



DERECHO PÚBLICO IBEROAMERICANO
REVISTA DEL CENTRO DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL
Nº 7
OCTUBRE DE 2015

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

VERSIÓN IMPRESA: ISSN 0719-2959

VERSIÓN ONLINE: ISSN 0719-5354

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

DERECHO PÚBLICO IBEROAMERICANO
REVISTA DEL CENTRO DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL
AÑO 4 • N° 7 • OCTUBRE DE 2015
ISSN 0719-2959

PRESENTACIÓN

7

ESTUDIOS

ESTUDIOS SOBRE DERECHOS FUNDAMENTALES.

Giovanni Turco

Il bivio della dignità umana e la questione dei diritti
ontologia ed etica della dignità umana

13

Vicente A. Sanjurjo Rivo

Dos visiones enfrentadas: Estado constitucional y multiculturalismo comunitarista
con relación al ejercicio del derecho a la libertad religiosa: algunos supuestos

61

Paula Millon Lorens y Rodrigo Céspedes Proto

Derecho internacional de los derechos humanos y derecho doméstico chileno

83

ESTUDIOS SOBRE INSTITUCIONALIDAD POLÍTICA Y ECONÓMICA

Emilio Pfeffer Urquiaga y Felipe Lizama Allende

Estado social y bases institucionales de la Constitución de 1980
Una propuesta conciliadora.

119

Alcides Francisco Antúnez Sánchez

La auditoría con enfoque ambiental en el derecho público cubano

141

Valentina Verbal Stockmeyer

Las relaciones civiles-militares en Chile bajo la Constitución de 1823.
Una explicación de sus disposiciones y contexto político

159

ENSAYOS

Lautaro Ríos Álvarez
Los valores en la arquitectura constitucional
203

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

Eduardo Soto Kloss
Un interventor para las Instituciones de Educación Superior
235

Francisco Zúñiga Urbina y Roberto Cárcamo Tapia
¿Inconstitucionalidad de normas constitucionales?
Un caso de “constitucionalismo abusivo”
253

RECENSIONES

Juan Cayón
Il dio mortale, de Dalmacio Negro
275

Manuel Anaut
Traditional Natural Law as the Source of Western Constitutional Law,
Particularly in the United States, de Dante Figueroa
277

SIGLAS Y ABREVIATURAS

283

INSTRUCCIONES A LOS AUTORES

289

PRESENTACIÓN

Sale a luz el séptimo número de *Derecho Público Iberoamericano*, en la continuidad de un proyecto científico que con rigurosa periodicidad supera ya los tres años. En esta edición contamos con la generosa colaboración de especialistas chilenos, españoles, cubanos e italianos.

Los estudios científicos se distribuyen en dos ámbitos: derechos fundamentales e instituciones políticas y sociales. En el primer ámbito, publicamos tres interesantes trabajos. Uno del profesor italiano Dr. Giovanni Turco, quien estudia la cuestión de la dignidad humana como fundamento de los derechos. El autor se inclina por una solución clásica, descartando la vía subjetivista de la modernidad jurídica. El segundo escrito pertenece al profesor español Dr. Vicente A. Sanjurjo Rivo. Analiza los problemas que plantea la libertad religiosa en el contexto actual del multiculturalismo comunitarista, de efectos paradójicos para el Estado Constitucional. El tercer artículo es de autoría de la profesora Paula Millon Lorens en conjunto con el profesor Dr. Rodrigo Céspedes Proto. En él se revisa la influencia del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho doméstico chileno, a partir de la evaluación de representativos casos judiciales.

La segunda sección de los estudios se abre con un trabajo del profesor Emilio Pfeffer Urquiaga en colaboración con el profesor Felipe Lizama Allende. En él se defiende la tesis de que las bases de la institucionalidad de la Constitución de 1980 no solo permiten sino que además exigen la figura del Estado social. Le sigue el artículo del profesor cubano Alcides Francisco Antúnez Sánchez, quien analiza en detalle la auditoría con enfoque ambiental en el derecho público de Cuba. Finalmente, la profesora Valentina Verbal Stockmeyer, en un interesante trabajo histórico, estudia las desconocidas relaciones civiles-militares bajo la Constitución chilena de 1823.

En la sección “Ensayos” se publica un destacado análisis de axiología constitucional de la mano del conocido jurista profesor Dr. Lautaro Ríos. Lleva como título “Los valores en la arquitectura constitucional”.

En la sección “Comentarios de jurisprudencia” incluimos dos notables análisis. Uno, del profesor Dr. Eduardo Soto Kloss, sobre el pronunciamiento del Tribunal Constitucional chileno respecto de la figura del

interventor de las Instituciones de Educación Superior. Otro del profesor Francisco Zúñiga Urbina, en colaboración con Roberto Cárcamo, sobre lo que denominan “constitucionalismo abusivo” en relación con una conocida sentencia de la Corte Suprema de Honduras. Se trata de casos de amplia repercusión jurídica en sus respectivos ámbitos.

Concluimos con las “Recensiones” para comentar dos libros: *Il dio mortale*, de Dalmacio Negro y *Traditional Natural Law as the Source of Western Constitutional Law, Particularly in the United States*, de Dante Figueroa.

Dr. Julio Alvear Téllez
Director
Derecho Público Iberoamericano

Estudios

Derecho Público Iberoamericano

Universidad del Desarrollo

N° 7 | 2015

Estudios
sobre derechos fundamentales

IL BIVIO DELLA DIGNITÀ UMANA
E LA QUESTIONE DEI DIRITTI
ONTOLOGIA ED ETICA
DELLA DIGNITÀ UMANA

THE JUNCTION OF THE HUMAN DIGNITY
AND RIGHTS ISSUE
ONTOLOGY AND ETHICS OF HUMAN DIGNITY

*Giovanni Turco**

Sintesis

La dignità umana è stato è stata deformata da pensiero moderno postkantiano. Ha sollevato molte aporie giuridiche ed etiche. Il problema viene risolto in modo soddisfacente facendo ricorso alla nozione di dignità della filosofia classica e cristiana.

Parole chiave: dignità umana, diritti fondamentali, filosofia classica.

Abstract

The human dignity has been deformed by post-kantian modern thought. It has raised many legal and ethical paradoxes. The problem is resolved satisfactorily by resorting to the notion of dignity of classical and Christian philosophy.

Keywords: human dignity, fundamental rights, classical philosophy

1. Istanze della dignità come dato e come vincolo

Non poche Dichiarazioni e Convenzioni di rilievo internazionale fanno riferimento alla dignità umana come base dei diritti umani. In diversi casi

* Doctor en Filosofía. Docente all'Università degli Studi di Udine di Filosofia del diritto, Etica, Deontologia professionale e Teoria dei diritti umani. Artículo recibido el 17 de mayo de 2015 y aceptado para su publicación el 4 de agosto de 2015. Correo electrónico: giovanni.turco@uniud.it

tale indicazione emerge non come rinvio generico, ma come presupposto specifico. Di modo che la menzione della dignità –pur in assenza di una sua definizione concettualmente perspicua– ne postula, in certo senso, una (originaria) consistenza e ne segnala al contempo –sebbene solo incoativamente– una (intrinseca) normatività. In tale contesto, la considerazione della dignità umana (intesa come base e come criterio dei diritti) palesa l'emergere di istanze sostanzialistiche, ancorché contigue agli sviluppi delle formulazioni della concezione razionalistica dei diritti umani.

Al riguardo appare esemplare la *Dichiarazione universale sul genoma umano e i diritti umani* (1997), della Conferenza generale dell'UNESCO. Vi si legge che

“il genoma umano sottende l'unità fondamentale di tutti i membri della famiglia umana, come pure il riconoscimento della loro intrinseca dignità e della loro diversità” (art. 1).

Talché il testo afferma:

“a) Ogni individuo ha diritto al rispetto della propria dignità e dei propri diritti, qualunque siano le proprie caratteristiche genetiche. b) Questa dignità impone di non ridurre gli individui alle loro caratteristiche genetiche e di rispettare il carattere unico di ciascuno e la sua diversità” (art. 2).

La dignità umana vi rileva come dato obiettivo comune a tutti gli esseri umani, ovvero come propria dell' “unità fondamentale” degli esseri umani. Essa appare connotata, sia pure implicitamente, da una sostanzialità essenziale, tale da non potere essere identificata con l'empiricità –ed ancor meno con qualsivoglia fenomenicità– di caratteristiche, di individui o di gruppi. In altri termini, la dignità in quanto al tempo stesso è comune all'umanità e presente in ciascun individuo umano, va al di là del mero esserci. Sicché ne trascende tanto la fenotipicità quanto la fisicità. In certo senso, si può osservare che essa richiede di essere pensata come dato transfisico, pena il non potere essere rinvenuta, come partecipata da tutti e da ciascuno. Solo a tale condizione, infatti, il comune non esclude il diverso, anzi lo fonda e lo sostanzia.

Il genoma appare indicativo della dignità, ma non identico ad essa. E questa emerge come rivelativa della irriducibilità (ontologica) di quello. Appunto in quanto umano. Il rispetto dovuto al genoma rinvia a quello dovuto alla dignità umana, e questa a quello richiesto dalla natura umana. La dignità del genoma è da rinvenibile nella sua umanità. Il suo carattere di “patrimonio” non è proprio di un connotato accidentale (ed ancor meno artificiale), ma di una dotazione intima ed essenziale. A questa condizione

si intende, di conseguenza, che “il genoma umano nel suo stato naturale non può dar luogo a profitto” (art. 3). L’istanza della sostanzialità della dignità emerge, altresì, dall’irriducibilità dell’individuo umano a quale che sia delle sue caratteristiche genetiche. Essa risulta indicativa dei vincoli obiettivi della ricerca e delle sue applicazioni, nonché delle pratiche, “come la clonazione a scopo di riproduzione di esseri umani” (art. 11), per se stesse “contrarie alla dignità umana” (*ibid.*).

Su tali premesse, l’umanità del genoma umano, come dato, si palesa rivelativo di una sua intrinseca normatività. Questa emerge sia dall’indicazione del criterio di obiettiva beneficita “beneficio diretto alla propria salute [...] [o eventuale] interesse della salute di altre persone” (art. 5)” per quanto riguarda le ricerche sul genoma, sia dalla valutazione secondo la quale lo stesso accesso ai progressi delle applicazioni della ricerca deve avere come principio direttivo il “rispetto della propria dignità” (art. 12). A maggior ragione se si considera che il riconoscimento della dignità propria dell’essere umano impone il rispetto di se stesso, anche al soggetto medesimo nei suoi stessi confronti. Il dovere di rispettarci importa per ciascuno in considerazione della sua umanità. Tale dovere si profila alla radice dei diritti (che ne derivano). Onde il bene della dignità viene in rilievo come criterio della libertà –anche nei confronti di se stessi– e non viceversa.

D’altra parte, se i summenzionati riferimenti sono tali da richiamare un’istanza –pur solo implicita– di considerazione sostanziale della dignità umana, non può essere taciuto che la *Dichiarazione* omette di indicare esplicitamente quale sia l’*ubi consistam* ovvero il fondamento della stessa dignità umana (come propria, appunto, dell’umano in quanto tale). Tale carenza si associa ad un ulteriore momento problematico, allorché il testo afferma apoditticamente che “il genoma umano, per sua natura evolutivo, è soggetto a mutazioni” (art. 3). Difatti l’evoluitività, a rigore, renderebbe il genoma un prodotto dell’evoluzione e non un dato originario e distintivo del soggetto umano in quanto tale. Correlativamente, la stessa dignità, lungi dal palesarsi come incontrovertibile, acquisterebbe essa stessa un carattere evolutivo, tanto nel contenuto quanto nel riconoscimento. In entrambi i casi sarebbero se stessi ed altri da se stessi contemporaneamente. Con evidente pregiudizio della loro basilarità, la quale, pur conservando una univocità verbale, finirebbe per assumere una equivocità sostanziale. A maggior ragione se si pone mente alle “potenzialità [racchiuse nel genoma] che si esprimono in maniera differente a seconda dell’ambiente naturale e sociale di ogni individuo” (*ibid.*). Donde il quesito se si tratti di potenzialità accidentali o sostanziali, se cioè si tratti di potenzialità che si aggiungono all’essenziale o lo determinano in quanto tale. Nel primo caso esse non lo mutano in se medesimo, nel secondo invece lo costituiscono

assolutamente. Nella prima accezione l'evolutivezza risulta sinonimo della storicità, mentre nel secondo l'evolutivezza segna radicalmente la realtà.

Al contempo, la *Dichiarazione* rivela un ulteriore profilo di problematicità, in considerazione del rapporto tra il diritto che deriva dal riconoscimento della dignità umana (tale da estendersi alla natura umana del genoma umano) e i diritti umani. Infatti le nozioni di dignità umana e di diritti umani hanno nel testo una contiguità che si esprime nell'accostamento in successione delle due espressioni. Senza che ne risulti previamente chiarita la connessione logica ed epistemologica. Se i diritti vanno intesi, nella linea delle Dichiarazioni e Costituzioni moderne, come derivanti dal volere e tali da garantirne l'effettività, essi non potrebbero trovare limitazioni se non in modo contingente e funzionale (al pari esercizio altrui o alle disposizioni della volontà generale). Al di là di qualsivoglia riferimento a dati obiettivi, come la dignità umana e l'umanità del genoma umano. Tale vincolo essenziale¹ –che si palesa tale anche per l'individuo nei confronti di se stesso, per quanto afferisce alla accessibilità ai risultati della ricerca, anch'essa obbligata al rispetto della propria dignità (cfr. art. 12)– fa emergere un dato che pone un problema di coerenza interna alla stessa concezione dei diritti, che emerge dal documento medesimo.

Analogamente, il *Protocollo addizionale alla Convenzione per la protezione dei diritti dell'uomo e della dignità dell'essere umano rispetto all'utilizzazione della biologia e della medicina, sul divieto di clonazione di esseri umani* (1998), adottato dagli Stati membri del Consiglio d'Europa, dalla Comunità Europea e dagli altri Stati firmatari, dispone il divieto di "ogni trattamento finalizzato a creare un essere umano geneticamente identico ad un altro essere umano vivente o morto" (art. 1), sul presupposto (come è possibile inferire dai riferimenti preliminari indicati nel documento) che ciò contravverrebbe al rispetto dovuto alla dignità umana, considerata per se stessa, al di là di qualsivoglia determinazione, di individui, di gruppi o di Stati. Vi si prospetta, cioè, un vincolo obiettivo rispetto a qualsivoglia volere [pur ammesso a partire da un atto del volere (collettivo) quale il "convenire"]. Di modo che, pur non emergendo un rinvio ad un principio fondativo di tale divieto, questo appare richiesto precisamente dal riconoscimento dell'umanità di cui è partecipe ciascun essere umano (ovvero

¹ Si tratta del vincolo indicato dalla finalità terapeutica –ovvero dalla obiettiva beneficenza– cui devono tendere le applicazioni della ricerca. Queste vanno subordinate, appunto, "a migliorare la salute dell'individuo e di tutta l'umanità" (art. 12), e la ricerca stessa (cfr. art. 15). Tale ricerca, infatti, va svolta in dipendenza di una valutazione etica, giuridica e sociale (cfr. art. 16) e non affidata semplicemente alla sua operatività.

della natura umana), come tale non riducibile a prodotto di una attività poetica, ovvero essendo tale da trascendere ogni risultato fabrile.

La dignità umana si profila, altresì, quale dato e quale criterio nell'articolato del *Protocollo aggiuntivo alla Convenzione su diritti umani e biomedicina relativo al trapianto di organi e di tessuti di origine umana* (2002), sottoscritto dagli Stati membri del Consiglio d'Europa, dalla Comunità Europea e dagli altri Stati firmatari. Il testo dichiara l'intenzione di proteggere "la dignità e l'identità di ogni persona" (art. 1). L'identità appare connessa, in primo luogo, alla "integrità [...] riguardo al trapianto di organi e di tessuti di origine umana" (*ibid.*)², non all'autorappresentazione o all'autoprogettazione. Al riguardo va osservato che le disposizioni del *Protocollo* da una parte si estendono dagli organi, ai tessuti fino alle cellule umane –riconoscendone, quindi, l'omogeneità sostanziale e l'irriducibilità essenziale– e dall'altra si preclude l'applicazione, "a) agli organi e ai tessuti riproduttivi; b) agli organi e ai tessuti embrionali o fetali" (art. 2). In tal modo, però, vengono lasciate aperte possibilità di utilizzo diverse da quelle indicate dal principio enunciato del rispetto della dignità. Il testo dichiara che il prelievo di organi o di tessuti trova un limite obiettivo, prima ancora che nel volere del donatore ed al di là di esso, nella sussistenza di "seri rischi per la vita o la salute del donatore" (art. 11). Per quanto riguarda il prelievo di organi da persona vivente, appare vincolante, al di là di eventuali finalità di comodo, il criterio di beneficenza del ricevente³, particolarmente "di un ricevente con cui il donatore ha stretti rapporti personali" (art. 10). Tale criterio, tuttavia, viene associato al riferimento alle normative positive [con il solo limite della "approvazione da parte di un appropriato organismo indipendente" (*ibid.*)], senza ulteriori precisazioni circa il possibile contenuto di tali norme.

A sua volta, la *Convenzione internazionale sui diritti delle persone con disabilità* (2006) afferma il proposito di "promuovere il rispetto per la loro inerente dignità" (art. 1). La dignità umana è riconosciuta come "intrinseca" (art. 3) alle "persone" (*ibid.*) umane. La dignità appare, quindi, un dato e non una posizione. Come tale, essa, in quanto comune agli esseri umani, trascende ogni funzionalità organica. Non è riducibile a questa, né è da essa validata. Tale riconoscimento obiettivo –a rigore, ontologico– sostanzia quello vi si presenta come "principio di non discriminazione". Talché

² Nel medesimo articolo (1) l'impegno al rispetto dell'integrità della persona umana è associato a quello "dei suoi altri diritti e libertà fondamentali", sottintendendo –come pare di potere inferire– che l'integrità sia uno tra i diritti e non un bene che importa anzitutto un dovere; ed omettendo una chiarificazione del rapporto tra integrità, diritti e libertà. Se, cioè, quest'ultima sia il criterio di quelli ed infine dell'integrità, o viceversa.

³ Ciò, "a condizione che non si disponga di alcun organo o tessuto adatto di persona deceduta, né di altro metodo terapeutico alternativo di efficacia paragonabile" (art. 9).

questo si presenta come logicamente dipendente dal dato razionalmente acquisito –propriamente, della sostanzialità della natura umana, inconfondibile con qualsivoglia funzionalità– il quale presuppone la capacità dell’intelligenza dell’umano in quanto tale.

Una similare istanza di riconoscimento della dignità umana, come dato essenzialmente comune ad ogni uomo, emerge sullo sfondo della *Convenzione sulla soppressione del traffico di persone e lo sfruttamento della prostituzione altrui* (1949) e della *Convenzione contro la tortura ed altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti* (1984). Merita di essere rilevato che, nel primo testo, l’atto e la pratica di procurare, adescare, rapire o sfruttare la prostituzione è considerato come per se stesso da punirsi, anche se posti in essere nei confronti di persona “consenziente” (art. 1). Tale determinazione sottende il riconoscimento del fatto che la prostituzione è incompatibile con “la dignità ed il valore della persona umana” (preambolo). Si tratta di un dato –precisamente, un bene– che appare non come risultato della Convenzione, ma come sua base. Tale da richiedere una adesione razionale, piuttosto che una deliberazione convenzionale. Esso impone allo stesso soggetto di rispettarci. Non è in suo dominio. Neppure lo stesso soggetto può disporne col suo consenso. Donde, tale dato si dà come limite obiettivo e come base del consenso stesso. Sicché questo non fonda la dignità, ma piuttosto ne appare fondato e misurato.

Pur se in modo più problematico, l’istanza della dignità, come dato e come vincolo, affiora dalla *Convenzione contro la tortura*. Il testo reca in premessa l’affermazione della derivazione dei diritti “dalla dignità inerente alla persona umana” (preambolo), e nella menzione dei trattamenti “inumani” (art. 16) pare presupporre l’umano come dato, solo in riferimento al quale è ricavabile il suo contrario. L’istanza dell’umano, difatti, ne esige la consistenza quale elemento dirimente, riconosciuto e non posto, il cui rilievo si profila come accessibile ad un atto del conoscere, piuttosto che come risultato di una opzione (anche se auto-opzione) o di una rappresentazione (individuale o sociale, che sia). Nello specifico, però, la tutela della dignità, nel testo estesa alla esclusione della tortura, intesa come “qualsiasi atto mediante il quale sono intenzionalmente inflitti ad una persona dolore o sofferenze forti, fisiche o mentali” (art. 1.1) pone in questione l’esistenza stessa e la legittimità del diritto penale, in quanto tale, ovvero di qualsiasi pena. Proprio in virtù della natura della pena per se stessa (quale che ne sia la finalità). Assunto, infatti, rispetto ad essa, il criterio dell’entità della sofferenza causata, il riflesso soggettivo finisce per surrogare ogni parametro obiettivo. Il documento stesso ne sembra consapevole, al punto da distinguere espressamente tra gli atti afflittivi ricompresi nella tipificazione della tortura e le “sofferenze risultanti uni-

camente da sanzioni legittime, inerenti a tali sanzioni o da esse cagionate” (art. 1)⁴. Il testo, tuttavia, non chiarisce la nozione di legittimità: non esplicita se essa costituisce il criterio (sostanziale) della legalità, oppure se essa si identifica (positivisticamente) con la legalità. Invero quanto al documento, la sua natura di accordo tra Stati, pur se tale da limitarne convenzionalmente determinazioni relative ad una particolare materia, nonché lo sviluppo dell’ articolato, suggerisce di intendere la legittimità come equivalente della legalità (positivistica), cioè di quanto esprime, proceduralmente, l’effettività del volere degli Stati. Talché il discrimine tra ciò che si configura come tortura e ciò che non lo rappresenta, finisce per essere lasciato all’effettualità della normazione.

A sua volta, nell’ambito dell’esperienza giurisprudenziale può essere segnalata, per il suo rilievo emblematico, la duplice pronuncia del Consiglio di Stato francese (27 ottobre 1995) con la quale è affermata la obiettiva lesione della dignità umana costituita dal “lancio del nano”, effettuato nell’ambito di serate organizzate presso alcune discoteche francesi. Tale pratica consiste nel lanciare il più lontano possibile, come atto ludico, persone affette da nanismo, utilizzate allo scopo come proiettili umani. Nonostante l’esplicito libero consenso degli interessati (per i quali è stato invocato il diritto al lavoro ed alla libertà di impresa e di commercio), il Consiglio di Stato rileva che l’atto, per se stesso (ovvero il “lancio”) “lede la dignità della persona umana”. Talché la dignità si palesa come un dato irrefragabile nella sua obiettiva consistenza. Essa appare come un bene, non dipendente dall’autodeterminazione del soggetto che ne è titolare. Egli ne risulta custode, piuttosto che artefice. Onde il dovere di rispettarci prevale sulla possibilità di decidersi. Anzi, la seconda presuppone il primo come base, come vincolo e come criterio.

Dalla decisione dell’organo giurisdizionale è possibile inferire (come è stato osservato) che “la dignità è valore oggettivo e inderogabile, sottratto alla libera disponibilità dell’individuo che ne è portatore”⁵. La dignità si profila come un bene, coincidente con la stessa natura umana attuata, o meglio con la sua sostanzialità data. Per se stessa indisponibile anche da parte del soggetto che ne titolare. Il suo volere ne riceve anzitutto un dovere, quello appunto di agire in conformità ad essa. Pertanto la dignità umana – “intrinseca” o “innata” – lungi dal configurarsi come prodotto dell’autorappresentazione o risultato dell’autoprogettazione, si presenta come dato (e come vincolo) al

⁴ “Tale termine [tortura] non si estende al dolore o alle sofferenze risultanti unicamente da sanzioni legittime, inerenti a tali sanzioni o da esse cagionate” (art. 1.1).

⁵ Giorgio RESTA, *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità (note a margine della Carta dei diritti)*, p. 840.

soggetto stesso, il quale non può che prenderne atto razionalmente⁶. Essa è presupposta rispetto al volere, non ne deriva. La libertà vi inerisce, non la costituisce. La sua datità è vincolante per la sua libertà, non viceversa. Dal dato sostanziale originario (ed originante) emerge il vincolo ed compito. Il che val quanto dire che dall'essere (uomo dell'uomo, in quanto tale) emerge il dovere (di agire conseguentemente). A questa condizione ne deriva un diritto corrispettivo. Sicché, come è stato evidenziato, essa "è sottratta, in termini giuridici, alla disponibilità del soggetto agente"⁷.

In definitiva, dalle Dichiarazioni e le Convenzioni, che considerano alcuni profili della dignità umana, come dalla pronuncia giurisprudenziale menzionata, emerge che, nella misura in cui si voglia sottrarre all'arbitrio (ed alla violenza) l'umanità di ciascun uomo in quanto tale, ci si trova "costretti" a riconoscere alla dignità umana un contenuto obiettivo (proprio della natura umana), costitutivo ed originario, anteriore ad ogni determinazione del volere –dell'individuo come del legislatore– e normativo per se stesso rispetto ad ogni volontà (volente o voluta, che sia). Rispetto a tale dato, ogni assunzione convenzionalistica ed autopoietica, posta come dirimente, appare estrinseca ed, a rigore, contraddittoria.

2. La dignità come questione essenziale

Non basta il richiamo alla dignità, come premessa verbale, né per indicarne la consistenza né per legittimare qualsivoglia diritto⁸. La continuità dell'uso del termine non è, per se stessa, pegno dell'omologia del significato⁹. Come non di rado, anche in questo caso, il medesimo termine può coprire una campo di significati del tutto diversi e discrepanti¹⁰.

⁶ Al riguardo è interessante segnalare che, considerando il «valore giuridico della persona» quale "principio generale dell'ordinamento", è stato posto in rilievo un "dovere di astensione che si indirizza allo stesso soggetto portatore del valore giuridico, impedendogli di compiere atti di violazione del valore di cui esso stesso, nella sua persona, è portatore". (Davide MESSINETTI, voce *Personalità (diritti della)*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXIII, Giuffrè, Milano 1983, p. 362).

⁷ M. RUOTOLO, *Appunti sulla dignità umana*, p. 140.

⁸ Cfr. Alessandro ARGIROFFI - Paolo BECCHI - Daniele ANSELMO (a cura di), *Colloqui sulla dignità umana*, p. 7 ss.

⁹ Per una visione d'insieme della problematica in connessione con la questione dei diritti, si rinvia a E. W. BÖCKENFÖRDE - R. SPAEMANN (Hrsg.), *Menschenrechte und Menschenwürde. Historische Voraussetzung – säkulare Gestalt – christliches Verständnis*, Klett-Cotta, Stuttgart 1987; F. J. WETZ, *Illusion Menschenwürde. Aufstieg und Fall eines Grundwerts*, Klett-Cotta, Stuttgart 2005.

