sus extremos) transmita toda información sin mirar ni jerarquizar y tampoco priorizar, con lo cual se asegura que la red es la misma para todos. *Ibid.*

⁹⁵ Así, por ejemplo, Kevin WERBACH, “Off the Hook”, p. 535: “Como cualquier agencia administrativa, la FCC es técnicamente una creatura del Congreso. Puede interpretar los mandatos del Congreso, pero no ir más allá de los mismos. El alcance de la autoridad de la agencia se cuestiona cuando surgen nuevas tecnologías que el Congreso no contempló. Internet es un ejemplo perfecto”.

⁹⁶ Reporte FCC, p. 197. Agregando: “En efecto, asuntos de esta magnitud, con grandes consecuencias a largo plazo, son decisiones que deberían ser dejadas al Congreso”.

democrática del Congreso en contraposición a los órganos del Poder Ejecutivo o los tribunales es un asunto fuertemente discutido y que excede con creces el alcance del presente artículo, sobre todo en presencia de desacuerdos como los que existían en Estados Unidos, si parecen haber buenos argumentos en favor de la mayor representatividad democrática del Congreso. Tal como indica Jeremy Waldron:

“Existe una diferencia entre el tamaño de la legislatura y las otras ramas del gobierno en casi todos los países del mundo. (...) Si queremos sustentar el punto con mayor cuidado, podemos decir esto: en casi todas partes las legislaturas soberanas son asambleas en vez de individuos; en casi todos los sistemas legales, la legislación sustenta su autoridad final como derecho en el hecho de que es el producto de (o su producción fue autorizada por) una numerosa asamblea popular”⁹⁷.

Pero además, el caso de Estados Unidos demuestra que la intervención legislativa también puede ser aconsejable desde una perspectiva de técnica regulatoria. En efecto, cuando una agencia regula en las circunstancias en que lo hizo la FCC, existe una alta probabilidad de que la norma dictada sea impugnada administrativa o judicialmente por aquellos que sostuvieron la posición contraria o a quienes afecta, tal como efectivamente sucedió en Estados Unidos. Ello implica dar espacio a un elemento de incertidumbre importante respecto de la viabilidad misma de la norma, con todo lo que ello implica para todos los actores con intereses en el proceso regulatorio, tanto estatales como privados.

Además, la referida norma puede ser, incluso, finalmente desechada o invalidada, cuestión que implica que un proceso administrativo que ocupó múltiples recursos públicos, en desmedro de otros, a la larga no tenga efecto alguno. Las ineficiencias que ello conlleva son evidentes. Pero no sólo eso, dicha situación podría implicar que un asunto de interés público, perfectamente legítimo, sufra descrédito público y se convierta en uno aún más difícil de legislar, cuestión que podría implicar, por ejemplo, una imposibilidad real de proteger a los usuarios de Internet en circunstancias que realmente lo necesiten⁹⁸.

⁹⁷ Jeremy WALDRON, *Law and Disagreement*, p. 49. En términos muy simplificados, el argumento de Waldron consiste en abogar por una mayor representatividad de la legislatura, caracterizada por el desacuerdo entre distintos puntos de vista, precisamente por su representatividad. Asimismo, argumenta que la sociedad necesita de un ente decisorio final y que el mejor situado para ello sería el Congreso, por su habilidad de llegar a compromisos.

⁹⁸ En este punto, resulta adecuado tener presente lo sostenido por Croley respecto de una regulación administrativa socialmente beneficiosa, suponiendo soporte popular y consenso detrás de la misma: “Más específicamente, la regulación administrativa puede

Por tanto, estimamos que lo expuesto lleva a concluir que es el Congreso quien debe intervenir, en primera instancia, en la orientación regulatoria, en base a principios asentados, del curso de una determinada tecnología⁹⁹.

*ESTÁNDARES DE CONDUCTA
POR SOBRE REGLAS CATEGÓRICAS*

Sin embargo, dada la conclusión anterior, surge la pregunta respecto de los límites o la extensión apropiada que debe tener la intervención del Congreso. En dicho sentido, el análisis efectuado en el presente trabajo indica que la extensión de la acción del Congreso debería estar determinada, justamente, por su rol principal de ser el foro que comprende el debate o la divergencia política, evitando, en lo posible, introducirse de lleno en complejos aspectos técnicos. De dicha forma, la norma legal, idealmente, debería apuntar y ceñirse a la necesidad de protección que las amenazas a los bienes jurídicos en cuestión gatillen¹⁰⁰.

Por lo mismo, compartimos lo sostenido por varios autores en la línea de que la regulación en este tipo de mercados debería basarse preferentemente en estándares abiertos que guíen a las entidades reguladas hacia la consecución de los objetivos propuestos por la norma, más que en reglas detalladas y estrictas. Así, por ejemplo:

y avanza el beneficio social, cuando este es medido en términos de costo-beneficio, pero también con referencia a los efectos distribucionales de la regulación, al soporte popular que la sustenta y al consenso experto detrás de la misma”, Stephen P. CROLEY, *Regulation and Public Interests, The Possibility of GOOD Regulatory Government*, p. 304.

⁹⁹ Ello no pretende ignorar el hecho de que las distintas posturas o intereses manifestados en el Congreso puedan ser objeto de la influencia de grupos de interés. Sin embargo, el órgano administrativo tampoco está exento de ello y, en alguna medida, el hecho de que en el Congreso toda ley tenga que ser aprobada por un mayor número de miembros, lo hace más difícil de influenciar. A dicho respecto, véase, por ejemplo, William D. RAHM, “Watching over the Web: A Substantive Equality Regime for Broadband Applications”, p. 54: “Los académicos de derecho administrativo han indicado frecuentemente que las agencias son más vulnerable a la captura que el Congreso, porque simplemente existen menos personas en una agencia que uno tiene que influenciar para producir un cierto resultado”.

¹⁰⁰ En relación a ello Daniel J. SOLOVE, “Fourth Amendment Codification and Professor Kerr’s Misguided Call for Judicial Deference,” p. 747, indica: “El problema con las leyes es que, cuando intentan rastrear una tecnología existente de cerca (...) pierden la flexibilidad de un estándar. Los principios básicos se pierden u olvidan en la baraja de los tecnicismos”. Y asimismo, que: “Los principios deberían guiar a la tecnología y no viceversa. En vez de enfocarse en puzzles legales, la ley debería enfocarse en los verdaderos asuntos en juego...”.

“El mercado de banda ancha es demasiado complejo e incierto para beneficiarse de enfoque categórico hacia la (des)regulación. En vez de ello, cualquier intervención debería ser flexible y adaptativa a circunstancias específicas”¹⁰¹.

Dichos estándares deberán ser posteriormente concretizados, caso a caso, en la medida que se presente la necesidad para ello, ya sea por vía administrativa, judicial o contenciosa administrativa¹⁰².

UN ROL PARA EL ÓRGANO ADMINISTRATIVO

La comparación efectuada también permite concluir, en nuestra opinión, que la propia naturaleza del debate legislativo, suscitado en distintas instancias de interacción (ya sea en cámaras o comisiones, por ejemplo) para la discusión de las diferentes posturas, deja poco espacio para un análisis detallado, que incluya un escrutinio profundo de la realidad técnica o económica de los mercados en cuestión. Ello no quiere obviar la circunstancia de que los congresistas cuentan con la ayuda de expertos o informes, pero, sin embargo, nos parece que la forma misma como el Congreso realiza su labor, a través de instancias de debate público, dificulta en cierta medida la realización de un análisis formal y detallado.

La menor diferenciación y grado de certeza que presenta la norma chilena frente a la estadounidense, de acuerdo a lo indicado, podría ser manifestación de lo anterior, resultado que se produjo pese a que la Subsecretaría de Telecomunicaciones participó activamente en la discusión legislativa, la que, sin embargo, se vio también constreñida por las posibilidades de interacción que el debate legislativo conlleva.

En dicho sentido, el proceso normativo de un órgano administrativo permite dar mayor espacio a la recolección de información técnico-económica y a la reflexión analítica que la norma a introducir pueda requerir, en base al aporte de expertos y al mayor conocimiento de las circunstancias

¹⁰¹ Jasper P. SLUIJS, “Network Neutrality Between False Positives and False Negatives: Introducing a European Approach to American Broadband Markets”, p. 77. En el mismo sentido, Daniel L. BRENNER, “Creating Effective Broadband Network Regulation”, p. 59: “Como han argumentado Philip Weiser, Howard Shelanski, y otros, un estándar legal en contra del cual una conducta sería evaluada por la FCC es fuertemente preferible a reglas categóricas ex-ante”. Y asimismo, WEISER, *op. cit.*, p. 313.

¹⁰² Así RAHM, *op. cit.*, pp. 41-42 indica: “Académicos y encargados de políticas públicas han notado hace tiempo la importancia de proveer estándares legales definidos. Una regla legal formulada por el Congreso y ejecutada a través de adjudicación “dirigida” provee dicha claridad: los Operadores son notificados del objetivo (igualdad de condiciones para las aplicaciones para competir por los usuarios finales) y los medios permitidos...”.

de mercado o técnicas en que incide una determinada regulación. Por lo mismo, estimamos que una vez asentada la definición normativa a seguir, el Congreso debería tender a mostrar importantes grados de deferencia técnica al órgano administrativo.

De lo contrario, se corre el riesgo de que la ley quede prontamente obsoleta o que sea potencialmente dañina, al forzar a las personas y empresas a actuar de acuerdo a un estado del arte que ya no es tal, lo que llevado a un extremo podría implicar, incluso, que no se generan las condiciones adecuadas para el desarrollo del mercado en que incide la regulación.

Asimismo, la referida deferencia también implica, en nuestra opinión, que el Congreso debería abstenerse de intervenir siempre que no exista alguna definición normativa o valórica a asentar, dejando la regulación de los otros aspectos en manos del órgano técnico respectivo.

VI. Conclusión

La comparación que se efectuó entre ambos procesos regulatorios es indiciaria de que cuando la regulación en mercados tecnológicos dice relación con asuntos de interés público ampliamente debatidos, que tocan bienes jurídicos relevantes de nuestro ordenamiento constitucional y legal, existen fuertes argumentos para sostener que el órgano que debería hacerse cargo de la misma es el Congreso. En efecto, como se dijo, la legislatura es la institución diseñada por excelencia para dar cabida a las distintas posturas normativas o valóricas y, por medio del debate, trasuntarlas en normas obligatorias.

Sin embargo, dicha misma característica aconseja limitar la intervención del Congreso al asentamiento de la referida decisión valórica o normativa, debiendo evitar, en la medida de lo posible, introducirse en la calibración de complejos aspectos técnicos, para cuya evaluación su estructura institucional, marcada por su carácter de foro del debate político, no es la más adecuada.

En el mismo sentido, el análisis de ambos procesos también demuestra que el regulador sectorial tiene mayores capacidades de recolección de información técnico-económica y de adaptación a las necesidades y particularidades específicas del objeto regulado. Por lo mismo, la deferencia del Congreso al órgano administrativo en todo lo que exceda de la fijación del referido precepto normativo parece aconsejable.

Bibliografía

- BENJAMIN, George S., "Internet Content Discrimination: The Need for Specific Net Neutrality Legislation by Congress or the Fcc in Light of the Recent Anti-Net Neutrality Actions by Comcast Corporation", in *Southwestern Law Review*, vol. 39, N° 1, Los Angeles, 2009.
- BRENNER, Daniel L., "Creating Effective Broadband Network Regulation", in *Federal Communications Law Journal*, vol. 62, N° 1, Washington, 2010.
- CARMONA, Carlos, "Tres problemas de la potestad reglamentaria: legitimidad, intensidad y control", en *Revista de Derecho Consejo de Defensa del Estado*, N° 3, Santiago, 2001.
- CROLEY, Stephen P., *Regulation and Public Interests, The Possibility of GOOD Regulatory Government*, New Jersey, Princeton University Press, 2008.
- DONOSO, Lorena, "Estudio sobre la naturaleza de Internet. Referencias al modelo europeo de regulación", 2004. Disponible en www.subtel.gov.cl/images/stories/articles/subtel/asocfile/4_estudio_internet.pdf. Consultada el 7 de agosto de 2013.
- DOWNES, Larry, "Written Testimony of Larry Downes Senior Adjunct Fellow, TechFreedom hearing on 'Ensuring Competition on the Internet: Net Neutrality & Antitrust' Before the Subcommittee on Intellectual Property, Competition & the Internet Committee on the Judiciary U.S. House of Representatives February 15, 2011", 2011. Disponible en <http://techfreedom.org/files/publications/2011/Downes-Net-Neutrality-Written-Testimony.pdf>. Consultada el 7 de agosto de 2013.
- HAYES, Carol M., "Content Discrimination on the Internet: Calls for Regulation of Net Neutrality", in *University of Illinois Journal of Law, Technology and Policy*, N°2, Champaign, 2009.
- NOTA EDITORIAL, "How Chevron Step One Limits Permissible Agency Interpretations: Brand X and the Fcc's Broadband Reclassification", in *Harvard Law Review*, vol. 124, N° 3, Cambridge, 2011.
- PEÑA, Carlos, "Informe en Derecho. Relaciones entre una concesionaria de servicios de telecomunicación de libre recepción y un permisionario de servicios limitados de telecomunicación", 2008. Disponible en [www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Informe_en_Derecho_Carlos%20Pe%C3%B1a_\(CHILEVISION\)_c154_08.pdf](http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Informe_en_Derecho_Carlos%20Pe%C3%B1a_(CHILEVISION)_c154_08.pdf). Consultada el 7 de agosto del 2013.
- RAHM, William D., "Watching over the Web: A Substantive Equality Regime for Broadband Applications", in *Yale Journal on Regulation*, vol. 24, New Haven, 2007.
- ROBERTS, Christopher E., "Can I Still Google My Yahoo? Reframing the Net Neutrality Debate - Why Legislation Actually Means Deregulation", in *University of Missouri Kansas City Law Review*, vol. 77, N° 3, Kansas City, 2009.
- SHELANSKI, Howard A., "Network Neutrality: Regulating with More Questions than Answers", in *Journal of Telecommunications and High Technology Law*, vol. 6, N° 1, Boulder, 2007.

- SLUIJS, Jasper P., “Network Neutrality Between False Positives and False Negatives: Introducing a European Approach to American Broadband Markets”, in *Federal Communications Law Journal*, vol. 62, N° 1, Washington, 2010.
- SOLOVE, Daniel J., “Fourth Amendment Codification and Professor Kerr’s Misguided Call for Judicial Deference”, in *Fordham Law Review*, vol. 74, N° 2, New York, 2005.
- SYLVAIN, Olivier, “Internet Governance and Democratic Legitimacy”, in *Federal Communications Law Journal*, vol. 62, N° 1, Washington, 2010.
- TRAVIS, Hannibal, “The Fcc’s New Theory of the First Amendment”, in *Santa Clara Law Review*, vol. 51, Santa Clara, 2011.
- VALDÉS, Domingo, *Libre competencia y monopolio*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006.
- VAN SCHEWICK, Barbara, *Internet Architecture and Innovation*, Cambridge, The MIT Press, 2010.
- WALDRON, Jeremy, *Law and Disagreement*, Oxford, Oxford University Press, 1999.
- WEISER, Philip J., “The Next Frontier for Network Neutrality”, in *Administrative Law Review*, vol. 60, N° 2, Washington, 2008.
- WERBACH, Kevin, “Off the Hook”, in *Cornell Law Review*, vol. 95, Ithaca, 2010.
- WU, Tim, “The Broadband Debate, A User’s Guide”, in *Journal of Telecommunications and High Technology Law*, vol. 3, N° 1, Boulder, 2004.
- YOO, Christopher S., “Beyond Network Neutrality”, in *Harvard Journal of Law and Technology*, vol. 19, N° 1, Cambridge, 2005.
- YOO, Christopher S., “Network Neutrality after Comcast: Toward a Case-by-Case Approach to Reasonable Network Management”, in Randolph J. MAY (ed.), *New Directions in Communications Policy*, Carolina Academic Press, Durham, 2009.

LEGISLACIÓN

- Historia de la Ley N° 20.453, disponible en www.bcn.cl/histley/periodos?p=2010, consultada el 7 de agosto de 2013.
- Ley N° 20.453, “Consagra el Principio de Neutralidad de la Red para los Usuarios y Consumidores de Internet”, en *Diario Oficial*, Santiago, 26 de agosto de 2010.

Ensayos

Derecho Público Iberoamericano
Universidad del Desarrollo
N° 3 | 2013

Ensayo
sobre la teoría del ordenamiento
jurídico

IL DIRITTO TRA FONTE E FONDAMENTO
EL DERECHO
ENTRE LA FUENTE Y EL FUNDAMENTO
THE LAW, BETWEEN SOURCE
AND FOUNDATION

*Danilo Castellano**

Riassunto

Il saggio evidenzia come il problema delle fonti del diritto, soprattutto di quelle di produzione, sia generalmente dai giuristi (positivi) considerato questione immanente all'ordinamento giuridico. In altre parole esso sarebbe risolvibile solamente all'interno del sistema da considerarsi necessariamente chiuso ovvero assolutamente autoreferenziale. Si salta, così, a pie' pari la questione fondamentale posta dallo stesso ordinamento giuridico. Il saggio sostiene che è improprio parlare di fonti del diritto. Il diritto, infatti, ha bisogno di un fondamento che può essere dato solamente dalla giustizia.

Parole chiave: Fonti del diritto, fondamento dell'ordinamento giuridico, autoreferenzialità dell'ordinamento giuridico, giustizia

Resumen

El ensayo evidencia cómo el problema de las fuentes del derecho, sobre todo de aquellas fuentes de producción, ha sido considerado por los juristas (positivistas) como una cuestión inmanente al ordenamiento jurídico. En otras palabras, sólo puede resolverse al interior del mismo sistema, siempre que se le considere algo necesariamente cerrado y absolutamente autorreferente. Se llega así a la cuestión fundamental del ordenamiento jurídico, en donde sostenemos que es impropio hablar de

* Professore ordinario e Preside emerito della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Udine (Italia). Ensayo recibido el 28 de junio de 2013 y aceptado para su publicación el 22 de agosto de 2013. Correo electrónico: danilo.castellano@uniud.it.

fuentes del derecho, dado que el derecho requiere de un fundamento que solo puede encontrarse en la justicia.

Palabras claves: fuentes del derecho, ordenamiento jurídico, justicia

Abstract

This essay highlights that issues related to the sources of the law—especially in connection with their production—is normally considered immanent to the juridical order, by (positive-) law theorists. In other words, it could only be address from within the system, which should be seen as necessarily closed and absolutely self-referential. In this way, the issue of the foundation, which is posted by the juridical order itself, is altogether bypassed. The essay suggests that the expression ‘sources of the law’ is improper. Law, indeed, calls for a foundation, which can only be offered by justice.

Keywords: Sources of the law, foundations of the juridical order, self-referentiality of the juridical order, justice

1. Terminologia e sistema

I giuristi sono soliti, parlando delle “fonti” del diritto, distinguerle in “fonti di cognizione” e “fonti di produzione”. Alle prime –dicono– si fa ricorso per “conoscere” il diritto. Adottando questo linguaggio, si afferma che il diritto va cercato nelle norme (positive). Alle seconde (alle “fonti di produzione”) si fa ricorso, invece, per cercare di dare risposta al problema rappresentato dalle norme e, più in generale, dall’ordinamento giuridico positivo. Poiché la norma e, più in generale, l’ordinamento sono “posti”, è necessario dar ragione della legittimità del potere di porre le norme e l’insieme coerente di esse che costituisce l’ordinamento giuridico.

Anche l’ulteriore distinzione fra “fonte *di* produzione” e “fonte *sulla* produzione” non sfugge a questa esigenza. Anzi, la evidenzia. Se la “fonte *di* produzione”, infatti, è l’atto o il fatto idoneo a produrre norme giuridiche, la “fonte *sulla* produzione”, definendo i soggetti e i procedimenti per la produzione delle norme, pone in maniera forte il problema del potere di organizzare il sistema delle stesse fonti. In altre parole pone la questione, di secondo grado, del fondamento e della legittimità dell’esercizio di questo potere.

2. *Il sistema geometrico e la sua insufficienza per la considerazione del problema delle fonti*

I giuristi “positivi”, vale a dire gli studiosi del diritto inteso come *scienza* e non come *giurisprudenza*, dopo essersi posti il problema, ritengono generalmente di poterlo risolvere esercitando un’opzione senza prove¹. In altre parole, essi sostengono che le “fonti del diritto” (comprendendo fra queste sia quelle *di* produzione sia quelle *sulla* produzione) sono processi ascendenti di integrazione politica nella sfera dell’ordinamento giuridico, il quale sarebbe il risultato dell’operare congiunto di norme *di* produzione e di norme *sulla* produzione. A queste ultime, poi, viene “riconosciuta” (da chi? su quali basi?) la funzione di identificare le fonti dell’ordinamento, determinarne i criteri di vigenza e indicarne i criteri di interpretazione.

Già da questo enunciato emergono questioni che richiedono di essere approfondite ma che, generalmente, vengono lasciate senza risposta. Meglio: si crede di rispondere non rispondendo. Di solito si fa ricorso al sistema per giustificare il sistema. La questione del sistema, infatti, è aggirata con l’affermazione secondo la quale la validità di tutte le fonti produttive del diritto sta nella Costituzione.

Certo, bisogna intendersi sul significato di Costituzione. Questo, però, è da intendersi per i geometri del diritto come legge positiva definita non a caso fondamentale, anche se essa può essere (kelsenianamente) formale o (schittianamente) materiale. Quello che rileva è il fatto che essa rappresenta il fondamento e il criterio dell’ordinamento giuridico positivo

¹ Vezio CRISAFULLI, *Lezioni di Diritto costituzionale*, pp. 1-2 partono, per esempio, dall’assunzione secondo la quale “costituisce un dato generalmente accettato che ogni ordinamento determina le proprie fonti [...] e con ciò stesso, consequenzialmente, quali siano le norme che, entrando a farne parte, perché da quelle prodotte, devono essere considerate a tutti gli effetti ‘norme giuridiche’ per antonomasia”. Osserviamo: a) il cosiddetto “dato generalmente accettato” è un dato sociologico inidoneo, in quanto tale, a dare ragione del potere di porre le norme e a giustificare la norma medesima; b) il fatto che ogni ordinamento determini le proprie fonti non esime dalla necessità di considerare attentamente la legittimità di tale determinazione; c) la norma non è “giuridica” perché prodotta nel rispetto delle procedure previste dall’ordinamento positivo. Se per rendere giuridica una norma bastasse ciò, tutte le norme dell’ordinamento “giuridico” nazista, per esempio, avrebbero dovuto essere considerate giuridiche. Cosa che, giustamente, non è avvenuta come ha dimostrato l’istituzione e l’operato del Tribunale di Norimberga. Il Crisafulli si era dimostrato più problematico a proposito di questa questione nella voce “Fonti del diritto (dir. cost.)”, stesa per Umberto BRECCIA *et al.*, *l’Enciclopedia del diritto*, vol. XVII, pp. 925-966, sebbene anche allora ritenesse che il giurista fosse (e debba essere) esclusivamente uno «scienziato» del diritto (termine che nel linguaggio dell’Autore equivale a dire dell’ordinamento). Il giurista, insomma, dovrebbe considerare il problema delle fonti con metodo dogmatico e non con metodo teoretico.

vigente, il quale è valido perché tale, non è vigente perché valido. Significativa, a questo proposito, è la considerazione secondo la quale le fonti costituzionali sono valide in quanto considerate legittime, aggiungendo però immediatamente “ossia dotate di effettività”. Ciò pone un primo problema: può essere fonte del diritto il potere che, se veramente tale, è sempre effettivo? Il diritto può avere per fondamento il potere e, per giunta, un potere non oggettivamente qualificato dalla sua natura?