¹⁰ Cfr. Paolo BECCHI, *Il principio della dignità umana. Breve excursus storico-filosofico*, in A. ARGIROFFI - P. BECCHI - D. ANSELMO (a cura di), *Colloqui sulla dignità umana*, cit.,

La teorizzazione della dignità acquista nell'ambito della modernità una fisionomia peculiare ed inconfondibile. Al punto che, come è stato opportunamente evidenziato, si può identificare una "dignità dei moderni"¹¹. Questa si sostanzia nella rivendicazione di una libertà "da", ovvero della libertà come autodeterminazione ed autofinalizzazione¹². Essa è intesa come tale da comportare un "diritto alla dignità" equivalente ad un "diritto alla libertà"¹³. In questa visuale l'originarietà della dignità consiste nella originarietà della libertà. Il diritto per antonomasia, proprio della dignità umana, non sarebbe che quello alla libertà, come costitutiva autonomia ed indipendenza.

Esemplarmente, secondo Kant "il diritto unico originario spettante ad ogni uomo in forza della sua umanità"¹⁴ coincide con la libertà, intesa come "indipendenza da ogni costrizione imposta dalla volontà di un altro"¹⁵, assunta "in quanto può sussistere colla libertà di ogni altro secondo una legge generale"¹⁶. In questa visuale la dignità si afferma progressivamente con l'affermarsi del "*libero pensiero*"¹⁷. Donde la "*libertà di agire*"¹⁸ e la comprensione della "vantaggiosità"¹⁹ per i governi a trattare l'uomo "in modo conforme alla sua dignità"²⁰. Di modo che del progresso l'uomo non debba "rendere grazie che a se stesso"²¹, con il conseguente destarsi della "*stima razionale di sé*"²².

La dignità assimilata alla libertà (come presupposto dei diritti) si presenta, in maniera omologamente divergente, là dove la libertà è posta

p. 23-31; F. VIOLA, *I volti della dignità umana*, *ivi*, p. 101-112; Eberhard SCHOCKENHOFF, *Comprensione della dignità umana e dei diritti umani nel pensiero cattolico*, *ivi*, pp. 35-36.

¹¹ Pio MARCONI, *La dignità dei moderni*, p. 151.

¹² Per una considerazione complessiva sia consentito rinviare a G. TURCO, *Polisemia della dignità umana e problema dei diritti*, pp. 73-91.

¹³ La questione è indagata tematicamente in IDEM, *Il bivio della dignità umana e la questione dei diritti. La dignità come libertà*, pp. 117-137.

¹⁴ Immanuel KANT, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, trad. it. *Principi metafisici della dottrina del diritto*, p. 416.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ IDEM, *Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung?*, trad. it. *Risposta alla domanda: che cos'è l'illuminismo?*, in IDEM, *Scritti politici*, cit., p. 148. Al riguardo occorre rimarcare che la libertà di pensiero non è la libertà del pensiero. Nel primo caso, la libertà è direttrice del pensiero; nel secondo, è il pensiero il criterio della libertà.

¹⁸ *Ivi*, pp. 148-149.

¹⁹ *Ivi*, p. 149.

²⁰ *Ibid.* In questo contesto Kant scrive che l'uomo "ormai è *più che una macchina*" (*ibid.*). Ove l'espressione sembrerebbe tale da presupporre il passaggio dall'inanimato (la macchina) all'umano.

²¹ IDEM, *Idee zu einer allgemeinen Geschichte in weltbürgerlicher Absicht*, trad. it. *Idea di una storia universale dal punto di vista cosmopolitico*, in IDEM, *Scritti politici*, cit., p. 126.

²² *Ibid.*

come equivalente del potere non dell'individuo, ma della *persona civitatis*, ovvero dello Stato (come di qualsivoglia potere istituzionalizzato). In questa linea, la dignità si condensa in qualsivoglia formulazione posta dall'effettività del potere, la cui determinazione è in grado di dettare la condotta altrui. Emblematicamente, per Hobbes (nella prospettiva della sovranità) la dignità corrisponde ad un "valore" attribuito dallo Stato. Questo, in quanto sovrano, può conferirla (e parimenti negarla) a proprio arbitrio. La dignità trova il suo corrispettivo in una significazione del tutto convenzionale, posta cratologicamente. Talché risulta umanamente degno ciò che il potere, in un dato frangente, assume come tale. Non ha un contenuto proprio. Essa equivale ad un "prezzo", che, come per gli scambi di beni materiali, è attribuito dal compratore (pur se presuppone che ciascuno possa attribuire un prezzo a se stesso). Tale "valore" non può che essere estrinseco e sovrapposto rispetto al titolare²³.

Consentaneamente con la concezione della dignità come derivante dalla libertà come autodeterminazione costitutiva, in una visuale empiristico-liberistica, per Adam Smith la dignità deriva dall'interazione tra gli esseri umani, non ne è il fondamento²⁴. È un risultato processuale, come tale mutevole ed a contenuto variabile. Non un dato intrinseco, né una qualità inerente.

In una visione d'insieme, occorre rilevare che il nesso assunto come basilare tra dignità umana, fondazione dell'etica e diritti soggettivi,

²³ Cfr. T. HOBBS, *Leviathan*, I, 10 (trad. it., *Leviatano*, a cura di A. Pacchi, Laterza, Roma-Bari 2010, pp. 69-77). In questa prospettiva «il pregio pubblico di una persona, coincidente col valore attribuitole dallo Stato, è quello che si chiama comunemente DIGNITÀ. Il valore che lo Stato le attribuisce è significato da cariche di comando, da incarichi giudiziari, da pubblici impieghi, o dalle denominazioni e dai titoli introdotti per distinguere questo valore» (*ivi*, p. 71). In rapporto a qualcuno, "approvando l'onore che gli viene tributato dagli altri, costui riconosce il potere che gli altri gli riconoscono" (*ivi*, p. 72). Infatti, "la fonte dell'onore civile sta dunque nella persona dello Stato e dipende dalla volontà del sovrano. Perciò ha carattere temporaneo" (*ivi*, p. 73). Questo si traduce in "altrettanti segni di favore da parte dello Stato e questo favore è potere" (*ibid.*). Sicché "onorevole è qualsiasi possesso, azione o qualità che sia dimostrazione e segno di potere [...] Il dominio e la vittoria sono onorevoli perché si ottengono per mezzo del potere" (*ibid.*). Infatti "l'onore [...] sta soltanto nell'opinione del potere" (*ivi*, p. 74). La determinazione della dignità come corrispettivo dell'opinione del potere (attribuito dallo Stato), sta sulla premessa secondo cui "il valore o PREGIO di una persona, coincide, come per tutte le altre cose, col suo prezzo, cioè con quanto si sarebbe disposti a dare per l'uso del suo potere" (*ivi*, p. 70). Ora, "anche per gli uomini, come per le altre cose, il prezzo non è determinato dal venditore ma dal compratore" (*ivi*, p. 71). Onorare o disonorare gli altri, allora, significa dare di essi una valutazione «con riferimento al prezzo che ciascuno attribuisce a se stesso» (*ibid.*).

²⁴ Cfr. A. SMITH, *The Theory of Moral Sentiments*, trad. it. *Teoria dei sentimenti morali*, a cura di A. Zanini, JET, Roma 1991.

comincia a profilarsi nel solco del neokantismo (della seconda metà dell'Ottocento). Esso è inizialmente esplicitato (come è stato segnalato)²⁵ con la teorizzazione di Walter Block.

Ora, nella prospettiva della “dignità dei moderni”, la dignità umana è stato oggetto di declinazione specificamente in relazione tanto ai diritti quanto all'ordinamento. In specie, nel passaggio dalla modernità alla postmodernità, sovente la dignità pare assumere il ruolo di chiave ermeneutica della costruzione teorica sia della tutela dei diritti sia dell'architettura dell'ordinamento. Precisamente, secondo tale impostazione, per Peter Häberle, essa rappresenta il presupposto “culturale” dello Stato costituzionale²⁶.

In questo contesto, l'affermazione della dignità appare sullo sfondo del costituzionalismo²⁷ (particolarmente, del neocostituzionalismo) quale esibito rinvio legittimante. Donde l'osservazione secondo cui “la nozione di dignità assolve alla funzione di integrazione simbolica tra la sfera del diritto e quella della morale”²⁸. In tal caso, però, tanto il diritto appare implicitamente assunto sulla base dell'interpretazione positivista (dove l'autoassertorietà dei presupposti). La nozione di dignità umana si profila (in modo ricorrente) come tale da surrogare ogni riferimento giusnaturalistico, quale fondamento degli ordinamenti²⁹. In tal senso, l'evocazione preliminare (positivizzata) della dignità si palesa tale da portare a compimento una sorta di “rivoluzione copernicana” nel diritto pubblico: dalla obiettività della naturalità alla subiettività della dignità.

Lungo l'asse della teorizzazione del costituzionalismo, la dignità è stata intesa come “uguaglianza delle differenze”. Talché essa è riposta

“nell'uguale valore associato a tutte le differenze che fanno di ciascuna persona un individuo diverso da tutti gli altri e di ciascun individuo una persona come tutte le altre”³⁰.

²⁵ Come attesta la ricostruzione svolta da L. E. PALACIOS, *La Persona Humana*, p. 485.

²⁶ Cfr. Peter HÄBERLE, *Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs.2 Grundgesetz – Zugleich ein Beitrag zum institutionellen Verständnis der Grundrechte und zur Lehre des Gesetzesvorbehalts*, 3 Auflage, C. F. Müller, Heidelberg 1983. Sulla questione offre una informata visione d'insieme P. P. PORTINARO, *La dignità dell'uomo messa a dura prova*, pp. 221-239.

²⁷ Per una considerazione giusfilosofica della problematica emergente tra costituzionalismo, neocostituzionalismo e postcostituzionalismo si rinvia a G. TURCO, *Costituzione e tradizione*, pp. 5-27.

²⁸ Pier Paolo PORTINARO, *La dignità dell'uomo messa a dura prova*, p. 226.

²⁹ Svolge interessanti considerazioni a riguardo F. J. WETZ, *Illusion Menschenwürde. Aufstieg und Fall eines Grundwerts*, cit., p. 141.

³⁰ Luigi FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, p. 587.

La dignità sussumerebbe in sé tutte le differenze tra gli esseri umani (quale che ne sia il contenuto, come pare di potere intendere), assicurando ad esse – su tale presupposto assimilativo – una parificazione assiologico-prassiologica.

Analogamente Charles Taylor sostiene che la nozione moderna di dignità ha un carattere egualitario³¹. In tal senso, come per Avishai Margalit, la dignità subentra all'onore, costituendone l'alternativa³². Difatti, mentre l'onore meritato è congeniale alle distinzioni sociali, la dignità è tale da parificare allo stesso titolo³³. Secondo questa concezione, l'eguaglianza che la nozione moderna di dignità attesta include altresì le differenze. Al punto che l'affermazione e la tutela della dignità si esprime in un compito: l'assiologizzazione delle differenze e la loro positivizzazione come “diritti culturali” (individuali o di gruppo che siano).

In questa traiettoria la dignità appare ricondotta al paradigma del multiculturalismo. Anzi si configura come sua premessa (ed autolegittimazione). Così la dignità diviene teoria e prassi insieme: teoria che si inverte nella prassi, e prassi suscitatrice della teoria. Secondo una prospettiva in cui le premesse teoriche sono poste, o meglio presupposte, al di là della loro verifica sostanziale, autoimmunizzandole in funzione di una prassi. Talché la costruzione del discorso afferisce propriamente all'attitudine ideologica.

A suo modo paradigmatica è la tesi sostenuta, al riguardo, da Werner Maihofer³⁴. In questa visuale la dignità umana³⁵ coincide con l'esercizio dell'autodeterminazione e con la sicurezza di condizioni di vita tali da assicurarne l'effettività. Trattare l'uomo come un fine è ritenuto equivalente a assicurargli il conseguimento dei fini che volta per volta, ciascun individuo si prefigge. Il rispetto di ciascuno comporta il rispetto delle sue finalità (come equivalenti alle proprie). Sicché la felicità (come nella concezione lockiana) consiste in ciò che ogni individuo ritiene essere tale (quale che

³¹ Cfr. Charles TAYLOR, *Multiculturalism: examining the politics of recognition*, trad. it. *Multiculturalismo. La politica del riconoscimento*, p. 44.

³² Cfr. Avishai MARGALIT, *The Decent Society*, trad. it. *La società decente*, p. 86.

³³ Taylor scrive che “col passaggio dall'onore alla dignità è nata una politica dell'universalismo che sottolinea l'uguale dignità di tutti i cittadini e ha avuto per contenuto l'uguaglianza dei diritti e dei titoli” (C. TAYLOR, *Multiculturalism: examining the politics of recognition*, cit., p. 57). In questa visuale il concetto di universalismo appare inteso nel senso del cosmopolitismo. Le due nozioni differiscono in essenza: il primo trova fondamento unitario in un dato ontologico; il secondo costituisce la meta di un progetto di costruttivismo.

³⁴ Cfr. Werner MAIHOFFER, *Rechtsstaat und menschliche Würde*, trad. spagn. *Estado de derecho y dignidad humana*.

³⁵ Werner MAIHOFFER riconosce che non è sufficiente né l'enunciazione verbale della dignità, né la sua reiterazione per sottrarla alla radicale problematicità, che emerge dalla molteplicità di significati (finanche contraddittori) attribuitile (cfr. *ivi*, pp. 1-2).

ne sia il contenuto). Sul presupposto della neutralità assiologica di fronte alle finalità individuali, da parte dell'ordinamento dello Stato liberale.

Sotto questo orizzonte, al primato della “dignità dello Stato” va sostituito quello della dignità dell'uomo. Questa è riferita alla personalità dell'uomo, alla quale è fatta corrispondere la “fondamentale disponibilità dell'essere dell'uomo per se stesso”³⁶ con il corrispettivo della “fondamentale indisponibilità dell'essere dell'uomo da parte degli altri”³⁷. La dignità presuppone una “credenza”³⁸ per cui ciascuno ha piena disposizione di se stesso, della propria vita del proprio corpo, della propria libertà³⁹. La libertà vi si configura come condizione (effettuale) del suo potere essere, benché la libertà in quanto tale sia ignorata nella sua essenza⁴⁰. Sicché dignità ed autodisponibilità (solipsistica) si identificano. Al contempo il “contratto sociale” che secondo Maihofer fonda lo *status civilis*, sta sulla premessa della “uguaglianza basilare di tutti gli uomini in quanto uomini”⁴¹. Ciascuno avrebbe il

“diritto ad ogni attuazione della mia libertà che possa ‘coesistere secondo una legge universale’ con la manifestazione di libertà di qualsiasi altra persona”⁴²,

con il corrispettivo dovere della reciprocità nell'attivazione della libertà (autoreferenziale).

Ne deriva che l'inviolabilità della dignità corrisponde all'invulnerabilità della libertà. Posta la dignità nell'autoappartenenza e nell'autodisposizione, ovvero nell'autodeterminazione, ogni violazione della dignità costituisce una violazione dell'autodeterminazione⁴³. E viceversa. In rapporto alla legislazione, la dignità umana –secondo il giurista tedesco– comporta un ordinamento di Stato social-liberale⁴⁴, che la assuma come principio formale-materiale. La finalità dell'ordinamento giuridico-politico è posta in funzione dello sviluppo della “qualità di essere umano”⁴⁵, che si tra-

³⁶ *Ivi*, p. 13.

³⁷ *Ibid.*

³⁸ *Ivi*, p. 14.

³⁹ Cfr. *ibid.* Tanto che il fondamento dell'esistenza come persona consiste –secondo Maihofer– nella “essenziale disponibilità da parte di me stesso e, corrispettivamente, [nel] la essenziale indisponibilità per gli altri” (*ivi*, p. 15).

⁴⁰ Cfr. *ivi*, p. 88.

⁴¹ *Ivi*, p. 17.

⁴² *Ivi*, p. 19.

⁴³ Cfr. *ivi*, p. 30.

⁴⁴ Cfr. *ivi*, p. 33.

⁴⁵ *Ivi*, p. 50.

duce nella garanzia attiva dell'effettività della "individualità universale e integrale dell'uomo"⁴⁶.

In tal senso l'ordinamento appare strumentale rispetto alla libertà e alla sicurezza, individualisticamente intese. Il suo scopo è la più ampia libertà di ciascuno "di appartenersi e di disporre di se stesso, di determinarsi e di progettarsi"⁴⁷. Così il compito assegnato allo Stato di tutela della dignità si sostanzia (nella prospettiva dello "Stato liberale di diritto") nella costruzione di un

"ordine capace di assicurare l'autodeterminazione morale dell'individuo nella maggiore estensione possibile, oltre a promuovere l'uso sociale della ragione nella misura più elevata"⁴⁸.

Dove la sicurezza è intesa in funzione dell'esistenza "degnata dell'uomo"⁴⁹. Il che comporta come presupposto l'istituzionalizzazione del dubbio universale⁵⁰. Unico principio ad essere affrancato dal dubbio e posto sullo sfondo della assunzione della dignità come autodeterminazione.

Ben si intende che, considerata la dignità umana nel suo significato moderno, essa sia stata indicata come il fulcro di "una vera e propria rivoluzione copernicana nell'universo giuridico"⁵¹. In questa visuale la dignità è stata ritenuta come un "valore assoluto"⁵², nel quale è posto

"l'universale degli universali nel quale si innerva l'intero Sapere trans-disciplinare dei diritti umani e nella cui garanzia sta la ragion d'essere di tutti gli ordinamenti giuridici"⁵³.

Per se stessa la dignità vi è configurata come un

"‘assunto’ [...] da cui parte l'intera costruzione di norme, procedure, organismi deputati a garantire il rispetto dei diritti che alla dignità appunto ineriscono"⁵⁴.

⁴⁶ *Ivi*, p. 52.

⁴⁷ *Ivi*, p. 63.

⁴⁸ *Ivi*, p. 101.

⁴⁹ Cfr. *ivi*, pp. 122-160.

⁵⁰ Cfr. *ivi*, p. 164.

⁵¹ Antonio PAPISCA, *Il diritto della dignità umana. Riflessioni sulla globalizzazione dei diritti umani*, p. 20. I termini di tale rivoluzione sono indicati con una metafora: "la dignità umana, il sole, al posto della sovranità degli stati, la terra" (*ibid.*). A riguardo è stato rilevato che gli autori della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (1948) "resero visibile il codice genetico di un ordinamento giuridico che legittima la realizzazione di una rivoluzione umanocentrica, irenica, nonviolenta, a raggio planetario" (*ivi*, p. 63).

⁵² *Ivi*, p. 65.

⁵³ *Ivi*, p. 36.

⁵⁴ *Ivi*, p. 39.

Di conseguenza la tutela della dignità appare coincidere con la tutela dei “diritti di libertà”⁵⁵. Dove l’assolutezza della dignità pare identificarsi con l’assolutezza della libertà. In tal senso risulta emblematica la teorizzazione della libertà (“di”, “da” e “per”) come capacità di (auto)costruzione (*capacity building*) e di (auto)attribuzione di potere (*empowerment*) dell’individuo, come si delinea a partire dalle tesi di Amartya Sen⁵⁶.

Talché libertà e diritti finiscono per condensarsi nella dignità come (auto)attività –principio di finalità validate dall’autoposizione– tutelata e sostenuta dagli ordinamenti. Anzi, rispetto alla quale gli ordinamenti risultano effettivamente strumentali. Fino al punto che, lungo tale asse, la dignità si afferma come liberazione (alla cui autoespansione ogni potere appare, almeno potenzialmente, avverso).

Tale flessione non risulta superata mediante il riferimento alla “dignità della persona”. La biforcazione della semantica della nozione di persona –assunta classicamente come sostanzialità razionale, oppure modernamente come autoprogettazione originata dai propri atti– comporta una analogo divaricazione per quanto riguarda il significato della dignità della persona. La polisemia della persona involve una correlativa anfibologia della sua “dignità”. L’accostamento del sostantivo e del genitivo, lungi dal risolverla, semmai la ribadisce e l’amplifica. Né per se stessa l’indicazione della “dignità” è sufficiente a stilare un catalogo di “diritti della persona”, aprioristicamente sottratto alla controversia⁵⁷. Difatti, come è stato evidenziato, “ciò che costituisce diritto fondamentale varia in relazione al mutare della concezione di dignità umana”⁵⁸.

3. *Problemi emergenti*

La concezione della dignità nella prospettiva dell’autocostruzione individuale, pur apparendo automanifestativa e perciò soddisfatta di mostrarsi piuttosto che impegnata a dimostrarsi, sollecita una attenta riflessione. In altri termini, l’identificazione (autopostulatoria) di dignità umana e libertà di autodeterminazione assoluta⁵⁹ (per cui, secondo una pregnante

⁵⁵ Cfr. *ivi*, pp. 42-43 e 152. In questa prospettiva, le libertà di pensiero, di coscienza e di religione costituiscono “la triade sacrale delle libertà” (*ivi*, p. 152).

⁵⁶ Cfr. Amartya SEN, *Development as Freedom*, Knopf, New York 1999.

⁵⁷ Come osserva opportunamente A. ALGOSTINO, *L’ambigua universalità dei diritti. Diritti occidentali o diritti della persona umana?*, p. 12 (e ss.).

⁵⁸ *Ivi*, p. 115.

⁵⁹ È interessante osservare che Karl Rahner afferma essere la libertà –come la persona (umana)– una entità di ordine supremo e di valore assoluto. Sicché la libertà – attraverso la

espressione, “l’uomo si fa agendo”⁶⁰) vede emergere una molteplicità di questioni filosofico-giuridiche ineludibili. Ne emergono interrogativi insoddisfatti e “sentieri interrotti”. La loro consistenza non tarda a palesarsi ad una puntuale penetrazione intellettuale.

A riguardo Oscar Schachter ha notato che il significato della nozione di dignità come “costruzione” “è stato lasciato alla comprensione intuitiva, condizionata in larga misura da fattori culturali”⁶¹, piuttosto che essere vagliato criticamente. La costanza del termine, infatti, per se stessa, non immunizza dalle molteplici mutazioni semantiche di cui è suscettibile.

Se la dignità coincide con l’identità intesa come autoprogetto della propria autenticità –individuale o collettiva che sia– essa non può che essere per se stessa un effetto inobiettivabile e sempre mutevole⁶². In tal senso la dignità corrisponde al “farsi” –quale autocostruzione o “autocreazione”– di ciascuno. Dove qualsivoglia contenuto pretende di trarre validità dall’atto: vale perché posto, e non viceversa. I diritti che la presuppongono, non possono che essere inverificabili e sempre cangianti. Le possibilità di sviluppo, che in questa prospettiva i diritti sono chiamati a tutelare sono identiche all’autoaffermazione del volere, che fa del proprio atto il criterio (sempre provvisorio) di se medesimo⁶³.

La libertà come connotazione della volontà umana è ben diversa dalla libertà come essenza della medesima. Nel primo caso, essa qualifica la volontà, ma non le conferisce il fine; nel secondo la identifica con il suo stesso attuarsi, quale che ne sia lo scopo. Nel primo la libertà trova compimento in ragione della natura del soggetto umano, che è libero in quanto *dominus sui actus*; nel secondo si attua solo allorché è posta come *principium sine principio* di se medesima. Altro è affermare che l’uomo è libero, altro è affermare che l’uomo è libertà. Propriamente, infatti se essere e liberà coincidono l’umanità stessa è posta nel nulla: si dilegua nella possibilità degli atti, senza alcuna misura se non il progetto di se stessa. La libertà come responsabilità ed il prometeismo della libertà sono irriducibilmente alternativi.

Se libertà e dignità si identificano, allora dignità ed attività coincidono. Sicché l’attività surroga l’essere (sostanziale e morale), evacuandolo in una indiscernibile effettività. L’atto che la fa essere risulta misurato e

quale si realizzerebbe la “dignità assoluta” –trova in se stessa (al di là, quindi, della finalità) la sua ragion d’essere (cfr. K. RAHNER, *Würde und Freiheit des Menschen*, in *Schriften zur Theologie*, Bd. 2, Benziger, Einsiedeln 1955).

⁶⁰ M. RUOTOLO, *Appunti sulla dignità umana*, cit., p. 126.

⁶¹ Oscar SCHACHTER *Human Dignity as a Normative Concept*, p. 848.

⁶² Cfr. Juan Fernando SEGOVIA, *Derechos humanos y constitucionalismo*, p. 92.

⁶³ Cfr. *ivi*, p. 74.

misurante, al tempo stesso. La sua immanenza coincide con la sua anomicità ed ateleologicità: non ha altra consistenza che il suo darsi ed il suo percepirsi. Donde l'assimilazione di vitalismo, legittimità e legalità (attuale o potenziale che sia).

Analogamente, se la dignità è assunta come un assoluto, essa è sciolta (per definizione) da ogni vincolo. Risulta autofondativa ed autoreferenziale: ovvero indefinibile ed inderivabile. Assiologicità ed anassiologicità finiscono (paradossalmente) per coincidere con il suo attuarsi. Di conseguenza nessun ordinamento potrà limitarne l'autoespansione, ma solo risultare servente rispetto ad essa. Assunta come autodeterminazione ontopragmatica, la dignità postula una sorta di "diritto ad essere così". Di fronte ad esso non appare ammissibile la pura astensione da ogni impedimento, ma è implicato come necessario il concorso attivo (*friendly*) a "far essere così". Il che, proprio in quanto strumentale all'efficacia all'autodeterminazione (in atto), impone —semplicemente in forza di essa— una cooperazione, rispetto alla quale non può che essere esclusa la possibilità di obiettare.

In questa prospettiva dignità e sovranità si identificano. Intesa la sovranità nel suo significato proprio, ovvero come potere *superiorem non recognoscens*. Con la conseguenza che la dignità (dell'individuo) non può che ricondurre a sé qualsivoglia normatività. Propriamente, è assunta come norma a se stessa. Rispetto ad essa ogni norma sarebbe meramente funzionale. Talché la dignità risulterebbe suprema istanza legittimante, in nome della quale tutto è esigibile e contro la quale nulla è rivendicabile. La tutela della dignità assume un carattere onnidirezionale: la dignità, essendo misura a se stessa, non può che estendere parimenti l'autovalutatività anche all'azione posta a propria tutela. La dignità si sostanzierebbe nel proprio potere, e questo coinciderebbe, quanto alle possibilità, con quello degli organismi incaricati della sua tutela. Donde una illimitata ed illimitabile legittimazione per qualsivoglia legalità investita di tale compito.

Il paradigma della dignità come autodeterminazione mette capo ad una posizione secondo la quale l'individuo è la sua libertà, e la sua libertà costituisce la sua finalità. Ne consegue che ciascuno è posto come opzione di se medesimo, come potere dell'autovolere, identico al suo divenire in atto (nell'atto stesso del suo porsi). L'individuo trova in ciò l'unica sua consistenza e la propria uguaglianza con gli altri. Su tali basi non potrebbe che essere vanificato, però, tanto il riconoscimento dell'altro come altro (nella sua irripetibile sostanzialità), quanto il riconoscimento della doverosità (obiettivamente data) dei vincoli sociali. Sotto il profilo giuridico, non potrebbe che irrilevante in sé (e meramente strumentale) ciò che esula dall'autodeterminazione (assoluta).

Se l'uomo è la sua libertà, attività e realtà coincidono: il suo agire è tale da costituire il suo essere. Il suo essere non ha per se stesso alcuna consistenza propria. La libertà, in quanto tale, libera, sarebbe inoggettivabile. Sfuggirebbe ad ogni possibilità di riconoscimento della sua stessa natura. Donde la irricoscibilità della comune umanità sostanziale, sussunta dalle innumerevoli attuazioni della libertà. Ma dall'indeterminatezza dell'essere non può che comportare anche l'indeterminatezza del diritto e dei diritti. Tale da essere esiziale per gli stessi diritti.