Non si dà risposta a queste domande affermando che la Costituzione formale è legittima quando essa si conforma alla Costituzione materiale, ossia quando –parlando per metafore– l’ordinamento giuridico costituzionale è il vestito della società tagliato su misura. La cosiddetta originarietà degli ordinamenti giuridici, la quale giustifica la loro pluralità anche quand’essa è contraddittoria, resta una presa d’atto sociologica; non dà risposta alcuna circa il fondamento del diritto ovvero circa la sua “fonte” autenticamente giuridica. In altre parole essa non riesce ad uscire dalla gabbia del sistema imposto dalle “forze politiche predominanti” in un certo gruppo²; in virtù, quindi, di forze politiche che riescono ad imporsi senza avere necessariamente le ragioni per questa imposizione, vale a dire senza offrire motivazioni sostanzialmente razionali (intendendo la razionalità in senso classico e non come mero calcolo, come per esempio propose Hobbes). La prova è data dall’affermazione di diverse scuole giuspubblicistiche secondo la quale non ha senso, parlando della Costituzione materiale, porsi l’interrogativo circa la sua legittimità. La Costituzione materiale, infatti, –si dice– sfugge a questo criterio. Ad essa sarebbe applicabile solamente quello della sua esistenza, vale a dire della sua effettività.

3. *La ricerca della certezza e l’aleatorietà del diritto legislativo*

Si dice che lo svolgimento delle forme storiche del diritto ha portato per ragioni di certezza, precisione e ponderatezza al prevalere del *diritto scritto*³. Non c’è dubbio che nelle intenzioni di alcuni lo scopo fosse quello.

² Manlio MAZZIOTTI DI CELSO, *Lezioni di Diritto costituzionale*, parte I, p. 9 per esempio, sostiene che l’ordinamento giuridico è sorretto dalle forze politiche predominanti.

³ È impropria l’identificazione *tout court* del diritto scritto con il diritto positivo e ancora più impropria l’identificazione di questo con l’insieme delle norme positive. Generalmente, comunque, l’identificazione avviene anche da parte di insigni giuristi, come per esempio Alberto TRABUCCI, *Istituzioni di Diritto civile*, e rappresenta il ribaltamento

Tuttavia i sostenitori di questa tesi e chi in passato esercitò ed attualmente esercita l'attività legislativa, non sempre condivisero e condividono questa aspirazione. Attraverso la legge (positiva) si è, infatti, inteso generalmente "creare" il diritto, non individuarlo. La pretesa sovranità, sia quella dello Stato sia quella del popolo, rivendica un potere "giuridico" onnipotente. Il diritto, infatti, è stato fatto dipendere dalla sola volontà dello Stato oppure dalla volontà del popolo. Molte scuole giuridiche contemporanee tagliano corto a questo proposito. Sostengono che è domanda oziosa quella relativa al *fondamento* delle norme giuridiche. Esso andrebbe, comunque, cercato, quando ci si pone il problema, nella convinzione collettiva della necessità delle regole per il funzionamento della società⁴. Le legge, insomma, sarebbe uno strumento tecnico, non una questione giuridica. Quella del diritto sarebbe, perciò, una questione formale, non una questione sostanziale⁵. L'*effettività* sostituirebbe la *giuridicità* trasformando il diritto in mero potere sia pure esercitato nel rispetto formale di procedure⁶.

Oggi, però, quella stessa certezza del diritto che ci si prefiggeva di raggiungere in virtù del diritto dedotto dall'ordinamento, è saltata. Si sono imposte, infatti, teorie ermeneutiche secondo le quali la norma positiva, compresa quella costituzionale, non sarebbe in sé e per sé una disposizione. La norma sarebbe solamente il materiale per *costruire* la disposizione⁷. La disposizione in quanto *realizzazione* della norma scaturirebbe da un complesso lavoro riservato in modo particolare ai giudici (soprattutto a quelli delle Corti superiori), i quali, anziché *bouche de la loi*, sarebbero operatori social-politici, garanti dei diritti dei cittadini attraverso la creazione del diritto. Il diritto starebbe tutto e solamente nella giurisprudenza, intesa però non come via per l'individuazione della giustizia ma come interpretazione

delle posizioni "classiche" e della metodologia per la determinazione del diritto come presupposto dell'ordinamento.

⁴ Così scrive esplicitamente, per esempio, Paolo BARILE, *Istituzioni di Diritto pubblico*, p. 4: "Se, quindi, ci si domanda qual è il *fondamento* delle norme giuridiche [...] non si può rispondere altrimenti che richiamando la *convinzione collettiva* della necessità che queste regole siano osservate perché *indispensabili* al funzionamento della società".

⁵ Recentemente si è impegnato a sostenere con particolare determinazione questa tesi un giurista italiano. Cfr., per esempio, Natalino IRTI e Emauele SEVERINO, *Dialogo su diritto e tecnica*, nonché, ancora più esplicitamente, Natalino IRTI, *Nichilismo giuridico* e Natalina IRTI, *Diritto senza verità*.

⁶ Le procedure da sole non bastano a garantire il diritto sostanziale. Anche considerando, infatti, lo Stato di diritto come quello Stato nel quale nulla si può contro la legge (positiva) ma tutto si può con la legge, si finisce per riconoscere un potere assoluto (*legibus solutus*) allo Stato.

⁷ La tesi è sostenuta da vari autori. Fra questi va ricordato almeno Gustavo Zagrebelsky, presidente emerito della Corte costituzionale italiana, Gustavo ZAGREBELSKY, *Il diritto mit*.

materiale dell'ordinamento. La questione del cosiddetto *diritto vivente* non riguarderebbe il diritto in sé, che non può essere violato nemmeno dalla norma (quindi il diritto come condizione della norma), ma pretenderebbe di porsi come "fonte" dalla quale fare scaturire il diritto interpretando la norma. Radicalizzando la questione si potrebbe dire che l'interpretazione pretenderebbe di creare il diritto sulla base di norme dalle quali è stata espulsa la giuridicità. Dal nichilismo giuridico, quindi, scaturirebbe una nuova forma di positivismo giuridico sociologico-istituzionale anche se non necessariamente statuale.

Oggi taluni sostengono che la giurisprudenza, soprattutto quella della Corte costituzionale, non può essere esclusa dalle fonti del diritto⁸, nonostante essa non compaia nell'elenco delle fonti di cui all'art. 1 delle Disposizioni sulla legge in generale premesse al Codice civile italiano del 1942 e nonostante sia stata pretermessa dalla Costituzione della Repubblica italiana, la quale, anzi, impone alla Corte costituzionale di esserne fedele custode e indiscutibile interprete.

4. *Il vero problema*

La questione non può essere affrontata né considerando le "fonti" secondo la geometria legale (o il diritto legislativo) né ricorrendo alla teoria del diritto vivente. Il diritto, parlando propriamente, non ha "fonti". Ha soltanto un fondamento: la giustizia. È bene portare un esempio per cercare di rendere chiara la tesi. Il legislatore italiano del 1942 affermò e prescrisse di considerare come fonte del diritto la legge (più precisamente la norma positiva). Quando, però, si trovò di fronte alla necessità di regolamentare per esempio la materia condominiale⁹, creò dal nulla e secondo la propria volontà la disciplina del condominio? In altre parole il capo II del titolo VII del libro III del *Codice civile* italiano è frutto di opzioni arbitrarie del legislatore, rese effettive, oppure è stato imposto allo stesso legislatore dalla natura delle cose? Per essere ancora più chiari, il criterio per la ripartizione delle spese di cui all'art. 1123¹⁰ è frutto di una decisione del

⁸ Sostengono questa tesi autori come, per esempio, Zagreblesky, Roselli, Lombardi Vallauri, Carlasarre.

⁹ Il legislatore italiano del 1942 introdusse molto opportunamente nell'allora definito nuovo *Codice civile* la regolamentazione del Condominio, problematica non regolamentata dal precedente *Codice* del 1865 anche perché allora praticamente sconosciuta nell'esperienza sociale e giuridica.

¹⁰ L'art. 1123 CC italiano recita: "Le spese necessarie per la conservazione e per il godimento delle parti comuni dell'edificio, per la prestazione dei servizi nell'interesse

legislatore oppure è dettato della giustizia, regola per lo stesso diritto legislativo? Il criterio del concorso dei condomini al pagamento delle spese per la conservazione e il godimento delle parti comuni dell'edificio, per la prestazione dei servizi nell'interesse comune e per le innovazioni deliberate dalla maggioranza in misura proporzionale al valore della loro proprietà è un criterio che si sarebbe potuto e dovuto individuare anche in assenza di una norma positiva: esso, infatti, risponde a un'esigenza di giustizia e di equità, che il legislatore ha "recepito", non "creato". La stessa cosa si potrebbe osservare per quel che attiene alla disposizione di cui agli articoli 1124, 1125, 1126 CC¹¹. Osservazioni analoghe si potrebbero, inoltre, fare per esempio per la ripetizione del pagamento dell'indebito (art. 2033 CC) o per l'arricchimento senza causa (art. 2041 CC), nonché per molte altre disposizioni del *Codice civile* italiano in vigore.

Il *Codice civile* non crea il diritto attraverso le norme. Queste, piuttosto, sono "regolamentate": nel caso, per esempio, dell'arricchimento senza causa l'art. 2041 CC è applicazione del principio (che non è un'opzione ma ciò che consente di "leggere" in maniera non contraddittoria l'esperienza giuridica) secondo il quale *natura aequum est neminem cum alterius detrimento fieri locupletiozem*. Per la qualcosa il diritto legislativo è (o dovrebbe essere), prima ancora di essere diritto positivo, semplicemente ed essenzialmente diritto. La legge (positiva), infatti, è una qualche sua partecipazione, non è la causa della sua esistenza. Il penalista Giuseppe Bettiol ha giustamente osservato, a questo proposito, che la legge è causa formale, non sostanziale del diritto (penale). La fonte precipua del diritto penale —scrisse, infatti, Bettiol— è il diritto naturale¹². La volontà dello Stato è la fonte formale, *rectius* la forma attraverso la quale la volontà dello Stato si manifesta in modo imperativo e sanzionatorio. La legge (positiva), dunque, non è un qualsivoglia atto di volontà reso effettivo. La legge è atto di volontà con il quale si impone di fare o non fare qualcosa che è giusto: *ius quia iustum, non ius quia iussum*. Il criterio della legge è, dunque, la

comune e per le innovazioni deliberate dalla maggioranza sono sostenute dai condomini in misura proporzionale al valore della proprietà di ciascuno, salvo diversa convenzione. Se si tratta di cose destinate a servire i condomini in misura diversa, le spese sono ripartite in proporzione dell'uso che ciascuno può farne. Qualora un edificio abbia più scale, cortili, lastrici solari, opere o impianti destinati a servire una parte dell'intero fabbricato, le spese relative alla loro manutenzione sono a carico del gruppo di condomini che ne trae utilità".

¹¹ Gli articoli 1124, 1125, 1126 CC italiano dispongono rispettivamente in materia di Manutenzione e ricostruzione delle scale, di Manutenzione e ricostruzione dei soffitti delle volte e dei solai e di Lastrici solari di uso esclusivo.

¹² Giuseppe BETTIOL, *Diritto penale*, pp. 115-116. Sulla questione si rinvia anche a Danilo CASTELLANO, "Fonti del diritto penale e questione dell'umanità del diritto", pp. 23-33.

giustizia. Tommaso d’Aquino, per esempio, potette e dovette osservare che la legge ingiusta non è legge, ma un’iniquità¹³. È per questo che un civilista contemporaneo, lo spagnolo Juan Bms. Vallet de Goytisolo, può affermare che lo studio delle leggi non è lo studio del diritto¹⁴. Se fosse vero il contrario e, cioè, che solamente la norma (in quanto fonte del diritto) consentirebbe di “conoscere” il diritto, non potremmo giudicare inique, per esempio, le leggi razziali del Regno d’Italia (RDL n. 1390 del 5 settembre 1938) che, fra l’altro, imposero all’Università di Padova di privare della titolarità della cattedra Donato Donati, Marco Fanno e Adolfo Ravà, come non potremmo considerare ingiuste le norme con le quali furono istituiti (nel rispetto, fra l’altro, delle procedure) i campi di concentramento e di sterminio nazisti.

Se, poi, considerassimo fonte del diritto la giurisprudenza (interpretata secondo la teoria contemporanea del *diritto vivente*) difficilmente potremmo giudicare le sentenze, che vanno certamente e normalmente applicate ma non, per questo, si sottraggono al giudizio di legittimità e di giuridicità. La teoria del *diritto vivente* le espone, infatti, al rischio dell’ipoteca delle mode di pensiero e di vita e, più in generale, del diffuso costume. Il diritto verrebbe fatto dipendere dall’ordinamento che altro non sarebbe che la veste definita giuridica della società. In altre parole la società –sociologicamente rilevata– sarebbe regola del diritto, non il diritto regola per la società. Tanto che, come si è osservato all’inizio, le fonti del diritto vengono definite (erroneamente) processi ascendenti di integrazione politica nella sfera del contingente ordinamento giuridico, non “vie” per la individuazione di ciò che è veramente giuridico¹⁵. Significativa, a questo proposito, è la giurisprudenza della Corte costituzionale italiana che si pronunciò in maniera diversa sullo stesso tema (adulterio e formula giuratoria, per esempio) a distanza di breve tempo, invocando per il cambiamento radicale di orientamento e di giudizio non argomentazioni autenticamente giuridiche (e nemmeno legali) ma il dogma sociologico dell’evoluzione sociale¹⁶.

¹³ S. Tommaso d’Aquino, *Summa Theologica*, I-II, q. XCV, a. II, respondeo.

¹⁴ Juan B. VALLET DE GOYTISOLO, *¿Fuentes formales del derecho o elementos mediadores entre la naturaleza de las cosas y los hechos jurídicos?*, p. 41.

¹⁵ Rappresentano un significativo esempio di integrazione politica nella sfera del contingente ordinamento sia la teoria del comunitarista Taylor, secondo la quale poiché «noi qui facciamo così, chiunque venga qui deve fare così», sia la dottrina del patriottismo costituzionale che chiede adesione senza argomenti alla contingente Costituzione. Nel primo e nel secondo caso l’integrazione è pretesa sulla base di un criterio sociologico ovvero sulla base di una situazione di fatto non soggetta a valutazioni critiche razionali da parte dell’individuo.

¹⁶ Sulla questione si rinvia a Danilo CASTELLANO, *Costituzione e costituzionalismo*, p. 107 ss.

Il problema, dunque, non è quello della teoria delle fonti. Questo, infatti, è problema che resta prigioniero della dottrina positivista delle fonti. La sua mancata soluzione impedisce di dare risposta alla questione di fondo, ovvero essenziale, che alcuni giuristi positivi avvertono ma non riescono a formulare chiaramente¹⁷. Affermare, per esempio, che le fonti di produzione sono gli *atti* ed i *fatti* normativi abilitati a costituire l'ordinamento e non spiegare quali atti e quali fatti sono idonei a questo scopo e soprattutto *perché*, significa rinunciare a individuare l'essenza stessa del diritto. È vero che taluno ha avvertito il problema della *causa* del diritto. Temendo, però, di concedere troppo si è limitato a segnalare il pericolo di scambiare le fonti di produzione con i *motivi* della produzione delle norme. In altre parole, deve essere chiaro che la *causa* della norma non è il suo *motivo* che, come è stato giustamente osservato¹⁸, può rappresentare una sua giustificazione ma non la ragione della sua obbligatorietà ovvero della sua intrinseca giuridicità.

Bibliografía

- BARILE, Paolo, *Istituzioni di Diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1975.
- BETTIOL, Giuseppe, *Diritto penale*, Padova, Cedam, 1982.
- BRECCIA Umberto, ENZO CHELI, Renzo COSTI, Angelo FALZEA, Paolo GROSSI, Giuseppe MORBIDELLI, Renzo ORLANDI, Mario RUSCIANO e Ugo VILLANI, *l'Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1968, vol. XVII.
- CASTELLANO, Danilo, "Fonti del diritto penale e questione dell'umanità del diritto", in Silvio RIONDATO (a cura di), *Dallo Stato Costituzionale Democratico di Diritto allo Stato di Polizia?*, Padova, Padova University Press, 2012.

¹⁷ Per esempio, parlando del problema delle fonti, Livio PALADIN, *Diritto costituzionale*, pp. 117-119, dopo aver descritto sociologicamente le fonti di produzione, prende atto che la posizione o il rinnovamento delle norme richiede necessariamente ragioni (che possono essere di ordine diverso). Queste, tuttavia, —nota il giurista— rappresentano il *motivo* della loro posizione attraverso le fonti di produzione. Non hanno, pertanto, una *causa*? Stando alla definizione di fonte di produzione della norma accolta da Paladin, sembrerebbe di no. Gli *atti* e i *fatti* normativi, infatti, sarebbero tali perché "abilitati a costituire l'ordinamento", non perché per loro natura portatori di istanze giuridiche. In altre parole sarebbe l'ordinamento che *abilita* alcuni *atti* e alcuni *fatti* a costituire se stesso. Saremmo in presenza, perciò, di un circolo vizioso impossibilitato a offrire risposte razionali circa il fondamento del diritto.

¹⁸ Sergio Cotta ha giustamente sottolineato che la giustificazione della norma non equivale in sé e per sé alla sua obbligatorietà, Sergio COTTA, *Giustificazione ed obbligatorietà delle norme*. Le norme sono sempre giustificate, vale a dire hanno necessariamente una *ratio* operativa. Ciò, però, non le rende giuridiche, cioè portatrici di giuridicità.

- CASTELLANO, Danilo, *Costituzione e costituzionalismo*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2013.
- COTTA, Sergio, *Giustificazione ed obbligatorietà delle norme*, Milano, Giuffrè 1981.
- CRISAFULLI, Vezio, *Lezioni di Diritto costituzionale*, Padova, Cedam, 1984.
- D'AQUINO, S. Tommaso, *Summa Theologica*, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1964.
- IRTI, Natalina, *Diritto senza verità*, Roma-Bari, Laterza, 2011.
- IRTI, Natalino, *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, Laterza, 2004.
- IRTI, Natalino e Emauele SEVERINO, *Dialogo su diritto e tecnica*, Roma-Bari, Laterza, 2001.
- MAZZIOTTI DI CELSO, Manlio, *Lezioni di Diritto costituzionale: parte 1*, Milano, Giuffrè, 1993.
- PALADIN, Livio, *Diritto costituzionale*, Padova, Cedam, 1991.
- TRABUCCI, Alberto, *Istituzioni di Diritto civile*, Padova, Cedam, 1975.
- VALLET DE GOYTISOLO, Juan Bms, *¿Fuentes formales del derecho o elementos mediadores entre la naturaleza de las cosas y los hechos jurídicos?*, Madrid, Marcial Pons, 2004.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 1992.

LEGISLACIÓN CITADA

Código Civil italiano.

Rol n. 1390, del 5 settembre 1938.

Comentarios de jurisprudencia

Derecho Público Iberoamericano
Universidad del Desarrollo
N° 3 | 2013

COMENTARIO DE SENTENCIA SERNAC CON CENCOSUD

CORTE SUPREMA (2013):
ROL 12.355-2011/ 24 DE ABRIL DE 2013

Juan Ignacio Contardo González*

I. Introducción

Es muy probable que el fallo contenido en la causa SERNAC con CENCOSUD (Corte Suprema [2013]: rol 12.355-2011/ 24 de abril de 2013, en adelante *CENCOSUD*¹) sea considerado como una de las sentencias más relevantes de la Corte Suprema dictadas durante el año en curso, por lo menos en materias de Derecho Privado.

Su importancia puede mirarse de distintos puntos de vista. En primer lugar, desde el número de consumidores afectados favorablemente con el fallo: alrededor de seiscientos mil². También, desde el punto de su cuantía. Se calcula que los efectos patrimoniales adversos para el proveedor ascenderán a una suma cercana a los setenta millones de dólares³. En tercer lugar, es importante porque se trata del primer caso en que la Corte se pronuncia sobre una “acción colectiva”, produciendo, también, la primera sentencia de término en un juicio colectivo en materia de protección a los derechos de los consumidores con doctrina relevante. Por último, la sentencia es importante porque *puede* producir un vuelco importante en las decisiones que han adoptado hasta la fecha los distintos tribunales con competencia en materia de consumo, sobre todo si se tiene en consideración que el fallo fue pronunciado por unanimidad de los integrantes de la sala.

En resumidas cuentas, el fallo trata sobre el caso producido por la modificación al alza que el proveedor efectuó de las comisiones que co-

* Doctor en Derecho, Universidad de los Andes. Profesor de Derecho Civil, Universidad Andrés Bello. Correo electrónico: juan.contardo@unab.cl.

¹ En lo sucesivo, cuando se haga alusión a la causa se le describirá con el nombre del proveedor en cursivas (*CENCOSUD*); en cambio, cuando se haga alusión al proveedor demandado se le llamará con tipografía en letra redonda (CENCOSUD).

² SERNAC, “Sernac gana la primera demanda colectiva en Chile obteniendo cerca de 70 millones de dólares en compensaciones para los consumidores afectados”.

³ *Ibid.*

braba por la tarjeta de crédito de la que era acreedor. Esta modificación afectó de forma permanente a una cantidad cercana a seiscientos mil tarjetahabientes, más del dos coma cinco por ciento de la población del país.

Para los efectos del presente comentario trataremos:

- II los antecedentes normativos de contexto del fallo en comentario;
- III exponer los hechos de la causa;
- III la resolución de la sentencia de la Corte;
- IV exponer y comentar la doctrina del fallo;
- V A pesar de lo categórico del fallo, creemos que se abren algunos flancos que todavía quedan por resolver;
- VI Terminaremos con algunas reflexiones conclusivas.

II. Antecedentes de contexto normativo

Para la debida comprensión del fallo, creemos que es necesario hacer un repaso a los antecedentes de contexto normativo, para luego abordar los problemas jurídicos que la Corte Suprema, como tribunal de casación, se abocó en el fallo en comentario.

1. LA ORIGINARIA LEY SOBRE PROTECCIÓN A DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES

La ley vigente sobre protección a los derechos de los consumidores, Ley N° 19.496 (en adelante LPDC), es una normativa no del todo nueva. Su texto original fue publicado el 7 de marzo de 1997, es decir, lleva más de 16 años en vigencia, sin perjuicio de algunas importantes modificaciones que se le han efectuado, a algunas de las cuales se hará posteriormente referencia.

Esta ley no contempló la posibilidad de acceso a la justicia a grandes grupos de consumidores, tal como sucedió en el caso *CENCOSUD*. La única forma de acceso a la justicia de Policía Local, que fueron los tribunales a los que se le dio competencia en estas materias, era a través de la litigación por vía individual, y en el caso de varios consumidores a través del *litis consorcio* activo (de acuerdo al procedimiento ante los juzgados de Policía Local).

Lo anterior no deja de tener relevancia, ya que al otorgársele competencia a los juzgados de Policía Local, y seguir el procedimiento (que está pensado principalmente para los accidentes del tránsito, una de las materias que con mayor frecuencia resuelven estos tribunales) se le privó a la Corte Suprema la posibilidad de conocer los problemas de consumo

por vía de casación. Sólo podía conocer la Corte por vía de queja, que tal como se sabe, requiere de imputar una falta o abuso grave en la dictación de una sentencia de Corte de Apelaciones. Por lo anterior, los casos de derecho del consumo que conoció la Corte Suprema hasta antes de CENCOSUD fueron escasos y poco conocidos.

2. LA “GRAN REFORMA” A LA LPDC (LEY N° 19.955)

Dentro de las varias reformas orgánicas que ha sufrido la LPDC⁴, la más importante es aquella contenida en la Ley N° 19.955, publicada el 14 de julio de 2004, al punto que se le ha considerado su “gran reforma”⁵. De hecho, nuestra ley a pesar de otras modificaciones no menores posteriores –como la de la Ley N° 20.555–, mantiene en general la estructura y procedimientos que dicha ley estableció y que sirvió de sustrato normativo para el caso CENCOSUD.

En efecto, la reforma, dentro de varias materias⁶, introdujo la posibilidad que grandes masas de consumidores puedan acceder a la justicia a través de las acciones de interés colectivo y difuso. Si bien ambas acciones tienen por objeto proteger intereses supraindividuales, las de interés colectivo (como la ejercida en el caso CENCOSUD) pueden ser ejercidas por un número determinable de consumidores en contra de un proveedor, o por ciertas personas que ostenten la representatividad adecuada ordenada por la ley. En éstas, el interés es por lo menos cercano al individual⁷, pero la masividad de consumidores afectados hace poco practicable el ejercicio de sus acciones a través del *litis consorcio* activo, de tal manera que la ley permite un acceso más expedito a la justicia⁸.

En CENCOSUD, la demanda colectiva fue presentada por SERNAC e intervinieron como terceros coadyuvantes las asociaciones de consumidores

⁴ Pues también hay una reforma no orgánica, a través de la Ley N° 20.416 (conocida como “Estatuto PYME”) que hizo aplicables algunas normas de la LPDC a “empresas de menor tamaño” a las que se les atribuyó la calidad de consumidores para ciertos aspectos.

⁵ Francisca BARRIENTOS CAMUS, “Algunas reflexiones sobre el desbordamiento de la responsabilidad infraccional en la Ley N° 19.496”, pp. 65 y ss.

⁶ El mensaje presidencial 178-344, de 8 de septiembre de 2001, contemplaba nueve puntos críticos de la reforma: 1) la ampliación de su ámbito de aplicación; 2) la defensa de intereses colectivos y difusos a través de acciones y un procedimiento especial; 3) la adecuación de procedimiento vigente ante los juzgados de policía local; 4) nuevas facultades para el SERNAC; 5) un nuevo procedimiento y regulación de las asociaciones de consumidores; 6) la incorporación del derecho de retracto frente a técnicas de comercialización agresivas; 7) nueva causal genérica de cláusula abusiva; 8) aumento de multas; y por último, 9) otras modificaciones.

⁷ Gonzalo CORTEZ MATCOVICH, “Artículo 50”, p. 965.

⁸ Maite AGUIRREZÁBAL GRÜNSTEIN, “Artículo 50”, pp. 968-969.

CONADECUS A.C y Liga Ciudadana de Defensa de los Consumidores de Chile A.C. De esta manera, se buscó la condena del proveedor denunciado y la respectiva reparación de la gran cantidad de consumidores afectados.

A diferencia de lo que ocurre en las acciones de interés individual, la LPDC no dejó entregada la competencia de las acciones de interés colectivo y difuso a los juzgados de Policía Local, sino radicó la competencia en los tribunales ordinarios de conformidad al art. 50 A de la LPDC, cuya tramitación se sigue a través de las reglas de un juicio sumario modificado (arts. 51 y ss. LPDC). Por esta razón, la Corte Suprema pudo conocer del asunto a través de esta acción colectiva interpuesta por SERNAC, ya que no está vedado el conocimiento del tribunal máximo a través del recurso de casación.

Además de la ampliación de la legitimación activa (o más técnico, la capacidad procesal) y del procedimiento aplicable, otro de los aspectos relevantes de la reforma y que incidió de forma directa en el caso *CENCO-SUD* fue la regulación por la Ley N° 19.955 de los efectos del silencio en materia de contratación masiva de consumo. La originaria LPDC no había dicho nada específico sobre el particular: sólo se regulaba como derecho básico del consumidor la libre elección del bien o servicio, de tal manera que la regulación del silencio contractual debía seguirse aparentemente de conformidad con las reglas generales otorgadas por el derecho civil. Sin embargo, nuestro legislador optó por regular de manera especial el silencio del consumidor. La ley N° 19.955 agregó al art. 3 letra a) (por tanto lo agregó como un derecho básico del consumidor) la siguiente frase: “El silencio no constituye aceptación en los actos de consumo”. De esta manera, nuestro legislador en sede de consumo prohibió otorgarle efectos al silencio contractual por parte del proveedor.

Por último, la Ley N° 19.955 introdujo una nueva cláusula abusiva al listado existente del art. 16 LPDC, que en el resto no sufrió modificaciones. Antes de la reforma, el listado era considerado absolutamente cerrado, ya que no contenía una cláusula amplia que permitiere incorporar otras no establecidas expresamente por ley. Entonces, la interpretación original fue la siguiente: si la abusividad de una cláusula es excepcional (en una normativa también excepcional como lo es el derecho del consumo frente al derecho civil), entonces, la interpretación de esta lista debe ser restrictiva y no cabe aplicarla tampoco a otros casos por analogía ni para integrar cláusulas que al aplicador del derecho le pudieren parecer injustas.

Por esta razón, el legislador optó por establecer una causal más genérica que permitiera sancionar con alguna más laxitud aquellas cláusulas no establecidas en el original artículo 16. De esta manera, fueron consideradas como cláusulas abusivas aquellas

“En contra de las exigencias de la buena fe, atendiendo para estos efectos a parámetros objetivos, causen en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que para las partes se deriven del contrato. Para ello se atenderá a la finalidad del contrato y a las disposiciones especiales o generales que lo rigen. Se presumirá que dichas cláusulas se encuentran ajustadas a exigencias de la buena fe, si los contratos a que pertenecen han sido revisados y autorizados por un órgano administrativo en ejecución de sus facultades legales”.

Como se podrá advertir, y así lo hizo también la doctrina, por la amplitud del precepto el aparente recurso a la buena fe llamaba desde luego a cierto arbitrio judicial para interpretar ciertas cláusulas como abusivas⁹. Sin perjuicio de lo anterior, la doctrina no tardó también en objetivizar la causal a partir de la segunda parte del inciso primero de la norma, es decir, el “desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que para las partes se deriven del contrato” a partir de “parámetros objetivos”¹⁰.

Además de esta inclusión, es necesario señalar que el nuevo art. 16 A contempló de manera expresa el régimen de la nulidad parcial, muy excepcional en el derecho civil (de hecho la mayoría de sus casos están en materia testamentaria para mantener en lo posible la integridad del instrumento). De esta manera, el contrato no se anularía en su totalidad sino sólo aquellas cláusulas que fueren consideradas como abusivas. Claro está, siempre que de su anulación el contrato no pierda su eficacia, puesto que en tal caso la nulidad será total.

En suma, este es el contexto normativo sobre el cual se basa el caso *CENCOSUD*, pues las acciones colectivas fueron deducidas bajo la vigencia de esta ley (art. 23 de la Ley sobre efecto retroactivo de las leyes). Éstas se fundaron en el valor que supuestamente se le otorgó al silencio por parte del proveedor en la modificación de las comisiones, y en ciertas cláusulas que fueron consideradas como abusivas a la luz del art. 16 letra g). Por otro lado, la reforma procesal al procedimiento de acciones colectivas permitió a la Corte Suprema tener competencia para conocer del asunto, y pronunciarse sobre la materia.

Sin embargo, hay una reforma adicional a la LPDC que si bien no influyó normativamente sobre el asunto (art. 23 Ley sobre efecto retroactivo de las leyes), sí probablemente a la hora de inclinarse por alguna opción interpretativa, como se tratará a continuación.

⁹ Iñigo DE LA MAZA GAZMURI, “El control de las cláusulas abusivas y la letra g”, pp. 135-136.

¹⁰ *Op. cit.*, pp. 135 y ss.

3. EL CASO “LA POLAR” Y LA REFORMA A LA LPDC POR LA LEY DE “SERNAC FINANCIERO” (LEY N° 20.555)

Antes que la Corte Suprema llegara a conocer de *CENCOSUD*, estalló un escándalo de proporciones en el ámbito financiero y de consumo: el denominado caso “La Polar”. En breves palabras, el evento trató de un proveedor, la empresa “La Polar”, que creó un sistema (al que se le denominó de “repactación automática” o “unilateral”) que permitió, sin consultar a los deudores, ampliar los plazos de pago de las deudas que éstos tenían con dicha casa comercial, con nuevas cuotas y aumentando de esa manera el importe de los respectivos créditos. Se trató de una modificación unilateral de los contratos de crédito. De esta manera, no se reflejaban en los estados financieros la morosidad de su cartera de deudores, haciendo creer al mercado financiero y accionario de la solvencia de la empresa.

Frente a las denuncias de esta práctica de consumidores individuales, se destapó esta situación produciendo la intervención directa de la autoridad tanto en el ámbito de valores como de consumo.

El gran número de los consumidores afectados, que se calculó en 400 mil (otros datos hablaban de una cantidad cercana a un millón), llevó a cuestionarse a la autoridad básicamente dos cosas. En primer lugar, el verdadero problema sobre la masividad que abarca la protección de los consumidores. En el caso “La Polar”, la masividad se puede ver desde un doble punto de vista. Por una parte, la cantidad de consumidores afectados. Y por otra, las importantes consecuencias que puede aparejar al sistema financiero (y consecuentemente al dinero de las pensiones invertidas en bolsa). Lo segundo, es si estas malas prácticas (las “repactaciones” o “modificaciones” unilaterales) eran compartidas por el resto de la industria, especialmente bancaria, de créditos de casas comerciales o empresas de *retail*, de seguros, etc. En general, lo que se denomina como “sector financiero”.

Esto llevó a nuestro legislador, previa instancia del Ejecutivo, a introducir reformas en el plano de la LPDC con miras a evitar un caso como el de “La Polar”. Esto se tradujo en la dictación de la Ley N° 20.555, más conocida como de SERNAC Financiero, que produjo a grandes rasgos agregaciones al párrafo 4° del título II de la LPDC (nuevos arts. 17A y ss.) consistentes en deberes de información especiales a los proveedores de servicios y otorgó nuevas competencias al SERNAC.

Tal como ya se ha comentado, la reforma de SF no era aplicable a *CENCOSUD*, toda vez que las infracciones reclamadas se produjeron antes de la publicación y entrada en vigencia de la ley. Sin embargo, el

escándalo “La Polar” y la dictación de SF, por lo menos han producido una concientización sobre el problema de la masividad en el consumo, y consecuentemente el rechazo generalizado a las prácticas de modificaciones unilaterales de contratos por parte de los proveedores. Los procedimientos individuales originalmente establecidos en la ley frente a estas situaciones de gran escala que afectan de una manera más o menos uniforme a grandes grupos de personas (como sucede también en todos aquellos derechos considerados de naturaleza “supraindividual”, o similares [individuales homogéneos¹¹]), parecen no ser suficientes para afrontar el fenómeno de la masificación social, y el derecho (procesal y privado, en especial) se ha colocado a prueba frente a las nuevas realidades.

III. Los antecedentes de la causa previos al pronunciamiento de la Corte Suprema

Luego de describir el contexto normativo sobre el cual se produjo el caso y su discusión en tribunales, conviene ahora también describir los antecedentes propios de la causa, previos a la sentencia de la Corte Suprema. Para estos efectos, distinguiremos entre:

1. los antecedentes de hecho
2. de las sentencias de los tribunales inferiores

1. LOS ANTECEDENTES DE HECHO

Tal como se adelantó, en el año 2006, el proveedor demandado procedió a realizar una modificación de la comisión que éste cobraba a los tarjetahabientes de la tarjeta “Jumbo Más” que tuvieran un promedio de compras inferior a los cincuenta mil pesos durante los últimos seis meses. El aumento de la comisión por mantención se incrementaría en una suma de 530 pesos, de 460 a 990 pesos. El aumento de la comisión se efectuó a través de un aviso en el costado inferior derecho de los estados de cuentas de los tarjetahabientes, y apoyándose en la cláusula 16^a de los contratos y su reglamento.

La mentada cláusula 16^a de los contratos y su reglamento versaba de la siguiente manera:

“Cualquier cambio de las condiciones de uso y privilegios de la tarjeta deberá ser informado por escrito al usuario, entendiéndose que éste

¹¹ Maite AGUIRREZÁBAL GRÜNSTEIN, “Algunas precisiones en torno a los intereses supraindividuales (colectivos y difusos)”, pp. 87-88.

acepta si mantiene o utiliza la tarjeta después de 30 días de expedida la comunicación respectiva. Si el usuario decidiera no aceptar las variaciones podrá poner término de inmediato al contrato mediante el aviso a la empresa y haciéndole entrega material de las tarjetas que hubiere recibido”.

Frente a esta situación SERNAC, ejerciendo la representación adecuada entregada por la LPDC en materia de acciones colectivas, decidió demandar por medio del procedimiento especial para la protección de intereses de naturaleza colectiva, de nulidad absoluta de la cláusula en cuestión en contra de Cencosud Administradora de Tarjetas S.A.¹². Además de demandar la nulidad de la cláusula transcrita, se impugnó la cláusula novena del mismo contrato y reglamento que versaba de la siguiente manera:

“Por el presente instrumento, el cliente para los efectos de utilizar los beneficios derivados de este contrato y su reglamento declara:

UNO: Que para los fines dispuesto en esta cláusula, otorga un mandato especial a Cencosud Administradora de Tarjetas S.A., Rut N° 99.500.840-8, a fin de que en mi nombre y representación acepte letras de cambio, suscriba pagarés y reconozca deudas a favor de Cencosud Administradora de Tarjetas S.A, por los montos de capital, intereses, impuestos, gastos u otros montos originados por los créditos cursados en virtud del uso de la línea de crédito referida en el contrato y reglamento, otorgándole expresamente la facultad de autocontratar. El mandatario hará uso de este mandato, teniendo a la vista una liquidación practicada por la empresa, que contendrá un detalle total de la deuda. El mandatario no estará obligado a rendir cuenta de su encargo conforme a lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 18.092. La suscripción o aceptación de los mencionados pagarés o letras de cambio, no constituirán novación de las obligaciones documentadas, pues sólo tendrán por objeto documentar en títulos ejecutivos tales obligaciones y así facilitar su cobro. En caso de cobranza judicial, autorizo que se entreguen para su procedimiento judicial los documentos que se autorizan suscribir, siendo de mi cargo los gastos y cobranzas respectivas.

DOS: El presente mandato tiene el carácter de irrevocable en los términos del artículo 241 del Código de Comercio, en tanto se mantenga vigente el contrato y reglamento que da cuenta este instrumento. Toda revocación del presente mandato tendrá efecto siempre y cuando no existan saldo adeudados por el cliente a los dos días hábiles siguientes a la revocación dada por escrito, en tal sentido, este aviso deberá ser notificado

¹² Habitualmente al proveedor se le denomina CENCOSUD asociado al *holding* que ofrece el crédito y que permite comprar en otras empresas relacionadas como los supermercados *Jumbo*, la tienda de departamentos *Paris* y el vendedor de materiales de construcción *Easy*.

por un notario público, el gerente general de Cencosud Administradora de Tarjetas S.A.

TRES: 'El presente mandato no se extingue por la muerte del mandante'. El pagaré a que se refiere esta cláusula puede ser cedido por la empresa libremente a cualquier banco o institución financiera o empresa comercial, aceptando desde ya el cliente esta cesión en caso de que ésta ocurra, sin perjuicio de lo cual, la empresa deberá informar al cliente la o las cesiones que eventualmente se realicen de cada uno de los pagarés, dentro de los 30 días siguientes al perfeccionamiento de cada cesión. Esta información no será necesaria, en el evento que la cobranza de la cartera cedida la mantenga la empresa. Asimismo, que ésta está expresamente facultada para ejecutar, sin previo aviso, protesto ni requerimiento, el pagaré o la letra de cambio que en representación del cliente suscriba o acepte Cencosud Administradora de Tarjetas S.A. Asimismo, las partes convienen que la empresa podrá ceder a terceros el presente contrato y los derechos y obligaciones que de él emanan, quedando igualmente facultada para ceder todos y cada uno de los créditos que se originen por la utilización de la tarjeta, con todos sus accesorios, vencidos o por vencer, por lo que en dicho evento el cliente se encontrará obligado a pagar las cuotas o saldos pendientes al cesionario. La cesión antes referida será informada mediante una comunicación incluida en el estado de cuenta mensual”.

Frente a la alegación de la nulidad de ambas cláusulas, el proveedor alegó la prescripción de las acciones. Alegó el demandado que como la modificación del contrato se produjo desde el mes de febrero de 2006, y se notificó la demanda el 12 de febrero de 2007, entonces cabía estimar que de acuerdo al art. 26 LPDC las acciones estarían prescritas.

2. LAS SENTENCIAS DE LOS TRIBUNALES INFERIORES

Por sentencia del 10° Juzgado Civil de Santiago, de fecha 30 de diciembre de 2010, el tribunal se pronunció acogiendo la nulidad de la cláusula 16ª antes transcrita (considerando 30°). Señaló el tribunal que ella vulnera el art. 16 letra a) de la LPDC, ya que ella permitió al proveedor la facultad de modificar a su solo arbitrio el contrato, en especial, el precio que se cobra por la mantención de la tarjeta en cuestión.

Sin embargo, desechó la nulidad impetrada sobre la cláusula 9ª del contrato,

“ya que por sí sola no deja en la indefensión al consumidor; su aplicación sólo procede frente al incumplimiento en el pago de lo adeudado, quedando en todo caso resguardada la posibilidad para el afectado de revisar los estados de cuenta, y siempre alegar ante el tribunal competente el abuso que eventualmente se hiciera del mandato, razones éstas suficientes para

desechar la solicitud de declaración de abusiva de la referida cláusula” (considerando 31°).

En relación a la prescripción alegada por CENCOSUD, el tribunal sostuvo que sólo correspondía declarar prescritas las infracciones a contar del 12 de julio de 2006. Sostuvo el tribunal que cada vez que se realizaba un cobro, se renovaba la prescripción de 6 meses del art. 26 LPDC. Por lo tanto, como la modificación del contrato se realizó en el mes de febrero de 2006, y la notificación de la demanda se produjo el 12 de enero de 2007, cabía entonces establecer la prescripción de las infracciones anteriores al 12 de julio de 2006.

La demandada CENCOSUD apeló a la sentencia de primera instancia, y la causa fue conocida por la octava sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, integrada por la ministra Gloria Ana Chevesich (que recientemente pasó a integrar la Corte Suprema), por el ministro suplente Juan Antonio Poblete y por el abogado integrante Antonio Barra.

En apelación la causa sufrió un vuelco. La demanda fue rechazada en todas sus partes, confirmando el rechazo a la nulidad de la cláusula novena (considerando 13°), y declarando prescrita la acción de nulidad de la cláusula 16^a por entender que el plazo de prescripción de seis meses, según el artículo 26 LPDC, estaba cumplido (considerandos 9° a 12° del fallo). Sin embargo, el fallo de apelación contuvo un voto de disidencia del abogado integrante Barra, quien estuvo por confirmar el fallo de primera instancia, ratificando la doctrina del fallo de primera instancia en relación con la prescripción, en el sentido que el plazo se renovaría con cada cobro.

IV. La doctrina de la Corte Suprema en el caso “CENCOSUD”

El fallo de la Corte Suprema fue pronunciado por su Primera Sala, integrada por los ministros Nibaldo Segura, Juan Araya, Guillermo Silva, Juan Fuentes, y el abogado integrante Jorge Baraona, quien redactó el fallo. La Corte casó (de oficio, como se explicará) la sentencia de segunda instancia y terminó revocando, en parte, el fallo de primera instancia, acogiendo las acciones de nulidad de las cláusulas 16^a y 9^a del fallo.

En el plano sustantivo, son tres los problemas a los que se aboca el fallo de la Corte Suprema:

- 1) la prescripción de las acciones de nulidad de las cláusulas abusivas;

- 2) la relación entre modificación unilateral de contrato, aceptación tácita del consumidor y silencio; y
- 3) la aplicación del art. 16 letra g) como causal genérica de nulidad de cláusulas abusivas. Trataremos en este orden cada uno de estos puntos.

1. LA PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES DE NULIDAD DE CLÁUSULAS ABUSIVAS

El problema de la prescripción de las acciones de nulidad fue tratado por la Corte en el fallo de casación, resolviendo una cuestión substantiva (la prescripción) a propósito de un problema procesal: el de la congruencia, lo que trajo que la sentencia de segunda instancia incurrió en vicio de *ultrapetita* (considerandos 5° al 7°) y permitió casar de oficio y en la forma el fallo de segunda instancia. En los considerandos 10° a 13° del fallo de casación estableció la Corte las razones por las cuales la Corte de Apelaciones no guardó la debida congruencia procesal entre las acciones deducidas y excepciones opuestas y la sentencia.

La incongruencia (y consecuente vicio de *ultrapetita*) se habría producido por lo siguiente: CENCOSUD alegó la prescripción de las acciones deducidas en función del artículo 26 LPDC, sin embargo, en el entender de la Corte, el verdadero sentido y alcance de la norma se refiere sólo a las acciones infraccionales, mas no a las civiles. Por esta razón, la Corte de Apelaciones, al declarar prescritas *todas las acciones*, en realidad excedería de lo alegado por la demandada, y por tanto la sentencia incurriría en el vicio de *ultrapetita*. La forma en que se presenta el argumento por la Corte es de difícil seguimiento, pero creemos que es correcto. Trataremos de explicarlo de forma más pausada.

El artículo 26 LPDC, antes de su reforma por SF (que introdujo un nuevo inciso segundo, pasando el antiguo segundo al tercero), establecía lo siguiente:

“Las acciones que persigan la responsabilidad contravencional que se sanciona por la presente ley prescribirán en el plazo de seis meses, contado desde que se haya incurrido en la infracción respectiva.

Las sanciones impuestas por dichas contravenciones prescribirán en el término de un año, contado desde que hubiere quedado a firme la sentencia condenatoria”.

Lo importante para la solución del caso se encuentra en el inciso 1° de la norma, que establece el régimen de prescripción de las acciones, no de las penas (infraccionales), que está establecido en el antiguo inciso segundo (hoy tercero).

El sentido literal del inciso primero sugiere que las “acciones” contravencionales (la denuncia o querrela infraccional) prescriben en 6 meses contados desde que el proveedor haya incurrido en la infracción.

Antes de abocarnos de lleno a la cuestión, debe tenerse presente que las normativas de protección al consumidor chilenas (la Ley 19.947 y sus antecesoras¹³) han tenido desde siempre un marcado sesgo sancionador. Sin esta explicación, es probable que no se entienda a cabalidad el problema sobre el cual se abocó la Corte. Por razones históricas, se ha entendido que la falta de seguimiento por parte de los proveedores de la normativa debía ser sancionada con una sanción penal-administrativa¹⁴. Es tan patente esto que de hecho el art. 1° LPDC establece:

“La presente ley tiene por objeto normar las relaciones entre proveedores y consumidores, *establecer las infracciones en perjuicio del consumidor y señalar el procedimiento aplicable en estas materia*” (*énfasis añadido*).

Por esta razón, es probable que el legislador de la LPDC sólo haya regulado con exhaustividad el régimen de la prescripción de las acciones contravencionales y no las civiles, que de alguna manera son agregaciones que se han introducido a las leyes de protección al consumidor frente a la influencia comparada, pero que en su génesis nacional no habían sido consideradas sino hasta la Ley N° 18.859. Cabe sólo tener presente que es antecedente de la LPDC que la DIRINCO (y aún antes la SAP, antecesoras del SERNAC) podía establecer sanciones de acuerdo al antiguo DFL 242 de 1960.

Teniendo en consideración este sesgo infraccional (histórico) de la LPDC, entonces se explica la mentalidad del legislador a la hora de establecer el art. 26 LPDC que establece sólo la prescripción en materia de acciones infraccionales. Luego, el problema normativo que se genera en la LPDC es que no reguló los plazos de las acciones civiles, y por lo tanto se generó una laguna sobre la materia que hasta la fecha no ha sido llenada por nuestro legislador.

En la LPDC hay múltiples acciones civiles: de reparación e indemnizatorias (art. 3 letra e, arts. 20, 21, 40, 41); de suspensión de publicidad (art. 31), de nulidad (arts. 16, 16A y 16 B), entre otras. Pero no está

¹³ Para un recuento histórico, disponible en www.sernac.cl/acerca/historia/, consultado en 2 de julio de 2013.

¹⁴ José Luis GUERRERO BECAR, “La distinción entre contravención infraccional e incumplimiento contractual o contravención civil en materia de protección de derechos del consumidor”, pp. 439-442. Su naturaleza como de sanción penal, o penal-administrativa, ha sido discutida.

regulada la prescripción de estas acciones (salvo los plazos de caducidad para el ejercicio de los derechos que confiere la garantía legal en materia de bienes y servicios).

La interpretación tradicional de los tribunales de Policía Local que conocen de las acciones de interés individual, fue que el plazo de prescripción de las acciones civiles era el mismo de la prescripción de las acciones contravencionales. Y esta conclusión derivaba de una cuestión previa: para los juzgados de Policía Local la responsabilidad civil es una consecuencia de la infraccional. Dicho de otra manera, las acciones civiles dependen de lo que se resuelva en materia contravencional. De tal manera que si no hay lugar a la responsabilidad infraccional, entonces tampoco debiera tener asidero la responsabilidad civil¹⁵. Esta interpretación general, influye por lo tanto en la específica sobre la prescripción: si la acción contravencional está prescrita, también la civil¹⁶.