In tal senso la determinazione come dato sostanziale è surrogata dalla determinazione come atto provvisorio. La determinazione risulta una opzione, che in un determinato momento esclude altre, in tal senso è una negazione (*omnis determinatio negatio est, proprio in quanto determinatio est sui actus*). L'autodeterminazione sorgerebbe dall'indeterminazione ed avrebbe l'indeterminazione come virtualità aperta ad indefinite possibilità. L'indeterminato sarebbe postulato come originario e come orizzonte. Anzi la "verità" del determinato non potrebbe essere se non l'indeterminato, in potere del quale si troverebbe ogni determinato. In luogo dell'ontologia dell'umano subentrerebbe la protologia dell'indeterminato-determinante. Ogni determinazione sarebbe autoctisi dell'indeterminato-determinante. Il possibile avrebbe il primato sul reale, come l'indeterminato sul determinato. La natura dell'uomo consisterebbe nel non avere alcuna natura. La natura della dignità consisterebbe nella identità originaria ed originante di tutto e nulla: il tutto della possibilità ed il nulla della naturalità (ontologica ed etica).

La libertà ne risulta ipostatizzata e deumanizzata. Divenendo la sostanza di se medesima, non avrebbe alcuna sostanza. Il suo nulla di essere coinciderebbe col suo tutto di potere. La connotazione essenziale dell'umano risulta assimilata a quella esistenziale (come la considerazione entitativa si presenta identificata con quella operativa). Al punto che la libertà, in cui consiste la dignità, può convertire qualsiasi situazione (anche in ipotesi l'asservimento al volere altrui) in una condizione di libertà. Al contempo la libertà trova la sua autenticità nella liberazione, e questa non può che giungere al suo compimento, se e solo se, giunge ad essere liberazione da se stessi (dal proprio essere determinati come esseri umani). Pur se anche tale atto paradossalmente non può presupporre l'essere (di sé e di altro da sé) come dato.

Nella identificazione di dignità e libertà, la dignità finisce per identificarsi con la possibilità stessa (e la sua rivendicazione) di determinare il futuro (indipendentemente dal suo contenuto). Così intesa la dignità diviene la sua prassi: perde di consistenza propria, per attuarsi nell'auto-referenzialità totalizzante di un'attività posta come principio e termine

di se medesima⁶⁴. La dignità (come la libertà) verrebbe assunta (inesplacabilmente) come *causa sui*. Essa sarebbe null'altro che il proprio determinarsi. In assenza del quale non avrebbe consistenza propria. L'umanità non ne costituisce la premessa, ma piuttosto la conseguenza. L'umanità (per se stessa) appare il risultato di una prassi (quella dei diritti derivanti dalla dignità). Su tale base, paradossalmente, i diritti umani finiscono per presupporre il non-ancora-dell'umano, suscettibile di attuarsi solo sul piano dell'*esserci* e mai dell'*essere*.

Assunta la dignità come libertà di autodeterminazione (assoluta), essa è tale da esigere tutte le pretese che ne conseguono, poste, proprio in quanto tali come diritti. Anche quelle che muterebbero conseguentemente il soggetto (umano) in oggetto (disponibile per qualsivoglia scopo), fino al dominio su se medesimi consistente nella autoestinzione⁶⁵.

In questo senso, la libertà si identifica con la sua prassi, dalla quale (prassi) verrebbe a dipendere anche lo stesso presupposto dei diritti (e la possibilità di rivendicarli). In assenza della quale semplicemente non si darebbe. Essa sarebbe, al tempo stesso, un *prius* ed un *posterius*, un presupposto ed un risultato. Essa sarebbe condizione e meta di se medesima, finendo per costituirsi come contenuto di se medesima e quindi per autogiustificare, nell'immanenza di se medesima qualsiasi finalità. Fino alla "libertà della libertà" ed alla "libertà dalla libertà". Con la conseguenza che non solo ogni scelta dovrebbe costituire un diritto, quale che ne sia il contenuto, ma soprattutto che la stessa dignità sarebbe ridotta alla condizione di risultato (sempre provvisorio). La dignità sarebbe condizione dei diritti ed i diritti condizione della dignità. La dignità risulterebbe perennemente incompiuta, e suscettibile delle più diverse semantizzazioni. La sua incertezza, però, non può che convertirsi anche nell'incertezza dei diritti.

D'altra parte, se la libertà (dove la dignità) si identifica con la prassi che la attualizza, risulta impossibile qualsivoglia valutazione della prassi medesima. Il problema è irrisolvibile sotto il profilo della prassi stessa. La prassi giudice di se medesima si condensa nell'effettività del potere (anche quello dell'individuo) e nell'intrascendibilità del fatto compiuto.

⁶⁴ In questa prospettiva pare profilarsi sullo sfondo la tesi sartriana della libertà come potere radicale autodeterminante e nullificante insieme (cfr. J. P. SARTRE, *L'Être et le Néant*, trad. it., *L'essere e il nulla*, Il Saggiatore, p. 516).

⁶⁵ La questione è presente anche alla riflessione di P. BECCHI, *Il principio dignità umana*, pp. 80-81. Secondo questa visuale la "difesa integrale della (sacralità della) vita lega la dignità troppo strettamente al diritto alla vita" (*ivi*, p. 96). Parimenti si conclude che "debba essere rispettata la volontà di un malato terminale che chiede l'interruzione delle cure e di essere lasciato morire" (*ibid.*), in considerazione della rappresentazione-volizione di ciò che per il malato stesso è "il senso della propria dignità" (*ibid.*).

Analogamente, il diritto fatto consistere nella prassi (sempre mutevole) dei diritti perde ogni consistenza propria. Si riduce a mero epifenomeno del potere (anche nel caso di un potere “attuatore dei diritti”).

Parimenti, se la dignità si identifica con la realizzazione di un progetto di vita –quale che ne sia il contenuto– non può non porsi il problema se tale progetto debba essere quello dell’individuo o quello del gruppo di appartenenza. Se la dignità come autodeterminazione individuale è sostenuta contestualmente all’autodeterminazione come diritto dei popoli, non può non porsi il problema della priorità dell’una rispetto all’altro. Per se stessa la prima renderebbe la seconda una propria variabile (di esercizio), e viceversa. L’antinomia emerge proprio dall’omologia di tali posizioni. La medesima virtualità onniespansiva dell’una come dell’altra (come la medesima coincidenza di esistenza ed attività) rendono, obiettivamente, l’una rivale dell’altra.

I diritti umani concepiti in quanto espressione della dignità come libertà (autoreferenziale) appaiono privi di un contenuto proprio e suscettibili di accogliere i più diversi contenuti. Anche per quanto riguarda il “contenuto” della vita (subordinato, per se stesso, alla libertà). Lo spazio dei diritti come spazio della dignità (della libertà) non può che essere, allora, uno “spazio vuoto”, variamente riempibile (purché ciascuna possibilità sia posta alla stessa stregua di ogni altra). Dove il vuoto è premessa e condizione delle possibilità della dignità.

Nel caso in cui la dignità umana è fatta consistere nella libertà, questa assume un carattere assoluto (al di là del soggetto e dell’oggetto). Tale, al contempo, da relativizzare tutto ciò che ne costituisca il termine operativo (sia quanto al soggetto sia quanto all’oggetto). Con la conseguenza che ogni decisione sarebbe, paradossalmente, assoluta (quanto all’atto) e relativa (quanto al contenuto). L’assolutezza si darebbe solo per la non assolutezza, e viceversa. La relatività ne verrebbe assolutizzata, e viceversa.

In radice la dignità umana pensata secondo il paradigma della libertà autonomizzata appare il punto terminale del moderno principio di immanenza⁶⁶. L’immanentizzazione della dignità si esprime nella autoreferenzialità. La dignità risolve la dignità nell’attuarsi di se medesima (come la libertà risolve la libertà). L’attualizzazione immanentizzata si converte nell’effettualità autopostulatoria (ove essere, conoscere e agire sono identificati ed insieme svuotati). Il principio si muta in effetto, e questo, nondimeno, si rende sempre altro rispetto all’attuarsi medesimo.

⁶⁶ Sul significato teoretico del principio di immanenza si rinvia, particolarmente, a C. FABRO, *Introduzione all’ateismo moderno*.

Concepita in tal modo, la dignità si dissolve nell'autoimmanenza totalizzante di atto e contenuto (tanto nel conoscere quanto nell'agire). Ne discende l'autoimmanenza (totalizzante) di atto e diritto: l'atto convertito nel suo contenuto, è assunto come identico al diritto. L'atto (come volere in atto) diviene l'attuarsi della dignità, tale da dar luogo al diritto. Con la conseguenza della incommensurabilità (razionale) del contenuto dell'atto, risolto (permanentemente) nella sua autoproiezione.

Tale concezione della dignità, conforme a se medesima, non può che escludere qualsivoglia valutazione del suo attuarsi. La sua deontologicità risulta identica alla sua autenticità (ovvero al suo derivare da se stessa). Rispetto ad essa ogni normatività non può che essere mera regolamentazione estrinseca, e, come tale, avvertita in termini di menomazione (pur eventualmente funzionale) del raggio di autoproiezione.

Talché la dignità non può ritenersi mai data, ma sempre *in fieri*. Identica alla sua prassi e mutabile in qualsiasi altra sua prassi. La sua determinazione si identificherebbe con il suo esercizio. I suoi diritti consisterebbero nella sua autoattuazione, sempre *in fieri*. Tali da risolversi in un solo diritto: quello ad essere la prassi di se medesima (effetto di se medesima, e contenuto del suo atto). Donde tanti paradigmi quanti sono possono essere (inverificabilmente allo stesso titolo) i progetti e le rappresentazioni in cui si attua.

A ben vedere, l'autofinalità individualistica, in cui consisterebbe la dignità umana⁶⁷ –ovvero la tesi secondo la quale l'individuo costituisce il fine (per se stesso) di se stesso– non è che l'assenza di finalità. Essa coincide con la negazione dell'altro in quanto altro, ovvero con la sua assimilazione ad oggetto (della propria autofinalità), con la conseguente impossibilità di riconoscergli alcun diritto.

Se i diritti della dignità si identificano con le pretese dell'autoproiezione, essi non sono altro se non la rivendicazione del potere del desiderio. Il desiderio darebbe luogo (per se stesso) al diritto, o meglio il diritto, assimilato ai diritti, è surrettiziamente assunto come una dotazione di efficacia del desiderio. La dignità sarebbe un effetto del compimento del desiderio. Sotto il profilo dei diritti, ne costituirebbe un effetto istituzionalizzato, una variabile resa effettiva. Nondimeno l'autofinalità assolutizza e frustra al contempo il desiderio: lo assolutizza in quanto lo rende principio e termine di se medesimo, e lo vanifica in quanto lo ren-

⁶⁷ Secondo quella che può essere definita come una "philosophie des droits de l'homme" [C. POLIN, *L'idolâtrie des droits de l'homme et ses causes*, in "Catholica", 107 (2010), p. 21].

de inappagabile, privandolo di misura obiettiva. Il primato del desiderio subentra a quello della riflessione⁶⁸.

Al contempo, l'autofinalità individuale comporta la riduzione di tutto ciò che sta di fronte all'individuo a mera indeterminatezza, quasi materia amorfa, suscettibile di essere indefinitamente piegata a qualsivoglia progetto. Il diritto dei diritti può essere identificato come "droit de la subjectivité à la souveraineté"⁶⁹, nel suo significato di potere senza limiti⁷⁰. L'assimilazione di dignità ed autofinalità, fa coincidere diritti ed autoaffermazione, rivendicazione dei primi ed autoespansione della seconda. Posta l'equivalenza della dignità di ciascun autoprogetto, il conflitto di progetti rivali non risulta risolvibile sulla base del progetto medesimo.

Di modo che risulta contraria alla dignità umana qualsiasi limitazione della libertà, giustificabile solo con motivi estrinseci e meramente funzionali (anche alla "tutela" della dignità stessa). Ciò che pone radicalmente in questione tutto il diritto penale. Rispetto al quale non resterebbero che giustificazionismi sociologici o ideologici (riferentisi, cioè, ad obiettivi operativi, posti come opzioni suppostamente necessitanti).

La dignità come autoposizione finisce per risolversi (se coerente a sé) nel fenomenismo e nel prassismo di se medesima, ovvero nell'autoevacuazione. La dignità come autoproiezione (della libertà) si estenua nell'autoespressione.

Sotto un profilo omologo, di converso, se la dignità è positivizzata al punto da essere un obiettivo della costruzione dell'ordinamento, essa non potrà che essere assimilata ad posizione (sia pure data come fondamentale o come clausola generale). Si tratterà di un elemento posto, tra altri elementi posti, eventualmente anche di un "valore costituzionale" (tra altri "valori costituzionali"). Come tale sottoposto ad interpretazione giurisprudenziale, a semantizzazione evolutiva, a bilanciamento applicativo, a restrizioni ed a dilatazioni⁷¹.

⁶⁸ Cfr. *ivi*, p. 22.

⁶⁹ *Ivi*, p. 29.

⁷⁰ In questa visuale, è stato osservato che la tolleranza fa agio non sulle esigenze del bene comune, ma sul "désir de voir l'autre tolérer que l'on soit ce que l'on désire être, [...] c'est le sentiment qu'aucun autre ne vaut plus que soi" (*ivi*, p. 30).

⁷¹ A riguardo è stato ricordato che "nella recente discussione giuridico-costituzionale aumentano le voci che vogliono svincolare il concetto di dignità umana da tutte le fondazioni antropologiche ed etico-giusnaturaliste. Al contrario, il concetto di dignità deve pervenire a una presunta 'apertura evolutiva' che lo renda 'disponibile a una concretizzazione volta alla sua valorizzazione e al bilanciamento'" (E. SCHOCKENHOFF, *Comprensione della dignità umana e dei diritti umani nel pensiero cattolico*, in A. ARGIROFFI-P. BECCHI - D. ANSELMO (a cura di), *Colloqui sulla dignità umana*, cit., p. 48).

Inverando positivisticamente la dignità autoreferenziale, questa finisce per condensarsi in un'attribuzione estrinseca, con la quale il legislatore pone come "degni" (alle condizioni poste da se medesimo) alcuni atti ed attribuzioni. Con la conseguente circolarità di tutela della dignità ed estensione del controllo sociale. Anzi, con la radicalizzazione "ontica" di questo, legittimata sulla base di quella. L'inveramento positivistico della dignità come autodeterminazione si risolve nella sua sussunzione nella valorizzazione o devalorizzazione stabilita per via normativa. La sua positivizzazione coincide con la sua ideologizzazione. La sua assolutizzazione normativizzata si svolge nella sua relativizzazione posizionale. In dipendenza di tipizzazioni di funzioni, di prestazioni, di adesioni. Discriminanti proprio sull'assunto della non discriminazione.

4. *La dignità ontologica*

Se si ricerca intensivamente la sostanza della dignità, emerge che, a partire dal corrispettivo latino *dignitas*, forma astratta dell'aggettivo *dignus*⁷², essa ha la medesima radice del verbo *decet*. Questo rinvia all'essere conveniente o appropriato, a cui sono connessi due sostantivi *decus* e *decor*. A ben vedere, *dignus* manifesta una radice comune con il greco δίκαιος (giusto). Donde una originaria connessione tra dignità e giustizia, tra degno e giusto. Ne emerge una traccia che si proietta obiettivamente nel campo dell'essere (degno) ed in quello dell'agire (degno).

Il termine "dignità" rinvia a "ciò che fa degno", ovvero ad una qualità, un'eccellenza, un valore, cui corrispondono (per metonimia) onore, stima, autorità. Essa trova la sua ragion d'essere in una qualità (dell'essere o dell'agire) intrinsecamente conveniente ed appropriata al soggetto. La dignità per se stessa indica una qualità, in ragione della quale si merita o demerita qualcosa di corrispondente. Di conseguenza la dignità identifica ciò che è proporzionato (all'essere o all'agire, alla condizione o al merito) di un soggetto.

Per se stessa, la dignità, si riferisce a ciò che viene riconosciuto come buono. Presuppone il bene che si manifesta come tale, in una obiettività tale da costituire la base dell'apprezzamento. Presuppone, altresì, la capacità umana di giudizio, ovvero la razionalità, che consente di andare al di là dell'apparire, per cogliere il sostanziale. In altri termini, la dignità, la quale non si dà come oggetto di esperienza sensibile, suppone la capacità

⁷² Può essere segnalata, utilmente, la comune radice rispetto a *decet*, *decor*, *decorosus*.

di pensare (la natura delle cose) e di valutare (la qualità delle cose). In assenza delle quali la dignità non può che risultare indiscernibile.

Il riconoscimento della dignità si dà in termini analogici. A tal riguardo è illuminante la distinzione tra “avere dignità” ed “essere degno”⁷³. La prima nozione ha una ampiezza (o una “comprensione”) più ristretta della seconda. Questa viceversa, ne possiede una più estesa. Nel primo caso, la dignità ha un carattere potenziale, attualizzato dal merito; nel secondo caso la dignità ha un carattere attuale inerente. È degno di qualcosa sia colui che lo possiede secondo giustizia, sia colui che con essa ha una certa congruenza o un determinato merito per riceverla⁷⁴. Mentre l’essere degno è proprio di colui che ha in atto un determinato bene (quale che sia) il quale gli è proprio per se stesso, indipendentemente da un particolare merito. Il bene posseduto, per il quale si è degni, presenta una perfezione obiettiva.

La dignità (come tutto ciò che si riferisce ad un determinato soggetto) può corrispondere all’ordine sostanziale o a quello accidentale, a ciò che è naturale o a ciò che è acquisito. In altri termini, può riguardare la considerazione della dignità (essenziale) o a quella della dignificazione. Secondo il primo significato, essa è inerente (e non può non esserlo) a ciascun soggetto di una determinata specie; nel secondo essa si riferisce ad una qualità dovuta ad un determinato modo di essere (che rende degno), o ad un comportamento o ad una funzione (allorché l’agire risulti conforme all’essere, perciò degno)⁷⁵. La dignità acquisita presuppone, in via preliminare, la dignità essenziale: non sarebbe possibile acquisire una determinata qualità, senza averne la possibilità intrinseca (come è possibile diventare solo ciò che è nella potenzialità inerente).

La considerazione realistica (o classica)⁷⁶ della dignità –essenzialmente distinta ed inconfondibile rispetto a quella razionalistico-attivista⁷⁷– può riferirsi, quindi, tanto a ciò che è essenziale, quanto a ciò che è accidentale. Essa compete tanto alla sostanza, quanto ad una qualità. Ovviamente in diversa maniera, secondo che si abbia riguardo a ciò che

⁷³ Sulla questione risulta di sicuro interesse la riflessione di J. M. GAMBRA, *La noción clásica de dignidad y los derechos Humanos*, pp. 31-53.

⁷⁴ Cfr. Tommaso D’ AQUINO, *In Sent.*, l. IV, d. 18, q. 1, a. 1, qc. 2, ad 3.

⁷⁵ Cfr. Victorino RODRIGUEZ, *Temas-clave de humanismo cristiano*, p. 6. L’autore ricorda al riguardo la celebre espressione di Pindaro “diventa ciò che sei”, precisando (sotto il profilo metafisico-etico): “diventa ‘ciò che puoi e devi essere’” (*ibid.*).

⁷⁶ Il termine classico, in questo contesto, ha significato teoretico e non storico. Esso, cioè, indica un concetto e non un fatto, ovvero una nozione di valore e non di tempo, in quanto viene assunto come sinonimo di (realisticamente) permanente e non di (cronologicamente) antico.

⁷⁷ Cfr. Claude POLIN, *L'idolâtrie des droits de l'homme et ses causes*, cit., p. 16.

ciascuno è o a ciò che egli compie. Nel primo caso la dignità si riferisce all'essere, nel secondo caso ha riguardo all'agire. Nel primo essa si dà in ordine alla sua natura, nel secondo si compie in relazione ai suoi atti (ed ai suoi abiti). Nel primo, essa gli compete, per ciò che è comune a tutti coloro i quali partecipano della medesima essenza, ed in ragione di essa; nel secondo essa deriva da un determinato soggetto, che assume quelle qualità che sono come l'impronta della sua attività. Sotto il primo profilo essa è universale, in quanto sostanziale; sotto il secondo essa è particolare, in quanto morale. Nella prima accezione si configura la dignità ontologica. Nella seconda la dignità etica. Esse sono tra loro distinte ed inconfondibili.

L'ordine ontologico e quello etico costituiscono i campi di indagine imprescindibili per intendere ciò che è proprio del soggetto umano, anche in ambito filosofico-giuridico. Come l'ordine dell'agire trova fondamento, misura e criterio in quello dell'essere (*via iudicii*), analogamente il significato ontologico della dignità risulta fondativo, senza essere sostitutivo rispetto a quello etico. Questo, in considerazione della libertà dell'agire, presuppone quello ma non necessariamente lo attua: può esserne rivelativo o può esservi contrastante (*via inventionis*). In un determinato soggetto, la dignità del primo non comporta, per sé, la dignità del secondo. Pur in presenza della prima, la seconda può essere assente.

Tanto nell'ordine dell'essere quanto in quello dell'agire la nozione di dignità fa agio sul "principio di conformità". La dignità si palesa come conformità obiettiva del soggetto *–in essendo–* alla umanità (in quanto tale), ed all'ordine del fine e del dovuto *–in agendo–* con riguardo agli atti e agli abiti (di ciascuno). In tal senso la dignità può essere considerata come espressione e riflesso, rispettivamente della sostanzialità e del compimento, per ciò che il soggetto e per ciò che il medesimo fa. Sotto il profilo ontologico, la dignità è correlativa alla natura umana, donde essa deriva e di cui è rivelativa. Sotto il profilo etico, la dignità si palesa in riferimento alla valutazione del suo agire. Nel primo caso la conformità si offre come oggetto di intelligenza del dato, nel secondo come oggetto di valutazione dell'azione.

La dignità ontologica emerge dalla natura umana. Si deve ad essa. Ne è documento e testimonianza. Ha in essa il suo fondamento e la sua *condicio sine qua non*. Per se stessa, è intesa nella permanenza e nella sua sostanzialità del soggetto umano, in quanto tale. Si rileva grazie all'intelligenza dell'essenza in quanto principio di attività. Ha la perspicuità di ciò che consta. Nondimeno essa può palesarsi alla conoscenza, solo se essa trascende le apparenze. Sulla premessa dell'intelligibilità della realtà e della capacità della razionalità. La dignità umana, sotto il profilo ontologico sta o cade con il riconoscimento (o meno) della consistenza propria

dell'umano e della sua intelligibilità⁷⁸. La dignità *dell'*essere presuppone la dignità *nell'*essere. Il riconoscimento del ciò per cui qualcosa è degno suppone la conoscenza del che cosa è degno. Al di là di qualsivoglia condizionalità o funzionalità. Al di là di qualsiasi rappresentazione, psicologica o sociologica che sia. Al di là di qualsivoglia consenso o procedura. Viceversa, l'inoggettivabilità ontologica della natura umana non può che implicare l'inaccessibilità noetica della dignità.

In quanto la dignità ontologica è comune a tutti i soggetti umani, essa risulta essenzialmente partecipata a ciascuno. È inconfondibile, pertanto, sia con il singolo (l'individuo) sia con la collettività (l'umanità). La partecipazione della medesima natura –essenziale perché il soggetto umano sia tale– è la ragion d'essere della partecipazione della medesima dignità. Sicché essa non dipende né dal volere in atto, né dalla consapevolezza psichica, né da alcun riflesso emotivo. Tanto meno essa risulta dallo stadio di sviluppo di organi o funzioni. In quanto tale, essa è ontologicamente originaria e costitutiva. Per se stessa è coestensiva all'essere e ricevuta con l'essere⁷⁹. A null'altro relativa, se non alla natura attualizzata nell'essere. In questo senso, essa indica la collocazione del soggetto umano (nell'ordine sostanziale) rispetto a tutti gli altri enti⁸⁰. La dignità ontologica non è oggetto di valorizzazione estrinseca, ma esprime il valore obiettivo che è proprio dell'umano, per se stesso⁸¹.

⁷⁸ È stato osservato che “dissolta nell'inconoscibilità e nell'impermanenza la natura dell'uomo [...] è resa fittizia ogni attribuzione e ogni rivendicazione di beni e di diritti; nessuno di essi ha più una proporzione necessaria e incontrovertibile con un ente (l'uomo) che propriamente è solo denominazione di un mutare; né si può con verità asserire che vi sia un ottimo per ciò che propriamente non è” (A. SANFRATELLO, *Problematicità odierna di una fondazione dei diritti umani*, in D. PASINI (a cura di), *Sui diritti dell'uomo*, Astra, Roma 1982, p. 25-26). Difatti “la riduzione relativistica della natura umana a mera storicità implica la relativizzazione storicistica dei diritti umani, i quali, privi di fondamento antropologico oggettivo, sono abbandonati in balia delle forze diverse che determinano ed esauriscono, nel loro mutevole disporsi storico, gli stessi concetti di 'uomo', 'diritto', 'bene comune’” (*ivi*, p. 25).

⁷⁹ Cfr. Bernardino MONTEJANO, *Dignidad de la persona humanas*, pp. 457-458, pp. 549-560 (particolarmente pp. 552-554)

⁸⁰ Sulla questione va segnalato il contributo di A. ARGIROFFI, *Perché ancora della dignità umana? Una breve analisi ontologico-fenomenologica*, in A. ARGIROFFI - P. BECCHI - D. ANSELMO (a cura di), *Colloqui sulla dignità umana*, cit., pp. 11-22. Vi si nota, tra l'altro, la tesi secondo la quale “è proprio l'idea della libertà morale con la sua consapevolezza, non tanto e non solo la sua natura (*essentia*), a conferire all'uomo dignità” (*ivi*, p. 12).

⁸¹ È stato affermato che “la dignità umana, lungi dall'essere oggetto di valorizzazione da parte di un soggetto [...] è da intendersi, oltre la sua indiscussa assolutezza ideale, come traccia del senso/controsenso esistenziale dell'esserci, nella sua precipua singolarità e irripetibilità” (*ivi*, p. 20). Tuttavia può essere rilevato che il significato, a sua volta, richiede un fondamento, il quale è proprio di qualcosa (in questo caso, di “qualcuno”), che per se stessa/o non si esaurisce nell'esserci, ma, in quanto tale, è.

La dignità umana non può che trovare fondamento in ciò per cui l'uomo è tale. In tal senso essa è propria della persona umana, ontologicamente intesa. L'uomo è tale in virtù di ciò che ne sostanzia e ne specifica la natura: l'essere, la vita, le facoltà propriamente umane, ovvero la conoscenza razionale e la volontà libera. Le facoltà e la vita ineriscono al suo essere (attualizzato nella sua natura). Senza questo non si danno, né possono sussistere ed operare. Su questo fanno agio e ne promanano. Nel loro esercizio, lo rivelano, documentandone l'intimità costitutiva e la specificità irriducibile. In assenza della quale, la stessa dignità è inintelligibile.