Si se lee con detención tanto el fallo de primera como de segunda instancia en *CENCOSUD*, ambos discurren sobre la misma lógica. Sólo que para obviar el problema de la prescripción, el fallo de primera instancia sostiene una tesis del todo discutible: la infracción se iba renovando en la medida que se efectuaran nuevos cobros a los consumidores, de tal suerte que la infracción se perpetuaría en el tiempo toda vez que el contrato es de tracto sucesivo. El fallo de segunda instancia no compartió la tesis de la renovación, y por tanto acogió la prescripción, siguiendo la interpretación tradicional.

Este es el punto relevante sobre el cual se pronuncia la Corte. Ella no compartió esta interpretación y sostuvo aquella sobre la cual venía pujando la doctrina¹⁷: los plazos de prescripción de las acciones contravencionales

¹⁵ Un análisis del problema puede verse en Ruperto PINOCHET OLAVE, “¿Es la condena infraccional requisito de la indemnización de perjuicios regulada en la Ley N° 19.496 sobre Protección del Consumidor? Un error histórico”, pp. 427-433.

¹⁶ Para una descripción de este panorama, véase; Juan Ignacio CONTARDO GONZÁLEZ, “Prescripción de la acción indemnizatoria en la Ley de Protección al Consumidor: Tendencias jurisprudenciales”, pp. 93-94

¹⁷ En este sentido, Bruno CAPRILE BIERMANN, “Las acciones del comprador insatisfecho: el cúmulo actual (Ley de Protección al Consumidor, vicios redhibitorios, error sustancial, resolución por incumplimiento) y la tendencia al deber de conformidad en el Derecho comparado”, p. 571; PINOCHET OLAVE, *op. cit.*, pp. 428-429; Francisca BARRIENTOS CAMUS, “Aumento de comisión por mantención del servicio sin consentimiento del consumidor. Cláusulas abusivas, indemnizaciones y multas. Prescripción de la acción infraccional y relación con las demás acciones. Octava Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, 3 de octubre de 2011, rol 976-2011”, pp. 270-271; CONTARDO GONZÁLEZ, “Prescripción...”, *op. cit.*, pp. 95-98. En contra: Rodrigo BARCIA LEHMANN, “Estudio sobre la prescripción y caducidad en el derecho del consumo”, pp. 138 y 158-159; También, en Rodrigo BARCIA LEHMANN, “Artículo 26”, pp. 628 y 646-678.

y civiles son distintos. Para la Corte, el artículo 26 se aplica únicamente a las acciones infraccionales y no a las acciones de carácter civil.

Además de configurar el régimen de la prescripción en la sentencia de casación, hay una confirmación a esta tesis en la sentencia de reemplazo (consids. 12° y 13°). Dijo la Corte (consid. 13°):

“En efecto, por una parte, se alega la existencia de dos cláusulas abusivas, contenida en los números 9° y 16° del contrato y reglamento de Tarjeta Jumbo Mas, sin que respecto de ellas se haya alegado derechamente la prescripción para los efectos de decretar su nulidad, y que aunque así hubiere sido, al tenor del artículo 26 de la Ley 19.496, resulta prístino que éste precepto no le es aplicable, porque lo pedido versa sobre una acción de nulidad, cuya base de declaración se encuentra en el sistema legal contenido en el artículo 16 letras a) y g) de la misma ley, cuya finalidad es anular, declarar carente de efecto, una cláusula contractual”.

Del fallo de la Corte creemos que se desprenden dos importantes consecuencias¹⁸.

La primera de ellas, es que la Corte al señalar que se debió haber alegado la prescripción por separado de las acciones contravencionales y civiles, en definitiva sostiene que no hay relación de dependencia de la acción civil a la infraccional. Y de esto, entonces, se desprende que las acciones civiles son completamente diversas e independientes a las infraccionales. En efecto, así lo señala el fallo de casación en su considerando 12°, que reproducimos:

“Que el artículo 50 de la Ley 19.496 dispone que el incumplimiento de las normas contenidas en dicha ley dará lugar a ‘las acciones’ que allí se indican, destinadas a sancionar al proveedor que incurra en infracción, anular las cláusulas abusivas incorporadas en los contratos de adhesión, obtener la prestación de la obligación incumplida, hacer cesar el acto que afecte el ejercicio de los derechos de los consumidores a obtener la debida indemnización de perjuicios o la reparación que corresponda. Esto significa que no es necesariamente único el objeto del juicio, sino que puede ser diverso, dependiendo de las infracciones cometidas y de las acciones ejercidas, por ello, no puede entenderse que el artículo 26 esté referido a todas estas acciones, sino únicamente a las que derivan estrictamente de la responsabilidad infraccional, es decir, las que conllevan infracciones a la ley misma y estén asociadas a sanciones pecuniarias: multas. Luego, *no pueden considerarse como estrictamente contravencionales las acciones*

¹⁸ Algunas de estas ideas se encuentran en Juan Ignacio CONTARDO GONZÁLEZ, “De vuelta a las reglas generales: El régimen de prescripción de las acciones civiles en el ámbito de la protección al consumidor a partir del caso ‘Cencosud’”, p. 6.

que tienen como presupuesto el incumplimiento del contrato mismo, como las acciones de nulidad, de restitución, de cesación, de reparación o de indemnización. De hecho, el artículo 49 de la ley que regula responsabilidad por infracción a las reglas por productos o servicios peligrosos, distingue claramente la acción para hacer efectiva la responsabilidad contravenacional, de las acciones indemnizatorias que pudieran caer por los daños causados” (el destacado es nuestro)¹⁹.

En todo caso, el argumento de la distinción “contravenciones infraccionales” y “contravenciones civiles” ya había sido sostenido por parte de nuestra doctrina, y por tanto, creemos que el fallo se pliega a esta doctrina²⁰.

La segunda consecuencia, y que deriva de la anterior, es que el plazo de prescripción es distinto para las infracciones contravenacionales de las acciones civiles. Es claro esto en el fallo, y por eso no se declaró prescrita la acción de nulidad.

Pero lo más interesante de ello es la regla de integración del plazo. Señala el fallo en el consid. 13° de la sentencia de reemplazo:

“...al tenor del artículo 26 de la Ley 19.496, resulta prístino que éste precepto no le es aplicable, porque lo pedido versa sobre una acción de nulidad, *cuya base de declaración se encuentra en el sistema legal contenido en el artículo 16 letras a) y g) de la misma ley*, cuya finalidad es anular, declarar carente de efecto, una cláusula contractual”.

Si interpretamos bien, la sentencia sostiene que el régimen de nulidad de cláusulas abusivas es un sistema autónomo dentro de la ley. Por esta razón, entonces, no se sigue la regla del art. 26.

Con todo, surge una pregunta: ¿cuáles son las reglas a través de las cuales debe integrarse el plazo de prescripción de la acción de nulidad? No lo señala de forma expresa el fallo, sin embargo nos atrevemos a dar una interpretación.

La doctrina que ha estudiado el régimen anulatorio de los art. 16, 16 A y 16 B LPDC, ha señalado que esta nulidad es una por objeto ilícito, entendiendo que debería incluirse en la causal del art. 1466 del *Código Civil*, es decir, actos prohibidos por la ley. En esta situación, más que actos,

¹⁹ El argumento de texto lo había esgrimido con anterioridad PINOCHET OLAVE, *op. cit.*, pp. 431-432.

²⁰ Así lo habían hecho: GONZALO CORTEZ MATCOVICH, *El nuevo procedimiento regulado en la Ley N° 19.496*, p. 23; GUERRERO BECAR, *op. cit.*, pp. 442 y ss.; PINOCHET OLAVE, *op. cit.*, pp. 433-435.

cláusulas prohibidas por la Ley²¹. De esta suerte, el plazo de prescripción debería ser el de 10 años contados desde que se celebra el contrato por adhesión. Frente a la ausencia de normas específicas en la ley, entonces, cabría integrar la laguna con las normas del *Código Civil* (arts. 4° y 13). Sin embargo, de esta conclusión, es decir que el régimen anulatorio de la LPDC por cláusulas abusivas se integra con la normativa del Código Civil más allá del plazo de prescripción, pueden presentarse otras consecuencias que trataremos con posterioridad en este comentario²².

2. LA MODIFICACIÓN UNILATERAL DE CONTRATOS, ACEPTACIÓN TÁCITA Y SILENCIO

En la sentencia de reemplazo, la primera de las cláusulas cuya revisión somete el tribunal es la 16ª del contrato en cuestión.

Recordemos su contenido:

“Cualquier cambio de las condiciones de uso y privilegios de la tarjeta deberá ser informado por escrito al usuario, entendiéndose que éste acepta si mantiene o utiliza la tarjeta después de 30 días de expedida la comunicación respectiva. Si el usuario decidiera no aceptar las variaciones podrá poner término de inmediato al contrato mediante el aviso a la empresa y haciéndole entrega material de las tarjetas que hubiere recibido”.

Esta cláusula permitía al proveedor realizar modificaciones unilaterales previamente informadas por escrito al consumidor. Pero lo más interesante de ella es que se le otorgaba derecho al consumidor para no aceptar este cambio de condiciones. Y además, la cláusula le otorgaba efectos a la modificación en dos casos:

- a) cuando el consumidor utilizaba la tarjeta después del plazo de 30 días o
- b) si la mantenía, es decir, no manifestaba su voluntad en aceptar la modificación en el mismo plazo, pero tampoco manifestaba su voluntad en aras a colocar fin al contrato.

De aquí también se desprende que:

- a) si el consumidor utilizaba la tarjeta en ese mismo plazo, no se entendía por ese solo hecho que aceptaba la modificación;
- b) la cláusula contenía un plazo para dejar sin efecto el contrato sin que se le aplicara la modificación, plazo de 30 días.

²¹ Mauricio TAPIA RODRIGUEZ y José Miguel VALDIVIA OLIVARES, *Contrato por adhesión*, pp. 161-164.

²² *Infra* V.1.

Tal como lo hace patente DE LA MAZA, uno de los problemas que aparejan los contratos por adhesión es que por regla general el suscribiente no los lee²³. Quizá incluso podríamos morigerar un poco más las situaciones. Aunque los lea, muchas veces el consumidor no abogado no los entiende o no tiene la posibilidad de entenderlos, o bien, entendiéndolos, acepta simple y llanamente su contenido, prefiriendo los efectos prácticos positivos que pudiese aparejarle el contrato frente a los adversos. Por último, siempre hay lugar a la desidia: hay consumidores que teniendo la posibilidad de acceder a la información y entenderla, prefieren no hacerlo²⁴. Pues bien, sólo en esta última situación la verdad es que el contratante tendría la libertad de decidir entre contratar o no. O incluso, de acudir al mercado para obtener otras opciones. Sin embargo, cuando la mayoría (o todos) de los contratos de los proveedores de la competencia tienen cláusulas como la impugnada en este caso, la verdad es que la libertad del consumidor vuelve a reducirse a la única opción: contratar o no contratar. Pero volviendo a la generalidad de los casos, lo cierto es que en la mayoría de las situaciones, los contratantes (especialmente los no técnicos) no están en condiciones de determinar, en los rápidos tiempos actuales, cuáles pueden ser las consecuencias de los actos que celebran (o les es muy costoso)²⁵.

Aunque todo esto parece tratarse de una verdad evidente, en realidad, hay que preguntarse sobre ello con algo de detención a la hora de analizar la validez/invalidez de una cláusula como la impugnada.

Para el caso, lo cierto es que:

- 1) el consumidor recibió una notificación del alza de las comisiones;
- 2) celebró el contrato y *pudo* tener acceso a la información con anterioridad a la modificación; y
- 3) *pudo* rechazar el alza dejando sin efecto el contrato. Entonces, ¿por qué considerar la cláusula como abusiva?

La respuesta de la Corte a esta interrogante fue clara y contundente, y fue abordada bajo distintos aspectos todos concatenados (consids. 5° a 7° de la sentencia de reemplazo).

²³ Iñigo DE LA MAZA GAZMURI, “Res ipsa loquitur”, p. 7. En realidad, el autor es más tajante, ya que sostiene que “nadie” los lee.

²⁴ Iñigo DE LA MAZA GAZMURI, “Contratos por adhesión y cláusulas abusivas. ¿Por qué el Estado y no solamente el mercado?”, pp. 128 y ss. Hay más casos, hemos colocado sólo los que nos parecen más normales. Para otras razones del porqué no se accede a la información contenida en un contrato por adhesión.

²⁵ Sobre esto véase nuevamente el lúcido trabajo de DE LA MAZA GAZMURI, “Contratos...”, *op. cit.*, pp. 128 y ss., muy apegado a las doctrinas del análisis económico del derecho, lo que resulta especialmente adecuado para los fines propuestos por el autor.

En primer lugar, la Corte estimó que la cláusula contravenía el art. 16 letra a) LPDC (consid. 5°):

“Empero, lo que por el artículo 16 letra a) se prohíbe es la posibilidad de que la empresa/proveedor pueda modificar unilateralmente el contrato. En efecto, para esta Corte constituye una alteración unilateral a los contratos cualquier notificación que se haga a los clientes, si como consecuencia de ella se procede a modificar los términos del mismo, dejándoles la opción de aceptar la modificación o de poner término al contrato, desconociendo así el derecho que les asiste a mantener la convención en los términos inicialmente pactados, sin la modificación propuesta. Una cláusula que autoriza este procedimiento supone darle legitimación a la empresa para modificar la convención unilateralmente, desde el momento que niega al consumidor su derecho a mantener la operación del contrato, tal cual se había inicialmente pactado. *No puede ser suficiente para justificar la cláusula en análisis, el hecho que Cencosud no le impuso al cliente la modificación, pues, basta para vulnerar el artículo 16 letra a) que el cliente no pueda continuar con el contrato en los términos inicialmente pactados.* Existe, por este sólo hecho, una contravención al artículo 16 letra a), y la cláusula debe considerarse abusiva” (el destacado es nuestro).

El argumento de la Corte parece ir en la siguiente senda: hay infracción al art. 16 letra a) si la modificación unilateral del contrato impide al contratante mantenerse en el mismo bajo las mismas condiciones en que originalmente fue pactado. De esta manera, se entiende que sólo podría el proveedor modificar el contrato de manera unilateral en la medida que:

- a) el consumidor tenga la opción de mantener el contrato bajo las condiciones primitivas pactadas; y
- b) cuando de la modificación se representan beneficios al consumidor.

Si se sigue la argumentación de la Corte, entonces daría lo mismo, para considerar la cláusula como abusiva, que el consumidor haya podido tener acceso a la información contractual *antes* de la modificación (el conocimiento de la cláusula), pues ella es abusiva en la medida que se le priva al contratante del derecho de opción.

Luego, una pregunta que puede hacerse es la siguiente: ¿hay alguna diferencia entre una cláusula de este estilo en un contrato por adhesión de consumo y uno en materia civil? Descartado que el contrato tenga problemas interpretativos por falta de claridad en la redacción del contrato por parte del predisponente, en cuyo caso se aplica el artículo 1566[2] del *Código Civil* (cuestión que no sucede en el caso), la pregunta no deja de tener relevancia. Puesto que si no hay diferencias, habría un problema en la redacción contractual (si el contrato comprende o no derecho de opción).

Por el contrario, si las hubiera, se marcaría una diferencia entre el derecho privado general y el derecho privado del consumidor, en la medida que el derecho de opción fuera en especial lo relevante. Con todo, no deja de ser importante que el consumidor siempre tuvo la opción de perseverar en el contrato, o bien, de desistir de él, por estipulación contractual.

La Corte responde a esta interrogante en el considerando siguiente, el sexto (aunque estimó que por sí sola la cuestión quedaba resuelta por las razones anteriores, lo que no compartimos). Aquí se ocupa del problema del silencio/aceptación tácita del consumidor. Sin intención de ser reiterativos, es necesario recordar que la cláusula le otorgaba efectos a la modificación en dos casos:

- a) cuando el consumidor utilizara la tarjeta después del plazo de 30 días; o bien,
- b) si la mantenía, es decir, no manifestaba su voluntad en aceptar la modificación en el mismo plazo, pero tampoco manifestaba su voluntad de colocar fin al contrato.

CENCOSUD alegó que los consumidores aceptaron, de acuerdo al contrato, el contenido de la modificación, pues ocuparon o mantuvieron su tarjeta después del plazo de los 30 días. Frente a esto, la Corte señaló:

“Mientras no haya certeza de dicho conocimiento en cada tarjetahabiente, la circunstancia que hayan usado una tarjeta no es signo inequívoco o concluyente de aceptación a la modificación propuesta; por lo mismo, derivar de ello una aceptación supone darle al silencio un sentido de manifestación de voluntad, que se encuentra expresamente prohibido por el artículo 3° letra a) de la Ley 19.496. Luego, en autos no existe prueba de que los clientes hayan expresado voluntad alguna, ni siquiera tácita, de aceptación”.

La doctrina de la Corte en el caso parece ser que en materias de derecho del consumidor la aceptación tácita sólo puede inferirse de ciertos hechos que inequívocamente denoten la afirmación. Por ello, la sola mantención de la tarjeta no es signo de aceptación. De esta manera cobraría sentido el art. 3° letra a) segunda parte, que establece que el silencio en materia de consumo no es aceptación. En el derecho civil, es posible conferir efectos al silencio, pero no en materia de consumo, lo que marcaría una diferencia con el derecho privado general.

Con todo, todavía es posible admitir como argumento en contra que los consumidores tuvieron la opción de rechazar la modificación, cuestión que no se produjo. Una cosa es cláusula que potencialmente permitía la modificación y otra es la modificación efectiva que se notificó a través de los estados de cuenta en un pequeño recuadro en el lado inferior derecho

de los mismos. Y esto fue objeto de un pronunciamiento directo por parte del tribunal (consid. 7°):

“Que por último, en relación con lo que se viene diciendo, no puede soslayarse lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley, que en lo pertinente expresa: ‘Los contratos de adhesión relativos a las actividades regidas por la presente ley deberán estar escritos de modo claramente legible, con un tamaño de letra no inferior a 2,5 milímetros y en idioma castellano, salvo las palabras de otro idioma que el uso haya incorporado al léxico. Las cláusulas que no cumplan con dichos requisitos no producirán efecto alguno respecto del consumidor’. Lo dicho supone que bajo la misma forma deben darse sus modificaciones, exigencia que resulta aplicable no sólo a la propuesta que se haga por parte del proveedor, sino también a la aceptación del cliente, lo que no se cumple en la cláusula 16ª impugnada. Por lo que se confirmará el criterio que ha tenido el juez de primera instancia, en el sentido de considerarla abusiva y, por lo mismo, nula”.

El punto entonces es si el consumidor estaba en condiciones de aceptar o rechazar la modificación. El máximo tribunal estimó que no porque en la *modificación* no se cumplió con los requisitos de forma establecidos por la LPDC, en relación con la tipografía exigida por ley. Por lo tanto, la Corte extiende los requisitos de forma de los contratos por adhesión a sus modificaciones. De esta manera, no se cumplía con los requisitos exigidos por la ley para tener conocimiento ocular sobre la modificación.

De aquí se vuelve a la pregunta primitiva: ¿cuál es el problema de la cláusula en cuestión? Si se tiene en consideración que pocos leen los contratos o pueden entender su contenido, es dable suponer que sus modificaciones unilaterales no serían reclamadas por los consumidores individualmente considerados, puesto que su costo es muy mínimo. ¿Por qué? El costo del alza de las comisiones para uno de los consumidores afectados es de relativa poca monta, unos 6 mil pesos anuales (unos 12 dólares), un poco más del 3% del salario mensual mínimo actualmente fijado. Pero, juntando la suma de 600 mil consumidores en un año da una suma superior a los 3 mil 600 millones de pesos, cerca de 7 millones de dólares a la fecha actual. Con escasas posibilidades de reclamar judicialmente (por el costo), de rechazar la modificación y con tipología inferior a la legal (por el escaso conocimiento que se puede tener de ello), entonces hay buenos indicios que en realidad el consumidor no estaba en plenas condiciones de optar entre mantenerse en el contrato o de desistirse de él.

Y aquí es donde se rompe el paradigma clásico de la contratación. Mientras en esquema tradicional ambos contratantes están en condiciones de velar por sus propios intereses, en el ámbito de la contratación en masa

por adhesión hay en realidad uno de ellos que está en mejor condición de velar por sus propios intereses que el otro. Con claridad ya lo exponía DÍEZ-PICAZO a finales de los años 70:

“...como cada interés contractual en sí mismo es marginal, la parte empresarial, más poderosa, se prevale de ello y su incumplimiento queda impune y sin sanción”²⁶.

Por esta razón, la idea de tradicional contrato se rompe y se reconfigura a través de una nueva intervención estatal (las cláusulas abusivas, que ya no tienen nada de nuevas si se mira sólo su desarrollo durante el siglo XX, pero en perspectiva histórica sí lo son) que permite colocar los riesgos de la asimetría entre los contratantes en aquella parte que está en mejores condiciones de soportarla, haciendo más eficiente la distribución de los recursos²⁷.

En todo caso, que la ley establezca que aquel contratante que se encuentra con mayor grado de información está en mejor situación de afrontar los riesgos de la contratación, no es del todo nuevo. Basta con observar, por ejemplo, la clásica institución de los vicios redhibitorios para observar que los riesgos han sido colocados, de forma muy especial, en manos del vendedor, y especialmente el profesional (véase el art. 1861 del *Código Civil*, en que incluso debe indemnizar los perjuicios en caso de dolo negativo), el que hoy en día sería llamado proveedor. Por ello, insistimos, la protección del denominado “contratante débil” no se trata de una temática del todo original bajo el derecho privado de los siglos XX y XXI, sino que va adoptando nuevas formas a partir de las también nuevas realidades que asume nuestra contratación contemporánea.

3. LA APLICACIÓN DEL ART. 16 LETRA G)

COMO CAUSAL GENÉRICA DE NULIDAD DE CLÁUSULAS ABUSIVAS

En los considerandos 8° a 10° de la sentencia de reemplazo se analiza la cláusula 9ª del contrato previamente transcrito. Dijo la Corte (en la parte más sustancial) que ella sería contraria al art. 16 letra g), ya que se podría

“apreciar que se trata de una cláusula que no ofrece un equilibrio de derechos entre las partes, si se tiene presente que autoriza llenar documentos en blanco, que los mandatos pueden otorgarse con carácter de irrevocables, que ellos eximen del deber de rendir cuenta al mandante, que autorizan a la suscripción de títulos letras, pagarés, sin que ello importen novación

²⁶ Luis DÍEZ-PICAZO, *Derecho y masificación social*, p. 45.

²⁷ DE LA MAZA GAZMURI, “Contratos...”, *op. cit.*, pp. 143-144.

de los créditos, no obstante permitir que sean cedidos a tercero, lo que supone que podrán existir dos títulos independientes, en manos de dos acreedores distintos, para cobrar un mismo crédito” (el destacado es nuestro).

Recordemos que el art. 16 letra g) permite dejar sin efecto una cláusula cuando ella contiene estipulaciones:

“En contra de las exigencias de la buena fe, atendiendo para estos efectos a parámetros objetivos, *causen en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que para las partes se deriven del contrato*. Para ello se atenderá a la finalidad del contrato y a las disposiciones especiales o generales que lo rigen. Se presumirá que dichas cláusulas se encuentran ajustadas a exigencias de la buena fe, si los contratos a que pertenecen han sido revisados y autorizados por un órgano administrativo en ejecución de sus facultades legales” (el destacado es nuestro).

El punto central de la argumentación de la Corte, según se desprende del apartado transcrito y especialmente en lo destacado, es que la cláusula impone (porque se trata de un contrato por adhesión) un desequilibrio entre las obligaciones de las partes a favor del proveedor. Y la Corte señala de forma resumida cuáles serían esas cláusulas que ofrecen tal desequilibrio. La respuesta está dada, sin embargo conviene preguntarse una vez más a partir de ella: ¿por qué, si el consumidor sabía de ello al momento de contratar, o debía saberlo?