La dignità umana, quindi, fa agio sulla razionalità intelligente e sulla volontà libera. Tali facoltà, per se stesse rivelative della sostanzialità umana, travalicano ontologicamente ogni dato corporeo o biologico. Il soggetto umano, per se stesso, è razionale e libero, ovvero dotato di intelletto e volontà, a prescindere dal suo stadio di sviluppo, dalla funzionalità di organi e di apparati, dai progetti di vita propri o altrui. La dignità umana gli è propria in quanto soggetto razionale, come tale responsabilmente libero⁸². La volontà, propriamente, si palesa come appetito razionale e la libertà come qualificazione della volontà. In quanto libero, il soggetto umano è capace di determinare se stesso, a ciò che è proposto come appetibile dalla ragione, potendolo volere o non volere, volerlo per una finalità o per altra, secondo una modalità o secondo altra. La libertà, quindi, non costituisce il contenuto dell'atto, ma solo la sua condizione. Non lo qualifica per se stesso, ma lo rende qualificabile in se stesso. La dignità del soggetto non equivale alla dignità dell'atto.

Talché la dignità non può essere della facoltà senza essere del vivente, e non può essere del vivente senza essere dell'essente. La libertà e la razionalità, infatti, non hanno realtà per se stesse: presuppongono la realtà del soggetto, che è tale proprio in quanto lo è nell'unità ontologica del suo essere uomo⁸³. In altri termini, la dignità umana non può fare agio sulla razionalità o sulla libertà senza fondarsi sulla sostanzialità essenziale: non è propria della razionalità, ma del soggetto razionale. Questo non è

⁸² Sotto il profilo filosofico Tommaso d'Aquino evidenzia che "ratione, in quo tota dignitas humana consistit" (*De Ver.*, q. 25, a. 6, ad 2). Analogamente la dignità umana è nella capacità di provvedere rettamente (essendo capace di riconoscere l'ordine al fine ultimo) a se stesso ed agli altri (cfr. *S. Th.*, I II, 91, a. 2).

⁸³ Emblematicamente Pascal afferma che "l'uomo è manifestamente fatto per pensare; qui sta tutta la sua dignità e tutto il suo merito" (B. PASCAL, *Pensées* [146], trad. it., *Pensieri*, a cura di F. Masini e E. Giovannini Masini, Istituto Geografici De Agostini, Novara 1964, p. 354). Ed aggiunge che "tutto il suo dovere sta nel pensare come si deve" (*ivi*, pp. 354-355). Il pensiero per Pascal ha, quindi, una finalità intrinseca, obiettivamente propria dell'umano in quanto tale.

un fenomeno tra fenomeni. È un dato, la cui esteriorità fa agio sulla sua interiorità. Si condensa in una profondità che si sottrae ad ogni misurabilità. Nella sua essenza, trascende ogni presenza. E parimenti ogni influsso estrinseco ed ogni fattore contingente. Senza tale consistenza ontologica, neppure le sue relazioni –moralì, giuridiche, politiche– possono essere intelligibili: si può agire se se si è, e non viceversa. Né potrebbe avere consistenza una rilevazione in universale.

Nella considerazione ontologica della dignità umana, la trascendenza della validità si palesa nella contingenza della finitudine. Tale connotazione essenziale (ineludibile sotto il profilo della riflessione)⁸⁴ ne qualifica intimamente la consistenza. La sua contingenza ontologica ne segna anche quella assiologica. Né l'individuo né l'umanità hanno una inderivata aseità. Né l'una né l'altra costituiscono un assoluto per se stesso. La loro consistenza nell'essere, non essendo per sé originaria, rinvia logicamente all'ordine del fondamento ultimo.

La dignità umana, derivante dalla razionalità e dalla responsabilità, ha trovato –come è noto– testimoni molteplici, nelle epoche e sotto le latitudini più diverse. Tra essi è esemplare la riflessione di Lucio Anneo Seneca⁸⁵.

La considerazione realistica della dignità umana è documentata con perspicuità da Tommaso d'Aquino. La dignità ontologica del soggetto umano si profila nella capacità di *reditio completa* –mediante la riflessione e la volizione– su se medesimo⁸⁶ (dove una sorta di autotrasparenza e di autopossesso dell'intelletto e della volontà). La stessa libertà del volere, scaturisce dalla razionalità e dalla capacità di autoriflessione. Dall'ordine del

⁸⁴ Opportunamente è stato rimarcato da A. ARGIROFFI, *Perché ancora della dignità umana? Una breve analisi ontologico-fenomenologica*, cit., p. 14.

⁸⁵ In questa prospettiva, la dignità umana, sotto il profilo ontologico, fa agio sulla natura umana, la quale accomuna in essenza ogni uomo all'altro, libero o schiavo che sia. Al riguardo è memorabile è il testo di una delle *Lettere a Lucilio* (47, 1-10): "Libenter ex iis qui a te veniunt cognovi familiariter te cum servis tuis vivere: hoc prudentiam tuam, hoc eruditionem decet. 'Servi sunt'. Immo homines. 'Servi sunt'. Immo contubernales. 'Servi sunt'. Immo humiles amici. 'Servi sunt'. Immo conservi, si cogitaveris tantundem in utrosque licere fortunae. [...] Vis tu cogitare istum quem servum tuum vocas ex isdem seminibus ortum, eosdem frui caelo, aequae spirare, aequae vivere, aequae mori! Tam tu illum videre ingenuum potes quam ille te servum".

⁸⁶ "St. Thomas does not seize upon universalization as the crucial note of human intellection but upon self-reflection. Reflection, in St. Thomas, begins to emerge as a mark of the human spirit, a kind of self-possession foreign to sense knowledge. [...] this knowing the self is actively constitutive of the 'self'. [...] This who I am emerges when I reflect spontaneously in exercised act upon my understanding which is always of what or who I am not" (F. D. WILHELMSSEN, *Being and Knowing*, Preserving Christian Publications, Albany (N. Y.) 1991, pp. 241-253).

conoscere è indicata la finalità ovvero l'ordine delle relazioni, che è criterio della libertà⁸⁷. In radice la dignità va rinvenuta nell'identità principale dell'uomo, ovvero nell'anima. Questa, per la sua incorruttibilità, ne assicura l'emergenza verticale che lo assimila, in certo modo, al Principio primo. La natura umana fa trasparire l'iconicità divina, e ne fonda la preminenza rispetto all'universo materiale con la sua ordinazione al Fine ultimo⁸⁸.

Lungo la traiettoria di una rilevanza intellettuale difficilmente sopravvalutabile, la dignità ontologica dell'uomo traspare, con innegabile peculiarità, dalla concezione cristiana⁸⁹. In questa prospettiva, essa deriva non solo dall'essere creata *ad immagine*⁹⁰ di Dio⁹¹, ma anche dalla assunzione nella unione ipostatica⁹² (con la natura divina⁹³, nella persona del Verbo⁹⁴),

⁸⁷ In tal senso è stato evidenziato che “love opposes liberty only when liberty opposes love. The question must shift to the content of love. If conformed to man’s good, then liberty is properly put to that lofty service. If the love is opposed to man’s good, then liberty is properly repressed by an ordained love” [IDEM, *Love versus Freedom*, in “The Intercollegiate Review”, xxx (1995), 2, p. 9].

⁸⁸ Tommaso D’AQUINO, portando a compimento la riflessione sulla creazione, afferma che “ducimur ex hoc in cognitionem dignitatis humanae. Deus enim omnia facit propter hominem [...] Et homo magis est similis Deo inter creaturas post Angelos, unde dicitur Genes I, 26 ‘*Faciamus nomine ad imagine et similitudinem nostram*’ [...] Hoc quidem non dixit de coelo sive de stellis, sed de homine. Non autem quantum ad corpus, sed quantum ad animam, quae est liberam voluntatem habens et incorruptibilis, in quo magis assimilatur Deo quam ceterae creaturae. Debemus ergo considerare hominem post Angelos digniorem esse ceteris creaturis et nullo modo dignitatem nostram diminuere propter peccata et propter inordinatum appetitum rerum corporalium, quae viliores sunt nobis, et ad servitium nostrum factae; sed eo modo debemus nos habere quo Deus fecit nos. Deus enim fecit hominem ut praeeset omnibus quae sunt in terra, et ut subsit Deo. Debemus ergo dominari et praeesse rebus; Deo autem subesse, obedire, ac servire” (*In Symbolum Apostolorum Expositio*, art. 1).

⁸⁹ In particolare, è stato evidenziato che “il tema della *dignitas hominis* [...] è prettamente cristiano” (V. PLACELLA, *La dignitas hominis in Giannozzo Manetti*, in IDEM (a cura di), *Memoria biblica e letteratura*, Napoli, Università degli Studi di Napoli “L’Orientale”, 2005, p. 225) in ragione del suo profilarsi a partire dalla nozione biblica di *imago ed similitudo Dei*, riferita all’uomo in quanto tale (al riguardo, cfr. C. TRINKAUS, *In Our Image and Likeness*, 2 vol., The University of Chicago Press-Constable & Co, Chicago-London, 1970).

⁹⁰ In questa prospettiva, mentre l’uomo è costituito “ad immagine” di Dio, “l’immagine”, nella sua compiutezza, è solo quella del Verbo. Le due nozioni, pertanto, sono inconfondibili: l’uomo partecipa di un’iconicità, il cui modello lo trascende infinitamente.

⁹¹ A riguardo, esemplarmente, si rinvia alle considerazioni di K. LÖWITH, *Von Hegel zu Nietzsche*, trad. it., *Da Hegel a Nietzsche*, p. 482.

⁹² Cfr. Tommaso D’AQUINO, *S. Th.*, III, q. 2, a. 2, ad 2.

⁹³ Esemplarmente, cfr. IDEM, *S. Th.*, II II, q. 175, a. 1, ad 2;

⁹⁴ L’incarnazione del Verbo ne costituisce, sotto il profilo della gratuità dell’*oeconomia salutis*, la più alta testimonianza. Cfr. IDEM, *S. Th.*, III, q. 1, a. 2; *S. c. G.*, I, IV, c. 54; *In Sent.*, I, III, d. 1, q. 1, a. 3; *S. Th.*, III, q. 46, a. 3.

e dall'aver ciascuno come fine ultimo la fruizione beatificante soprannaturale di Dio stesso⁹⁵. La dignità umana, data la sua sostanzialità naturale, acquista una ulteriore configurazione nell'ordine soprannaturale⁹⁶, dall'elevazione mediante la grazia (liberamente accolta) alla condizione della partecipazione alla stessa natura divina⁹⁷. È chiaro che la dignità derivante dalla natura è inconfondibile con quella derivante dalla grazia. La dignità naturale non si identifica con quella soprannaturale. Questa presuppone quella. La seconda ha una gratuità essenziale, come tale naturalmente inesigibile. Altresì è inconfondibile la dignità derivante dal "carattere" impresso dalla grazia, rispetto a quella propria dello stato di grazia. Talché con riferimento alla indicazione iconica può essere distinto non solo il vestigio dall'immagine, ma anche l'immagine dalla somiglianza⁹⁸.

5. La dignità etica

La dignità, come tale, si riferisce a "ciò per cui" qualcuno o qualcosa è degno. Se dalla considerazione essenziale si passa a quella esistenziale, il riconoscimento della dignità compete a ciascuno in considerazione dei suoi atti⁹⁹. Donde una dignità etica. Analogamente la dignità si attribuis-

⁹⁵ È evidente che non va confuso il dato naturale con quello soprannaturale. Le due accezioni della dignità sono inconfondibili (cfr., tra l'altro, J. M. GAMBRA, *La noción clásica de dignidad y los derechos Humanos*, cit., pp. 34-42).

⁹⁶ Al riguardo è celeberrimo è l'effato di Leone Magno [«Agnosce cristiane dignitatem tuam!»] (*Sermo XXI. In Nativitate Domini nostri Jesu Christi*, I.)

⁹⁷ Cfr. Abelardo LOBATO, *Dignidad y aventura humana*, pp. 30-31.

⁹⁸ Si tratta di una considerazione di carattere teoretico, le cui premesse hanno trovato sviluppo in Agostino. Emblematica al riguardo è la riflessione bonaventuriana. Cfr. BONAVENTURA DA BAGNOREGIO, *In Sent.*, I. I, d. III, p. I, a. un. q. 1; *ivi*, I. I, d. III, p. I, a. un. q. 2; *ivi*, I. I, d. III, p. II, q. II; *Brevil.*, p. 5, c. 1. In riferimento al pensiero bonaventuriano è stato puntualmente evidenziato che "la differenza tra immagine e somiglianza sta in questo: nell'anima c'è sempre l'immagine, perché identica alla sua essenza, mentre la somiglianza perché realmente distinta dall'essenza dell'anima, può esservi assente. Quindi nell'anima può esservi immagine senza somiglianza, ma giammai somiglianza senza immagine. L'immagine è la perfezione naturale, essenziale dell'anima in quanto ha Dio come oggetto di conoscenza e di amore e ha la capacità di partecipare alla vita divina. La somiglianza è l'assimilazione soprannaturale dell'uomo a Dio Trino mediante la grazia abituale" (L. IAMMARONE, voce *Imago*, in *Dizionario bonaventuriano*, a cura di E. Caroli, Padova, Editrici Francescane, 2008, p. 487).

⁹⁹ Secondo una considerazione descrittiva la nozione di dignità va definita come "condizione abituale e coerentemente perseguita e difesa di onorabilità e nobiltà morale, che nasce dalle qualità intrinseche ed essenziali dell'uomo, e si fonda sul suo comportamento e sul suo contegno nei rapporti sociali, sui propri meriti e sul proprio grado; e, insieme, il rispetto che egli ha di sé e suscita negli altri in forza di tale esemplarità

ce ad una condizione, che comporta una qualificazione o una funzione, per se stesse, apprezzabili ed apprezzate. Talché il termine segnala anche un incarico o un compito, per se stesso dignificante (attribuito in virtù dell'esserne degno, da parte del ricevente). Donde una dignità "ufficiale"¹⁰⁰. (ovvero dell'ufficio).

Nella considerazione classica la dignità si riferisce spiccatamente al merito¹⁰¹. La dignità fa agio su un giudizio, che riconosce il valore del comportamento in considerazione del dovere adempiuto. In questa prospettiva la dignità non è omogenea. Essa è proporzionata a quanto richiesto a ciascuno e compiuto da ciascuno. La dignità di ciascuno, o il suo contrario, ne deriva, tanto in termini positivi quanto in termini negativi. Si tratta di concetti che esprimono un apprezzamento dell'agire in se medesimo.

La dignità etica fa agio sulla responsabilità personale. Essa rileva nell'ordine della conformità dell'agire all'essere. L'agire è degno se è quale deve essere. In conformità alla natura del soggetto umano ed all'ordine di alterità doverosa in cui egli agisce. La dignità etica deriva dall'ordine della finalità e perciò del dovere. La sua sostanzialità è di carattere agatologico. Consiste nell'agire secondo ragione, quindi secondo giustizia. Essa deriva dalla razionalità prudenziale, in grado di commisurare i mezzi al fine. Dato il primato del fine e la valutazione di tutto ciò che concorre a costituire l'azione.

La considerazione della dignità etica si palesa come correlativa alla responsabilità morale e giuridica, quindi alla determinazione del dovuto secondo giustizia. Presuppone il riconoscimento, nel da farsi e nel fatto, del *suum* di ciascuno, che costituisce la misura del *debitum* da corrispondere. Data la consistenza obiettiva della trama di relazioni – donde conseguenti finalità ed altrettanti doveri – dalle quali derivano obblighi di corrispondere il dovuto, ovvero vincoli di giustizia.

In tal senso, il criterio della dignità dell'agire emerge (classicamente) dal dovere compiuto, che attua l'ordine del bene. Per se stessa la dignità

etica" (voce *Dignità*, in *Grande dizionario della lingua italiana*, a cura di S. Battaglia, vol. IV, UTET, Torino 1966, p. 413).

¹⁰⁰ Si tratta della dignità dell'ufficio, ovvero di quella che deriva dalla qualità del dovere richiesto da un determinato compito, particolarmente ove esso è di rilievo pubblico, ovvero (classicamente) politico.

¹⁰¹ Parimenti il termine degno, ove non risulti gravato da un corrispettivo genitivo (assiologicamente) negativo, significa, per se stesso, "virtuoso, probo, onesto; meritevole di stima di rispetto, di onore" (voce *Degno*, in *Grande dizionario della lingua italiana*, cit., p. 130).

etica emerge dalla rettitudine (dove l'equità)¹⁰² degli atti. Nell'ambito giuridico essa è ravvisabile sulla base della determinazione del giusto, ovvero del dovuto a ciascuno (ovvero del debito di quanto gli è proprio)¹⁰³. In altri termini, la dignità etica consiste nell'esercizio onesto (ovvero conforme a probità) della libertà¹⁰⁴.

La considerazione etica della dignità trae il suo contenuto in relazione all'ordine del bene, in specie del bene comune. Essa si manifesta spiccatamente a vantaggio del bene della comunità. In tal senso ha un chiaro rilievo politico. Esempiarmente, come è stato evidenziato, "nel mondo greco l'uomo è degno, innanzi tutto, quando vale e vale in misura pari al bene che può assicurare agli altri"¹⁰⁵. Sicché la dignità "si inverte in una relazione morale con gli altri"¹⁰⁶, e "si irraggia dai familiari a tutti i membri della comunità"¹⁰⁷. Allorché la dignità etica si condensa nell'adempimento di determinati compiti, da essa derivano primariamente doveri, l'adempimento dei quali configura diritti (proprio in quanto si tratta di doveri che promanano dalla propria dignità).

Sicché la dignità etica si palesa come corrispettiva della probità (o, come suo riflesso, del decoro). Secondo una riflessione di Cicerone, la dignità attesta una perfezione etica (quasi una eccellenza)¹⁰⁸ ed una autorità morale (come una autorevolezza personale)¹⁰⁹. Sotto entrambi i profili, la dignità ha un analogo rilievo giuridico e politico.

Sotto il profilo etico, quindi, l'uomo degno è l'uomo virtuoso, in particolare quello valoroso e capace di grandi cose a vantaggio della comunità. Parimenti è degno colui il quale che è meritevole (di lode) in quanto conforme al compito che deriva dalle proprie responsabilità, tanto nei confronti del legato dei predecessori quanto nei riguardi della posterità.

¹⁰² La bontà ontologica permane anche là dove sia carente la bontà etica, ma ciò non solo non riscatta questa, ma costituisce il presupposto del suo disvalore.

¹⁰³ Come rimarca incisivamente L. E. PALACIOS, *Iglesia y libertad religiosa*, p. 295.

¹⁰⁴ Cfr. Bernardino MONTEJANO, *Poder jurídico y derecho natural (con una especial referencia a la libertad religiosa)*, p. 67.

¹⁰⁵ Umberto VICENTI, *Diritti e dignità umana*, p. 7.

¹⁰⁶ *Ibid.*

¹⁰⁷ *Ibid.*

¹⁰⁸ "Si considerare volumus, quae sit in natura [nostra] excellentia et dignitas, intelligemus quam sit turpe diffuere luxura et delicate ac molliter vivere, quamque honestum parce, continenter, severe, sobrie. Intelligendum etiam est duabus quasi nos a natura indutos esse personis; quarum una communis est ex eo quod omnes participes sumus rationis praestantiaeque eius, qua antecellimus bestiis, a qua omne honestum decorumque trahitur et ex qua ratio inveniendi officii exquiritur; altera, autem, quae proprie singulis est tributa" (CICERONE, *De officiis*, I, 106-107).

¹⁰⁹ "Dignitas est alicuius honesta et cultu et honore et verecondia digna auctoritas" (IDEM, *De inventione*, 2, 166).

In tal senso –come afferma Cicerone¹¹⁰– la dignità è una *qualità* (morale e/o giuridica) che si può acquistare (o viceversa perdere). Da essa deriva intrinsecamente una certa autorità. La dignità, sotto il profilo etico –come precisa Aristotele¹¹¹– comporta gradazioni in rapporto al dovere da compiersi e corrispettivamente compiuto.

In tal senso, l'uomo degno è l'uomo probus ed in grado eminente lo è il magnanimo, ovvero colui che è degno di grandi cose. Esemplarmente, come è stato osservato, la *dignitas* classica esprime

“il riconoscimento sociale della virtù e del merito; in questo contesto era naturale che dovesse prevalere, anche nella sfera giuridica, l'opinione del più degno [...] La *dignitas* era alimentata da una corrispondente *virtus* o era essa stessa *virtus*”¹¹².

In sostanza, la dignità etica dipende dal merito morale. Essa non si dà come inalterabile, ma consegue alla qualità etica degli atti e degli abiti. Ne dipende per se stessa ed in se stessa. Pertanto costituisce –come è stato osservato– non un presupposto, ma una “meta”¹¹³. Qualsiasi comportamento, infatti, può essere degno o meno della obiettiva responsabilità di ciascuno. La dignità etica ha una consistenza accidentale. Essa non è un dato naturale o essenziale. Può essere presente oppure assente, in considerazione di quanto si è compiuto¹¹⁴.

Pertanto la dignità trova un corrispettivo analogico nella perfezione e nella bontà¹¹⁵. Essa può darsi nell'ente o nell'atto. Nel primo caso la bontà è propria di ogni ente –nel caso di specie, di ogni uomo– in quanto è ciò che è, in quanto il suo atto di essere attua la sua essenza. Si tratta della bontà nell'ordine della realtà, ovvero della bontà ontologica. Nel secondo caso essa è relativa all'atto o all'abito, in quanto espressione all'agire (razionale e volontario). In riferimento ad esso, si ha propriamente la bontà

¹¹⁰ Cfr. IDEM, *De inventione*, 2, 166.

¹¹¹ Cfr. ARISTOTELE, *Eth. Nic.*, II, 1, 1103 a; IV, 3, 1124 a; *Eth. Eud.*, 3.5.1233 a.

¹¹² Umberto VICENTI, *Diritti e dignità umana*, cit., p. 153. In questa prospettiva, la *dignitas* classica “trattandosi di una virtù, apportatrice di merito, onore, gloria, prestigio, autorevolezza, stima, potere [...] postula l'agere del *dignus*, che deve conquistare il pubblico riconoscimento [...] il soggetto *dignus* non è semplicemente o passivamente il destinatario della considerazione e del rispetto degli altri, ma si presenta e opera, prima di tutto, come soggetto attivo, che fa cose a vantaggio della patria o del prossimo. La dimensione eroica o nobile o, più modestamente, onesta della vita costituisce l'ambito di riferimento della dignità più tradizionale” (*ivi*, p. 154).

¹¹³ M. RUOTOLO, *Appunti sulla dignità umana*, cit., p. 125.

¹¹⁴ In tal senso la dignità etica può essere più o meno alta e può essere persino smarrita (cfr. Tommaso D'AQUINO, *S. Th.*, III, q. 89, a. 3; *Quodlib.*, XI, q. 1, a. 2).

¹¹⁵ Cfr. IDEM, *In Sent.*, I, III, d. 35, 1, a. 4, qc. 1.

etica. Questa è inconfondibile con quella. La bontà dell'agire libero –in ogni dominio dell'etica– può darsi o meno, pur in presenza della bontà ontologica del soggetto. La bontà ontologica di questo, per se stessa, nulla dice sulla bontà etica dei suoi atti (nel campo morale, in quello giuridico ed in quello politico).

Proprio in quanto l'agire umano è libero (perciò imputabile e responsabile), la dignità etica non può essere presupposta. Essa va verificata in ciascun caso. La dignità dell'agire sta nella conformità alla dignità della natura razionale¹¹⁶. Si tratta dell'adesione al dovuto, derivante dalla conoscenza dell'onesto¹¹⁷. Emblematicamente Cicerone fa notare che la dignità etica si esprime nella condotta conforme all'onestà ed al decoro¹¹⁸. Per se stesse, né la dignità etica è deducibile dalla dignità ontologica, né viceversa. La dignità ontologica rappresenta la premessa della dignità etica, ma non la sua necessità. La libertà costituisce la condizione della dignità etica, ma non il suo contenuto. La dignità ontologica non implica per se stessa quella etica: la prima può darsi anche in assenza della seconda.

L'ontologia della dignità, lungi dall'essere esclusiva rispetto all'etica della dignità, ne costituisce la premessa fondativa, da essa logicamente indissociabile. L'etica della dignità presuppone il rilievo essenziale ed imprescindibile della responsabilità (e dell'imputabilità) ed il riconoscimento del dovuto. Di modo che l'intelligenza della dignità etica fa agio sul primato dei doveri, donde i diritti traggono finalità e contenuti inconfondibili¹¹⁹. È erroneo, pertanto, identificare la dignità etica con quella ontologica. Come nel caso di ogni identificazione tra essere e agire. Al valore ontologico del soggetto umano può corrispondere, infatti, un disvalore etico (morale, giuridico, politico) dovuto ad un agire iniquo e lesivo del bene comune¹²⁰.

La sostanza ontologica e quella etica della dignità sono tra loro inconfondibili perciò inassimilabili. La considerazione dell'uomo in quanto

¹¹⁶ Cfr. CICERONE, *De officiis*, I, 106-107

¹¹⁷ Cfr. *ibidem*.

¹¹⁸ Cfr. *ibidem*.

¹¹⁹ Per una riflessione sulla correlazione tra doveri e diritti, possono segnalati, tra l'altro: G. M. CHIODI, *Invito ad una critica dei cosiddetti diritti e ad una rinnovata attenzione ai doveri*, in M. L. BIANCA - A. CATELANI (a cura di), *Giusnaturalismo e diritti inviolabili dell'uomo*, Università degli Studi di Siena, Arezzo 2009, pp. 49-60; IDEM, *Improprietà dei diritti umani*, in A. TARANTINO (a cura di), *Filosofia e politica dei diritti umani*, V Congresso dei filosofi politici italiani, Giuffrè, Milano 2003, pp. 67-93; IDEM, *Precedenza dei doveri sui diritti umani, che peraltro è meglio definire diritti fondamentali*, in G. M. CHIODI (a cura di), *I diritti umani. Un'immagine epocale*, Guida, Napoli 2000, pp. 7-23.

¹²⁰ Cfr. Miguel AYUSO, *Libertad y dignidad. Los orígenes religiosos de los derechos fundamentales*, 419-420, pp. 857-858.

uomo non è identica a quella di ciascun particolare soggetto umano nell'attualità del suo agire. Pertanto è evidentemente erroneo e fuorviante identificarle¹²¹. Da tale assimilazione risulta altresì una flessione individualistica, derivante dalla sussunzione dell'essere nell'agire¹²². Dalla positività assiologica dell'agire prende consistenza la dignità etica, la quale costituisce quindi attuazione perfetta nel capo della responsabilità.

La relazione tra la dignità ontologica e quella etica è intelligibile simmetricamente al rapporto tra essere e dover essere. Questo è il fondamento di quello; il secondo è lo svolgimento attuativo del primo. In tal senso la dignità etica può essere considerata correlativa al dover essere attuato. Se la dignità ontologica è assimilata a quella etica, quella si vanifica, fenomenizzandosi, e questa si svuota, effettualizzandosi. La prima si muta in un apparire senza essere, la seconda in un mutevole complesso di effetti. Paradossalmente la loro identificazione conduce alla loro evacuazione.

È stato osservato che tra la dignità ontologica e quella etica vi è una sorta di rapporto di reciproca relazione inversa. Secondo l'espressione di Leopoldo Eulogio Palacios «ciò che è primario e principale nell'ordine dell'essere è secondario e accessorio nell'ordine del bene, e viceversa»¹²³. La giustizia (riguardo ad un bene o ad un diritto) è propria di qualcuno, per se stessa (*simpliciter*), mentre è attribuita solo per analogia (*secundum quid*) con riguardo alla sua natura¹²⁴. Gli atti, infatti, vanno valutati nella loro consistenza propria. Data l'umanità del soggetto che li compie. La sua dignità ontologica richiede che egli sia considerato come soggetto responsabile. Perciò trattato secondo giustizia. Non comporta una necessaria ed aprioristica positività di qualsivoglia atto.

¹²¹ Quanto al rilievo giuridico-politico della relazione tra dignità ontologica e dignità etica, data la consistenza sostanziale della prima e la qualificazione della seconda in ragione della conformità all'ordine della giustizia, è stato evidenziato che «la persona humana no es en el orden moral un valor absoluto; a diferencia de lo que sucede en el plano ontológico [...] anuladas las diferencias morales entre los ombre, cabe preguntar, ¿qué fundamento sólido habrá para el ordenamiento jurídico de la ciudad? ¿Qué justificación tendrá el gobernante que aplique un castigo o confiera un premio si la dignidad de la persona humana, de la sustancia individual y racional, es la base de los derechos humanos?» (*ivi*, p. 857).

¹²² Ayuso osserva che «el personalismo incluso el autopresentado como comunitario, parece desvalorizar la sociedad, reducida solamente a condición necesaria para la vida personal; si existe es porque el hombre es individuo y tiene que ser persona, pero si fuese solamente persona no tendría necesidad alguna de ella y no existiría. También queda rebajado el valor individual, de manera que aunque pueda ser común a todas las personas, lo será de una manera distributiva, pero no de una general o común, con lo que se niega la existencia de un fin último colectivo o social» (*ibidem*).

¹²³ L. E. PALACIOS, *La Persona Humana*, cit., p. 489.

¹²⁴ Sul tema, cfr. Tommaso D'AQUINO, *De Ver.*, q. 21, a. 5; *S. Th.*, I, q. 5, a. 1, ad 1.

Mentre la dignità ontologica si dà *simpliciter*, ovvero per se stessa, in quanto inerente alla natura umana; la dignità etica si dà *secundum quid*, ovvero relativamente ad un certo aspetto e ad una certa misura. La prima non è separabile dal soggetto, mentre la seconda vi si distingue¹²⁵. Né l'una né l'altra sono operazionalizzabili: non sono il risultato di una procedura o di un calcolo. Non sono fenomeni tra fenomeni. Non hanno carattere estrinseco, ma intrinseco: quella ontologica nell'ordine dell'essere; quella etica nell'ordine dell'agire. Lo qualificano intimamente. Neppure si danno come forma vuota o come rappresentazione convenzionale. Diversamente da ogni operatività ipostatizzata, costruttivistica o decostruttivistica che sia.

In senso stretto, afferisce al campo giuridico il riferimento alla dignità etica. Il diritto, infatti, si riferisce, per se stesso, al campo dell'agire, considerando gli atti umani nella loro relazione *ad alterum*. Nel campo giuridico la responsabilità nell'alterità relazionale, si palesa, appunto, nella determinazione del mio e del suo dovuto ed esigibile. In questo ambito, può dirsi che la dignità etica ha rilievo diretto, immediato e prossimo. L'ambito dell'essere ne costituisce, piuttosto, lo sfondo e la premessa (essenziale e formale), rispetto al quale il caso particolare –nella sua concretissima consistenza– non è deducibile.

In particolare, se la dignità è intesa come una qualificazione di un determinato soggetto¹²⁶, in relazione ad un ruolo o ad un incarico –secondo una accezione di ascendenza romanistica¹²⁷– la sua considerazione acquista un carattere spiccatamente determinato e correlativo. Secondo tale accezione, la dignità è commisurata a ciò che si merita¹²⁸, ed è correlativa alla funzione attribuita (in ragione di qualche qualificazione o di qualche capacità). Donde doveri conseguenti e diritti corrispondenti. Tali in quanto con specifico contenuto e con sostanziale finalizzazione. Si tratta di una dignità attribuita, e che va doverosamente riconosciuta

¹²⁵ Sul tema si può segnalare, tra l'altro, IDEM, *S. Th.*, II II, q. 64, a. 2, ad 3; S. c. G., I. III, c. 146.

¹²⁶ Álvaro d'Ors definisce dignità, in senso stretto, come «el merecimiento subjetivo de un favor personal, singular o colectivo» (Álvaro D'ORS, *Bien común y enemigo público*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona 2002, p. 12).

¹²⁷ Cfr. Viktor PÖSCHL, *Der Begriff der Würde im antiken Rom und später*; M. FORSCHNER, *Marktpreis und Würde oder vom Adel der menschlichen Natur*, pp. 33-59.

¹²⁸ Secondo questa accezione «La dignidad no es una cualidad absoluta, como la razón humana, la mortalidad del cuerpo, la "imagen divina" del hombre, su misma vida, sino relativa; relativa tanto respecto a otras personas como respecto al objeto del merecimiento: se es digno siempre de algo respecto a alguien. Es un merecimiento subjetivo para una persona y no un mérito objetivo, que requeriría un juicio ajeno para su determinación» (Álvaro D'ORS, *Claves conceptuales*, in "Verbo", XXXV (1996), 345-346, p. 513).

come tale. Essa trova la sua condizione nella qualità (etica) del soggetto che la assume, e la sua nella corrispondenza (ufficiale) al compito¹²⁹. Di essa, quindi, si può essere, personalmente, degni o indegni.

Sotto un profilo analogico, può dirsi che la dignità come qualificazione particolare sta alla dignità etica ed a quella ontologica, come la natura individuale sta a quella specifica, e questa a quella generica. Come l'individuo presuppone la specie, e questa il genere. Con l'avvertenza, però, che la dignità come attribuzione particolare si iscrive propriamente nell'ambito etico e ne costituisce una sorta di proiezione giuridico-sociale.

6. Diritti e dignità

Realisticamente intesa, la dignità umana può essere considerata come riflesso ed espressione della realtà, rispettivamente dell'essere, dell'agire e del compito. In tal senso, essa può essere designata –per analogia– come una sorta di *splendor humanitatis*, di *splendor actus*, e di *splendor officii*. In rapporto ad essa, i diritti –realisticamente considerati– non costituiscono pretese della volontà, a contenuto variabile ed indifferenti al fine. Ma trovano la loro sostanza nella determinazione del giusto¹³⁰. Hanno la giustizia (ovvero il *suum cuique tribuere*) come misura intrinseca¹³¹.

Talché l'essere della giustizia si palesa come ragione della dignità etica e di quella ufficiale. Obiettivamente pensata, la dignità in rapporto ai diritti, non è un'astrazione ipostatizzata, né una generalizzazione empirica. Non rappresenta un paradigma individualistico, né una ipotesi ideologica. Essa si dà nell'attualità della socialità e della giuridicità naturali del soggetto umano, attraverso la trama dei molteplici vincoli nei quali è intessuto il suo vivere.

¹²⁹ In tal senso può essere “degn” di rispetto l'esercizio di un potere –il quale, per quanto riguarda la sua legittimità, può essere o non essere “digno del respeto de los súbditos” (IDEM, *Claves conceptuales*, cit., p. 514).– o di una magistratura (cfr. *ibid.*).

¹³⁰ La giustizia è qui da intendersi classicamente (in ispecie, a partire dalla riflessione platonico-aristotelica e ciceroniano-romanistica). Per una considerazione dei diversi significati attribuiti alla giustizia, cfr. S. MAFFETTONE - S. VECA (a cura di), *L'idea di giustizia da Platone a Rawls*, IV ed., Laterza, Roma-Bari 2003; F. STELLA, *La giustizia e le ingiustizie*, il Mulino, Bologna, 2006; C. A. VIANO (a cura di), *Teorie etiche contemporanee*, Bollati Boringhieri, Torino 1990.

¹³¹ Al riguardo resta di sicuro interesse E. BRUNNER, *Gerechtigkeit. Eine Lehre von den Grundgesetzen der Gesellschaftsordnung*.

In questa prospettiva la dignità ontologica è premessa fondante, ma non geometricamente necessitante della teleologia e della deontologia degli atti particolari. La dignità etica è sostanziata dal fine che il soggetto persegue, e dal dovere cui adempie. La libertà presuppone l'essere del soggetto, ma non costituisce il suo dover essere. Privata di finalità e di doverosità la libertà stessa risulta svuotata dell'essere e del dover essere. Indiscernibile rispetto al diritto ed ai diritti.

In quanto derivante dalla natura umana, si può osservare che dalla dignità ontologica, per se stessa, derivano finalità e doveri naturali, quanto all'attuazione perfetta agatica dell'agire. Il loro adempimento sostanzia la dignità etica. Tali finalità danno luogo a diritti, non in astratto (o in un ipotetico stato di natura) ma nel tessuto di relazioni sociali, ove si configurano rapporti di alterità doverosa. Tali doveri traggono la loro direzione dalla adeguazione a beni, valutati tali assiologicamente e prudenzialmente¹³². Donde il contenuto del bene sostanzia quello del dovere, e questo quello del diritto. Ed il diritto non si risolve in potere, ma esprime una proporzione di giustizia (non è pretesa cratica, ma dato diceologico).

La desostanzializzazione (come l'agnosticismo) della dignità umana e la desostanzializzazione (come il nominalismo) dei diritti, evidenziano una innegabile correlazione. La fenomenizzazione della prima risulta correlativa alla fenomenizzazione dei secondi. Con la consapevolezza che il presupposto desostanzializzante (o agnostico), lungi dall'essere un fatto evidente, costituisce piuttosto un presupposto ipotetico-convenzionale (la cui generalizzazione non dà luogo ad alcuna autentica universalità).

La dignità non può avere un significato, se non in rapporto a ciò che la fonda. Privata di sostanza ontologica e deontologica, essa si autoestingue. Tanto sotto il profilo noetico quanto sotto quello giuridico. Senza l'intelligenza del "ciò per cui" si è degni (e senza cui non lo si è) essa resta muta rispetto al diritto. La dignità non fonda la dignità, come i diritti non fondano i diritti. Altrimenti l'una e gli altri risultano razionalmente indiscernibili e perciò indeterminabili.

In riferimento al diritto, la dignità etica rivela un carattere essenzialmente relazionale, in quanto si è "degni" *per* e si è "degni" *di*. Se la relazione sostantiva è spenta nell'immanenza dell'autereferenzialità, svanisce al

¹³² È stato osservato, al riguardo, che "l'ambito del dovere [...] appare *situato*, [...]: il dovere –intuitivamente– cala la persona umana in un ruolo (i doveri del padre, del padrone, etc.) o in un determinato contesto sociale (i doveri verso la famiglia, la comunità, etc.)" (A. ALGOSTINO, *L'ambigua universalità dei diritti. Diritti occidentali o diritti della persona umana?*, cit., p. 17).

tempo stesso ciò che ne rende intimamente ragione¹³³. E con ciò anche il suo rilievo giuridico.

Il riconoscimento obiettivo della dignità ontologica è dichiarativo del valore della vita umana, in quanto tale, in ogni fase del suo sviluppo (particolarmente nei suoi stadi espressivamente più deboli, ovvero nella sua condizione prenatale ed in quella terminale). Indipendentemente da qualsivoglia prestazione e da qualsiasi rappresentazione. Tale riconoscimento si palesa razionalmente con l'immediatezza di un dato, non come una preferenza, né come una eventualità. Perciò essa non può non riferirsi ad ogni stadio dell'esistenza umana¹³⁴ e si presenta tale da includere qualsiasi verifica ontologica dell'umano. Ne emerge il diritto che scaturisce dal dover essere obiettivo derivante dalla teleologia naturale. Difatti, come è stato evidenziato,

«il diritto soggettivo [...] altro non è, per la concezione classica, che l'originario titolo "naturale" del soggetto in quanto soggetto ad essere rispettato come tale»¹³⁵.

Intesa ontologicamente, come fondata nell'essere, ed eticamente, in quanto determinata dal giusto, la dignità umana si staglia come dato pre-positivo. Sulla base dell'intelligenza della natura delle cose –dell'umano, per se stesso– e del giusto, in quanto tale. Rimosso il concetto di natura, la dignità stessa resta indiscernibile. Non è un prodotto convenzionale o procedurale. Non è il risultato né di un fenomeno psichico né di una condizione sociale. Nella sua accezione ontologica, essa può essere offesa, ma non cancellata. Di essa non si può essere privati. Si dà come la condizione stessa di qualsivoglia obbligo giuridico. In altri termini, secondo una incisiva espressione, essa emerge come "il motivo metafisico

¹³³ Per una considerazione essenziale della problematica relativa all'istanza del fondamento della dignità e dei diritti, nell'ambito della vastissima bibliografia, si può utilmente considerare M. SIMOULIN, *L'Eglise et les droits de l'homme*, pp. 85-134; D. COMPOSTA, *El código de derecho canónico y los derechos subjetivos*, 345-346, pp. 543-565; D. CASTELLANO, *Razionalismo e diritti umani*, pp. 55-76. In una diversa linea interpretativa, cfr. G. CONCETTI (a cura di), *I diritti umani. Dottrina e prassi*; P. DANUVOLA - S. MONACO (a cura di), *Diritti umani*, Piemme; F. COMPAGNONI, *I diritti dell'uomo. Genesi, storia e impegno cristiano*. Cfr. inoltre K. STOECKL, *L'insegnamento della Chiesa ortodossa russa su dignità, libertà, diritti umani*, pp. 101-120.

¹³⁴ Nell'ambito di una ampia letteratura, considera la questione sotto il profilo giuridico A. OLLERO, *Dignità e statuto giuridico dell'embrione umano*, in A. ARGIROFFI - P. BECCHI - D. ANSELMO (a cura di), *Colloqui sulla dignità umana*, cit., pp. 113-149.

¹³⁵ Danilo CASTELLANO, *Quale diritto? Su fonti, forme, fondamento della giuridicità*, p. 135.

per cui gli esseri umani hanno diritti e doveri. Hanno dei diritti perché hanno dei doveri¹³⁶. La sua consistenza ne attesta la sua trascendenza¹³⁷.

In questa prospettiva la dignità ontologica regola la libertà, e non viceversa. La prima è un *prius* rispetto alla seconda. La dignità etica deriva dall'esercizio della libertà, secondo le finalità che questa persegue. Né nell'uno, né nell'altro caso vi è identità tra dignità e libertà. D'altra parte, se la dignità ontologica presuppone il riconoscimento di una uguaglianza nella natura (umana), essa non è tuttavia identica all'uguaglianza geometrica. La dignità etica presuppone l'uguaglianza proporzionale della giustizia (che considera casi uguali in modo uguale, e casi disuguali in modo disuguale), non l'uguaglianza meccanica. Né nell'uno né nell'altro caso vi è identità tra dignità e uguaglianza.

L'uguale dignità ontologica, non solo non esclude la diversa dignità etica, ma la fonda e la richiede, in considerazione della natura razionale e libera del soggetto umano. L'una non contrasta propriamente con l'altra (né propria né altrui)¹³⁸.

Considerando il diritto come ordine di alterità doverosa, occorre riconoscere (come è stato evidenziato) “la persona [umana] e la sua dignità come limite e non come oggetto diretto del diritto”¹³⁹. Ne deriva che, in senso stretto,

“la persona singola è soggetto virtuale della giustizia e diviene titolare di diritti e doveri solo quando viva nella società e in rapporto con essa”¹⁴⁰.

Pur se, in senso lato, il soggetto umano ha anche doveri rispetto a se medesimo ed ancor prima rispetto alla Scaturigine stessa del suo essere. Si tratta dei doveri che promanano dal dovere di agire secondo ragione. Donde l'*honeste vivere*, che esprime l'essenzialità del *bonum faciendum* e del *malum vitandum*, ovvero il dovere –da cui il diritto– del perseguimento del fine che promana dalla stessa sostanzialità umana. I diritti che ne conseguono corrispondono al diritto di compiere il proprio dovere.

¹³⁶ Robert SPAEMANN, *Love and the Dignity of Human Life. Issues Concerning Nature and Natural Law in the Present Cultural Situation*, trad. it. *Tre lezioni sulla dignità umana*, p. 47. Cfr. IDEM, *Über den Begriff der Menschenwürde*, in IDEM, *Grenzen. Zur ethischen Dimension des Handelns*, pp. 107-122.

¹³⁷ Per se stessa, la dignità ontologica trascende il soggetto particolare, e si sostanzia della sua trascendenza rispetto al complesso degli enti somatici. Ne consegue –scrive Spaemann– che “la dignità è un segno di sacralità” (IDEM, *Love and the Dignity of Human Life. Issues Concerning Nature and Natural Law in the Present Cultural Situation*, cit., p. 66).

¹³⁸ Cfr. *ivi*, p. 68.

¹³⁹ Dario COMPOSTA, *Filosofia del diritto. II. I fondamenti ontologici del diritto*, p. 342.

¹⁴⁰ *Ivi*, p. 135.

L'esclusione del (proprio) dovere presenta –ad opera del medesimo soggetto– una lesione della (propria) dignità etica. Difatti si può osservare che “la dignità ha sempre a che fare con un’intima padronanza di sé, indipendente dalle circostanze”¹⁴¹. Si tratta di quella padronanza, per cui la libertà si sostanzia della dignità. Non di quella per cui la libertà sarebbe arbitra della dignità. Liberamente, infatti, si può agire conformemente o difformemente dalla dignità umana¹⁴². La libertà non offre il contenuto dell’atto, ma solo una delle sue condizioni (perché sia propriamente umano)¹⁴³. Ne presenta il presupposto, non il criterio. Sicché l’offesa alla dignità proviene, in prima istanza, dallo stesso soggetto, nei suoi stessi confronti.

I diritti della dignità etica (e quelli della dignità ufficiale) sono i diritti che discendo dall’ordine del dovuto. Derivano, cioè, dalla determinazione del giusto, nella determinatezza delle relazioni umane. Non si sovrappongono alla giustizia. Non costituiscono un *a priori* ipostatizzato. La libertà umana, difatti, è relativa al contenuto che essa attua e dal quale è intimamente misurata. Al di là del soggetto e dell’oggetto, la libertà non ha consistenza propria. Né è sufficiente la libertà a qualificare positivamente ogni atto dell’individuo, né a stabilirne il contenuto. Neppure la sua individualità, per se stessa, è tale da fornire qualsivoglia normatività. A meno di non attribuire all’individuo un’assolutezza¹⁴⁴, che come tale escluderebbe ogni relazione propriamente giuridica.

In tal senso il giusto è fondativo dei diritti¹⁴⁵ e non i diritti sono fondativi del giusto¹⁴⁶. I diritti propri della dignità etica sono tali in quanto determinati dalla giustizia. Di essa si sostanziano¹⁴⁷. Non sono anteriori ad essa. Né essa ne costituisce un risultato. Perciò tali diritti sono tali in quanto determinati *secundum iustitiam* e *propter iustitiam*. In questo senso

¹⁴¹ Robert SPAEMANN, *Love and the Dignity of Human Life. Issues Concerning Nature and Natural Law in the Present Cultural Situation*, cit., p. 53.

¹⁴² Secondo una opportuna osservazione, “ci sono atti che violano la dignità umana. Ma ciò può accadere soltanto perché gli esseri umani non sono soggetti liberi che fluttuano in uno spazio vuoto, bensì esseri dotati di una natura fisica e psichica nella quale si manifestano” (*ivi*, p. 54).

¹⁴³ Spaemann fa notare che “la persona umana non è un aggregato degli stati attraverso i quali passa; è piuttosto la stessa identica persona che passa attraverso degli stati” (*ivi*, p. 63).

¹⁴⁴ La pretesa individualistica, che attribuisce a ciascuno qualsivoglia autofinalità, non può che comportare (coerentemente a se medesima) la riconduzione di ogni altro a se stessi, donde “chacun estime être une fin en soi, pour soie et pour les autres” (C. POLIN, *L'idolâtrie des droits de l'homme et ses causes*, cit., p. 19).

¹⁴⁵ Cfr. Juan VALLET DE GOYTISOLO, *Metodologia de la ciencia expositiva y explicativa del derecho*, pp. 369-372.

¹⁴⁶ Infatti, il diritto –classicamente– è oggetto della giustizia.

¹⁴⁷ Cfr. Jean-Marie VERNIER, *Le droit chez Aristote et saint Thomas d'Aquin*, pp. 9-44.

il rapporto tra dignità e diritti non si dà in termini di immediatezza irriflessa o di spontaneità sorgiva, ma secondo la mediazione della razionalità, esercitata nel giudizio.

È stato osservato¹⁴⁸ che l'uomo in quanto tale è il solo ente a potere pensare il mondo come dotato di un centro, cioè di una intelligibilità propria. In tal senso, il suo diritto coincide con la relazione dovuta, in relazione a ciascuno degli enti che costituiscono il mondo¹⁴⁹. Donde la dignità umana, sotto il profilo etico, lungi dall'isolare il soggetto di fronte alla totalità, trova la sua esplicazione nell'ordine della finalità, che lo connette variamente alla molteplicità delle realtà¹⁵⁰.

Riconosciuta la dignità umana come un bene, essa richiede la considerazione agatologica tanto di se medesima, quanto dei beni ad essa correlativi e consentanei¹⁵¹, e conseguentemente degli atti e delle norme "degni", in quanto dovuti, ovvero giusti. Il suo riconoscimento presuppone la l'intelligenza del bene e del suo ordine.

A ben vedere, il rispetto della dignità umana coincide con il rispetto dell'onesto, del giusto e dell'equo. Tale rispetto richiede che il soggetto stesso si rispetti, come tale, e rispettando la sua stessa dignità, rispetti i suoi doveri¹⁵². Questi acquistano una fisionomia articolata ed inconfondibile

¹⁴⁸ Cfr. Claude POLIN, *L'idolâtrie des droits de l'homme et ses causes*, cit., p. 15.

¹⁴⁹ In riferimento all'uomo –scrive Polin– “son seul ‘droit’” était d’y occuper la place que l’ordre du monde [...] lui commandait d’occuper” (*ibid.*).

¹⁵⁰ Analogamente, secondo il pensatore francese, “la dignité reconnue à tout homme ne tenait pas à lui-même, envisagé en lui-même, mais procédait tout entière de sa capacité à tenir le rôle qu’il était par sa nature appelé à tenir” (*ibid.*).

¹⁵¹ Può essere segnalato, esemplarmente, che per Platone la dignità si esprime nell'onore dovuto all'anima, il quale richiede che sia praticato con ogni impegno ciò che è bello (ovvero onesto e giusto) e virtuoso. Onde essa sia trattata nel modo più degno (cfr. PLATONE, *Leggi*, v, 726-728c).

¹⁵² A riguardo è stato scritto che “la dignidad de la persona no se afirma sólo a través de un acto de reconocimiento más o menos amplio de ella, sino a través de la afirmación específica del derecho a la libre asociación, del derecho a la educación y del derecho a la vida en tanto se refieren a *deberes objetivos y obligantes* que son *de* la persona y *para* la persona. Los diversos sentidos anotados del derecho subjetivo son derecho porque realizan de diferentes maneras lo justo, lo que le corresponde a la persona por su dignidad” (R. GUERRA LOPEZ, *Afirmar a la persona por si misma. La dignidad como fundamento de los derechos de la persona*, Comisión nacional de los derechos humanos, México 2003, pp. 172-173). Ora, se è da rilevare in tale considerazione l'ancoraggio dei diritti soggettivi alla sostantività della giustizia, è da osservare, però, che i doveri stessi (che sono alla radice dei diritti) sono sempre (in quanto tali) *ad alterum*: sono della persona in quanto vi è un ordine di vincoli morali, giuridici e politici che la trascendono. D'altra parte, la tesi secondo la quale “nuestra posición parte del reconocimiento de que es un *deber objetivo y absoluto* respetar el hecho de que el hombre no puede ser obligado en conciencia más que por lo que su conciencia reconoce como verdadero y justo” (*ivi*, p. 176), finisce logicamente

nella considerazione del bene comune. In relazione ad esso, la dignità, al di là di ogni presunta antinomia, trova il suo compimento e la sua perfezione.

Bibliografia

- ALGOSTINO, Alessandra, *L'ambigua universalità dei diritti. Diritti occidentali o diritti della persona umana?*, Jovene, Napoli 2005.
- ARGIROFFI, Alessandro - BECCHI, Paolo, - ANSELMO Daniele, (a cura di), *Colloqui sulla dignità umana*. Atti del Convegno internazionale (Palermo, ottobre 2007), Aracne, Roma 2008;
- ARGIROFFI, Alessandro, "Perché ancora della dignità umana? Una breve analisi ontologico-fenomenologica", in ARGIROFFI Alessandro – BECCHI Paolo – ANSELMO Daniele (a cura di), *Colloqui sulla dignità umana*, cit., pp. 11-22.
- AYUSO, Miguel, "Libertad y dignidad. Los orígenes religiosos de los derechos fundamentales", in *Verbo*, XLII, 2003, 419-420, pp. 853-862.
- BATTAGLIA, Salvatore (a cura di), voce *Dignità*, in *Grande dizionario della lingua italiana*, a cura di S. Battaglia, vol. IV, UTET, Torino 1966, pp. 413-415.
- BATTAGLIA, Salvatore, (a cura di), voce *Degno*, in *Grande dizionario della lingua italiana*, a cura di S. BATTAGLIA, vol. IV, UTET, Torino 1966, pp. 130-132.
- BECCHI, Paolo, *Il principio dignità umana*, Brescia, Morcelliana, 2009.
- BECCHI, Paolo, "Il principio della dignità umana. Breve excursus storico-filosofico", in A. ARGIROFFI – BECCHI Paolo - D. ANSELMO (a cura di) *Colloqui sulla dignità umana*, cit., pp. 23-31.
- BÖCKENFÖRDE, Ernest. W. - SPAEMANN, Robert, *Menschenrechte und Menschenwürde. Historische Voraussetzung – säkulare Gestalt – christliches Verständnis*, Klett-Cotta, Stuttgart 1987.
- BRUNNER, Emil, *Gerechtigkeit. Eine Lehre von den Grundgesetzen der Gesellschaftsordnung*, III rist., Theologischer Verlag, Zürich 1981.
- CASTELLANO, Danilo, *Razionalismo e diritti umani*, Giappichelli, Torino 2003.
- CASTELLANO, Danilo, *Quale diritto? Su fonti, forme, fondamento della giuridicità*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2015.
- CHIODI, Giulio M., *Invito ad una critica dei cosiddetti diritti e ad una rinnovata attenzione ai doveri*, in M. L. BIANCA - A. CATELANI (a cura di), *Giusnaturalismo*

per sottoporre al giudizio di ciascuna coscienza individuale qualsiasi principio o norma. Questi sarebbero da osservarsi, allora, solo se ritenuti validi. A tali condizioni, si potrebbe obiettare che il dovere assoluto di sottomettere ogni doverosità al giudizio della coscienza individuale, renderebbe ogni dovere inevitabilmente relativo ad essa. Sulla questione si sofferma particolarmente D. COMPOSTA, *Filosofia del diritto. Prolegomeni, epistemologia, metodologia, protologia*, pp. 244-263; IDEM, *Filosofia del diritto. II. I fondamenti ontologici del diritto*, cit., pp. 305-343.