Si partimos desde el derecho civil, es probable que la respuesta tenga un recorrido mayor, pero quizá sea más clara aún.

Si se tratase de un contrato puramente civil, nuevamente llegamos al punto que en él cada parte debería de asumir sus propios riesgos, de tal manera que esas imposiciones son aceptadas por una de las partes a cambio de algo (en el entendido que hablamos de un contrato por adhesión, pero no de consumo, por ejemplo entre comerciantes y en teoría con similar poder de negociación). ¿Y en materia de consumo? ¿No debería asumir el consumidor estas cláusulas como equivalencia del crédito que se le otorgará? (al fin y al cabo el contrato de crédito se trata de un contrato oneroso conmutativo). Y si no le gustaría adherir a dicho contrato, ¿no debería desistir de firmarlo?

Para resolver la cuestión, podemos volver a otros puntos analizados anteriormente. Una respuesta posible a esta última pregunta es que no, ya que el contrato ofrece *desequilibrio* desde el momento en que pocos lo leen, o bien, y esto es más importante aún, resulta muy difícil comprender su significado. Razonablemente, un consumidor *estándar* (atendido sólo

a los pobres niveles de comprensión lectora en nuestro país) ¿está en condiciones de saber qué debería entenderse por mandato irrevocable, por ejemplo?

Creemos que a diferencia de la cláusula 16^a anteriormente transcrita hay una sutil pero importante precisión. Mientras que en la cláusula 16^a se pudo atacar la modificación por problemas de acceso *visible* a la modificación efectiva (no potencial contenida en el contrato) que pugnaba con los requisitos de forma de los contratos por adhesión, aquí no los hay. La forma de la tipografía se guarda, y por lo tanto se trata de una cuestión de fondo: el problema del equilibrio contractual. La pregunta está entonces, qué debe entenderse por equilibrio contractual, y porqué este equilibrio es especialmente importante en materia de consumo a diferencia del derecho civil. El hecho que un contrato no sea leído o entendido por una de las partes (el consumidor) puede resultar un argumento válido, sin embargo, hechos los cuestionamientos anteriores, el problema puede volverse circular: el consumidor no los lee, pero quizás debería leerlos teniendo la información suficiente, pero a pesar de ello no los lee, pero debiera leerlos, etcétera.

Ahora, normativamente, ¿dónde está el equilibrio que permitiría a una cláusula no ser anulada? La respuesta está en el mismo artículo: en las exigencias de la buena fe. Entonces, ¿qué significa buena fe para estos efectos?

En el derecho civil, la buena fe cobra dos dimensiones: subjetiva y objetiva²⁸. Buena fe subjetiva significa obrar bajo la convicción que se actúa en una situación jurídica regular, como en la buena fe posesoria del art. 706²⁹. Pero la buena fe objetiva significa el comportamiento asimilable a un contratante leal y honesto³⁰. ¿Cuál de estos sentidos debe atribuirse al art. 16 letra g)?

En el entender de la doctrina, la buena fe exigida por el art. 16 letra g) LPDC es la objetiva (“parámetros objetivos”, dice el mentado artículo)³¹. En este sentido, opina DE LA MAZA:

“La observancia de las exigencias de la buena fe no consisten únicamente en satisfacer los requisitos de legibilidad del contrato, uso de idioma

²⁸ Jorge LÓPEZ SANTA MARÍA, *Los Contratos*, p. 340.

²⁹ *Op. cit.*, pp. 340-341.

³⁰ *Op. cit.*, p. 344.

³¹ En este sentido: DE LA MAZA GAZMURI, “El control...”, *op. cit.*, pp. 138-139; Patricio-Ignacio CARVAJAL RAMÍREZ, “Tipicidad contractual y derechos de los consumidores. Artículo 16, letra g), de la Ley N° 19.496”, p. 443; Rodrigo MOMBERG URIBE y Carlos PIZARRO WILSON, “Artículo 16 g)”, p. 342

castellano y entrega de una copia del contrato, sino que precisan la observancia de todas las exigencias que imponen las convicciones éticas imperantes al tráfico comercial³².

Estas exigencias parecen estar íntimamente relacionadas con dos materias. La primera está vinculada con la posibilidad de acceder de forma clara y comprensible al contenido contractual, de tal manera que un consumidor promedio llegue a entenderlo³³. Por lo tanto, la buena fe exige hacer entendibles las cláusulas en los contratos por adhesión.

La segunda materia relacionada con la exigencia de la buena fe *ex art. 16 letra g) LPDC* es el estándar de lo esperable³⁴, lo que se denomina en el ámbito anglosajón como principio de confianza (*reliance*). En un marco de obligaciones nacidas de acuerdos en que una parte predispone el contenido del contrato, y la otra lo acepta sin necesidad de que se entienda todo su contenido, o incluso que llegue a leerlo en su totalidad, este acuerdo cobra fuerza obligatoria en la medida que el consumidor confíe en el equilibrio de su contenido³⁵. Esta es una de las más fuertes razones a la hora de dar ejecución a acuerdos no enteramente negociados en la moderna sociedad de masas³⁶, es decir, otorgarle el carácter de contrato (y por tanto con fuerza obligatoria) a un acuerdo que según la teoría clásica no tendría posibilidades de ser admitido como tal³⁷. Luego entonces, al confiar las partes en su contenido, la pregunta es si su disposición debe ser respetada en cuanto ha sido prediseñada por uno de los contratantes. Y la respuesta es sabida: no necesariamente. La razón es muy simple: se confía no solo en el acuerdo, sino *además* en que las obligaciones de las partes resultan equitativas, de alguna manera como si ellas hubiesen negociado el contrato. Por esta razón, es contraria a la buena fe la falta de observancia ética en la redacción contractual ya que las partes confían o esperan que su contenido se encuentra ajustado a ella.

Si se lee en esta clave la norma, se coloca en manos del redactor cuidar el equilibrio contractual, precisamente, porque en él descansa la elaboración del contrato, y por tanto la cláusula resultará abusiva cuando el proveedor no guarde la buena fe exigida por la norma.

³² DE LA MAZA GAZMURI, "El control...", *op cit.*, p. 139.

³³ *Op. cit.*, p. 140.

³⁴ MOMBERG URIBE y PIZARRO WILSON, *op. cit.*, p. 343.

³⁵ Andrew BURGUESS, "Consumer adhesion contract and unfair terms: a critique of current theory and a suggestion", p. 271, quien se basa en el planteamiento de ATIYAH sobre el principio de confianza: Patrick ATIYAH, "Contracts, Promises and the Law of Obligations", p. 33.

³⁶ BURGUESS, *op. cit.*, p. 271.

³⁷ Para un repaso sobre las discusiones en el derecho continental, véase TAPIA RODRIGUEZ y VALDIVIA OLIVARES, *op. cit.*, p. 23 y ss.

Ahora, de vuelta al caso en comento, la infracción al art. 16 letra g) es patente, tal como lo señaló la Corte Suprema, y conviene volver a revisar sus palabras:

“...si se tiene presente que autoriza llenar documentos en blanco, que los mandatos pueden otorgarse con carácter de irrevocables, que ellos eximen del deber de rendir cuenta al mandante, que autorizan a la suscripción de títulos letras, pagarés, sin que ello importe novación de los créditos...”.

En un contrato civil con similar poder negociador de las partes (y por tanto, sin asimetrías de información), estas cláusulas cobran validez ya no porque se confía en su contenido, sino porque ambas están de acuerdo con ello. El desequilibrio es aceptado. Sin embargo, en cláusulas como las anuladas el desequilibrio se produce porque una de ellas impone el contenido contractual, y cabe a la otra parte (el consumidor) esperar que los contratos no las incorporaran.

V. Algunos flancos que abre el fallo

Como se ha podido apreciar, la respuesta de la Corte Suprema ha sido contundente anulando las cláusulas impugnadas, y resolviendo sobre el régimen de prescripción de las cláusulas abusivas. Con todo, hay algunos puntos que quedan abiertos en el fallo que posteriormente tanto la doctrina y la jurisprudencia deberán ir resolviendo. Identificamos tres:

- 1) el régimen de nulidad de las cláusulas abusivas,
- 2) la coordinación de las normativas sectoriales con la LPDC, y
- 3) el régimen de la responsabilidad infraccional *versus* las acciones civiles. Los trataremos en este orden.

1. EL RÉGIMEN DE LA NULIDAD DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

Hasta el fallo *CENCOSUD* la doctrina se había enfocado principalmente en estudiar más bien el detalle del régimen de cláusulas abusivas en la LPDC, sin entrar del todo a una cuestión más de fondo: ¿qué significa en realidad que una cláusula sea nula bajo el art. 16 LPDC?³⁸. La pregunta

³⁸ Si es que en verdad se trata de nulidad. Tal como expone VIDAL, la doctrina en general estima que la sanción es la nulidad enfocándose en que se trataría de un caso de nulidad parcial. Véase: Álvaro VIDAL OLIVARES, “Contratación y consumo. El contrato de consumo en la Ley N° 19.496 sobre protección a los derechos de los consumidores”, pp. 253-255. VIDAL propone que la sanción es más bien una “ineficacia propiamente tal”, que

es si se trata de una nulidad que responde a la misma lógica del Código Civil, o bien se trata de un estatuto autónomo que por su propia naturaleza debe responder a soluciones distintas.

Por lo pronto, conviene recordar que la ley poco dice sobre el particular. Establece un catastro de cláusulas que deben considerarse como abusivas (art. 16) y su sanción que es la nulidad parcial (art. 16 A).

Hace algún tiempo, Tapia y Valdivia fueron de la opinión que el estatuto de las cláusulas abusivas es uno de nulidad por objeto ilícito (art. 1466 *Código Civil*)³⁹. Esta conclusión debe pasar por los siguientes pasos lógicos:

- a) La ley en el fondo prohíbe las cláusulas contenidas en art. 16;
- b) la ley no establece qué tipo de nulidad es la establecida, por lo tanto habría que entender que hay laguna sobre el particular en la LPDC;
- c) para resolverla, cabe integrar con la normativa general, es decir, el *Código Civil* (arts. 4 y 13); haciendo una interpretación extensiva del art. 1466, debe entenderse que más que un contrato prohibido por la ley se trata de cláusulas prohibidas, por lo que hay objeto ilícito;
- d) en consecuencia, hay nulidad absoluta de ellas (art. 1682 del *Código Civil*).

De este razonamiento, según el art. 1683 del *Código Civil* que disciplina la nulidad absoluta, se desprendería que:

- i) el juez podría declarar una cláusula abusiva de oficio, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato;
- ii) cualquiera que tenga interés (actual, según ha opinado la doctrina en Chile⁴⁰) en ello podría alegar la nulidad;
- iii) una cláusula abusiva no admitiría ratificación de las partes; y
- iv) una cláusula abusiva no se podría sanear sino en un plazo de 10 años contados desde la celebración del contrato⁴¹.

Una aproximación de este carácter, si bien puede resultar válida, por lo menos genera algunas dudas. Para los efectos de este comentario, nos enfocaremos sólo en un aspecto.

La lógica del *Código Civil* en materia de nulidad absoluta por objeto ilícito responde a un modelo de contratación entre dos partes cuyo contenido no es replicado en masa a una multitud de otros potenciales

permitiría al juez prescindir de la cláusula e integrar su vacío (*ibid*), similar a la nulidad radical (o inexistencia impropia) postulada por Pablo RODRÍGUEZ GREZ, *Inexistencia y nulidad en el Código Civil chileno*, pp. 129-135 y 190-193.

³⁹ En similar sentido, Carlos PIZARRO WILSON, "Artículo 16 A", pp. 353-354.

⁴⁰ Véase, por ejemplo, RODRÍGUEZ GREZ, *op. cit.* pp. 210-211.

⁴¹ En este sentido: PIZARRO WILSON, *op. cit.*, pp. 353-354.

contratantes, que era el patrón imperante hacia el siglo XIX. Por esta razón, resultó necesaria la implantación de un sistema de cláusulas abusivas para el fenómeno de la contratación masiva, que permitiera dejar sin efectos ciertas estipulaciones que se impusieran en contratos que se celebraran en masa.

Teniendo en vista estas diferencias, el régimen del *Código Civil* en materia de nulidad absoluta se fundamenta en que el objeto protegido es la legalidad de los actos, es decir, que los actos se conformen con la normativa vigente, transformando al juez en un garante de la legalidad⁴². Así se explica, entre otras cosas, que exista duplicidad de vicios en los contratos contrarios a la ley por vía de la causa ilícita (art. 1467, “la prohibida por la ley”) y de objeto (art. 1466, “y generalmente en todo contrato prohibido por las leyes”). Por esta misma razón, se le otorgan al juez facultades para anular un contrato de oficio cuando el vicio aparezca de manifiesto en el acto o contrato.

Ahora, esta misma idea que envuelve la nulidad absoluta ¿es aplicable para los contratos celebrados en masa?, ¿es la legalidad de los actos el objeto jurídico protegido? De alguna manera podría estimarse que ello es efectivo desde el momento en que el legislador ha prescrito una lista negra para el clausulado contenido en contratos de consumo por adhesión.

Pero la historia en materia de cláusulas abusivas parece mostrar otra cosa. Como explica ZIMMERMANN, la ineficacia de las cláusulas abusivas se sancionó en un principio para evaluar la justicia material de las condiciones generales de contratación cuando uno de los contratantes abusaba de su posición monopólica⁴³, y que cuyo fundamento luego se trasladó en un problema de buena fe contractual⁴⁴, por lo menos en el derecho alemán⁴⁵. Desde esta perspectiva, los fundamentos son en origen distintos y sería conveniente re-estudiarlos. La función del juez en materia de nulidad del *Código Civil* parece no condecirse con aquella establecida en materia de consumo para las cláusulas abusivas, en que el juez debe evaluar la justicia y equidad de las cláusulas contractuales impuestas por uno de

⁴² Jorge BARAONA GONZÁLEZ, *La nulidad de los actos jurídicos*, pp. 46-48.

⁴³ Reinhard ZIMMERMANN, *The new german law of obligations*, pp. 173-174. También véase Miguel ROYO MARTÍNEZ, “Contratos de Adhesión”, pp. 64 y ss.

⁴⁴ *Op. cit.*, pp. 174-175.

⁴⁵ SALEILLES, quien acuñó la expresión “contrato por adhesión”, quiso contribuir al planteamiento de las declaraciones de voluntad desde el *BGB*. Su planteamiento lo hizo a partir del §133 *BGB*: Raymond SALEILLES, *De la déclaration de volonté*, pp. 229-230, §89. Sobre el desarrollo de la contratación por adhesión en el derecho privado continental luego de SALEILLES, véase: ROYO MARTÍNEZ, *op. cit.*, pp. 64 y ss.; y desde una perspectiva más actualizada Luis DIEZ-PICAZO, “Condiciones generales de la contratación (esbozo de una evolución)”, pp. 61 y ss.

los contratantes, tal como lo hace la Corte en el caso *CENCOSUD*, al analizar la cláusula 9ª del contrato en cuestión.

Por estas razones, bien cabría revisar con mayor profundidad el régimen de las cláusulas abusivas, las funciones del juez y efectos de la misma, fuera del hecho que la cláusula quede sin eficacia. Por lo tanto, habría que estudiar si la nulidad podría ser declarada de oficio por el juez, su plazo de prescripción, e incluso, si puede una cláusula abusiva ser objeto de convalidación e incluso de transacción.

2. LA COORDINACIÓN ENTRE NORMATIVAS SECTORIALES Y LA LPDC

Otra interrogante que abre el fallo es qué coordinación debe exigirse entre las normativas de algunas áreas especiales reguladas (como la bancaria, de telecomunicaciones, sanitaria, etc.). En la causa, el proveedor demandado alegó que había seguido la normativa administrativa vigente al tiempo de la celebración del contrato, y por lo tanto, habría obrado de acuerdo a derecho.

Esta normativa a la que se hace referencia era la circular 17 de la SBIF (de 28 de abril de 2006). El artículo 9.1 establecía⁴⁶:

“Las comisiones y/o cargos deberán fijarse por períodos no inferiores a un semestre y comprenderán todos los cobros necesarios para la mantención operativa de las tarjetas de crédito en sus distintas modalidades de uso. Los planes de cobro que se establezcan no podrán hacer discriminación alguna entre titulares de tarjetas que se encuentren en igual situación. *Los cambios al plan de cobros, sea por modificación de las tarifas o por el establecimiento de una nueva base de cálculo, deberán ser informados por escrito al titular al menos con dos meses de anticipación a la fecha en que se aplicarán.* Esta información, conjuntamente con aquella sobre el cobro de intereses a que se refiere el numeral siguiente, se incluirá en el estado de cuenta o en un anexo que, con ese objeto, deberá acompañarse al mismo. El referido plan no podrá modificarse durante el período de vigencia que se haya establecido, salvo que se trate de cambios que signifiquen una disminución o eliminación de determinados cobros incluidos en él” (el destacado es nuestro).

Por su parte, el artículo 14.3.1 de la Circular establecía:

“Los emisores y operadores de tarjetas de crédito, según corresponda, deberán proporcionar a los interesados una completa información relativa

⁴⁶ Hoy, la regulación fue reemplazada por la circular N° 40 del mismo organismo de fecha 22 de julio de 2013.

a las comisiones y/o cargos que aplican por ese servicio. Esa información debe comprender el o los conceptos por los cuales se cobra, la modalidad y periodicidad de los cobros y los correspondientes importes o tasas por cada uno de los conceptos afectos.

Esa información será entregada a los titulares de las tarjetas al momento de contratar el servicio y cada vez que las correspondientes tarifas sufran alguna modificación, de manera que el cliente tenga en todo momento oportuno y cabal conocimiento de los cobros a que, como usuario de ese instrumento, está afecto. En caso de una disminución de tarifa no será necesario dar esa información anticipada”.

Resultó en el caso, tal como se expone en el considerando noveno de la sentencia de remplazo en *CENCOSUD*, que el proveedor sometió el contrato a una revisión por auditores externos con acuerdo de la Superintendencia, y aquellos no realizaron observaciones a la cláusula en cuestión, por lo tanto se estimó que era posible el alza de las comisiones de conformidad a las normas recién transcritas. De aquí que *CENCOSUD* alegó que la cláusula había sido revisada por el organismo, y ello implicaría que no se aplicaría el art. 16 letra g).

Empero, el argumento no fue acogido por la Corte:

“La verificación expuesta, realizada por auditores externos a la Compañía, con el acuerdo de la Superintendencia, a contrario de lo sostenido por la demandada, no puede satisfacer el estándar que exige la letra g) del artículo 16, en cuanto manda que la cláusula se haya “revisado y autorizado”, por el respectivo órgano administrativo en el ejercicio de sus facultades legales. En efecto, en el oficio se afirma que hubo una revisión que no arrojó observaciones, pero de ese documento no puede desprenderse, ni de dicho oficio concluirse, que la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras haya autorizado las referidas cláusulas”.

A pesar de que los citados artículos podían merecer algunas dudas hermenéuticas, la verdad es que resultaba una interpretación posible que se permitieran modificaciones al alza (solo teniendo en vista esa norma, sin la LPDC). Pero esto pugna con la regulación de la LPDC que prohíbe las modificaciones unilaterales de contratos, por lo que se produciría eventualmente una antinomia. Entonces, ¿qué normativa seguir, la administrativa o la LPDC? Resulta, de algún modo lógico, que los proveedores tiendan a seguir la normativa administrativa, por la especialidad de sus normas frente a otras normas legales.

La circular es especial para el ámbito en que se desempeñaba la proveedora y la LPDC es general. Por tanto, alguien podría entender que debía aplicarse al efecto el principio de especialidad para resolver la antinomia.

Sin embargo, hay argumentos favorables a adoptar la tesis de la aplicación preferente de la LPDC frente a la normativa administrativa. En primer lugar, la LPDC tiene una jerarquía normativa superior a la circular. Y en esto cabe una crítica a la SBIF. La Circular N° 17 es posterior a la LPDC, incluso después de la Ley N° 19.955, por lo que la SBIF debió adecuar la mentada circular a la normativa de protección al consumidor. La facultad de la SBIF de regular por vía de circulares la actividad de los sujetos que fiscaliza no puede tener fuerza derogatoria de una ley. Por lo mismo, el criterio de la jerarquía impide aplicar el principio de especialidad y de temporalidad. Asimismo, al estar sujeto a la aplicación de un estatuto legal de grado superior al administrativo, el proveedor no pudo desconocer la existencia de la ley por aplicación de la presunción general de conocimiento de la ley establecida por el *Código Civil* (arts. 6° a 8°). Por lo tanto, y lo que es más grave aún, es que su desconocimiento debiera constituir una presunción de mala fe que no admite prueba en contrario (art. 706 *Código Civil*).

Luego entonces la LPDC, a pesar de la amplitud de sus normas, debe preferirse a la aplicación de normas de carácter reglamentario. Con todo, el verdadero problema se presentará eventualmente cuando se produzca una controversia entre una regulación especial de carácter legal y la LPDC. Habrá que ver cómo se solucionarán estas posibles contradicciones de normas.

3. EL RÉGIMEN DE LA RESPONSABILIDAD INFRACCIONAL VERSUS LAS ACCIONES CIVILES

El tercero de los puntos que abre el fallo es la relación entre la condena infraccional y las acciones civiles de la ley. Ya hemos comentado que el fallo, para los efectos de la prescripción, señala que los plazos son distintos. Pero la cuestión más general que se impone preguntarse es la relación entre estos dos estatutos, más allá de la nulidad de las cláusulas abusivas y del problema de la prescripción.

Como habíamos señalado antes, la doctrina nacional mayoritaria se ha mostrado en general conforme a la doctrina de la separación de los estatutos infraccional y civil⁴⁷. Y estimamos que detrás de *CENCOSUD* se encuentra esta misma tesis, al declarar que los plazos de prescripción son distintos.

Es muy probable que esta idea de separación de las responsabilidades infraccional y civil sea de más fácil acogida en los tribunales civiles que

⁴⁷ *Supra* IV.1.

en los juzgados de policía local, dados los negocios que conocen estos últimos. Sin embargo, de aquí a que esta tesis tenga mayor aceptación en las causas de interés individual, parece ser difícil. Hay dos principales razones.

En primer lugar, por razones de competencia. A pesar que la Ley N° 19.955, por expresa disposición, otorga competencia a los jueces de policía local para conocer de todas las acciones, incluso civiles (arts. 50 y 50A), estos tribunales han sido muy constantes en rechazar demandas civiles directas.

Y, en segundo lugar, y lo que es más difícil de separar, es la vinculación de las acciones infraccionales con las civiles, en especial para el ejercicio de los remedios por la garantía legal. Es bien sabido que el artículo 23 LPDC es la norma general para imputar responsabilidad infraccional al proveedor⁴⁸. Su ámbito de aplicación, por la amplitud de la norma, muchas veces se confunde con los presupuestos de la garantía legal, de tal manera que se resuelve por vía infraccional sin atender en estricto al régimen de la garantía.

Sin embargo, sus supuestos son distintos, sólo si se tiene en consideración que el art. 23 exige culpa, y la garantía legal no (arts. 19, 20 en materia de productos, 41 en materia de servicios). Incluso, tal expone GUERRERO, hay incumplimientos no infraccionales⁴⁹, de lo que se deduce que ambos tipos de responsabilidad no deben confundirse.

Aunque *CENCOSUD* no se pronuncia sobre estas temáticas, ya que estaba fuera de su competencia, el fallo obliga a cuestionarse sobre esta relación entre lo infraccional y lo civil en la LPDC. Creemos que es probable que futuros fallos de la Corte vayan en la senda que ha tallado la Corte con su fallo. Sin embargo, habrá que esperar para determinar cuál es la influencia de él en los juzgados de policía local.

VI. Reflexiones conclusivas

Creemos que el fallo *CENCOSUD* marcará un antes y un después en materias de consumo. El hecho que la Corte Suprema se haya pronunciado de forma tan contundente sobre el caso en comento sin lugar a dudas influirá en los próximos pronunciamientos del máximo tribunal en aquellas

⁴⁸ Sobre el particular, véase Francisca BARRIENTOS CAMUS, "Función del artículo 23 como fuente ambigua de responsabilidad en la Ley de Protección al Consumidor. Alguna jurisprudencia reciente", pp. 625 y ss.

⁴⁹ GUERRERO BECAR, *op. cit.*, pp. 448-451.

causas en las que tenga competencia, de tal manera que es presumible que la Corte siga insistiendo en las doctrinas contenidas en el fallo.

Y aun creemos que más. Asimismo, el fallo debería influir en la interpretación que los jueces de policía local le han dado hasta la fecha a la LPDC, sobre todo en materia de prescripción de las acciones civiles, que era un tema zanjado por los jueces de primera instancia en los procedimientos de acciones de interés individual.

Sin perjuicio de lo anterior, el fallo obliga a hacerse una pregunta más allá de la controversia precisa a la que se aboca: ¿están realmente preparadas nuestras instituciones de derecho privado para afrontar los desafíos de la contratación del siglo XXI?

La contratación masiva por adhesión (para nada nueva) y las formas de conclusión y modificación de contratos por vía no física/presencial (teléfono, y por medios electrónicos) obligan a preguntarse si en realidad la “crisis” de los principios de la contratación que se propugnaba en los años 70 del siglo pasado –en especial la libertad contractual– está en verdad en riesgo a la luz de las exigencias actuales del tráfico. O, por el contrario, si estamos frente al resurgimiento del mismo principio bajo nuevos prismas. Aquella aspiración racionalista consistente en que la voluntad era por sí sola capaz de crear los derechos y obligaciones que estime pertinente y que en nuestros clásicos textos aparecía como un requisito *sine qua non* de todo contrato (con escasas excepciones en su época) hoy día parece sustituirse por la idea de la necesidad de una información básica y accesible en que *cualquier* contratante *pueda* suscribir sin someterse a los riesgos de las asimetrías de información.

Entonces, la bestia negra de la contratación, el contrato por adhesión, deja de tomar ese carácter negativo y pasa a ocupar una función preponderante y positiva en el tráfico bajo los caracteres propios del derecho privado: la igualdad de información de los contratantes protegida por el derecho civil. Como desde siempre sucedió en materia de error y sus derivadas, como los vicios redhibitorios, lesión, y otras instituciones afines. Sólo que, bajo los estándares actuales de rapidez y eficiencia de las comunicaciones, está en proceso de actualización y amoldamiento a las nuevas necesidades.

De ahí entonces que el nuevo derecho privado del siglo XXI, a partir del derecho del consumo como uno de sus brazos, de nuevo toma su rol preponderante a la hora de canalizar estas modernas formas y se dispone (lentamente) para afrontar sus nuevos desafíos. Es probable que no esté todavía del todo preparado, pero bien parece armarse para el futuro.

Bibliografía

- AGUIRREZÁBAL GRÜNSTEIN, Maite, “Artículo 50”, en Iñigo DE LA MAZA GAZMURI y Carlos PIZARRO WILSON (dirs.), *La protección de los derechos de los consumidores*, Santiago, Thomson Reuters, 2013.
- AGUIRREZÁBAL GRÜNSTEIN, Maite, “Artículo 51”, en Iñigo DE LA MAZA GAZMURI y Carlos PIZARRO WILSON (dirs.), *La protección de los derechos de los consumidores*, Santiago, Thomson Reuters, 2013.
- AGUIRREZÁBAL GRÜNSTEIN, Maite, “Algunas precisiones en torno a los intereses supraindividuales (colectivos y difusos)”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 33, N°1, Santiago, 2006.
- ATIYAH, Patrick, “Contracts, promises and the Law of Obligations”, in Patrick ATIYAH, *Essays on contract*, Oxford, Oxford University Press, 1986.
- BARAONA GONZÁLEZ, Jorge, *La nulidad de los actos jurídicos*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana-Ibáñez, 2012.
- BARCIA LEHMANN, Rodrigo, “Artículo 26”, en Iñigo DE LA MAZA GAZMURI y Carlos PIZARRO WILSON (dirs.), *La protección de los derechos de los consumidores*, Santiago, Thomson Reuters.
- BARCIA LEHMANN, Rodrigo, “Estudio sobre la prescripción y caducidad en el derecho del consumo”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 19, Santiago, 2012.
- BARRIENTOS CAMUS, Francisca, “Algunas reflexiones sobre el desbordamiento de la responsabilidad infraccional en la Ley N° 19.496”, en *Revista de Derecho de la Empresa*, N° 25, Santiago, 2011.
- BARRIENTOS CAMUS, Francisca, “Aumento de comisión por mantención del servicio sin consentimiento del consumidor. Cláusulas abusivas, indemnizaciones y multas. Prescripción de la acción infraccional y relación con las demás acciones. Octava Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, 3 de octubre de 2011, rol 976-2011”, en *Revista Chilena de Derecho privado*, N° 17, Santiago, 2011.
- BARRIENTOS CAMUS, Francisca, “Función del artículo 23 como fuente ambigua de responsabilidad en la Ley de Protección al Consumidor. Alguna jurisprudencia reciente”, en Carlos PIZARRO WILSON (coord.), *Estudios de Derecho Civil IV*, Santiago, Legal Publishing, 2009.
- BURGUESS, Andrew, “Consumer adhesion contract and unfair terms: a critique of current theory and a suggestion”, in *Anglo-American Law Review*, vol. 15, N° 4, 1986.
- CAPRILE BIERMANN, Bruno, “Las acciones del comprador insatisfecho: el cúmulo actual (Ley de Protección al Consumidor, vicios redhibitorios, error sustancial, resolución por incumplimiento) y la tendencia al deber de conformidad en el derecho comparado”, en Fabricio MANTILLA ESPINOSA y Carlos PIZARRO WILSON (coords.), *Estudios de Derecho Privado en homenaje a Christian Larroumet*, Santiago-Bogotá, Ediciones de la Fundación Fernando Fueyo Laneri-Universidad del Rosario, 2008.

- CARVAJAL RAMÍREZ, Patricio-Ignacio, “Tipicidad contractual y derechos de los consumidores. Artículo 16, letra g) de la Ley N° 19.496”, en Fabián ELORRIAGA DE BONIS (coord.), *Estudios de Derecho Civil VII*, Santiago, Abeledo Perrot-Legal Publishing, 2012.
- CONTARDO GONZÁLEZ, Juan Ignacio, “Prescripción de la acción indemnizatoria en la Ley de Protección al consumidor: Tendencias jurisprudenciales”, en *Cuadernos de Extensión Jurídica*, N° 21, Santiago, 2011.
- CONTARDO GONZÁLEZ, Juan Ignacio, “De vuelta a las reglas generales: El régimen de prescripción de las acciones civiles en el ámbito de la protección al consumidor a partir del caso “Cencosud”, en *La Semana Jurídica*, N° 47, Santiago, 2013.
- CORTEZ MATCOVICH, Gonzalo, “Artículo 50”, en Iñigo DE LA MAZA GAZMURI y Carlos PIZARRO WILSON (dirs.), *La protección de los derechos de los consumidores*, Santiago, Thomson Reuters, 2013.
- CORTEZ MATCOVICH, Gonzalo, *El nuevo procedimiento regulado en la Ley N° 19.496*, Santiago, Lexis Nexis, 2004.
- DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo, “Contratos por adhesión y cláusulas abusivas. ¿Por qué el Estado y no solamente el mercado?”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 1, Santiago, 2003.
- DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo, “El control de las cláusulas abusivas y la letra g)”, en Francisca BARRIENTOS CAMUS, Iñigo de la MAZA GAZMURI y Carlos PIZARRO WILSON (eds.), *Consumidores*, Santiago, Legal Publishing, 2012. Publicado antes en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 5, Santiago, 2005.
- DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo, “Res ipsa loquitur”, en *La Semana Jurídica*, N° 47, Santiago, 2013.
- DÍEZ-PICAZO, Luis, “Condiciones generales de la contratación (esbozo de una evolución)”, en Luis DÍEZ-PICAZO y Aurelio MENÉNDEZ MENÉNDEZ (dirs.), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Madrid, Civitas, 2002.
- DÍEZ-PICAZO, Luis, *Derecho y masificación social*, Madrid, Civitas, 1990.
- GUERRERO BECAR, José Luis, “La distinción entre contravención infraccional e incumplimiento contractual o contravención civil en materia de protección de derechos del consumidor”, en Alejandro Guzmán Brito (edit.), *Colección de estudios de Derecho Civil en homenaje a la profesora Inés Pardo de Carvalho*, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2007.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, “Derecho y masificación social”, en Alejandro Guzmán Brito (edit.), *Colección de estudios de derecho civil en homenaje a la profesora Inés Pardo de Carvalho*, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2007.
- LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge, *Los contratos*, Santiago, Abeledo Perrot-Legal Publishing, 2010.
- MOMBERG URIBE, Rodrigo, y Carlos PIZARRO WILSON, “Artículo 16 g)”, en Iñigo DE LA MAZA GAZMURI y Carlos PIZARRO WILSON (dirs.), *La protección de los derechos de los consumidores*, Santiago, Thomson Reuters, 2013.

- PINOCHET OLAVE, Ruperto, “¿Es la condena infraccional requisito de la indemnización de perjuicios regulada en la Ley N° 19.496 sobre Protección del Consumidor? Un error histórico”, en Fabián ELORRIAGA DE BONIS (coord.), *Estudios de Derecho Civil VII*, Santiago, Abeledo Perrot-Legal Publishing, 2012.
- PIZARRO WILSON, Carlos, “Artículo 16 A”, en Iñigo DE LA MAZA GAZMURI y Carlos PIZARRO WILSON (dirs.), *La protección de los derechos de los consumidores*, Santiago, Thomson Reuters, 2013.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Inexistencia y nulidad en el Código Civil chileno*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1995.
- ROYO MARTÍNEZ, Miguel, “Contratos de adhesión”, en *Anuario de Derecho Civil*, N° 2, fas. 1, Madrid, 1949.
- SALEILLES, Raymond, *De la déclaration de volonté*, Paris, Librerie Cotillon, 1901.
- SERNAC, “Sernac gana la primera demanda colectiva en Chile obteniendo cerca de 70 millones de dólares en compensaciones para los consumidores afectados”, 2013, disponible en www.sernac.cl/sernac-gana-la-primera-demanda-colectiva-en-chile-obteniendo-cerca-de-70-millones-de-dolares-en-comp/, consultado en 2 de julio de 2013.
- VIDAL OLIVARES, Álvaro, “Contratación y consumo. El contrato de consumo en la Ley N° 19.496 sobre protección a los derechos de los consumidores”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XXI, Valparaíso, 2000.
- TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio, y José Miguel VALDIVIA OLIVARES, *Contrato por adhesión*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1999.
- ZIMMERMANN, Reinhard, *The new german law of obligations*, Oxford, Oxford University Press, 2005.

PRIMERA SENTENCIA LEY ANTIDISCRIMINACIÓN: ZAPATA Y DE LA FUENTE CON SOCIEDAD COMERCIAL MARÍN LIMITADA

*José Manuel Díaz de Valdés J.**

I. Introducción

Con fecha 12 de julio de 2012 se dictó la Ley 20.609, que Establece Medidas contra la Discriminación (“Ley Zamudio”), la cual instituye, entre otras materias, una “acción de no discriminación arbitraria” de conocimiento de los juzgados de letras.

Dado que la Ley Zamudio se presentó ante la opinión pública como la piedra angular de una nueva etapa en la lucha contra la discriminación, existía gran expectativa acerca de la litigación a que se daría lugar en los meses siguientes a su puesta en vigencia. Los resultados, sin embargo, no han estado a la altura de las expectativas, toda vez que a la fecha se han presentado muy pocas acciones al amparo de la Ley Zamudio¹. En este contexto, cobra especial interés la primera sentencia dictada sobre una acción de no discriminación arbitraria. Se trata del fallo del Tercer Juzgado Civil de Santiago (el “Tribunal”) de fecha 5 de diciembre de 2012, recaído en la causa rol N° 17.314 – 2012 (la “sentencia”).

El presente comentario de jurisprudencia comenzará describiendo brevemente el contenido de la sentencia, para luego centrarse en el análisis crítico de dos aspectos fundamentales. El primero tiene relación con el uso que hace el Tribunal de diversas fuentes del derecho. El segundo se refiere a la argumentación jurídica que utiliza la sentencia. Cabe destacar, por tanto, que este comentario de jurisprudencia se centrará en los aspectos sustantivos del fallo, y no en sus aristas procesales o procedimentales. Es también conveniente aclarar que, dada la íntima relación existente entre

* Doctor en Derecho, Universidad de Oxford. Máster en Derecho, Universidad de Harvard y Universidad de Cambridge. Profesor Derecho Constitucional y miembro del Centro de Justicia Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo. Correo electrónico: jdiazvaldes@udd.cl.

¹ 7° Juzgado de Letras de Santiago Nicolás Moreno con Portal La Reina, 2012, rol C-001389; 1^{er} Juzgado de Letras de Buin, rol C-1863-2012, 2012, Roberto Vilaza con Diego Vergara, Juzgado de Letras y de Garantía de Isla de Pascua, rol 20-2012, 2012, Catarina Maitu Veri Ata Tea con Matías Riroroko.

la Sentencia y la Ley Zamudio, se realizarán ciertos análisis y juicios sobre esta última.

II. El caso

La sentencia recayó sobre una acción de no discriminación arbitraria presentada por dos lesbianas (doña Pamela Zapata Pinchao y doña Carla de la Fuente Vergara) en contra de la Sociedad Comercial Marín Limitada, dueña de un motel en donde se les habría negado acceso a una habitación (el “Motel”).

Según las demandantes, los hechos del caso ocurrieron el 27 de julio de 2012, cuando la recepcionista del Motel, en vez de asignarles una habitación, les habría conducido “a otro despacho aledaño y luego les solicita esperar tras una cortina en el pasillo principal”. A continuación, habría ingresado al Motel una pareja heterosexual, a quienes sí se les habría ofrecido una habitación. Posteriormente, un guardia les habría informado “que no quedaban habitaciones” y que “por políticas de la empresa no pueden ingresar por ser ustedes”. Finalmente se les habría pedido salir del Motel “con indicaciones de un lugar donde sí dejaban entrar gente como ellas”.

Las demandantes alegaron discriminación arbitraria en razón de su orientación sexual, invocando el artículo 19 N°2 de la CPR; el artículo 7° de la Declaración Universal de Derechos Humanos; el artículo 3° c) de la Ley N° 19.469 sobre Protección al Consumidor, y el artículo 2° de la Ley Zamudio. Destacaron, asimismo, que “el proveedor de bienes y servicios tiene prohibido discriminar arbitrariamente entre consumidores”, y que

“No existe libertad económica ni de comercio alguno en que la demandada pueda sostener que las política que homofobia que mantiene hasta la fecha son legítimas y conforme a derecho”.

La parte demandada negó los hechos alegados por las demandantes, destacando que el orden de ingreso a las habitaciones depende del tipo y tarifa de la habitación requerida, así como del “servicio y cantidad de clientes que coincidan en tales requerimientos”. Agregó que las demandadas decidieron abandonar el Motel “después de esperar largo rato en el reservado de espera”, negando que el guardia les hubiera dicho que no quedaban habitaciones. Asimismo, arguyó que el Motel se había orientado hacia el público heterosexual, “lo cual es lícito” y estaría amparado por el artículo 2° inciso final de la Ley Zamudio, y por el artículo 19 N° 21 de

la CPR. En todo caso, la administración jamás habría ordenado impedir la entrada de parejas del mismo sexo, a quienes se les permitía el ingreso

“aun cuando entienden que existen otros establecimientos que están en mejores condiciones de brindarles un mejor servicio, ya que están preparados y especialmente acondicionados para atender a parejas homosexuales”.

El Tribunal acogió la acción de las demandantes. Apreciando las pruebas según las reglas de la “sana crítica” (de acuerdo a lo señalado en el artículo 10 de la Ley Zamudio), el Tribunal dio por establecido que el Motel les había denegado acceso a una habitación en razón de su condición sexual. Especial importancia otorgó el juez de la causa a las declaraciones realizadas por un funcionario del Motel a diversos medios de comunicación, referidas a que habría otros moteles para parejas homosexuales (al parecer, incluso existiría uno de propiedad de la misma empresa dueña del Motel), y a que otros “pasajeros habituales” se habrían molestado al ver ingresar parejas homosexuales al Motel.

A continuación, el Tribunal analizó si la conducta de la demandada podía considerarse razonable a la luz del artículo 2° inciso final de la Ley Zamudio. Dicha norma señala lo siguiente:

Se considerarán razonables las distinciones, exclusiones o restricciones que, no obstante fundarse en alguno de los criterios mencionados en el inciso primero [incluyendo la orientación sexual], se encuentren justificadas en el ejercicio legítimo de otro derecho fundamental, en especial los referidos en los números 4°, 6°, 11°, 12°, 15°, 16° y 21° del artículo 19 de la Constitución Política de la República, o en otra causa constitucionalmente legítima.

Dado que el demandante había invocado el derecho garantizado en el artículo 19 N° 21 de la CPR –esto es, el derecho a la libre iniciativa en materia económica– el Tribunal analizó si se estaba frente a un ejercicio legítimo del mismo que pudiera servir de fundamento a la distinción hecha por el Motel. El juez de la causa llegó a una conclusión negativa, ya que el derecho en cuestión debe

“someterse en su ejercicio al mandato de la Constitución y las leyes, y a los principios que gobiernan nuestro Derecho, entre ellos, la igualdad ante la ley”.

En este caso, la distinción habría sido arbitraria, por cuanto “permitir el acceso sólo a parejas heterosexuales no encuentra justificación alguna

en relación al giro de la sociedad”. Adicionalmente, el Tribunal destacó en forma explícita, invocando pasajes de la historia fidedigna de la Ley Zamudio, que la calificación de una discriminación como “arbitraria” correspondía al juez de la causa y respondía a un examen concreto del caso en cuestión. Finalmente, concluyó señalando que la molestia de las parejas heterosexuales por la presencia de parejas homosexuales en el hotel “no es más que el reflejo de las conductas que se busca evitar y erradicar de nuestra sociedad con la dictación” de la Ley Zamudio.

En definitiva, el Tribunal prohibió a la demandada impedir o restringir el ingreso al Motel de parejas homosexuales basada en su orientación sexual, y la condenó al pago de una multa de 50 UTM, además de las costas del juicio.

III. *Comentario*

En general, se trata de un fallo de redacción y estructura simple, pero efectiva en la resolución del asunto controvertido. Si bien es una sentencia de primera instancia, existe cierta elaboración interesante acerca de algunos aspectos fundamentales de la discusión jurídica sometida a su conocimiento. En esta sección analizaremos dos asuntos centrales: la utilización que hace el Tribunal de las fuentes del derecho, y la argumentación jurídica de la sentencia.

1. *FUENTES DEL DERECHO*

En primer término, llama la atención la selección que hace la sentencia de fuentes normativas. Es así como el Tribunal asume desde el primer momento que la norma central para resolver el asunto es la Ley Zamudio. Si bien esto es explicable, dado el hecho que la acción deducida en la especie es precisamente aquella creada por dicha ley, no es del todo satisfactorio, ya que la norma más importante que debe aplicarse al caso es la CPR. En efecto, la Constitución no es sólo la norma jerárquicamente primordial en nuestro sistema, sino que además ofrece regulación expresa sobre igualdad y no discriminación, fundamentalmente en su artículo 19 N° 2 (pero también en otras de sus disposiciones, como por ejemplo en sus artículos 1° y 19 N° 3). Es más, la protección ofrecida por la Constitución en materia de no discriminación es superior a la de la Ley Zamudio, principalmente porque esta sanciona sólo la discriminación que “cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos

fundamentales” (artículo 2°)². Es decir, la Ley Zamudio concibe la no discriminación como un derecho “dependiente” o “adosado” a otro derecho que se vulnera. Por tanto, si bien la prohibición de discriminación ha merecido la protección constitucional en forma autónoma, su protección legal a través de la Ley Zamudio requiere la invocación adicional de la infracción a otro derecho, el cual no siempre será fácil de identificar y/o invocar exitosamente.

Curiosamente, la sentencia no señaló cuál sería el derecho cuyo ejercicio legítimo habría sido afectado por el Motel al negarse a proveer una habitación a las demandantes. En otras palabras, el juez ignoró la norma legal que le permitía proteger el derecho a la igualdad y no discriminación sólo cuando ello redundara en la afectación de otro derecho. Al actuar así, nos parece que el juez actuó correctamente, toda vez que la Constitución no exige tal requisito. Sin embargo, el Tribunal debió haber invocado para ello explícitamente las normas constitucionales pertinentes, y no las disposiciones de la Ley Zamudio, que, en definitiva, incumplió.

El punto anterior nos lleva a reflexionar, dentro de la lógica de la Ley Zamudio y no de la lógica constitucional, acerca de qué derecho adicional habría sido vulnerado por la conducta discriminatoria en comento. Si bien podría argumentarse que existiría una infracción a los derechos a la integridad psíquica (artículo 19 N°1 de la CPR) y a la honra y la vida privada (artículo 19 N°4), no nos parece que dichas vulneraciones sean tan evidentes e intensas como para considerarlas incontrovertibles. De esta forma, reafirmamos nuestra opinión acerca de la importancia de considerar la discriminación arbitraria como una conducta antijurídica e inconstitucional en sí misma, sin necesidad de exigirle el requisito adicional de vulneración de otro derecho distinto. En efecto, si el Tribunal hubiese aplicado la Ley Zamudio en forma estricta, es muy probable que la acción hubiese sido rechazada por ausencia de otro derecho vulnerado.

Sin perjuicio de todo lo anterior, podría afirmarse que el Tribunal tenía una razón de peso para utilizar el marco jurídico provisto por la Ley Zamudio. En efecto, dicha ley identifica expresamente como categoría de distinción “sospechosa” la orientación sexual (que es el factor de distinción determinante en este caso), en circunstancias que la protección constitucional de dicha categoría es más discutible³. Sin embargo, aun

² No nos referimos aquí a la disyuntiva procesal entre recurso de protección y acción de no discriminación, sino al hecho que la Constitución exige menos requisitos para proteger el derecho a la no discriminación.

³ Javier COUSO SALAS, “Acerca de la pertenencia de la nueva ley de no discriminación para combatir la estigmatización de los homosexuales en Chile”, p. 195.

aceptando esta argumentación, nos parece que el Tribunal erró en no invocar *adicionalmente* las normas constitucionales aplicables, ya que sólo aquellas le permitían ignorar la (in)existencia de otro derecho fundamental vulnerado por la conducta denunciada.

Continuando con la utilización que hace la sentencia de fuentes normativas, llama la atención su invocación al derecho internacional. En efecto, el Tribunal hace una breve referencia a una serie de tratados internacionales que proscibirían la discriminación, ya sea en forma general o en ciertos contextos específicos (e.g., raza, sexo). Sin embargo, cabe destacar que la sentencia deja constancia de que sólo se refiere a aquellos tratados que han sido ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, siguiendo de este modo el lenguaje del artículo 5° inciso 2° de la CPR:

El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emana de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes

Esta opción que hace el Tribunal al seguir de cerca del texto constitucional nos parece importante, toda vez que refleja la doctrina tradicional en cuanto a que los tratados internacionales sobre derechos humanos no son sólo fuente de derecho, sino también límite de la soberanía, gracias a la referencia que el artículo 5° de la CPR hace a ellos. En otras palabras, es en definitiva la Constitución la que obliga al juez a aplicar los tratados internacionales.

Un análisis más detenido de la sentencia, sin embargo, demuestra que aquella no realiza elaboración alguna en cuanto a cómo los tratados en cuestión ayudarían a resolver el asunto controvertido. En otras palabras, más allá de una referencia genérica, el juez de la causa NO utiliza los tratados internacionales en la resolución del caso. Cabe entonces preguntarse por qué el juez considera relevante hacer la referencia a tales tratados. Una posibilidad es que el Tribunal haya querido demostrar que conocía la totalidad del marco jurídico aplicable. Otra alternativa es que nos encontremos frente a una declaración de principios respecto de la importancia del derecho internacional en materia de discriminación. Podría también tratarse de una suerte de argumento “a mayor abundamiento”, vale decir, si bien el juez resuelve el caso con la Ley Zamudio, habría querido dejar constancia de que la sentencia también encontraría sustento normativo en ciertos tratados internacionales. Al respecto, el Tribunal entrega un antecedente adicional en su considerando Décimo Tercero, donde señala

que durante la tramitación de la Ley Zamudio, la Directora Ejecutiva de Amnistía Internacional habría señalado:

“una ley antidiscriminación comprensiva permitirá que la legislación chilena se encuentre adecuadamente alineada con los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

Del texto de la sentencia se deduce que el Tribunal hace suyas las palabras anteriores, lo que a su vez parecería implicar que la Ley Zamudio debe considerarse como una ley general antidiscriminación (lo que es un error)⁴, y por tanto, que al aplicar dicha ley se estarían cumpliendo las obligaciones antidiscriminatorias contenidas en los tratados internacionales.