- e diritti inviolabili dell'uomo*, Università degli Studi di Siena, Arezzo 2009, pp. 49-60.
- CHIODI, Giulio M., *Improprietà dei diritti umani*, in A. TARANTINO (a cura di), *Filosofia e politica dei diritti umani*, V Congresso dei filosofi politici italiani, Giuffrè, Milano 2003, pp. 67-93.
- CHIODI, Giulio M., *Precedenza dei doveri sui diritti umani, che peraltro è meglio definire diritti fondamentali*, in CHIODI, Giulio M., (a cura di), *I diritti umani. Un'immagine epocale*, Guida, Napoli 2000, pp. 7-23.
- COMPAGNONI, Francesco, *I diritti dell'uomo. Genesi, storia e impegno cristiano*, San Paolo, Cinisello Balsamo 1995.
- COMPOSTA, Dario, *Filosofia del diritto. Prolegomeni, epistemologia, metodologia, protologia*, Urbaniana University Press, Roma 1991.
- COMPOSTA, Dario, "El código de derecho canónico y los derechos subjetivos", in *Verbo*, xxxv, 1996, 345-346, pp. 543-565.
- CONCETTI, Gino, (a cura di), *I diritti umani. Dottrina e prassi*, AVE, Roma 1982.
- DANUVOLA, Paolo, - MONACO Franco, (a cura di), *Diritti umani*, Piemme, Casale Monferrato 1995.
- D'ORS, Álvaro, "Claves conceptuales", in *Verbo*, xxxv, 1996, 345-346, pp. 505-526.
- D'ORS, Álvaro, *Bien común y enemigo público*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona 2002.
- FABRO, Cornelio, *Introduzione all'ateismo moderno*, 2 voll., II ed., Studium, Roma 1965.
- FERRAJOLI, Luigi, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Laterza, Roma-Bari 2007.
- FORSCHNER, Maximilian, "Marktpreis und Würde oder vom Adel der menschlichen Natur", in H. KÖSSLER (hrsg.), *Die Würde des Menschen*, Universitätsbibliothek, Erlangen 1998, pp. 33-59.
- GAMBRA, José Miguel, "La noción clásica de dignidad y los derechos Humanos", in *Anales de la Fundación Francisco Elías de Tejada*, xvi, 2010, pp. 31-53.
- GUERRA LÓPEZ, Rodrigo, *Afirmar a la persona por si misma. La dignidad como fundamento de los derechos de la persona*, Comisión nacional de los derechos humanos, México 2003.
- HÄBERLE, Peter, *Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs.2 Grundgesetz – Zugleich ein Beitrag zum institutionellen Verständnis der Grundrechte und zur Lehre des Gesetzesvorbehalts*, 3 Auflage, C. F. Müller, Heidelberg 1983.
- HOBBS, Thomas, *Leviathan*, trad. it., *Leviatano*, a cura di A. Pacchi, Laterza, Roma-Bari 2010.
- IAMMRRONE, Luigi, "voce Imago", in *Dizionario bonaventuriano*, a cura di E. Caroli, Padova, Editrici Francescane, 2008, pp. 482-491.
- KANT, Immanuel, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, trad. it. *Principi metafisici della dottrina del diritto*, in IDEM, *Scritti politici*, a cura di N. Bobbio, L. Firpo, V. Mathieu, UTET, Torino 2010.

- KANT, Immanuel, *Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung?*, trad. it. *Risposta alla domanda: che cos'è l'illuminismo?*, in IDEM, *Scritti politici*, a cura di N. Bobbio, L. Firpo, V. Mathieu, UTET, Torino 2010.
- KANT, Immanuel, *Idee zu einer allgemeinen Geschichte in weltbürgerlicher Absicht*, trad. it. *Idea di una storia universale dal punto di vista cosmopolitico*, in IDEM, *Scritti politici*, a cura di N. Bobbio, L. Firpo, V. Mathieu, UTET, Torino 2010.
- LOBATO, Abelardo, *Dignidad y aventura humana*, Salamanca-Madrid, San Esteban-EDIBESA, 1997.
- LÖWITH, Karl, *Von Hegel zu Nietzsche*, trad. it., *Da Hegel a Nietzsche*, Torino, Einaudi, 1974.
- MAFFETTONI, Sebastiano, – Veca, Salvatore, (a cura di), *L'idea di giustizia da Platone a Rawls*, IV ed., Laterza, Roma-Bari 2003.
- MAIHOFFER, Werner, *Rechtsstaat und menschliche Würde*, trad. spagn. *Estado de derecho y dignidad humana*, Euros Editores-B de F, Buenos Aires-Montevideo 2008.
- MARCONI, Pio, “La dignità dei moderni”, in ARGIROFFI Alessandro – BECCHI Paolo – ANSELMO Daniele (a cura di) *Colloqui sulla dignità umana*, cit., pp. 151-162.
- MARGALIT, Avisahi, *The Decent Society*, trad. it. *La società decente*, Guerini e Associati, Milano 1998.
- MESSINETTI, Davide, “voce Personalità (diritti della)”, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXIII, Giuffrè, Milano 1983, pp. 355-406.
- MONTEJANO, Bernardino, “Poder jurídico y derecho natural (con una especial referencia a la libertad religiosa)”, in *Ethos. Revista de Filosofía práctica*, 2011, pp. 39-70.
- MONTEJANO, Bernardino, “Dignidad de la persona humanas”, in *Verbo*, XLV (2007), 457-458, pp. 549-560.
- OLLERO, Andrés, “Dignità e statuto giuridico dell’embrione umano”, in ARGIROFFI Alessandro – BECCHI Paolo – ANSELMO Daniele (a cura di), *Colloqui sulla dignità umana*, cit., pp. 113-149.
- PALACIOS, Leopoldo E., *La Persona Humana*, in *La Filosofía en el B.U.P.*, Dorcas, Madrid 1977.
- PALACIOS, Leopoldo E., “Iglesia y libertad religiosa”, in *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, Madrid, LVI, 1979, pp. 285-296.
- PAPISCA, Antonio, *Il diritto della dignità umana. Riflessioni sulla globalizzazione dei diritti umani*, Marsilio, Venezia 2011.
- PASCAL, Blaise, *Pensées* [146], trad. it., *Pensieri*, a cura di F. Masini e E. Giovannini Masini, Istituto Geografici De Agostini, Novara 1964.
- PLACELLA, Vincenzo, “La dignitas hominis in Giannozzo Manetti”, in IDEM (a cura di), *Memoria biblica e letteratura*, Napoli, Università degli Studi di Napoli “L'Orientale”, 2005, pp. 225-257.
- POLIN, Claude, “L'idolâtrie des droits de l'homme et ses causes”, in *Catholica*, 107, 2010, pp. 14-30.

- PORTINARO, Pier Paolo, “La dignità dell’uomo messa a dura prova”, *ARGIROFFI Alessandro – BECCHI Paolo – ANSELMO Daniele (a cura di), Colloqui sulla dignità umana*, cit., pp. 221-239.
- PÖSCHL, Viktor, *Der Begriff der Würde im antiken Rom und später*, Winter, Heidelberg 1989.
- RAHNER, Karl, *Würde und Freiheit des Menschen*, in IDEM, *Schriften zur Theologie*, Bd. 2, Benziger, Einsiedeln, 1955.
- RESTA, Giorgio, “La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità (note a margine della Carta dei diritti)”, in *Rivista di Diritto Civile*, XLVIII, 2002, pp. 801-848.
- RODRIGUEZ, Victorino, “Temas-clave de humanismo cristiano, Speiro, Madrid 1984; M. RUOTOLO, Appunti sulla dignità umana”, in *Dereitos Fundamentais & Justiça*, XI, 2010, pp. 123-162;
- SANFRATELLO, Agostino, *Problematicità odierna di una fondazione dei diritti umani*, in D. PASINI (a cura di), *Sui diritti dell’uomo*, Astra, Roma 1982, pp. 19-48.
- SARTRE, Jean-Paul, *L’Être et le Néant*, trad. it., *L’essere e il nulla*, Il Saggiatore, Milano 1964.
- SCHACHTER, Oscar, “Human Dignity as a Normative Concept”, in *American Journal of International Law*, LXXVII, 1983, pp. 848-854.
- SCHOCKENHOFF, Eberhard, “Comprensione della dignità umana e dei diritti umani nel pensiero cattolico”, in *ARGIROFFI Alessandro – BECCHI Paolo – ANSELMO Daniele (a cura di) Colloqui sulla dignità umana*, cit., pp. 35-59.
- SEGOVIA, Juan Fernando, *Derechos humanos y constitucionalismo*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona 2004.
- SEN, Amartya, *Development as Freedom*, Knopf, New York 1999.
- SIMOULIN, Michel, “L’Eglise et les droits de l’homme”, in *Vu de Haut*, VII (1988), pp. 85-134.
- SMITH, Adam, *The Theory of Moral Sentiments*, trad. it. *Teoria dei sentimenti morali*, a cura di A. Zanini, JET, Roma 1991.
- SPAEMANN, Robert, *Über den Begriff der Menschenwürde*, in IDEM, *Grenzen. Zur ethischen Dimension des Handelns*, Klett-Cotta, Stuttgart 2001, pp. 107-122.
- SPAEMANN, Robert, *Love and the Dignity of Human Life. Issues Concerning Nature and Natural Law in the Present Cultural Situation*, trad. it. *Tre lezioni sulla dignità umana*, Torino, Lindau, 2011.
- STELLA, Federico, *La giustizia e le ingiustizie*, il Mulino, Bologna, 2006.
- STOECKL, Kristina, “L’insegnamento della Chiesa ortodossa russa su dignità, libertà, diritti umani”, in *Pace e diritti umani*, I, 2011, pp. 101-120.
- TAYLOR, Charles, *Multiculturalism: examining the politics of recognition*, trad. it. *Multiculturalismo. La politica del riconoscimento*, Anabasi, Milano 1993.
- TRINKAUS, Charles, *In Our Image and Likeness*, 2 voll., The University of Chicago Press-Constable & Co, Chicago-London, 1970.

- TURCO, Giovanni, "Polisemia della dignità umana e problema dei diritti", in *Civitas et Humanitas. Annali di cultura etico-politica*, 2012-2013, Milella, Lecce 2013, pp. 73-91.
- TURCO, Giovanni, "Il bivio della dignità umana e la questione dei diritti. La dignità come libertà", in *Civitas et Humanitas. Annali di cultura etico-politica*, Milella, Lecce 2014, pp. 117-137.
- TURCO, Giovanni, *Costituzione e tradizione*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2014.
- VALLET DE GOYTISOLO, Juan B., *Metodología de la ciencia expositiva y explicativa del derecho*, vol. II, t. I, Fundación Cultural del Notariado, Madrid 2003.
- VERNIER, Jean-Marie, "Le droit chez Aristote et saint Thomas d'Aquin", in *Vu de Haut*, VII, 1988, pp. 9-44.
- VIANO, Carlo Augusto, (a cura di), *Teorie etiche contemporanee*, Bollati Boringhieri, Torino 1990.
- VINCENTI, Umberto, *Diritti e dignità umana*, Laterza, Roma-Bari, 2009.
- VIOLA, Francesco, "I volti della dignità umana", *ARGIROFFI Alessandro – BECCHI Paolo – ANSELMO Daniele (a cura di) Colloqui sulla dignità umana*, cit., pp. 101-112.
- WETZ, Franz J., *Illusion Menschenwürde. Aufstieg und Fall eines Grundwerts*, Klett-Cotta, Stuttgart 2005.
- WILHELMOSEN, Frederick D., *Being and Knowing*, Preserving Christian Publications, Albany (N. Y.) 1991.
- WILHELMOSEN, Frederick D., "Love versus Freedom", in *The Intercollegiate Review*, XXX, 1995, N° 2, pp. 7-10.

DOS VISIONES ENFRENTADAS:
ESTADO CONSTITUCIONAL
Y MULTICULTURALISMO COMUNITARISTA
CON RELACIÓN AL EJERCICIO
DEL DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA:
ALGUNOS SUPUESTOS.

TWO FACED VISIONS: CONSTITUTIONAL
STATE AND COMMUNITARIAN
MULTICULTURALISM REGARDING
THE EXERCISE OF THE RIGHT
TO RELIGIOUS FREEDOM:
SOME CASES.

*Vicente A. Sanjurjo Rivo**

Resumen

La globalización ha propiciado un notable incremento de movimientos no sólo de capitales y mercancías, sino también de personas. Esos crecientes movimientos migratorios se producen a escala mundial y provocan en los países de destino una intensificación de la heterogeneidad cultural y religiosa. Ello plantea nuevos desafíos al Estado constitucional democrático, que debe garantizar el ejercicio del derecho a la libertad religiosa de personas que profesan distintas religiones y que se adscriben a diversas confesiones religiosas. Por otra parte, esta diversificación cultural y religiosa alienta la pretensión de exigir un tratamiento jurídico diferenciado al amparo del ejercicio de la libertad religiosa, en particular, y en lo que a este trabajo se refiere, con relación a la exhibición de símbolos religiosos –fundamentalmente el velo islámico– en el ámbito escolar.

PALABRAS CLAVE: Libertad religiosa, símbolos religiosos, velo islámico, laicidad, principio de neutralidad.

* Doctor en Derecho, Universidad de Santiago de Compostela. Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Santiago de Compostela. Artículo recibido el 30 de junio de 2015 y aceptado para su publicación el 31 de agosto de 2015. Correo electrónico del autor: va.sanjurjo@usc.es

Abstract

Globalization has contributed to a considerable increase in the movement of not only money and goods, but also of people. Those increasing migratory movements are produced to a world-wide scale and provoke an intensification of the cultural and religious heterogeneity of the destination countries. This creates new challenges to the Democratic Constitutional State, which must guarantee the exercise of religious freedom of people that practice different religions and affiliate to diverse religious confessions. On the other hand, this cultural and religious diversification encourages the aspiration to demand a legal treatment distinguished under the exercise of religious freedom, particularly and in regard to what this study, regarding to the display of religious symbols –fundamentally the hijab– in schools.

KEY WORDS: Religious freedom, religious symbols, hijab, laicism, neutrality principle.

1. Introducción

Uno de los fenómenos que ha provocado la globalización, como es sobradamente conocido, ha sido el progresivo incremento de los movimientos migratorios, lo que ha traído a su vez consecuencias de muy diversa índole, en particular en las sociedades occidentales. La creciente heterogeneidad cultural de las comunidades políticas ocasionada por esos flujos migratorios ha podido originar un redimensionamiento del ejercicio de algunos derechos fundamentales, como es el caso de la libertad religiosa. De la conflictividad de la cuestión religiosa da idea el hecho de que su reconocimiento fuese históricamente previo al reconocimiento de la más amplia libertad ideológica. La disputa religiosa era la que más dificultaba la convivencia y la que antes urgía resolver. Ahora bien, el reconocimiento de la libertad religiosa por las revoluciones constitucionales liberales se fundamentaba en una cierta homogeneidad cultural, lo que explica, por ejemplo, que el artículo 16 de la Declaración de Derechos de Virginia formulase la libertad religiosa en términos que la circunscribían sustancialmente a las religiones de matriz cristiana, o que, posteriormente, la Constitución norteamericana de 1787, aun cuando reconociese la libertad religiosa de modo más amplio, su propio texto no pudiese dejar de desprenderse de expresiones que evocaban al monoteísmo cristiano.

A medida que se fueron generalizando los movimientos masivos de personas entre países no ya del mismo entorno sino de procedencias bien dispares, esa homogeneidad cultural fue progresivamente difuminándose para

alumbrar lo que dio en llamarse sociedades abiertas. Sin embargo, llegados a este punto se podría estar produciendo un efecto paradójico: el recurso exorbitante a la libertad religiosa como instrumento legitimador de un ejercicio diferenciado de otros derechos podría hacer que aquellas supuestas sociedades abiertas no estuviesen sino integradas por comunidades cerradas que apenas comparten elementos comunes de ciudadanía. Cobran auge las tesis del multiculturalismo comunitarista, que desde la Antropología alcanza al Derecho, y que en el ámbito jurídico se traduce en la insostenible cancelación de los derechos individuales en pos de unos presuntos derechos colectivos al servicio de una supuesta identidad cultural. En el apogeo de la sociedad globalizada se experimentaría tal vez como reacción un proceso simultáneo de repliegue hacia la identidad cultural como elemento de cohesión de los grupos. En definitiva se trataría, como recuerda Eva Martínez Sampere, del

“retorno del *Volksgeist*, el espíritu del pueblo, premoderno y predemocrático, y su defensa de la comunidad (*Gemeinschaft*) cerrada [...] frente a la sociedad (*Gesellschaft*) abierta, democrática en nuestros días”¹.

Esta contradictoria situación ha llevado por ejemplo a Amartya Sen, premio Nobel de Economía en 1998, a preguntarse si el Reino Unido, paradigma del reconocimiento de políticas identitarias, no acabaría por convertirse en una federación de comunidades religiosas en lugar de ser un Estado integrado por ciudadanos².

Esas “peculiaridades” culturales invocan siempre, a falta de otro medio que las ampare, el derecho a la libertad religiosa reconocido por todas las Constituciones europeas y por el artículo 9 del CEDH como instrumento jurídico que las protegería. Bajo el paraguas del derecho a la libertad religiosa se construyen pretensiones de eximir del cumplimiento de normas jurídicas vigentes con carácter general, en particular aquellas referidas a relaciones especiales de sujeción, como son por ejemplo la familia, las relaciones laborales o la escuela. El riesgo que esto conlleva resulta evidente, pues una intensificación de la excepcionalidad podría conducir *de facto* a una pluralidad de ordenamientos jurídicos incompatible en sí misma con el concepto de ordenamiento jurídico del Estado³.

¹ Eva MARTÍNEZ SAMPERE, “Reflexiones constitucionales sobre la igualdad religiosa”, en *La libertad religiosa en el estado social*, Barrero Ortega, Abraham y Terol Becerra, Manuel José, pp. 163-192.

² Amartya SEN, *Identity and Violence. The Illusion of Destiny*, Penguin, Allen Lane, London, 2006.

³ En este sentido resulta sumamente esclarecedor que en el Reino Unido el arzobispo de Canterbury, Rowan Willians, primado de la Iglesia Anglicana, hubiese declarado que

2. *Pluralidad de confesiones religiosas, libertad religiosa y principio de igualdad constitucional*

Las reclamaciones no se dirigen, sin embargo, únicamente y como se acaba de señalar, a excepcionar el cumplimiento de la norma al amparo de la libertad religiosa, sino también a exigir del Estado prestaciones que equiparen jurídicamente a las distintas confesiones o bien, y en sentido opuesto, que preste un tratamiento diferenciado atendiendo a las peculiaridades propias de según qué confesión.

La libertad religiosa, como todos los derechos fundamentales, es un derecho individual, pero en cuanto que tiene, por su propia naturaleza, una dimensión comunitaria, su ejercicio es concertado, a través de las distintas confesiones y asociaciones religiosas. Es claro que los poderes públicos no pueden dispensar a éstas un trato que represente una conculcación de la igualdad constitucional. Pero la igualdad constitucional tiene distintas vertientes: es un valor constitucional (art. 1.1 CE), y es también un principio (art. 14 CE) que garantiza el derecho de la persona a la igualdad de trato y a no ser discriminada, lo cual a su vez es condición previa para el ejercicio de todos los derechos fundamentales –entre ellos naturalmente la libertad religiosa–, ejercicio que al hacerse de forma individualizada (o concertada) se hará también de forma diferenciada, sin que ello suponga merma o menoscabo del principio de igualdad. No se trata, pues, de una igualdad formal –que también–, sino sustancial que, además, tiene una dimensión transformadora ya que la Constitución conmina a los poderes públicos a que promuevan las condiciones para que la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas (art. 9.2 CE).

Ningún individuo puede, sin que medie vulneración del principio de igualdad y del derecho a la libertad religiosa, resultar beneficiado o perjudicado por profesar un determinado credo religioso. En consecuencia, tampoco pueden provocar ese resultado discriminatorio los tratados o acuerdos ratificados por España ni las demás normas del ordenamiento jurídico español⁴. En la medida que los poderes públicos deben intervenir activamente para asegurar la igualdad real de los individuos y de los grupos en que se integran (art. 9.2 CE), no pueden promover políticas públicas que privilegien o discriminen a unas confesiones o asociaciones religiosas sobre otras. De hacerlo, se estaría incurriendo en una vulneración del principio de igualdad y del derecho a la libertad religiosa. Ahora bien,

veía inevitable introducir la *sharía*, dado que en el país ya operaban los tribunales judíos ortodoxos.

⁴ Martínez SAMPERE, “Reflexiones constitucionales...”, *op cit.*, p. 6

como es sabido, trato igual no quiere decir trato idéntico. Por esta razón es constitucionalmente admisible que el legislador consigne una mayor partida presupuestaria destinada a la Iglesia Católica en atención a las necesidades de conservación de su ingente patrimonio histórico-artístico en nuestro país.

España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho cuyo orden político se fundamenta en la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE). De otra parte, y como es de sobra conocido, la Constitución proclama que ninguna confesión tendrá carácter estatal, si bien los poderes públicos, atendiendo a las creencias religiosas de la sociedad española, mantendrán relaciones de cooperación con las distintas confesiones religiosas, con mención expresa –e innecesaria desde el punto de vista constitucional– a la Iglesia Católica. El constituyente, pues, se ha decantado por un Estado laico de cooperación, al modo en que lo son Alemania e Italia⁵.

Las distintas confesiones religiosas, como se indicaba al inicio de este apartado, reclaman del Estado, al amparo del derecho a la libertad religiosa y de las relaciones de cooperación recogidas en la Constitución, una actividad prestacional que las equipare entre sí –las minoritarias– o que las diferencie respecto de las demás en atención a su mayor arraigo e implantación –la mayoritaria Católica–. Al respecto, sin embargo, hay una cuestión nodal que no debe perderse de vista: las confesiones y asociaciones religiosas tienen relevancia constitucional, no sólo porque aparecen expresamente aludidas en el texto constitucional (art. 16.3 CE), sino también porque constituyen un elemento fundamental para el ejercicio concertado del derecho a la libertad religiosa. Pero no son titulares del derecho a la libertad religiosa: sólo los individuos pueden ser titulares de los derechos fundamentales y el derecho a la libertad religiosa no es una excepción. No existen derechos fundamentales colectivos, aunque sí hay, caso por ejemplo del derecho a la libertad religiosa, derechos fundamentales de titularidad individual y ejercicio concertado, lo cual es muy distinto.

Así las cosas, son los individuos y no las confesiones religiosas los que, en atención a la igual dignidad de las personas y a los derechos inviolables que les son inherentes, pueden exigir sobre la base del derecho a la libertad religiosa que los poderes públicos lleven a cabo actividades asistenciales y de cooperación con las distintas confesiones y asociaciones religiosas que faciliten el ejercicio individual (y concertado) del derecho

⁵ Abraham BARRERO ORTEGA, *La libertad religiosa en España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 256 y ss.

a la libertad religiosa. Los destinatarios inmediatos de esas prestaciones públicas serán las confesiones religiosas, pero los destinatarios mediatos y el sentido último de las mismas serán los individuos y la posibilidad de que puedan ejercitar en condiciones de igualdad el derecho a la libertad religiosa.

Conviene recordar de nuevo, sin embargo, que igualdad de trato no significa trato idéntico. Por consiguiente, y como ya se ha tenido ocasión de señalar, el legislador puede establecer diferencias teniendo siempre como límite el principio de igualdad en el ejercicio de los derechos fundamentales. Así por ejemplo distribuir la cuantía económica de la cooperación con las distintas confesiones religiosas en función de su número de seguidores o, como ya se ha señalado anteriormente, atender económicamente a las específicas necesidades de conservación del patrimonio histórico-artístico de la Iglesia Católica, no contraviene el principio de igualdad ni vulnera el derecho a la libertad religiosa de los que profesan otras creencias religiosas. Cosa distinta será el mantenimiento de una posición jurídica privilegiada de la Iglesia Católica derivada de su mucha mayor implantación y de su también mayor peso político y social⁶. El principio de igualdad constitucional admite la diferencia hasta el umbral del privilegio: sobrepasado ese umbral el principio de igualdad se resiente.

Dicho esto, conviene recordar que la confrontación entre confesiones mayoritarias y minoritarias como parámetro para articular las relaciones entre éstas y los poderes públicos es inservible⁷. El Estado no profesa ninguna confesión religiosa. Ciertamente puede, como acabamos de ver, tener en cuenta el grado de implantación de una determinada religión para fijar las relaciones de cooperación con la confesión correspondiente, pero en todo caso el Estado es neutral. De ahí que pueda –y de hecho lo hace– dispensar a las distintas confesiones y asociaciones religiosas un trato *cuantitativo* distinto, pero en ningún caso podrá concederles un tratamiento *cualitativamente*⁸ distinto sin menoscabo del principio de igualdad de trato y del derecho a la libertad religiosa de los seguidores de las restantes confesiones agraviadas. Por muy mayoritaria que sea, ninguna confesión religiosa es titular de ningún derecho fundamental, como tampoco lo son las mayorías frente a las minorías. Si se propiciasen por parte del Estado

⁶ FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE, *El marco político de la desamortización en España*, 1977.

⁷ Así, por ejemplo, en Alemania, en virtud del principio de neutralidad, todas las confesiones, con independencia del número de sus fieles, son iguales para el Estado y han de recibir de éste un trato similar. *Vid.* JAVIER TAJADURA TEJADA, “La libertad religiosa en el ámbito escolar: un estudio comparado de los modelos alemán y francés”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, p. 795.

⁸ BARRERO ORTEGA, “La libertad religiosa en España...”.

unas relaciones de cooperación cualitativamente diferentes (privilegiadas) a favor de la confesión mayoritaria, no se estaría conculcando el derecho de las minorías, sino, en puridad, se estaría lesionando el derecho a la igualdad de trato que se sigue de la igual dignidad de las personas y el derecho a la libertad religiosa de los individuos miembros de las minorías, no de las minorías en cuanto tales.

Debe tenerse en cuenta lo antedicho a la hora de valorar, como se ha referido anteriormente, las reclamaciones de las distintas confesiones religiosas de equipararse en los distintos tipos de prestaciones recibidas del Estado o, en sentido contrario, justificar una posición de ventaja de una (o unas) respecto a todas las demás. Una posible tipología de los ámbitos de relación entre la religión y la esfera pública sería la que diferencia entre espacio público y religión, la financiación y el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (art. 27.3 CE). Aunque a continuación abordaremos una cuestión concreta que conecta religión y escuela, no podemos detenernos ahora a analizar pormenorizadamente los entresijos de estos tres ámbitos de relaciones, pues ello excedería con mucho los límites de este trabajo. Baste ahora con decir que respecto al primero –relación entre lo religioso y lo público e institucional–, salvado por el TC el derecho de los trabajadores de la administración pública, civil o militar, a no ser obligados a participar o a asistir a ceremonias o actos de carácter religioso⁹, lo aconsejable sería la progresiva hasta la total desaparición de los elementos religiosos en la vida pública. A este respecto, piénsese, por ejemplo, si retomamos la sentencia del TC apenas citada, que el trabajador de la administración civil o militar al que se le reconoce el derecho a no ser obligado a participar en un desfile religioso, al no asistir efectivamente al mismo, indirectamente se está viendo abocado a hacer una declaración implícita sobre su posición religiosa o creencias, en flagrante vulneración de la libertad religiosa en su vertiente negativa (art. 16.2 CE). E igualmente con relación a la financiación y a la educación, lo constitucionalmente más adecuado será la supresión de cualquier tipo de prestación por parte del Estado a las confesiones religiosas, pues preservar el efectivo ejercicio del derecho a la libertad religiosa y el principio de igualdad de trato y no discriminación de los creyentes de las distintas confesiones (incluidas las inscritas en el Registro de Entidades Religiosas pero que no tienen Acuerdos o Convenios de Cooperación con el Estado) en ambas materias, requeriría de enormes recursos materiales y personales y suscitaría dificultades técnicas difíciles de solventar.