En síntesis, la referencia que hace el Tribunal a los tratados internacionales es paradójica e incompleta. Si bien el Tribunal los invoca, en realidad no los utiliza (al menos directamente), ya que pareciera considerar que la aplicación directa de la Ley Zamudio implicaría, entre otras cosas, una aplicación indirecta de los tratados internacionales que menciona.

Finalmente, cabe destacar que existe en la sentencia cierta conexión, si bien implícita, con la legislación de protección al consumidor. Como señala la demandante, el artículo 3 letra c) de la Ley N° 19.469 de Protección de los Derechos de los Consumidores establece que es un derecho básico del consumidor “El no ser discriminado arbitrariamente por parte de proveedores de bienes y servicios”. El Tribunal no recogió este argumento en la Sentencia, lo cual era previsible toda vez que la acción jurisdiccional presentada era la proveída por la Ley Zamudio, en circunstancias que la legislación de protección del consumidor establece otros mecanismos procesales. Sin embargo, nos parece que el considerando décimo noveno de la sentencia denota una lógica que se acerca a la protección al consumidor, cuando señala que “el permitir el acceso sólo a parejas heterosexuales no encuentra justificación alguna en relación al giro de la sociedad. Pensar de tal modo importaría avalar constantes actos de discriminación, consistente, por ejemplo, que en un restaurante o en una sala de cine no se permitiera el ingreso de parejas homosexuales”. Si bien es cierto este tipo de argumentación se entiende en relación al derecho invocado por el Motel para justificar sus acciones (libre iniciativa econó-

⁴ La Ley Zamudio omite tratar elementos fundamentales del derecho antidiscriminatorio, tales como la discriminación indirecta, la grupal, la ejercida por particulares y la multidiscriminación. Además exhibe una excesiva identificación con un grupo discriminado en particular (minorías sexuales). Véase José Manuel DÍAZ DE VALDÉS, “¿Es la Ley Zamudio verdaderamente una Ley General Antidiscriminación?”, pp. 279-297.

mica), pareciera que el Tribunal también está pensando en el individuo en cuanto cliente de diversos servicios que se consideran de naturaleza similar (aquellos que se otorgan en establecimientos abiertos al público en general). Esto no debiera sorprender demasiado, dada la coincidencia en los hechos de supuestos normativos paralelos.

En definitiva, si bien el Tribunal no resuelve el asunto controvertido de acuerdo a las normas de protección al consumidor (y no podía hacerlo), es interesante constatar que cuando el acto discriminatorio ocurre en la prestación de bienes y servicios resulta imposible separar completamente los planos. Por lo mismo, sería importante considerar en tales casos una aplicación concurrente de las normativas “generales” antidiscriminación (*i.e.*, Constitución y Ley Zamudio), y de protección al consumidor, lo que a su vez plantea importantes desafíos de armonización (e.g., juez competente, procedimiento aplicable, coincidencia de sanciones, posibles conflictos entre los principios inspiradores de las distintas legislaciones concurrentes, etcétera).

2. ANÁLISIS ARGUMENTAL

En síntesis, lo que hace el juez de la causa es, primero, determinar los hechos según la prueba ofrecida. A continuación, analiza si tales hechos evidencian una distinción razonable, lo cual es rechazado por cuanto no se trataría de un ejercicio legítimo del derecho de libre iniciativa económica, ya que la distinción no se relacionaría al giro del Motel.

Al respecto cabe formular múltiples observaciones. En primer término, la labor esencial del juez en casos de discriminación es determinar si la distinción es o no arbitraria. Es cierto que este estándar no es unívoco y que admite diversas formulaciones e intensidades, desde la sola mención de una razón que excluya el mero capricho, hasta la demanda de una razón adecuada y proporcionada, pasando por la exigencia de que se trate de una razón real y convincente. Si bien el Tribunal recuerda esto en la sentencia, la verdad es que, en los hechos, confunde el examen de arbitrariedad con el análisis de si procede o no aplicar la “presunción de razonabilidad” contenida en el artículo 2° inciso tercero de la Ley Zamudio antes transcrito (las distinciones basadas en una “categoría sospechosa” –como lo es la orientación sexual– son razonables cuando se justifican en el ejercicio legítimo de otro derecho fundamental). Una cosa es descartar la aplicación de la presunción de razonabilidad, y otra es determinar que la distinción no es razonable. En otras palabras, podría suceder que la distinción no esté amparada por la presunción de razonabilidad, pero aun así sea razonable. En la sentencia, sin embargo, el análisis de ambas

cuestiones es indistinguible. Si bien el resultado pudiera ser el mismo en ambos casos (*i.e.*, la distinción no está amparada por la presunción de razonabilidad y tampoco es razonable), habría sido conveniente una mayor prolijidad argumentativa.

Otro punto a destacar es que el Tribunal parece asumir que el ejercicio legítimo de un derecho excluye *per se* toda discriminación arbitraria⁵. Esta es una definición importante, por cuanto la Ley Zamudio no resuelve expresamente el punto, dejando abiertas al menos dos posibilidades. La primera es entender por *ejercicio legítimo* aquel que, entre otras cosas, no produce una discriminación arbitraria. Sin embargo, de ser así, el inciso tercero del artículo 2° sería tautológico y superfluo, lo que repugna al criterio de interpretación según el cual las normas deben interpretarse de forma que no sean redundantes y produzcan efectos. La segunda alternativa es que el legislador piense que, al menos en ciertas circunstancias, el ejercicio legítimo de un derecho puede incluir la creación de diferencias arbitrarias, y que en tal caso la Ley Zamudio no otorgaría protección frente a esa discriminación. En otras palabras, esta Ley Zamudio estaría creando una suerte de jerarquía de derechos, donde la no discriminación sería un derecho de segundo orden que quedaría siempre subordinado a otros derechos fundamentales, cuestión que sería derechamente inconstitucional⁶.

Si bien el Tribunal no se pronuncia explícitamente respecto de la disyuntiva anterior, del texto de la sentencia pareciera desprenderse su adhesión a la primera alternativa. Es así como señala que para que una distinción sea razonable “no basta con invocar una de las garantía constitucionales (...) sino que es necesario acreditar su ejercicio legítimo”, aclarando que el ejercicio del derecho a la libre iniciativa económica debe someterse “a los principios que gobiernan nuestro Derecho, entre ellos, la igualdad ante la ley”. Esta postura, sin embargo, acarrea una consecuencia práctica para el análisis que debiera llevar a cabo el Tribunal. En vez de focalizarse en la “razonabilidad” de la distinción, el juez debería primero determinar si la distinción responde a un ejercicio legítimo de otro derecho constitucional. Sin embargo, surge inmediatamente la tentación de analizar esta última pregunta desde la perspectiva de la razonabilidad de la distinción. En otras palabras, si el ejercicio legítimo de un derecho excluye “automáticamente” la arbitrariedad, basta con realizar un análisis de

⁵ Esta aproximación también ha aparecido en la doctrina, e.g., Julio ALVEAR TÉLLEZ e Ignacio COVARRUBIAS CUEVAS, “Hecha la ley, hecha la trampa: Un análisis de los errores de la legislación “antidiscriminación””, p. 25.

⁶ José Luis CEA EGAÑA, *Derecho Constitucional Chileno*, pp. 68-72; Soledad BERTELSEN SIMONETTI, *Métodos de Solución de Conflictos entre Derechos Fundamentales*, pp. 32-40.

razonabilidad de la distinción para determinar si el ejercicio del derecho es legítimo, lo que a su vez permite activar la presunción de razonabilidad de la distinción. El círculo es completo, y por lo mismo, inútil.

En definitiva, el Tribunal se enfrentaba a un callejón sin salida, y a nuestro parecer, sortea la dificultad con pragmatismo. Tal y como mencionamos previamente, el Tribunal examina la razonabilidad de la distinción y la legitimidad del ejercicio del derecho a la libre iniciativa económica como un todo, conjuntamente y sin distinguir entre ellos. Indirectamente, sin embargo, la sentencia estaría demostrando que el inciso en comento es superfluo, más allá de la utilidad que podría tener en incentivar al juez a vincular el examen de arbitrariedad a la naturaleza, límites, núcleo esencial, etc., del otro derecho involucrado, cuestión altamente compleja que, por lo mismo, requeriría un trabajo dogmático previo.

En cuanto a la razón de fondo por la cual la sentencia consideró que la distinción no era razonable y no quedaba amparada en el ejercicio legítimo del derecho a la libre iniciativa económica, aquella presenta dos aristas. Por una parte, el Tribunal rechaza la justificación ofrecida por la demandada, señalando:

“ignora qué acondicionamiento especial o preparación adicional requeriría un (sic) habitación de motel para que una pareja homosexual concurra a dicho recinto”.

Por otra parte, declara la sentencia que “permitir el acceso sólo a parejas heterosexuales no encuentra justificación alguna en relación al giro de la sociedad”, y lo compara con la situación de restaurantes y cines. En relación a la primera observación del Tribunal, queda claro que estamos frente a un examen de razonabilidad donde el juez contrasta la justificación abstracta del demandado con su implausible aplicación concreta. Utilizando el sentido común, el Tribunal desenmascara la poca seriedad de la justificación otorgada por la defensa (podría especularse que esta es la razón de la condena en costas).

La segunda observación del Tribunal nos merece una opinión más crítica. Más allá de la obviedad de que el giro de un motel tiene una relación sustancialmente mayor a la orientación sexual que un restaurante o un cine, es curioso que se invoque el giro de la sociedad demandada como determinante en esta materia. Supongamos que el giro de la sociedad fuera específicamente proveer alojamiento temporal a parejas heterosexuales: ¿desaparecería entonces el problema discriminatorio para el Tribunal? Creemos que esta no es la forma más indicada de atacar el problema. Por el contrario, si lo que se había invocado era el legítimo ejercicio de la libre

iniciativa económica (artículo 19 N° 21 de la CPR), el Tribunal debió haber analizado con profundidad aquel derecho, su contenido, y por qué la decisión de no entregar habitaciones a parejas homosexuales no se encontraba comprendida en él. Así, por ejemplo, considerando la jurisprudencia en materia de recurso de amparo económico, el Tribunal podría haber analizado la distinción cuestionada a la luz del riesgo y del lucro involucrados en la actividad empresarial⁷. También podría haber recurrido a principios generales de derecho laboral (o incluso de protección al consumidor, como mencionáramos previamente), para analizar los límites a las potestades de administración de quién ejerce el derecho en cuestión. En fin, las posibilidades de análisis eran amplias. Sin embargo, el Tribunal no desarrolla ninguna de ellas, y no lo hace por lo que ya explicamos más arriba: la sentencia confunde el análisis de razonabilidad de la distinción con el examen acerca de si se está frente a un ejercicio legítimo de la libre iniciativa económica. En definitiva, lo que hace el juez es aplicar el test de racionalidad, y de ahí deducir que como la distinción no es razonable, tampoco puede haber ejercicio legítimo del derecho en cuestión. Nuevamente nos encontramos con la confusa tautología a la que nos empuja la Ley Zamudio.

No obstante lo anterior, cabe destacar que sí podemos encontrar en la sentencia una referencia relativamente explícita al lucro. Esta referencia, sin embargo, se hace desde una perspectiva diferente y sirve para que el Tribunal se pronuncie respecto de un asunto que es fundamental en materia antidiscriminatoria. Aquel tiene relación con la posibilidad de imponer a los particulares obligaciones antidiscriminatorias de las cuales se seguirá un posible perjuicio para los mismos, sin derecho a compensación alguna, sino como una suerte de carga pública no indemnizable. Es así como frente al argumento de la demandada de que la presencia de parejas homosexuales en el Motel “molestaría” a los clientes heterosexuales, el Tribunal señala que aquello

“no es más que el reflejo de las conductas que se busca evitar y erradicar de nuestra sociedad con la dictación de la presente ley [Ley Zamudio]”.

Lo que está diciendo la sentencia es que la existencia de una discriminación social generalizada no puede invocarse como una justificación para continuar prácticas discriminatorias, aunque de ello se deduzca algún tipo de perjuicio. Así, por ejemplo, aun cuando el Motel pudiera probar una baja significativa en sus utilidades producto de la menor afluencia de público heterosexual, debido a la también comprobable aversión de este

⁷ Arturo FERMANDOIS VÖHRINGER, *Derecho Constitucional Económico*, pp. 134-137.

último al público homosexual, aquello no justificaría que el Motel pudiese discriminar a este último. Ahora bien, esta doctrina antidiscriminatoria no es pacífica, ya que puede imponer cargas muy relevantes a un grupo relativamente pequeño de la población (e.g., dueños de moteles). Por lo mismo, nos parece que su afirmación debiera ser materia de ley, y no sólo de declaración judicial, como en el caso en estudio. Esto es particularmente importante en Chile, dada la “presunción de razonabilidad” ya mencionada (el ejercicio legítimo de un derecho). En efecto, la aplicación de esta doctrina puede redundar en la afectación directa de otros derechos, tales como la propiedad, y la igualdad ante las cargas públicas. En el caso en comento, hubiese sido interesante observar cómo el Tribunal habría lidiado con una posible vulneración al artículo 19 N°21 si se hubiese probado, por ejemplo, que la aplicación de la política antidiscriminatoria en favor de los homosexuales hubiese convertido a la empresa en económicamente inviable. Llevado al extremo, la pregunta sería si la Ley Zamudio (y la CPR) permiten que un negocio vaya a la quiebra, sin compensación, en razón de la prohibición de discriminación.

Otro punto interesante de la sentencia es que aquella parece rechazar toda posibilidad de una política “separados pero iguales”, ello por cuanto desestima la defensa de la demandada de que las personas homosexuales podrían acudir a otros moteles especialmente destinados a ese sector de la población. En otras palabras, el Tribunal no considera como suficiente que las parejas homosexuales tengan acceso a moteles iguales o mejores que el Motel, sino que sería necesario que el Motel, y cada motel, esté abierto a ambos tipos de público.

Finalmente, quisiéramos reflexionar brevemente acerca de la posibilidad de haber invocado otros derechos distintos a la libre iniciativa económica como justificación del actuar del Motel. Es posible imaginar, como ha sucedido en otros países (e.g., Reino Unido)⁸, que los dueños de un motel u hotel acudan a su derecho a la libertad de conciencia o libertad religiosa, toda vez que podrían alegar que las conductas homosexuales no son lícitas o morales a la luz de su religión o creencias personales. Del mismo modo, cabe cuestionarse si es necesario que el demandado sea quien invoque todos los derechos concurrentes que podrían cimentar su posición, o si bien podría el Tribunal de oficio considerar que la conducta impugnada responde al ejercicio legítimo de derechos no señalados expresamente por el demandado (cuestión que, en todo caso, supone separar este análisis de aquel de la razonabilidad del acto, como hemos insistido).

⁸ England and Wales Court of Appeal (Civil Division), *Bull & Bull v. Hall & Preddy*, EWCA Civ 83, 2012.

IV. Conclusiones

La primera sentencia recaída sobre una acción de no discriminación arbitraria demuestra las falencias de la Ley Zamudio, corroborando que la primera y más fundamental norma antidiscriminatoria es la Constitución. Esta norma, no la Ley Zamudio, es la que permite que la sentencia no requiera la vulneración de un derecho adicional a la igualdad de trato para configurar la conducta discriminatoria.

Frente al confuso mandato de la Ley Zamudio acerca de la metodología de análisis que debe emplear el juez frente a un caso de discriminación, la sentencia opta por realizar un examen conjunto de la arbitrariedad de la distinción impuesta y de la posibilidad de subsumir la conducta dentro del legítimo ejercicio del derecho a la libre iniciativa económica. Esta solución pragmática supone interpretar la Ley Zamudio de forma que el ejercicio legítimo de un derecho no puede crear una discriminación arbitraria, cuestión que, sin embargo, hace redundante y tautológica la presunción de razonabilidad de las distinciones que se justifiquen en el ejercicio legítimo de otro derecho fundamental (artículo 2 inciso tercero de la Ley Zamudio). En el caso en estudio, la misma confusión hizo que el Tribunal considerara el giro del Motel como un factor clave para determinar no sólo de la falta de razonabilidad de la distinción, sino la no concurrencia del ejercicio legítimo del derecho a la libre iniciativa económica. Lamentablemente, el Tribunal no toma en consideración el contenido de ese derecho para realizar el análisis correspondiente.

Si bien la sentencia deja sin respuesta diversas preguntas acerca de la Ley Zamudio (e.g., ¿es posible implementar políticas de acomodación?, ¿podría el Tribunal invocar el ejercicio legítimo de derechos no señalados por el demandado para justificar la distinción?), al menos es un intento de dar coherencia y aplicación a una ley que es, en lo sustancial, escasamente inteligible.

V. Bibliografía

- ALVEAR TÉLLEZ, Julio, y COVARRUBIAS CUEVAS, Ignacio, "Hecha la ley, hecha la trampa: Un análisis de los errores de la legislación 'antidiscriminación'", en *Actualidad Jurídica*, N° 26, Santiago, 2012.
- BERTELSEN SIMONETTI, Soledad, *Métodos de solución de conflictos entre derechos fundamentales*, Santiago, Tribunal Constitucional, 2010, Número 42.
- CEA EGAÑA, Luis, *Derecho Constitucional Chileno*, 2ª ed., Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2012, tomo II.

COUSO SALAS, Javier, “Acerca de la pertenencia de la nueva ley de no discriminación para combatir la estigmatización de los homosexuales en Chile”, en *Derecho Público Iberoamericano*, año 1 N° 1, Santiago, 2012.

DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ, José Manuel, “¿Es la Ley Zamudio Verdaderamente una Ley General Antidiscriminación?”, en *Actualidad Jurídica*, N° 28, Santiago, 2013.

FERMANDOIS VÖHRINGER, Arturo, *Derecho Constitucional Económico*, 2ª ed., Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2006, tomo 1.

JURISPRUDENCIA

Tercer Juzgado Civil de Santiago (2012): rol 17314, 5 de diciembre de 2012. Disponible en www.poderjudicial.cl, consultado el 8 de agosto de 2013.

Bull & Bull v. Hall & Preddy [2012] EWCA Civ 83. Disponible en www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2012/83.html, consultado el: 8 de agosto de 2013.

OTRAS FUENTES

Séptimo Juzgado Civil de Santiago(2012): rol C001389-2012, Nicolás Moreno con Portal La Reina,

Juzgado de Letras y Garantía de Isla de Pascua (2012): rol 20-2012, Catarina Maitu Veri Ata Tea con Matías Riroroko.

Primer Juzgado de Letras de Buin (2012): rol C1863-2012, Roberto Vilaza con Diego Vergara.

Recensiones

Derecho Público Iberoamericano
Universidad del Desarrollo
N° 3 | 2013

EDUARDO SOTO KLOSS, *DERECHO ADMINISTRATIVO. TEMAS FUNDAMENTALES*, SANTIAGO, ABELEDO PERROT-LEGAL PUBLISHING, 2012, 966 PP., ISBN 978-956-238-827-6

*Jaime Arancibia Mattar**

Se presenta la tercera edición actualizada del libro *Derecho Administrativo. Temas fundamentales*, del profesor Eduardo Soto Kloss.

Esta obra es expresión genuina del oficio del jurista como aquél que busca, ante todo, la solución justa de los conflictos humanos con espíritu crítico hacia las fuentes normativas. Contiene también un acervo jurídico de incalculable valor fruto de más de cuarenta años de dedicación abnegada del autor al cultivo y enseñanza de “lo suyo debido a cada uno” en la relación jurídica entre los particulares y el Estado. Su pluma ágil y seductora invita al lector a un viaje por la historia del derecho público en Chile hasta hoy, que destaca por su enorme riqueza de fuentes doctrinales, legales y jurisprudenciales.

Honrando su título, el libro aborda las temáticas fundamentales del Derecho Administrativo, tales como su noción, principios, la organización administrativa del Estado, los actos y contratos administrativos, los efectos de su contravención a derecho –nulidad y responsabilidad–, y los mecanismos de control parlamentario, judicial y contralor de la actuación material y jurídica de la Administración Pública.

No obstante la variedad de las instituciones tratadas, en el texto subyace una concepción del *ius* o justo administrativo coherente con la filosofía aristotélica sobre el hombre iluminada por el cristianismo. En esto radica su originalidad. Para Soto Kloss, entonces, la relación jurídica entre la persona y la Administración se constituye sobre el presupuesto natural

* Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional y Administrativo Universidad de los Andes. Correo electrónico: jarancibia@uandes.cl

del ser humano como criatura igualmente digna, libre, sociable y abierta a la trascendencia, a quien el Estado –en razón de su propia naturaleza y fin– debe servir. Son, precisamente, estos atributos del hombre y del Estado los que determinan lo que les es debido como sujetos de derecho, el contenido mismo de la justicia distributiva que rige su intercambio de bienes y servicios.

Si bien este ideario cuenta con un claro sustento normativo en la Constitución, el autor se encarga de desarrollar su contenido en profundidad y de reparar en aquellas leyes, actos administrativos o sentencias judiciales que los contravienen.

Particular mención merecen dos principios en los que se radican algunos postulados del autor. En primer lugar, el principio de igualdad ante las cargas y beneficios públicos, que impide al Estado dañar o menoscabar a un sujeto de buena fe en beneficio de todos. De esta idea se desprende, por ejemplo, el régimen de responsabilidad objetiva del Estado, el derecho de modificar el contrato administrativo frente a situaciones imprevistas para asegurar la equivalencia de las prestaciones, y la necesidad de respetar los precedentes en materia administrativa.

Una segunda idea defiende el derecho fundamental a la jurisdicción o solución de controversias administrativas a través de un tercero independiente e imparcial. Bajo esta premisa se formula una fuerte crítica a la pretendida autotutela o justicia por propia mano de la Administración, que se expresa en decisiones unilaterales sobre invalidación de actos administrativos de beneficio, validación de actuaciones viciadas, ejecución de actos administrativos, sanciones administrativas y modificación de contratos privados y públicos. Conlleva también un reproche a los obstáculos procedimentales que impiden un acceso directo e inmediato al juez natural, como el abuso del trámite de admisibilidad en el recurso de protección, la doctrina del *solve et repete*, la mediación obligatoria previa a la jurisdicción, la fórmula “en su contra no procederá recurso alguno”, y el desconocimiento del carácter complementario de las acciones judiciales de impugnación de actos administrativos ante tribunales ordinarios y especiales.

En cierto sentido, es paradójico que la “novedad” de Eduardo Soto Kloss consista, precisamente, en recuperar la noción “clásica” del derecho como lo justo antes que la norma, particularmente, la idea de intercambio o restitución equivalente entre la comunidad política y sus miembros. Esto se explica por el actual influjo del pensamiento estatista, que extiende la legítima supraordenación del Estado hacia privilegios exorbitantes y superfluos, y por la pretendida supletoriedad plena del *Código Civil* frente al silencio de la norma administrativa, fundada en la premisa errónea de

que compendia todo el derecho común. La relación jurídica entre el Estado y los particulares se regiría entonces, principalmente, por elementos de justicia conmutativa, equiordenadora o aritmética (*v.gr.* prescripción de acciones, *pacta sunt servanda*, responsabilidad por culpa, etcétera).

Frente a este influjo, la obra en comentario viene a recordar que el derecho administrativo es aquella parte del derecho común regida por la justicia distributiva, supraordenadora o geométrica –pues, en palabras de Ulpiano, mira a la “utilidad común”–; es, por tanto, distinta a aquella porción del *ius commune* conmutativo que ha sido objeto de codificación civil. Y siendo su objeto “lo justo”, esto es, el derecho, condiciona la juridicidad de todo acto, norma o sentencia administrativa a la adecuada atribución, reparto o distribución de los bienes y cargas comunes, en razón de la naturaleza y mérito de las personas, ni más ni menos. El texto se convierte así, valga la redundancia, en una pieza clásica de la bibliografía jurídica nacional.