⁹ STC ROL 101-2004, del 2 de junio.

3. *Estado constitucional vs. multiculturalismo comunitarista: la problemática de la exhibición de símbolos religiosos, en particular del velo islámico, en el ámbito escolar al amparo del ejercicio de la libertad religiosa*

3.1 LIBERTAD RELIGIOSA, ESCUELA Y ESTADO CONSTITUCIONAL

Volviendo con las causas que originan por motivos religiosos la excepcionalidad en la aplicación general de la norma, y ya reducidos al ámbito escolar, habría que aludir en primer término a aquellos supuestos en los que la norma establece una obligación que la religión prohíbe. Estaríamos aquí ante el supuesto de conflicto entre el derecho fundamental a la libertad religiosa de padres e hijos y el deber constitucional de recibir la enseñanza básica obligatoria. Habría aun en este caso, no obstante, que diferenciar entre la objeción parcial a cursar determinadas materias curriculares por motivos religiosos¹⁰, y aquellos supuestos en los que se plantea una objeción al sistema educativo en general¹¹, y se propone alternativamente por parte de los padres educar a sus hijos en el hogar al margen del modelo

¹⁰ Es relativamente frecuente entre padres de religión islámica la solicitud de exención para sus hijas de las clases de educación física y educación sexual por motivos religiosos. Las sentencias del Tribunal Supremo Administrativo Federal alemán de 25 de junio y 25 de agosto de 1993 reconocieron el derecho de los recurrentes a obtener una exención para sus hijas de la obligatoriedad de participar en las clases de educación física, siempre que esta disciplina no se pudiese organizar separadamente por sexos. (Una lectura crítica de la segunda sentencia puede seguirse en Remedio Sánchez Ferriz y Cristina Elías Méndez, *Nuevo reto para la escuela. Libertad religiosa y fenómeno migratorio*, Ed. Minim, Valencia, 2002, 124). Sin embargo, esta exención condicionada a que las clases de educación física se impartan en régimen mixto no se extiende a otras materias y, por ello, no caben dispensas bajo la cobertura de la libertad religiosa para eximir a ningún alumno de la asistencia a clases, por ejemplo, de educación sexual. (Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 21 de diciembre de 1977). Esta ausencia de proyección de la exención a las clases de educación sexual había sido ya confirmada por la jurisprudencia del TEDH (Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen c. Dinamarca, de 7 de diciembre de 1976).

¹¹ *Fritz Honrad y otros c. Alemania*, 11 de septiembre de 2006. Un ciudadano alemán, acompañado de su mujer y sus dos hijos menores de edad, presenta un recurso ante el TEDH después de que los tribunales alemanes hubiesen desestimado su pretensión tanto en la vía jurisdiccional ordinaria como ante el Tribunal Constitucional, en el que expone que, por motivos religiosos y amparándose en el artículo 9 del CEDH y el artículo 2 del Protocolo, rechaza que sus hijos vayan a la escuela y reclama el derecho a educarlos en casa. Justifica su pretensión, entre otros motivos, en que sus hijos recibirán en la escuela una educación sexual a la que se oponen él y su mujer por razones religiosas y que, además, padecerán la creciente violencia física y psicológica que se ejerce en muchos centros escolares. El TEDH rechazó también esta interpretación de la libertad religiosa e inadmitió el recurso.

escolar establecido por los poderes públicos siguiendo una metodología y pedagogía propias (*homeschooling*)¹².

Por seguir con el análisis de estas pretensiones de generar ámbitos de exención del ordenamiento jurídico al abrigo de la libertad religiosa, otra posible variante es la puesta en práctica por imperativos de carácter religioso de una conducta o comportamiento en principio prohibidos con carácter general por el ordenamiento, esto es, la dispensa por motivos religiosos de una prohibición general. Éste podría ser el caso de la utilización de determinados símbolos religiosos –señaladamente el velo islámico– en el ámbito escolar, salvo por un pequeño y crucial detalle: que los ordenamientos de los países de nuestro entorno, y nuestro propio ordenamiento, no siempre prevén en sus legislaciones una prohibición expresa y general que proscriba la exhibición de estos símbolos religiosos en el espacio público, más en concreto, en el ámbito escolar. Ello aboca a una interpretación jurisprudencial que venga a determinar en cada caso cuál de los derechos en conflicto debe prevalecer y proceder de ese modo a la delimitación del contenido del derecho fundamental a la libertad religiosa.

A grandes trazos, las relaciones entre Estado y fenómeno religioso se rigen en la tradición cultural occidental por los principios de neutralidad y de laicidad, de los que Alemania y Francia son, respectivamente, sus principales exponentes. Veremos a continuación que, sobre la cuestión que ahora nos ocupa, ambos modelos de referencia no se diferencian en exceso. Por el contrario, ofrecen soluciones no muy diferentes entre sí y acaban sustancialmente por converger.

El principio de neutralidad implica que el Estado no toma partido a favor de ninguna religión en concreto. Para el Estado todas las confesiones están en un plano de igualdad, con independencia de su implantación social. El principio de neutralidad opera como garante del ejercicio individual del derecho a la libertad religiosa. Por un lado, prohibiendo cualquier injerencia ilegítima en dicho ejercicio, pero por otro facilitando también activamente los medios necesarios para el efectivo ejercicio de ese derecho e impidiendo cualquier intromisión indeseada de otras confesiones. Por tanto, el principio de neutralidad no es en modo alguno incompatible con la proyección del elemento religioso en el ámbito público y, en consecuencia, tampoco lo es, y en lo que a nosotros ahora interesa, en el ámbito escolar. Y así los *Länder*, en el marco de sus competencias educativas, han configurado las denominadas *escuelas conjuntas*, en las

¹² Esta controvertida cuestión ha sido detenidamente estudiada por Ana María del Carmen REDONDO GARCÍA, *Defensa de la Constitución y enseñanza básica obligatoria (integración educativa intercultural y homeschooling)*, Tirant lo blanch, Valencia, 2003.

que conviven alumnos de credos religiosos diferentes, como el modelo ordinario, frente a las *escuelas confesionales* y *aconfesionales*, que tendrían mucha menor implantación. Interesa sin embargo subrayar ahora que, por lo general, las *escuelas conjuntas* tienen una indisimulada impronta cristiana. No obstante, y así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional, el principio de neutralidad no exige que el Estado, en el ejercicio de su función educativa (art. 7.1 de la Constitución), deba prescindir completamente del elemento religioso. Éste se conformaría, desde esta perspectiva, como un resorte cultural plenamente interiorizado por el cuerpo social y, en todo caso, desprovisto de afán adoctrinador y sujeto al límite de no causar lesión en el ejercicio del derecho a la libertad religiosa de terceros adscritos a otras confesiones religiosas¹³. Esta presencia de la religión en la escuela pública viene ratificada por lo dispuesto en el artículo 7.3 de la Constitución, que dispone que “la enseñanza de la religión es asignatura ordinaria en las escuelas públicas con excepción de las escuelas aconfesionales”. Se establece, por tanto, nada menos que una garantía institucional de la clase de religión, de suerte que el Estado está obligado, bajo ciertas condiciones¹⁴, a impartir la religión como materia en las escuelas públicas, con la sola excepción de las minoritarias escuelas aconfesionales. Obviamente, en este tipo de escuelas no rige la garantía institucional de la clase de religión, pero su proclamación constitucional,

¹³ El principio de neutralidad se deduce, en primer término, del artículo 4 de la Constitución alemana (1949) que establece la libertad de credo y de confesión religiosa y se garantiza el ejercicio del derecho a la libertad religiosa. Además, el artículo 3.3 prohíbe cualquier tipo de discriminación por motivos religiosos y el 33.3 proclama que la adscripción a una determinada confesión religiosa es irrelevante para el ejercicio de los derechos civiles y políticos y para el acceso a cargos públicos y a la función pública. Por su parte, y en virtud del artículo 140 de la Constitución de 1949, determinadas disposiciones de la Constitución de Weimar (1919) se incorporan a aquélla. Concretamente los artículos 136.1, que dispone que los derechos civiles y políticos no estarán condicionados ni limitados por el ejercicio de la libertad religiosa; el 136.4, que establece que nadie podrá ser obligado a participar en actos de culto, ceremonias religiosas, ni a utilizar fórmulas religiosas de juramento y, por último, el artículo 137.1 que prohíbe la existencia de una iglesia oficial. Así pues, el principio de neutralidad exige un trato indiferenciado a todas las confesiones religiosas, sin que quepa ningún tipo de discriminación positiva a favor de alguna o algunas de ellas. Pero, a diferencia del principio de laicidad, el de neutralidad no relega la cuestión religiosa al ámbito de las garantías para su efectivo ejercicio en la esfera privada, sino que promueve (iguales) relaciones de cooperación con todos los credos religiosos, lo que inevitablemente repercute en la esfera pública. Así se constata en algunos preceptos constitucionales, como, por ejemplo, la previsión constitucional de la enseñanza de religión en la escuela pública con la excepción de las escuelas aconfesionales (art. 7.3), o la posibilidad de creación de escuelas públicas confesionales y aconfesionales (art. 7.5).

¹⁴ Vid. Javier TAJADURA TEJADA, *La libertad religiosa en el ámbito escolar...*, op. cit., pp. 797-798.

en cambio, ha provocado una disputa doctrinal y jurisprudencial en torno a la supuesta imposibilidad de generalizar el modelo de escuela aconfesional precisamente por su incompatibilidad con dicha garantía institucional. En definitiva, la religión no sólo podría tener un espacio público reservado en la escuela pública, sino que además, siguiendo esa posible interpretación, no podría dejar de tenerlo.

Nada de esto sucede, en cambio, con el principio de laicidad. Es éste uno de los principios fundacionales de la República francesa y se remonta a la Revolución de 1789¹⁵. No obstante, en el ámbito educativo habrá que esperar al *Rapport* que Condorcet¹⁶ presentó a la Asamblea francesa en 1792 para asistir a la proclamación en este ámbito del principio de laicidad. Siguiendo las pautas genuinamente ilustradas este Informe propugnaba la enseñanza de una moral basada en la razón y no en la religión. El laicismo propugnaba la desaparición de la instrucción pública de cualquier elemento confesional, incluidos los símbolos religiosos, tanto de los programas educativos como del personal docente. Fue así como el movimiento laicista y su expresión en el terreno educativo, la escuela laica, se fue desplegando a lo largo de la historia constitucional francesa, excepto durante el período del Imperio y la Restauración, hasta convertirse en un signo distintivo de la República. Así pues, mientras el principio de neutralidad incorpora el elemento religioso, sobre la base del principio de igualdad entre las distintas confesiones, a la esfera pública y, en consecuencia, también a la escuela pública, el principio de laicidad lo excluye completamente.

Esta distinción teórica entre principio de neutralidad y principio de laicidad se ha ido progresivamente difuminando, en particular, y en lo que a nosotros ahora interesa, en la utilización de símbolos religiosos en el ámbito escolar. Este proceso de convergencia se hace patente en Alemania, paradigma del principio de neutralidad estatal, con el caso *Ludin*¹⁷.

¹⁵ La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano proclamaba el principio de libertad religiosa (art. 10), y disponía que nadie puede ser molestado por sus creencias religiosas, con tal que su manifestación no perturbe el orden público establecido en la ley (art. 18).

¹⁶ Nicolás DE CONDORCET, *Informe y proyecto de decreto sobre la organización general de la instrucción pública* (1792).

¹⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 24 de septiembre de 2003. Pueden consultarse en castellano distintos comentarios sobre esta sentencia: *vid.* Sven Müller-Grune y Maria Angeles Martín Vida, "¿Puede una maestra portar durante las clases en una escuela pública un pañuelo en la cabeza por motivos religiosos?: comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 24 de septiembre de 2003, caso Ludin", *Revista española de derecho constitucional*, 24, núm. 70 (2004): 313-338; Iñaki Lasagabaster Herrarte, "El velo islámico en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

El recurso ante el Tribunal Constitucional tenía como objeto una resolución administrativa que denegaba el nombramiento como funcionaria en la enseñanza escolar pública de la señora Ludin, una mujer de origen afgano que había obtenido la nacionalidad alemana, por utilizar velo¹⁸. El Tribunal declaró inconstitucional la resolución recurrida por vulneración del artículo 33 que reconoce el derecho de acceso a los cargos públicos y a la función pública con independencia de la confesión religiosa, y del artículo 4.1 y 4.2 de la Constitución, que dispone que la libertad de conciencia y la libertad de profesar creencias religiosas y filosóficas son inviolables. Con todo, el Alto Tribunal no consagra un supuesto derecho de las docentes musulmanas a portar el pañuelo en la escuela, sino que esa injerencia en el ejercicio de los derechos fundamentales que supondría la prohibición de la utilización del velo para los docentes en la escuela (derecho de acceso a la función pública en conexión con la libertad religiosa), debe tener una finalidad legítima y cobertura legal; en la medida en que la resolución de la autoridad educativa del Land carece de tal cobertura, deviene inconstitucional. Y de hecho es el propio Tribunal el que insta a los parlamentos de los *Länder* a que regulen esta cuestión¹⁹. Y al hacerlo, recuerda el Tribunal que la creciente diversidad religiosa presente en la sociedad e incluso el aumento de alumnos sin ningún tipo de adscripción religiosa, hace conveniente un replanteamiento del

federal alemán: nota a la STC federal alemán de 24 de septiembre de 2003”, *Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Ardularitzako Euskal Aldizkaria*, núm. 69 (2004): 235-250; y Jaime Rossell Granados, “La cuestión del velo islámico y la vestimenta religiosa en la República Federal de Alemania”, en *El pañuelo islámico en Europa*, Motilla de la Calle, Agustín (coord.), 1ª ed., Marcial Pons, 2009, pp. 171-204.

¹⁸ Esta resolución administrativa había sido recurrida por la candidata a profesora en vía administrativa sin encontrar satisfacción a su reclamación. Contra la resolución del recurso administrativo Ludin inició un proceso contencioso-administrativo ante el Tribunal de lo contencioso-administrativo (*Verwaltungsgericht*) del Land de Baden-Württemberg con fallo desfavorable. Recurrió esta sentencia ante el Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo (*Bundesverwaltungsgericht*) que igualmente desestimó el recurso. Y finalmente recurrió ante el Tribunal Constitucional Federal. No obstante, conviene señalar que la jurisprudencia contencioso-administrativa sobre esta cuestión no era por entonces, ni mucho menos, uniforme: así por ejemplo, mientras el Tribunal Administrativo de Stuttgart resolvía en sentencia de 24 de marzo de 2000 que no era admisible que una profesora utilizase el *hiyab* en la escuela, el Tribunal Administrativo de Lübeck fallaba todo lo contrario en un caso similar en una sentencia dictada tan sólo unos pocos meses después, concretamente el 16 de octubre de ese mismo año.

¹⁹ Fue así que el *Land* de Baden-Württemberg (y otros *Länder*) legisló con celeridad sobre la cuestión, de manera que, remitida de nuevo al Tribunal Supremo Administrativo la resolución del recurso de la Sra. Ludin, volvió a recaer, en este caso ya con cobertura legal, sentencia desestimatoria de su pretensión.

principio de neutralidad y de su concreción legal²⁰. En definitiva, pues, el Tribunal Constitucional sostiene la conveniencia de una intensificación del principio de neutralidad, si bien su expresa concreción corresponde al legislador de los *Länder*, lo cual ha servido a una parte de ellos para excluir por ley el uso del velo islámico en el espacio escolar, si bien, eso sí, manteniendo en algunos casos la simbología cristiana.

Por su parte, en Francia, exponente de la laicidad, la creciente utilización de símbolos religiosos en la escuela pública obligó también a un replanteamiento del principio de laicidad. Ello motivó que el Ministerio de Educación solicitase del Consejo de Estado que precisase el significado y alcance del principio de laicidad con relación a esta cuestión. El Dictamen del Consejo de Estado de 27 de noviembre de 1989 concluyó que la utilización de un símbolo de pertenencia a una confesión religiosa no es en sí misma incompatible con el principio de laicidad de la República, sino que constituye un acto de ejercicio de la libertad de expresión y de la libertad religiosa. Sin embargo –matiza el Informe– estas libertades están sujetas a límites y no amparan la utilización de signos religiosos que por su naturaleza, o por su carácter ostentoso o reivindicativo, puedan considerarse que producen un efecto de presión, provocación o proselitismo. Tampoco cabría utilizar aquellos signos contrarios a la dignidad o a la libertad de los miembros de la comunidad escolar.

Sobre la base del Dictamen, L. Jospin, a la sazón Ministro de Educación francés, dictó la Circular de 12 de diciembre de 1989²¹. En ella sustancialmente se reproducían los argumentos expuestos en el Dictamen por

²⁰ En palabras del Tribunal Constitucional Federal: “El cambio social ligado a una creciente pluralidad religiosa puede ser ocasión para una nueva determinación del grado lícito de referencias religiosas en la escuela. De una regulación en las leyes escolares que tenga esa finalidad podrían derivarse concreciones para el personal docente de sus obligaciones estatutarias generales también con respecto a su apariencia exterior, en cuanto que revele su adhesión a determinadas convicciones religiosas o ideológicas. En esta medida [...] son concebibles restricciones legales de la libertad de credo. Si cabe prever que un candidato no cumplirá dichas normas de comportamiento, se le podrá objetar su falta de idoneidad”. (Sentencia de 24 de septiembre de 2003, párrafo 64). Y en esta misma línea sostiene el Tribunal que “pueden existir buenas razones para otorgar a la obligación de neutralidad del Estado en el ámbito escolar un significado más estricto y más distante que hasta ahora y, en consecuencia, mantener alejados de los alumnos las referencias religiosas transmitidas a través de la imagen exterior de los docentes”. (Sentencia de 24 de septiembre de 2003, párrafo 65). Por último, sostiene abiertamente que “la aceptación de que una prohibición de llevar el pañuelo en las escuelas públicas [...] puede constituir una limitación legítima de la libertad religiosa, está en consonancia con el art. 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos”. (Sentencia de 24 de septiembre de 2003, párrafo 66).

²¹ Claude DURAND-PRINBORGNE, “Laïcité scolaire et signes d’appartenance religieuse. La circulaire Jospin du 12 décembre 1989”, *Revue française de droit administratif*, pp. 10-22.

el Consejo de Estado, al disponer que la utilización de símbolos religiosos en la escuela pública es expresión de la libertad de expresión en materia religiosa, pero debe respetar la libertad de los demás y la neutralidad del servicio público. Sin embargo, la aplicación de esta Circular fue fuente de numerosos conflictos interpretativos, y al no alcanzarse en muchos casos un acuerdo entre las partes, aquéllos terminaron por judicializarse. Un intento de superación de los conflictos derivados de las diferencias de interpretación fue la conocida como Circular Bayrou, de 20 de septiembre de 1994, que pretendía fijar criterios que permitiesen diferenciar sin ningún género de dudas entre los signos “discretos” y los signos “ostentosos”. Sin embargo, en la práctica judicial esta Circular quedó relegada al ser deslegitimada –aunque no anulada– por el Consejo de Estado²². Los incidentes derivados de la confrontación de distintos aspectos relacionados con la religión, entre ellos la utilización de símbolos religiosos, y la normativa de los centros escolares iba en aumento. Como consecuencia de todo ello, el 3 de julio de 2003 el Presidente de la República nombra a Bernard Stasi como Presidente de una Comisión encargada de elaborar un informe que viniese a redefinir el principio de laicidad, en particular en el ámbito escolar. El Informe Stasi fue muy amplio y abordó muy diversas cuestiones relacionadas con el laicismo y la religión pero, en lo que ahora interesa, propuso la prohibición legal de los signos visibles de carácter religioso en la escuela. Con ello se evitaría –subrayaba el Informe– el frecuente problema de colocar a los directores de los centros en la difícil disyuntiva de tener que determinar qué signo religioso es ostentoso y cuál no lo es. Pues bien, el Presidente de la República recibió el Informe el 17 de diciembre de 2003 y fue el precedente y germen de la aprobación de la Ley de 15 de marzo de 2004 sobre signos religiosos en la escuela, conocida como ley antiveelo pues, en virtud de la misma, quedaba prohibida la utilización del pañuelo islámico en los colegios, centros escolares e institutos públicos.

Como se puede apreciar por lo apuntado hasta aquí, tanto el principio de neutralidad estatal como el principio de laicidad han experimentando, ante la rampante heterogeneidad religiosa, una intensificación de sus rasgos definidores para acabar ofreciendo una solución, aunque con matices, muy similar: la práctica proscripción de la exhibición de símbolos religiosos en el ámbito escolar. A pesar de las diferencias teóricas

²² Decisión del Consejo de Estado de 10 de julio de 1995, en el asunto Ass. Un Sysiphe. En la misma dirección la decisión de 26 de julio, en el caso Univ. de Lille II, anulaba la prohibición dictada por un Decano de llevar velo en la Facultad amparándose en la necesidad de asegurar el orden público. (Vid. SÁNCHEZ FERRIZ y ELÍAS MÉNDEZ, *Nuevo reto para la escuela. Libertad religiosa y fenómeno migratorio*, p. 85).

de partida entre neutralidad y laicidad, el punto de llegada de ambos, en cambio, con relación al tema que nos ocupa, es muy similar, cuando no en muchos casos idéntico. A esta confluencia ha contribuido decisivamente la jurisprudencia del TEDH. En cierto modo podría decirse que con su jurisprudencia el tribunal de Estrasburgo habría anticipado y allanado el camino para posibilitar una prohibición con carácter general de la utilización de símbolos religiosos visibles en el espacio escolar. El TEDH sostenía la tesis de que para que la injerencia en el derecho a la libertad religiosa satisficiera el test de proporcionalidad no era necesario que se produjera una lesión en el derecho de los demás, porque –matizaba el Tribunal– la protección de los derechos ajenos no tiene en este caso un carácter reparador sino preventivo; y ello en evidente contraste con la doctrina del Consejo de Estado francés previa a la Ley de 2004, y antes aludida, de la necesidad de constatar en el caso concreto la efectiva lesión de los derechos de terceros. Con esta jurisprudencia el TEDH avaló una eventual legislación prohibicionista que los Estados pudiesen darse en el futuro, y que el propio Tribunal ratificó al estimar conforme al Convenio la Ley antiveelo francesa de 2004²³. El TEDH iría incluso más lejos en su jurisprudencia²⁴ al afirmar que la utilización del velo en la escuela es en sí mismo difícilmente compatible con el principio de igualdad de sexos y no discriminación y, en consecuencia, no sería siquiera necesario llevar a cabo una ponderación con derechos fundamentales de terceros ni aplicar el test de proporcionalidad²⁵. Estaríamos, pues, simplemente ante el límite expreso del orden público (art. 9 CEDH) en el ejercicio del derecho a la libertad religiosa.

En definitiva, pues, no hay un contraste entre principio de laicidad y principio de neutralidad, pues ambos conducen sustancialmente al mismo resultado: la limitación del ejercicio del derecho de libertad religiosa. Desterrados el confesionalismo y el laicismo, entendidos como modelos de identificación u hostigamiento respectivamente con relación al fenómeno religioso, del Estado constitucional democrático, constatamos que las dos versiones más acabadas del Estado constitucional moderno –laicidad y

²³ SSTEDH *Tuba Aktas c. Francia* (núm. 43563/08), *Bayrak c. Francia* (núm. 14308/08), *Gamaleddyn c. Francia* (núm. 18527/08), *Ghazal c. Francia* (núm. 29134/08), *J. Singh c. Francia* (núm. 25463/08) y *R. Singh c. Francia* (núm. 27561/08), todas de 30 de junio de 2009.

²⁴ SSTEDH *Dahlab c. Suiza*, núm. 42393/98 de 15 de febrero de 2001; *Refah Partisi y otros c. Turquía*, núms. 41340/98, 41342/98, 41343/98 y 41344/98 de 31 de julio de 2001; y *Leyla Şahin c. Turquía*, núm. 44774/98, de 10 de noviembre de 2005.

²⁵ *Vid.* Juan José RUIZ RUIZ, "La prohibición del velo islámico en la enseñanza pública: la perspectiva de la igualdad de género", *Revista española de derecho constitucional*, p. 125.

neutralidad– abordan de manera muy similar los crecientes conflictos religiosos surgidos en el seno de unas sociedades cada vez más plurales desde el punto de vista cultural y de credos religiosos. La confrontación real a la hora de afrontar los conflictos religiosos se produce, en cambio, entre los planteamientos del Estado constitucional, en cualquiera de sus versiones, y los del acuñado como multiculturalismo comunitarista, que aboga por una relativización de los principios y valores esenciales (e intangibles) del Estado constitucional en aras a preservar la identidad cultural y religiosa de los grupos en los que se integran los individuos. Claro que de este modo, y trascendiendo el tema que nos ocupa, además de no garantizar, sino más bien todo lo contrario, la paz religiosa en las aulas, podría llegar a producirse una desnaturalización y disolución del Estado constitucional. Y éste es, sin duda, el riesgo más temible.

3.2 LIBERTAD RELIGIOSA Y MULTICULTURALISMO COMUNITARISTA

El riesgo apuntado aun se acrecienta si atendemos a la circunstancia de que los planteamientos multiculturalistas sirven en muchas ocasiones de soporte teórico –aun involuntariamente– al fundamentalismo religioso, es decir, a la utilización de una interpretación integrista de la religión con fines políticos. En modo alguno debe esto último inducir al equívoco; entiéndase bien que en ningún caso se sostiene que las tesis del multiculturalismo comunitarista estén al servicio del fundamentalismo religioso, sino más bien que éste las puede utilizar en su beneficio e interés político, que no es otro que socavar los pilares maestros del Estado constitucional en nada compatible con los principios teocráticos defendidos por el integrista, lo cual, como es obvio, no invalida los postulados comunitaristas, si bien, a nuestro juicio, son otras razones las que lo hacen.

Esas otras razones tienen que ver, en cambio, con que el multiculturalismo, como corriente que alcanza al derecho proveniente de un sector de la antropología cultural, analiza y estudia las costumbres, usos y prácticas de las distintas comunidades, que a su vez identifica con su cultura, de forma descriptiva y no valorativa, de suerte que pasan a considerarse una especie de “losa prescriptiva que cae sobre cada persona aplastando su individualidad”²⁶. Esa ausencia de valoración coloca a esas costumbres, usos y prácticas en el mismo plano, todas ellas con idéntica legitimidad para ser conservadas y hasta fomentadas, abriéndose así paso el relativismo cultural. Esos usos y costumbres que se identifican de forma axiomática con la cultura tendrían prácticamente un carácter inmutable, y no debie-

²⁶ Martínez SAMPERE, “Reflexiones constitucionales...”, *op. cit.*, p. 182.

ran estar expuestos a posibles contaminaciones por la interacción con las culturas de otros grupos, de manera que la convivencia debiera ordenarse a modo de un mosaico de culturas yuxtapuestas.