PABLO SÁNCHEZ GARRIDO Y CONSUELO MARTÍNEZ-SICLUNA Y SEPÚLVEDA, *HISTORIA DEL ANÁLISIS POLÍTICO*, MADRID, EDITORIAL TECNOS, 2011, 651 pp. ISBN 978-84-309-5270-0

*Rafael A. Martín Rivera**

¿Es la teoría política algo diverso del análisis político, o ambas vertientes del pensamiento se encuentran íntimamente imbricadas, en una dinámica continua de causa y efecto? Es esta cuestión fundamental que aborda con éxito *Historia del análisis político*, partiendo del estudio de aquellos textos clásicos “mayores” e imprescindibles, junto a otros considerados aparentemente “menores”, de los grandes hacedores universales de la filosofía política, en esencia occidental, desde Platón a Habermass.

La aportación de las denominadas obras menores, en ocasiones olvidadas en la penumbra de la prioridad del estudioso y ante la deslumbrante brillantez de las grandes construcciones teóricas de sus hermanas mayores, resulta clave esencial e innovadora de esta particular visión del “análisis político” a través de la Historia. La teoría, el mundo de las ideas, se vincula así a la praxis y a la acción de la política, desde la cercanía de los acontecimientos, “desde dentro” –como se anuncia en el Prefacio de la obra–, en una especie de “intrahistoria”, o de crónica “no oficial” de los hechos, que arroja nueva luz sobre la realidad política de otras épocas hasta nuestros días,

“como por ejemplo: la constitución clásica ateniense (Aristóteles); la política exterior europea de entre el *Quattrocento* y el *Quinquecento* (Maquiavelo); la Inglaterra guerracivilista de mediados del siglo XVII

* Abogado. LL.M. San Pablo CEU. ESCP Europe MBA. Correo electrónico: rafael.martin@mjvglobal.com

(Hobbes); constituciones europeas específicas, como las de Polonia o Córcega (Rousseau), etc.” (p. 15).

Obra que se revela así en resultado de una verdadera arqueología textualista del pensamiento, sin perder la perspectiva del contexto vital inmediato de treinta y un autores; privilegiados protagonistas de su tiempo. Labor ingente y de gran calado, fruto del trabajo colectivo de conocidos profesores versados en cada uno de los autores y su tiempo, unidos y coordinados admirablemente desde un mismo procedimiento metodológico e historiográfico. Es de reconocer, en particular, en este sentido, la contribución intelectual, coordinación y orientación de la profesora Consuelo Martínez-Sicluna, junto con las aportaciones de los profesores Dalmacio Negro, Pablo Badillo, Rafael Cejudo, Salvador Giner, Montserrat Herrero, Salvador Rus, Jerónimo Molina, Alejandro Rodríguez de la Peña, Renato Cristi y del propio director de esta revista, Julio Alvear Téllez. Sin olvidar, la notable representación de la denominada “Escuela de Cambridge” en Quentin Skinner y John Pocock, cuya participación en esta “*New History*” del pensamiento político, constituye una de las piedras angulares del planteamiento metodológico del director de la obra, Pablo Sánchez Garrido, declaradamente conciliador –según sus propias palabras– con el enfoque histórico “tradicional”, de Leo Strauss o George H. Sabine, *inter allia*.

“Frente a la habitual contraposición entre estas dos metodologías, consideramos que es posible y deseable reconciliar algunas de sus principales contribuciones desde la perspectiva metodológica que se abre con la «historia del análisis político»” (p. 24).

El planteamiento metodológico aporta, por tanto, unidad a la obra, y permite una visión abierta para el trabajo posterior del investigador. No es por tanto una obra “academicista”, encasillada en un área de conocimiento determinado, ni en un aislado momento de la historia del pensamiento, sino el sólido basamento de una magnífica construcción de investigación filosófica, política, jurídica e histórica, que armoniza acertadamente disciplinas, las más de las veces, hoy maltrechamente incomunicadas por acaso aquello que Ortega denominara, hace ya más de cincuenta años, la “barbarie del especialismo”, y que bien podría calificarse particularmente de “mal académico” en los vuelos rasantes universitarios de nuestros días; pues no es menos cierto, como afirmara Schrödinger, con admiración y elogio hacia el filósofo español, que pese a todo

“va ganando terreno la conciencia de que la especialización no es una virtud, sino un mal inevitable, la conciencia de que la investigación es-

pecializada sólo tiene un valor real en el contexto de la totalidad integral del conocimiento”¹.

Obra integradora del conocimiento, por tanto, que aporta una visión en perspectiva del pensamiento político en el devenir de los siglos; en una larga línea de continuidad, transformación y evolución; de gigantes, en fin, que han logrado ver más lejos subidos a hombros de gigantes –podría decirse, en feliz reconvertida expresión newtoniana–. ¿Acaso no puede verse tal devenir, por ejemplo, en el famoso adagio latino “*salus populi suprema lex esto*” de Cicerón a Maquiavelo, y, posteriormente, en Hobbes, Harrington y Locke? Y aún, ¿cómo no advertir el germen del liberalismo político y económico de pensadores posteriores como Hume o Smith en la Escuela de Salamanca y en particular en la obra de los jesuitas Juan de Mariana y Francisco Suárez?²

“Aquí es preciso recordar algunos tratados famosos, como el *De Iuramento Fidelitatis* y la *Defensio Fidei* (especialmente su libro III, *Principatus Politicus*) de Francisco Suárez, y el *De Rege et Regis Institutione*, de Juan de Mariana. Y que en su lectura se pueden reconocer, como expresaba con acertada maestría el profesor Lucas Beltrán, “las formas de vida social que hoy llamamos liberales: un mundo pacífico, en el cual la propiedad privada respetada, la libertad económica, la democracia política y la moneda sana hacen la vida de todos más agradable”³.

“El gobernante cristiano debe ser el primer servidor del bien de su pueblo y buscar, con los mejores medios posibles, la felicidad de los suyos, para quienes debe ser antes de nada la encarnación de la justicia, además de respetar los derechos de las personas, así como promover las medidas administrativas, políticas y económicas indispensables para el engrandecimiento de la nación” (pp. 247-248).

Así, lejos de poder considerarse un libro de consulta, parcelado por períodos históricos y autores inmersos cada uno de ellos en contextos aislados, *Historia del análisis político* requiere una lectura integral, comprensiva, en perspectiva, con lejanía, sin rupturas, como la Historia misma,

¹ Erwin SCHRÖDINGER, *Ciencia y humanismo. La física en nuestro tiempo*, p. 16. Véase Luis Díez del Corral, “Ortega ante el Estado”, p. 3.

² Luis Díez del Corral, *El liberalismo doctrinario*, p. 463; Jesús Huerta de Soto, *Los Principios del Liberalismo*, pp. 9 y ss.; Marjorie, Grice-Hutchinson, *La Escuela de Salamanca*, pp. 55-68; Friedrich A. Hayek, *Derecho, legislación y libertad*, pp. 288-289.

³ León Gómez Rivas, “La escuela de Salamanca y el pensamiento escolástico hispanoamericano en el siglo XVII: contenido e influencia sobre los procesos independentistas posteriores”, p. 931.

que nos permita advertir ese eterno bucle dorsiano, del que nos alejan los microscopios del nominalismo historicista actual, manifiestamente discontinuista. Es, como lo era para Leo Strauss,

“educación en la conciencia de los problemas perennes y fundamentales. (...) la presuposición o hipótesis (que el historicismo niega) de que a lo largo de los cambios históricos persisten los mismos problemas fundamentales, sin ninguna solución específica para ellos” (p. 40).

Porque la Historia es “*revolutio*”, y ésta, a su vez –lejos de las tesis dominantes foucaultianas–, es “*traditio et renovatio*”, no ruptura, como convenientemente afirmara el eminente romanista Juan Iglesias, siguiendo el sentido latino primigenio de la palabra: “volver otra vez o volver hacia atrás, pesar, repasar, examinar, referir, desenvolver, pasar por las mismas pruebas, volver al tenor de la vida que se tenía, y volver por los mismos senderos”; “Porque ruedan los siglos: *saecula revolvuntur*”⁴.

Bibliografía

- DÍEZ DEL CORRAL, Luis, “Ortega ante el Estado”, en *Revista de Estudios Políticos*, N° 69, Madrid, 1953.
- DÍEZ DEL CORRAL, Luis, *El liberalismo doctrinario*, 3ª ed., Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1973.
- GÓMEZ RIVAS, León, “La escuela de Salamanca y el pensamiento escolástico hispano-americano en el siglo XVII: contenido e influencia sobre los procesos independentistas posteriores”, en AA.VV. *La declinación de la monarquía hispánica en el siglo XVII*, Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2004.
- GRICE- HUTCHINSON, Marjorie, *La Escuela de Salamanca*, Salamanca, Caja España, 2006.
- HAYEK, Friedrich A., *Derecho, legislación y libertad*, 2ª ed., Madrid, Unión Editorial, 1988, vol. II.
- HUERTA DE SOTO, Jesús, *Los principios del liberalismo*, Caracas, CEDICE, 2000.
- IGLESIAS, Juan, *Roma. Claves históricas*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, Seminario de Derecho Romano, Facultad de Derecho, 1985.
- SCHRÖDINGER, Erwin, *Ciencia y humanismo. La física en nuestro tiempo*, Madrid, Ed. Alhambra, 1954.

⁴ Juan IGLESIAS, *Roma. Claves históricas*, p. 40.

JOSÉ FRANCISCO GARCÍA G. Y SERGIO VERDUGO R. *ACTIVISMO JUDICIAL EN CHILE. ¿HACIA EL GOBIERNO DE LOS JUECES?* EDICIONES LIBERTAD Y DESARROLLO, SANTIAGO, 2013, 301 PP., ISBN 978-956-7183-62-3

*Julio Alvear Téllez**

Los profesores García y Verdugo nos presentan una obra ambiciosa, novedosa, original y rigurosa. Es ambiciosa, porque aspira a diagnosticar (y a explicar) en nuestro medio local la existencia de activismo judicial en distintos casos asociados al Poder Judicial, efectuando propuestas concretas para combatir el mismo. Es novedosa y original, porque es la primera vez que se reúne en una obra tan omnicompreensiva una selección crítica de sentencias, unida a una parte teórica bien trabajada (aunque en exceso *americanizada*, en mi opinión). Si bien existen algunos artículos previos que utilizan el lenguaje del activismo judicial, esta es la primera vez en nuestro medio que existe una combinación adecuada entre pretensión científica y denuncia. El libro es, también, riguroso, porque los autores revisaron múltiples fuentes chilenas y extranjeras, y examinaron innumerables sentencias judiciales, ofreciendo un análisis ordenado y pedagógico (si bien algo irregular en la profundidad con que se trataron ciertas materias), y siguiendo una interesante metodología de análisis.

El libro se divide en cuatro partes. La primera parte analiza las bases teóricas del activismo judicial. En ella se da cuenta de la principal literatura extranjera, señalando la manera en que ella puede tener cabida en un país como el nuestro, con sus límites naturales y realizando los ajustes necesarios. Para ello, los autores elaboran algunos supuestos de trabajo

* Doctor en Derecho, Universidad Complutense de Madrid. Profesor de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo. Miembro investigador del Centro de Justicia Constitucional de la misma Facultad. Correo electrónico: jalvear@udd.cl

derivados de una perspectiva específica de aproximarse al sistema jurídico que, de no compartirse, difícilmente podría seguirse el argumento central del libro. En este sentido, los autores son honestos y explícitos en su tarea. La sección más importante de la parte teórica, no obstante, es la final, donde se propone lo que los autores denominan *luces de alerta*. Dichas *luces* constituyen elementos de análisis para identificar conductas judiciales sospechosas.

Estas *luces de alerta* son especialmente importantes en la segunda parte del trabajo, donde los autores aplican las mismas en el examen de sentencias derivadas de distintos tipos de materias. En ellas, encontramos casos asociados a las ISAPRES, a problemas ambientales y de energía, casos en materia penal, algunos relativos a las denominadas *tomas* de los establecimientos educacionales, y otros que muestran la desobediencia de algunas Cortes respecto de sentencias del TC. Esta segunda parte es esencialmente práctica, y denota un esfuerzo investigativo importante. En ella se muestra un gran número de sentencias que, en varias ocasiones, resultan paradigmáticas de conductas evidentemente activistas. Aunque el análisis de sentencias no es universal (no podría serlo), su selección es adecuada, y permite darle al lector una perspectiva suficientemente amplia para ilustrar los argumentos del libro.

En la tercera parte del libro, los autores ofrecen algunas explicaciones que permiten entender mejor las razones por las cuales los casos de activismo parecen estar multiplicándose. Aunque no pretenden agotar todos los argumentos explicativos, sus razones parecen ser persuasivas. Señalan que el activismo judicial está siendo promovido por la manera en que está organizado el Poder Judicial (analizando reglas institucionales precisas), por algunas deficiencias que observan en la formación de los jueces y de los incentivos presentes, por la cultura judicial bajo la cual se formaron los magistrados (realizan un interesante ejemplo basado en el juez Carlos Cerda), y por otros condicionantes que, si bien son importantes, parecen secundarios frente a los otros (medios de comunicación y Facultades de Derecho).

En la última parte del libro, los autores ofrecen algunas propuestas para *minimizar* las posibilidades de que el activismo judicial continúe su desarrollo. Se distinguen las propuestas puramente institucionales (muchas de las cuales requieren de reformas) de aquellas que los propios jueces podrían utilizar (bajo la denominación de “metodologías judiciales alternativas”). Los autores aciertan al advertir que el problema del activismo no se soluciona fácilmente y las propuestas que se ofrecen parecen ir en la dirección correcta. Aunque probablemente el lector no las comparta todas (en lo personal, hay algunas que no comparto), los escritores son

persuasivos en argumentar que ésta es la orientación que el debate del activismo judicial debería adoptar en el futuro. Por consiguiente, si bien puede discreparse de algunas cuestiones puntuales en esta parte del libro, el esfuerzo que se ofrece en esta obra es encomiable, y sus diversos puntos no deberían estar ausentes (como de hecho lo han estado) de la discusión judicial y académica. El libro servirá para la promoción de estas ideas, y para llamar la atención a la importancia de las mismas.

En general, la obra constituye un aporte trascendente y polémico al estudio de la Judicatura. Su lectura es rápida y fácil, ya que está redactado en un lenguaje simple, dirigido a un público lector más amplio que la comunidad jurídica. Su lectura no sólo es apropiada para abogados y jueces, sino también para todos los interesados en políticas públicas en materia de justicia.

Siglas y abreviaturas

Derecho Público Iberoamericano
Universidad del Desarrollo
N° 3 | 2013

SIGLAS Y ABREVIATURAS

AA.VV.	autores varios
A.C	Asociación de Consumidores
<i>al.</i>	<i>alis</i> (otros)
art.	artículo
arts.	artículos
A TELMO	Asociación de Telefonía Móvil
BGB	<i>Código Civil</i> alemán
©	candidato
cap.	capítulo
caps.	capítulos
CC	<i>Código Civil</i>
CE	Comunidad Económica Europea
CEE	Comunidad Económica Europea
CENCOSUD	Centros Comerciales Sudamericanos
Cf. <i>a veces</i>	Cfr. confróntese
CNRS	Centre National de la Recherche Scientifique
comp.	compilador
CONADECUS	Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios
cons. <i>a veces</i>	consid. considerando
	consids. considerandos
coord.	coordinador
Comisión	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
COT	<i>Código Orgánico de Tribunales</i>
CPR	Constitución Política de la República

DFL	decreto con fuerza de ley
DGAC	Dirección de Aeronáutica Civil
DIRINCO	Dirección de Industria y Comercio
dirs.	directores
ed.	edición, <i>a veces</i> editor
eds.	editores
<i>e.g.</i>	<i>exempli gratia</i>
ej.	ejemplo
etc.	etcétera
fas.	fascículo
FCC	Federal Communications Commission
FCE	Fondo de Cultura Económica
FIV	fecundación <i>in vitro</i>
FONDECYT	Fondo Nacional de Desarrollo Científico y Tecnológico
<i>id.</i>	idem.
<i>i.e.</i>	<i>id est</i>
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i> (allí, en ese mismo lugar)
LAN	Línea Aérea Nacional
LGT	Ley General de Telecomunicaciones
LPDC	Ley de Protección de los Derechos del Consumidor
LOC	Ley Orgánica Constitucional
Ltda.	limitada
n.	nota
N°	número
nn	números
ONU	Organización de Naciones Unidas
<i>op. cit.</i>	<i>opus citatis</i> (obra citada)
p.	página
p.ex.	por ejemplo
pp.	páginas
PUF	Presses Universitaires de France
PYME	Pequeña y mediana empresa
q.	questio
S.A.	Sociedad Anónima
SBIF	Superintendencia de Bancos e Instituciones financieras
sec	sección
SERNAC	Servicio Nacional del consumidor

SF	SERNAC Financiero
SPUC	Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd
ss.	siguientes
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
SUBTEL	Subsecretaría de Telecomunicaciones
t.	tomo
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
UE	Unión Europea
UNAM	Universidad Nacional autónoma de México
USA	Unites State of America
UTM	unidad tributaria mensual
<i>v.gr.</i>	<i>verbi gratia</i> (por ejemplo)
<i>vid.</i>	véase
vol.	volumen
vols.	volúmenes
<i>v. a veces vs.</i>	<i>versus</i>

Instrucciones a los autores

Derecho Público Iberoamericano
Universidad del Desarrollo
N° 3 | 2013

INSTRUCCIÓN PARA LOS AUTORES

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

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

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

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

1. Materias de interés

1. Derechos fundamentales. 2. Justicia constitucional. 3. Organización política. 4. Derecho Administrativo. 5. Regulación económica. Otras disciplinas concurrentes: Derecho Tributario, Derecho Económico, Derecho Ambiental, Derecho Eléctrico, Derecho de Aguas, etcétera.

2. Perspectivas de interés

1. Dogmática jurídica. 2. Teoría del Derecho. 3. Evaluación práctica. 4. Análisis jurisprudencial. 5. Sociología jurídica. 6. Historia del Derecho. 7. Filosofía jurídica y política. 8. Otras ópticas concurrentes

3. Tipos de colaboración

1. Artículos de doctrina. 2. Monografías. 3. Ensayos. 4. Comentario de jurisprudencia. 5. Comentario de problemas jurídicos. 6. Recensiones o reseñas bibliográficas.

4. Normas para la redacción de los trabajos

1. Los trabajos deben ser inéditos y originales. Serán escritos en español, salvo que la filiación académica del autor sea diversa, en cuyo caso el manuscrito se publicará en el idioma correspondiente. No se consideran originales las traducciones al español de artículos ya publicados en otro idioma.
2. Los trabajos deberán ir encabezados con un título en español e inglés, un resumen en español e inglés de no más de ciento cincuenta palabras, y de palabras claves en ambos idiomas. Este recurso es obligatorio tratándose de estudios y ensayos.
3. El nombre del autor se indicará bajo el título. A pie de página se mencionarán el título profesional, los grados académicos y la universidad o institución a la que pertenece. En casos de tener varios grados académicos, se indicará el más alto.
4. Los manuscritos deben ser redactados en tipografía Times New Roman, tamaño 12 con interlineado de 1,5 para el texto y 10 para las notas con interlineado de 1,15, en hoja tamaño carta.

5. Referencias bibliográficas

1. Las referencias bibliográficas a pie de página serán abreviadas, con la finalidad de no abultar en demasía el texto. Se indican sólo tres elementos: autor –nombre y apellidos (EN VERSALES)–, título de la obra (*cursiva* si es libro, y “entre comillas” si es artículo), y página citada.

Ejemplo: Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, *El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo*, p. 46.

2. Las referencias jurisprudenciales se indicarán del modo que sigue: Tribunal/ (año de dictación); Rol/, considerando o párrafo citado.
Si la identidad de las partes es relevante para la identificación de la sentencia, podrá también ser agregada, a continuación de la identificación del tribunal y antes del año de dictación.

Tratándose de tribunales extranjeros o internacionales, la referencia a pie de página podrá hacerse de acuerdo al uso oficial o común de cada tribunal reconocido en la comunidad científica, como es el caso, por ejemplo, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos o del Tribunal Constitucional español.

3. La referencia completa de las obras citadas se hará al final del trabajo bajo el título Bibliografía.

Si se trata de un *libro*, se sigue el siguiente orden: AUTOR (ES), sea institución o persona (nombre en letra redonda, apellidos en VERSALES), *Título de la publicación (en cursiva)* / (Edición, si no es la primera, Lugar de publicación, Editorial, Año de publicación, vol. o vols. –sin indicar el número de páginas.

Ejemplo: Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, *El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo*, 2ª ed., Madrid, Civitas, 1983, vol. III.

Si es una traducción puede indicarse así:

Ejemplo: Philippe LE TOURNEAU, *La responsabilidad civil*, traducción de Javier Tamayo Jaramillo, Bogotá, Editorial Legis, 2004.

Si se trata de un artículo dentro de un libro: AUTOR(ES) del artículo (nombre en letra redonda, apellidos en VERSALES) / “Título del artículo” (entre comillas) / seguido de la palabra ‘en’ indicación de nombre y APELLIDOS del editor (ed.), coordinador (coord.) o director (dir.)/ *Título del libro (en cursiva)* / Número de edición, si no es la primera, Lugar de publicación, Editorial, Año de publicación.

Ejemplo: Elena VICENTE DOMINGO, “El daño”, en L. Fernando REGLERO CAMPOS (coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, 3ª ed., Madrid, Editorial Aranzadi, 2006.

Si se trata de un artículo de revista: AUTOR(ES) del artículo (nombre en letra redonda, apellidos en VERSALES) / “Título del artículo” (en redondas y entre comillas) / seguido de la palabra ‘en’ *Nombre de la revista (en cursivas)*, año, vol. y N° (cuando corresponda) / Ciudad /Año.

Ejemplo: Andrés BERNASCONI RAMIREZ, “El carácter científico de la dogmática jurídica”, en *Revista de Derecho*, año 2, vol. XX, N° 1, Valdivia, 2007.

En cuanto a las referencias ya citadas: por regla general se identifican por apellido del autor (en versales), las dos primeras palabras de la obra, puntos suspensivos (en cursivas si es *libro* o entre corchetes si es “artículo”), *op. cit.* y página, o simplemente apellido (en versales) y *op. cit.*, cuando corresponda.

Ejemplos: GONZÁLEZ PÉREZ, *El principio...*, *op. cit.*

BERNASCONI RAMIREZ, “El carácter...”, *op. cit.*, p. 35.

LE TOURNEAU, *op. cit.*

En el caso que la obra o documento citado se reitere inmediata y sucesivamente, basta con colocar *ibid.* u *op. cit.* y página, según corresponda.

Si se trata de un documento en formato electrónico: AUTOR(ES) (nombre en letra redonda, apellidos en VERSALES,) / *Título (en cursiva si es libro y entre “comillas” si es artículo)*, año de publicación / Disponible en: Dirección electrónica completa. Consultada el...

Si se trata de jurisprudencia: Tribunal / (Año de dictación): Rol / Fecha de la sentencia. Sede de edición o publicación y responsable de la misma, o la fuente electrónica donde se ubica.

6. Envío de los trabajos

Los trabajos deben ser enviados a *Derecho Público Iberoamericano*, correo electrónico rdpi@udd.cl, a nombre del director de la revista, Dr. Julio Alvear Téllez, o de la coordinadora de redacción, Srta. Camila Javiera López Bradanovic

7. Proceso de selección de los trabajos

7. Si el trabajo ha cumplido con las normas precedentes, *Derecho Público Iberoamericano* decidirá su publicación previo informe favorable de dos árbitros especialistas en el tema. La evaluación será anónima. El autor recibirá oportunamente el resultado de los informes de acuerdo con los criterios de relevancia u oportunidad de la materia tratada, redacción, originalidad, solidez argumentativa y conclusiva, y uso de fuentes bibliográficas, entre otros.

Este número, de mil ejemplares,
se terminó de imprimir en el mes de octubre de 2013
en Versión Producciones Gráficas
Santiago de Chile