Frente a esta concepción comunitarista, otros sostienen en cambio que son la acción y la interacción de los hombres las que crean las culturas²⁷. Éstas y los grupos que las originan, según esta interpretación, no serían compartimentos estancos, sino vasos comunicantes, sujetos por tanto a influjos recíprocos y a evoluciones y mutaciones como resultado de los mismos. No estaríamos ante grupos cerrados con culturas impermeables a la influencia de otros posibles grupos y sus culturas, sino, bien al contrario, ante grupos abiertos que, por lo mismo, interactúan con otros grupos y culturas que evolucionan como resultado de esa interacción, y que originan una complejísima red de sociedades y culturas que están en permanente interacción y transformación.

Desde esta perspectiva, desde luego no todas las culturas o, mejor, la versión reduccionista de las mismas de costumbres, usos y prácticas, tienen la misma valoración. Se concibe la cultura como algo que merece ser preservado, lo cual naturalmente encierra en sí mismo un juicio de valor²⁸. Del enfoque meramente descriptivo del comunitarismo se pasaría a otro prescriptivo. Y si cultura es todo lo que debe ser preservado, *a contrario sensu* podría haber costumbres, usos y prácticas que no mereciesen esa consideración. La cuestión que a continuación se suscita es precisamente cuáles habrán de ser los criterios en los que apoyar esa discriminación valorativa. Y aquí es donde los defensores de las tesis multiculturalistas sostienen que al no existir valores universales a todas las culturas, sino tantos valores (o interpretación de los valores) como culturas, cualquier valoración no sería más, en realidad, que la imposición de un determinado modelo cultural –el occidental– sobre todos los demás.

Sin embargo, desde una posición antagónica, se sostiene que de la interacción entre los distintos grupos humanos emergen valores comunes a todos ellos: valores transculturales. Estos valores cimentarían la ordenación de la convivencia democrática de las sociedades sobre el perno de la igual dignidad y los derechos iguales de cada persona. Claro que el comunitarismo y por extensión el relativismo cultural objetarán que a esa operación de establecimiento de esos pretendidos valores universales no es ajena la imposición de un determinado patrón cultural: el patrón cultural occidental. Cabría aducir, sin embargo, que quienes postulan la existencia de estos valores transculturales no ocultan que tras ellos (o

²⁷ Vid. Michael CARRITHERS, *¿Por qué los humanos tenemos culturas?*

²⁸ Vid. Alain FINKIELKRAUT, *La derrota del pensamiento*.

algunos de ellos) no haya determinados patrones culturales, justamente los que se quieren preservar. Y, de otra parte, se pone de relieve que en muchos de los países no democráticos y sobre el papel ajenos a esos patrones culturales emergen con fuerza grupos y organizaciones que pugnan por la consecución de los mismos para sus respectivos países (y culturas).

Con todo, y en lo que ahora interesa, desde el punto de vista jurídico el problema que se suscita con los planteamientos comunitaristas es la amenaza de que terminen por subordinarse los individuos respecto a los grupos en que se integran y, como consecuencia de ello, una correlativa subordinación de los derechos individuales respecto a unos supuestos –e inexistentes– derechos colectivos. Se produciría de este modo una suerte de cancelación de la individualidad por contraste con la reafirmación de los grupos de pertenencia y, por esta razón, una suspensión de los derechos individuales por aplicación de unos sedicentes derechos colectivos.

Es justamente desde los planteamientos comunitaristas desde donde se rebate con más ahínco la prohibición del uso del velo, incluso en el ámbito escolar, y los argumentos empleados a tal fin por la jurisprudencia del TEDH. Sostienen los defensores de las tesis comunitaristas que la prohibición del uso del velo invocando el derecho a la igualdad y a la no discriminación por razón de género podría conllevar en sí mismo un trato discriminatorio al fundamentarse en una concepción de la igualdad entre hombre y mujer distinta de la que conforma la identidad de la mujer musulmana. La delimitación del contenido del principio de igualdad y no discriminación se remite por tanto, según las propuestas multiculturalistas, a parámetros culturales que, por su naturaleza, difieren de unos grupos a otros, y no a elementos normativos y jurisprudenciales propios de un Estado democrático de derecho.

Según esta corriente de pensamiento, la prohibición del velo al amparo del principio de igualdad y no discriminación por razón de género incurre en realidad en una discriminación múltiple al concurrir simultáneamente varios factores: la condición de mujer, distinta raza y fe minoritaria. Se recaería además, según esta tesis, en una discriminación de la mujer musulmana por cuanto se impide que ejerza sus derechos –la libertad religiosa– conforme a sus propios intereses que, a su vez, conforma según los condicionamientos sociales y culturales del grupo comunitario al que pertenece²⁹. Cada mujer, pues, ejerce sus derechos según sus propios

²⁹ De este modo, el interés de mostrar modestia cubriéndose el velo se vendría a equiparar con la utilización de ropa sexy a fin de satisfacer el interés de agrandar a los hombres resultado de determinadas circunstancias sociales restrictivas. [Vid. Jill MARSHALL, “Women’s Right to Autonomy and Identity in European Human Rights Law: Manifesting One’s Religion”, p. 187].

intereses, lo cual es irreprochable, si bien, siguiendo esta interpretación, en ningún caso se le podría oponer como límite a su ejercicio el principio de igualdad y no discriminación por razón de género, pues al utilizarlo como canon de constitucionalidad sobre la base de pautas culturales termina prácticamente por anularlo como tal. De este modo, ningún comportamiento en el ejercicio de un derecho excedería el principio de igualdad y no discriminación por razón de género siempre que aquél se pudiese reconducir a una determinada convención cultural, lo cual, como es obvio, limitaría sustancialmente el empleo de aquel principio como parámetro de constitucionalidad. No habría un principio de igualdad y no discriminación por razón de género de contenido unívoco, sino que se remitiría a tantos contenidos como pautas culturales en liza y de ese modo resultaría neutralizado como parámetro de constitucionalidad³⁰.

Sin embargo, como es sabido, la precisión del contenido de un principio constitucional, cual es el de igualdad y no discriminación por razón de género, corresponde en un Estado democrático de derecho al legislador y a la interpretación jurisprudencial, que son los que tienen respectivamente legitimación democrática directa e indirecta para hacerlo, si bien es cierto que a esa operación de interpretación y concreción de cualquier principio constitucional no resultan ajenas las pautas sociales y culturales, lo que por otra parte explica, entre otras cosas, la propia evolución legislativa y jurisprudencial.

Por otra parte, los defensores de las tesis multiculturalistas y comunitaristas sostienen que la autonomía personal y la identidad individual (art. 8 CEDH) garantizan que el ejercicio de los derechos fundamentales se lleve a cabo según el interés propio del titular de los mismos, lo que le permitiría escoger un determinado modo de ejercicio que el titular del derecho juzga más beneficioso para sus intereses, a la vista, entre otras cosas, de sus relaciones sociales.

Frente a esta interpretación cabe argüir que el derecho a la autonomía personal y a la identidad individual, como cualquier otro derecho, está sujeto a límites que habrá que concretar en el supuesto de que en su ejercicio entre en conflicto con otros derechos. No hay, pues, un supuesto

³⁰ En esta línea argumental se inscribe la tesis defendida por cierto sector del feminismo alemán, que sostiene que la consideración del velo islámico como contrario a la igualdad de género en realidad no esconde sino la institucionalización de la superioridad de la cultura mayoritaria y, con ello, se provocaría el efecto paradójico y perverso de perseguir la eliminación de la discriminación por razón de género mediante la discriminación de la minoría cultural femenina. [Vid. Susan B. ROTTMANN y Myra MARX FERREE, "Citizenship and Intesectionality: German Feminist Debates about Headscarf and Antidiscrimination Laws", p. 504.]

derecho ilimitado a la autonomía personal y a la identidad individual que pudiese bajo su cobertura amparar cualquier ejercicio del derecho. Y, por otra parte, confrontar el derecho a la identidad y al desarrollo de la propia personalidad con el derecho de los demás y con el principio de igualdad no supone introducir en el conflicto un derecho más fuerte o que goce de mayor protección que la libertad religiosa que, en última instancia, no es más que una proyección de aquél³¹.

Bibliografía

- BARRERO ORTEGA, Abraham, *La libertad religiosa en España*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.
- CARRITHERS, Michael, *¿Por qué los humanos tenemos culturas?*, Madrid, Alianza Editorial, 1995.
- CONDORCET, Nicolas de. *Informe y proyecto de decreto sobre la organización general de la instrucción pública (1792)*. Edición, introducción y notas de Olegario Negrín Fajardo, Madrid: Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, 1990.
- DURAND-PRINBORGNE, Claude, “Laïcité scolaire et signes d’appartenance religieuse. La circulaire Jospin du 12 décembre 1989”, en *Revue française de droit administratif*, N° 1, 1999, pp. 10-22.
- FINKIELKRAUT, Alain, *La derrota del pensamiento*, Barcelona, Anagrama, 1987.
- LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki, “El velo islámico en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional federal alemán, nota a la STC federal alemán de 24 de septiembre de 2003”, en *Revista Vasca de Administración Pública, Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria*, N° 69, 2004, pp. 235-250.
- MARSHALL, Jill, “Women’s Right to Autonomy and Identity in European Human Rights Law: Manifesting One’s Religion”, *Res Publica* 14, N° 3, 2008, pp. 177-192.
- MARTÍNEZ SAMPERE, Eva, “Reflexiones constitucionales sobre la igualdad religiosa”, en *La libertad religiosa en el estado social*, Barrero Ortega, Abraham y Terol Becerra, Manuel José (coords.), Tirant lo Blanch, 2009, pp. 163-192.
- MÜLLER-GRUNE, Sven, y MARTÍN VIDA, María Ángeles, “¿Puede una maestra portar durante las clases en una escuela pública un pañuelo en la cabeza por motivos religiosos?: comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 24 de septiembre de 2003, caso Ludin”, en *Revista española de derecho constitucional* 24, N° 70, 2004, pp. 313-338.
- REDONDO GARCÍA, Ana María del Carmen, *Defensa de la Constitución y enseñanza básica obligatoria (integración educativa intercultural y homeschooling)*, Valencia, Tirant lo blanch, 2003.

³¹ Vid. RUIZ RUIZ, “La prohibición del velo islámico en la enseñanza pública...”, *op cit.*, p. 129.

- ROSSELL GRANADOS, Jaime, “La cuestión del velo islámico y la vestimenta religiosa en la República Federal de Alemania”, en *El pañuelo islámico en Europa*, Motilla de la Calle, Agustín (coord.), Marcial Pons, 2009, pp. 171-204.
- ROTTMAN, Susan B., y FERREE, Myra Marx, “Citizenship and Intesectionality: German Feminist Debates about Headscarf and Antidiscrimination Laws”, *Social Politics* 15, N° 4, 2008.
- RUIZ RUIZ, Juan José, “La prohibición del velo islámico en la enseñanza pública: la perspectiva de la igualdad de género”, en *Revista española de derecho constitucional* 31, N° 92, 2011, pp. 103-140.
- SÁNCHEZ FERRIZ, Remedio, y ELÍAS MÉNDEZ, Cristina, *Nuevo reto para la escuela. Libertad religiosa y fenómeno migratorio*, Valencia, Ed. Minim, 2002.
- SEN, Amartya, *Identity and Violence. The Illusion of Destiny*, London, Penguin, Allen Lane, 2006.
- TAJADURA TEJADA, Javier, “La libertad religiosa en el ámbito escolar: un estudio comparado de los modelos alemán y francés”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, N° 13, 2009, pp. 789-818.
- TÓMAS Y VALIENTE, Francisco, *El marco político de la desamortización en España* Barcelona, Ariel, 1977.

DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO DOMÉSTICO CHILENO

INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW AND THE CHILEAN LEGAL SYSTEM

*Paula Millon Lorens**

*Rodrigo Céspedes Proto***

Resumen

Este trabajo analiza la influencia del derecho internacional en el derecho doméstico chileno a través del estudio de casos judiciales. El artículo abarca una serie de áreas del derecho como casos penales y abusos a los derechos humanos, derechos indígenas, derechos del niño y tratados de libre comercio en el marco OMC-GATT.

PALABRAS CLAVE: derecho internacional; derecho doméstico; derechos fundamentales; tratados; Constitución; juridicidad; jurisprudencia; interpretación; activismo judicial; abusos a los derechos humanos; derecho penal internacional; derecho humanitario; OIT-169; derechos indígenas; derechos del niño; libre comercio; OMC-GATT.

Abstract:

This article deals with the influence of international law in the Chilean domestic system through case-law. This work analyses that influence in diverse branches of law from criminal law and human rights abuses to indigenous rights, rights of children, and free trade agreements under the framework of WTO-GATT.

* Candidata a Doctor en Derecho, Universidad Nacional de Rosario. Profesora de técnicas de litigación oral y negociación, Universidad Andrés Bello. Artículo recibido el 23 de mayo de 2015 y aceptado para su publicación el 15 de agosto de 2015.

** Candidato a Doctor en Derecho, Universidad de Lancaster. Research Associate, Law School, Manchester University. Correo electrónico: rodrigo.cespedes@manchester.ac.uk. Esta investigación es financiada por el European Research Council (Advanced Grant: 323656-STC).

KEY WORDS: international law; domestic law; constitutional rights; Constitution; legality; case-law; legal interpretation; judicial activism; human rights abuses; international criminal law; humanitarian law; ILO-169; indigenous rights; international rights of the child; international trade; WTO-GATT.

I. Introducción

La influencia del derecho internacional en nuestro derecho doméstico, en especial el público, ha sido particularmente dinámica estos últimos años. Varias ramas se han visto afectadas, no sólo desde un punto de vista teórico, sino también práctico. Es claro, por ejemplo, que la normativa internacional sobre responsabilidad pecuniaria del Estado por crímenes de lesa humanidad ha añadido nuevo material a las teorías existentes en derecho administrativo; el procedimiento administrativo ambiental se ha visto modificado por la Convención OIT 169. Los tributos, ya sometidos por la Constitución a una rígida legalidad, se subordinan también a una supralegalidad internacional y pueden ser impugnados por otros Estados¹. Las inversiones internacionales en Chile pueden ser protegidas por una suerte de revisión judicial internacional contra los atentados estatales². Nuestro principio de juridicidad, gracias a las normas internacionales, se

¹ Por ejemplo, los casos frente al ente OMC entre Chile y Gran Bretaña por el impuesto al lujo por el whisky. Este producto es, en su gran mayoría, importado y se le aplican tanto los derechos *ad valorem* como los del DL 825/74 (IVA y adicional). Por esta razón, los países exportadores de whisky estimaban que nuestro sistema impositivo discriminaba a esta mercancía ya que la producción chilena era y es escasa y, si bien la norma estaba planteada en sentido general, en la práctica solo se aplicaba a las importaciones, favoreciendo injustamente al pisco. La OMC, en el 2000, consideró este esquema tributario como una violación a las normas de igualdad de trato nacional del GATT. Por esta condena, se suprimió el impuesto adicional del Art. 42 letra f) del DL 825/74 y se modificó la letra a) de la misma disposición, para no discriminar entre bebidas alcohólicas, salvo por su graduación (un sistema mucho más objetivo). El 2002, a requerimiento de Argentina, la OMC analizó el sistema chileno de "bandas de precios" y estimó que no era transparente. Argentina tuvo más éxito que los importadores chilenos frente a nuestros tribunales. El sistema de bandas de precios fue considerado conforme a los principios constitucionales tributarios en "*Watt's Alimentos con Fisco*", *RDJ T 90 Nr. 3 (1993)*, sec. 5, p 219. Inaplicabilidad. Comentado por Eduardo SOTO KLOSS.

² Por ejemplo el caso del famoso diario *Clarín*, requisado después del golpe militar sin indemnización alguna. El CIADI, ligado al Banco Mundial, concedió una indemnización en 2008 a su dueño basado en el Acuerdo entre España y Chile para la Protección y Fomento Recíprocos de Inversiones, suscrito el 2 de octubre de 1991 y vigente desde el 29 de marzo de 1994. "*Pey Casado y Fundación Allende con Chile*", Laudo Caso CIADI Nr. ARB/98/2. Aún se discute el monto.

ha vuelto mas “denso”³. La acción de protección se extiende no sólo a los derechos constitucionales, sino también a los reconocidos por tratados de derechos humanos. Actualmente, el juez parece tener más material jurídico con el cual controlar al legislador o a la Administración.

La aplicación doméstica del derecho internacional es una tendencia en el derecho chileno y latinoamericano. Desde el retorno a la democracia, los sucesivos gobiernos chilenos han ratificado una multitud de tratados de derechos humanos, los que son aplicados regularmente por los jueces chilenos. Este fenómeno no es sólo aplicable a las violaciones a derechos humanos durante el gobierno del General Pinochet, sino que la aplicación doméstica del derecho internacional ha afectado varias áreas jurídicas. Este asunto ha sido una verdadera revolución. El derecho internacional de los derechos humanos no puede ya considerarse *soft-law* o confinarse sólo a la política internacional. El derecho internacional de los derechos humanos es definitivamente *hard-law* desde la modificación del Artículo 5.2 de la Carta Fundamental chilena⁴ y su posterior aplicación por los tribunales chilenos. Después que el General Pinochet fue derrotado en el referéndum de 1988, la Constitución fue reformada y se ratificaron varios tratados de derechos humanos, los que entraron a formar parte del ordenamiento jurídico chileno. En el pasado, los aspectos en que el derecho internacional tenía alguna importancia se limitaban a las extradiciones, los *exequaturs*, el transporte internacional o el asilo político. Actualmente, el derecho internacional está presente en la litigación cotidiana en áreas como derecho de familia, protección de niños, niñas y adolescentes, tributación⁵, responsabilidad del Estado⁶; derecho indígena⁷ o derecho penal⁸.

³ Paul P. CRAIG, *Formal and substantive conceptions of the rule of law: an analytical framework*, *Public Law Autumn*, pp. 467-487.

⁴ “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan 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.”

⁵ SCS (2003) Rol 375-2003, “*Ditec Ltda. con Aduana de Osorno*”, *Ius Publicum* N° 11/2003, pp. 215-ss.

⁶ SCAA de San Miguel (2008), Rol 660-2007, Recurso de protección: “*Cumsille con Fisco de Chile*”.

⁷ En materia de recursos naturales, SCS (2009) Rol 1.705-2009, casación fondo y forma “*Agua Mineral Chusmiza SAIC con Comunidad Indígena Aymará de Chusmiza y Usmagana*”; en materia ambiental, por ejemplo, SCS (2012) Rol 10.090-2011, “*Comunidad Indígena Antú Lafquén de Huentetique con Corema de la Región de los Lagos*”.

⁸ En materia de responsabilidad penal adolescente y derechos del niño, ver “*L.E.T.M. con Juez de Garantía de Concepción*”, SCAA de Concepción Rol 89-2008, recurso de amparo. Desde luego, los casos sobre abusos a los derechos humanos durante el Gobierno Militar.

En resumen, los tribunales chilenos comenzaron a aplicar tratados como fuente del derecho “dura”, a veces con jerarquía supralegal.

La manifestación más visible de este proceso es la respuesta judicial a los abusos a los derechos humanos, en particular desde la detención del General Pinochet en Londres (1998). Los tribunales chilenos han fallado causas utilizando instituciones como *ius cogens*, derecho penal internacional y derecho humanitario. Estas nociones han incluso permeado las consecuencias civiles de las violaciones a los derechos humanos. Fuera de este ámbito, la Convención sobre Derechos del Niño (1989) ha sido muy influyente en juicios penales y de familia. Los jueces aplican regularmente principios como autonomía progresiva y el interés superior del niño. La Convención OIT 169 (1989) sobre pueblos indígenas y tribales también ha tenido aplicación en casos penales y medioambientales. Finalmente, Chile ha ratificado varios tratados de libre comercio, los que han influido en aspectos tributarios. Todo esto revela un cambio de mentalidad de los jueces, quienes ahora fallan más acorde a principios que a reglas, siguiendo la terminología de Robert Alexy⁹.

Este trabajo reseña la influencia general del derecho internacional en el derecho doméstico chileno. Nos referiremos no sólo al derecho sustantivo, sino también a algunos aspectos procesales.

II. Potestades interpretativas del juez, la cultura jurídica chilena tradicional, la revolución interpretativa y el activismo judicial

El positivismo más recalcitrante y el formalismo¹⁰ parecen haber sido muy influyentes en la mentalidad de antiguos jueces chilenos. Como consecuencia, muchas veces la interpretación judicial ha tendido a privilegiar el tenor literal sobre el espíritu de la ley, aunque derive en una manifiesta iniquidad¹¹. El derecho entonces es aplicado de manera mecánica a manera de un

⁹ Robert ALEXEY, *A Theory of Constitutional Rights*, p. 44-93. También su “The Construction of Constitutional Rights”, *Law & Ethics of Human Rights Vol. 4 Issue 1/2010, Rights, Balancing & Proportionality*, p. 20-32; “On the Structure of Legal Principles”, *Ratio Juris Vol. 13 Nr. 3 September/2000*, p. 294-304. También Ronald DWORKIN, *A Matter of Principle*, p. 72-103. También su *Law's Empire*, Hart Publishing, Oxford, 1986, pp. 333-350.

¹⁰ Ernest J. WEINRIEB, *Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law*, pp. 949-1016.

¹¹ El clásico caso es “*Viuda Guzmán de Shirasawa con FF.EE*” RDJ T 60 Nr. 9-10 (1963), sec. 1, p. 407. Casación fondo y forma. Un accidente ferroviario ocasiona la muerte de un padre de familia. Se concede una indemnización por sentencia la que fija una pensión periódica. Pocos años después, la inflación aumenta el costo de la vida y la

silogismo. El resultado es, a veces, la ausencia de justicia material. La letra de la ley y la intención del legislador han sido no pocas veces los métodos interpretativos más frecuentes (Artículo 19 del Código Civil chileno)¹². De esta manera, el juez es más un esclavo ciego del legislador que un hacedor de justicia. Así, el formalismo y el positivismo reducen al juez a una marioneta y restringen el verdadero sentido de la potestad jurisdiccional: hacer justicia. Afortunadamente, esa tendencia se ha revertido¹³. Muchos jueces además entendieron el principio de separación de poderes de manera muy absoluta, autolimitando sus potestades. El caso más emblemático es el

suma fijada por la sentencia se hace insuficiente. La viuda solicita se reajuste la suma ya que la indemnización no cumple con su objetivo compensatorio. No pide un incremento de pensión sino sólo que se actualice su poder adquisitivo. FF.EE. opone excepción de cosa juzgada: no se puede alterar en un juicio posterior lo resuelto en una sentencia ejecutoriada. El juez de primera instancia la rechaza fundado en que no se cumple la triple identidad: se solicita algo nuevo, la reajustabilidad. Como el derecho preexistente no la regulaba, el vacío legal es evidente y corresponde colmarlo con la equidad y los principios generales del derecho. La Corte de Apelaciones y la Corte Suprema tienen un criterio diferente. Hay cosa juzgada y, aunque no la hubiera, el “tal hecho o circunstancia (el alza del costo de la vida) no es fuente de obligaciones, porque en nuestro derecho no es posible incluir entre las fuentes de las obligaciones que enumera el Art. 1.437 del CC la depreciación monetaria”. La iniquidad es evidente por falta de balance y la interpretación positivista, mecanicista, formalista llega a sus extremos.

¹² “Art. 19. Cuando el *sentido de la ley* es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu.// Pero bien se puede, para interpretar una expresión obscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma, o en la historia fidedigna de su establecimiento.” Todo esto proviene de la dudosa idea de una prelación de métodos interpretativos y la falsa dicotomía entre *literalidad* y “espíritu de la ley” (los principios que la inspiran) que algunos atribuyen al Art. 19 del CC. Esta disposición contrapone el espíritu de la ley con el *sentido*, el tenor literal en realidad permanece ajeno. Sólo si el sentido es claro se impone por sobre el espíritu. Que algo tenga sentido significa que es coherente con las demás partes de un sistema, armónico con el todo y que tiene una lógica inteligible y razonable. Una norma puede ser, literalmente hablando, perfectamente clara y no tener ningún sentido porque no encaja en ese todo o carece de la lógica de lo razonable más elemental. Solamente en este caso recurriremos a su espíritu. Sobre el punto, ver el fallo del Tribunal Constitucional Rol 33/1985, en *RDJT* 82 Nr. 2 (1985), sec. 6, p. 70.

¹³ Por ejemplo, “*Empresa de Transportes Sud Americana Austral Ltda.* con *Director Regional (subrogante) de Tesorería Regional de Magallanes y Director Nacional del SII*”, *RDJT* 90 Nr. 3 (1993), sec. 5, p. 136. Corte de Punta Arenas. Protección. El tribunal señala que “por un elemental principio de justicia, no puede pretenderse que, remanentes de dineros retenidos indebidamente y por años, pudieren ser devueltos en moneda del mismo valor, ni aún a pretexto de que se trata de materias regladas en el derecho público, y que en éste sólo puede hacerse lo que está debida y expresamente autorizado, sin advertirse que no sólo el derecho privado está construido en bases de justicia y equidad, sino también el derecho público, en cuya normativa, que regula la conducta y relaciones de los entes públicos, generalmente de gran poder e influencia, con los ciudadanos y nacionales en general, aquellos principios de equidad y justicia son aun más necesarios”.

control jurisdiccional sobre la Administración, que durante la vigencia de la Constitución de 1925 era bastante endeble, las más de las veces concediéndole una auténtica inmunidad al Estado y fundándola en subterfugios. Consecuencialmente, cualquier deficiencia en el derecho legislado no era imputable a la judicatura, sino al parlamento¹⁴. Esta mentalidad ha cambiado en parte gracias la Constitución de 1980 y al derecho internacional de los derechos humanos, integrante de nuestro sistema con rango supra-legal por aplicación del Artículo 5° de la Carta Fundamental. De alguna manera la importancia de los tecnicismos disminuyó en pro de la aplicación de los principios generales del derecho, el espíritu de la ley¹⁵. Muchos dogmas jurídicos pueden ser soslayados mediante una interpretación teleológica o finalista. Uno de ellos ha sido completamente destronado: en este momento, el derecho internacional puede ser invocado por los individuos, no sólo por los Estados. En síntesis, el derecho ha cambiado en parte por la incorporación de estos tratados, pero también por acción de los jueces.

Los jueces no sólo se conforman con fallar conforme a la ley sino que intentan decidir en la forma más justa posible. Muchas veces eso implica “doblar las reglas”, reacomodar la pirámide normativa y estar atento a la realidad social que los circunda. La interpretación de las normas juega en esto un rol fundamental¹⁶.

¹⁴ SCAA de Santiago “*Buzeta con Fisco*”, GAT N° 63 *Primer Semestre/1942*, Sec. Civil, p. 243-ss. Por Ley de Seguridad del Estado, el intendente paraliza, con uso de la fuerza pública, la construcción de un edificio que había sido autorizada por la Municipalidad. El particular deduce querrela de amparo ante tribunales ordinarios atendido que estima que el acto administrativo de paralización turba su posesión. La Corte señala que el intendente actuó en calidad de autoridad pública. Por lo tanto, “*no son competentes* los Tribunales Ordinarios de Justicia para conocer de la correspondiente querrela de amparo deducida por el particular afectado en contra del Intendente”... aquellos (actos de autoridad) se realizan en cumplimiento de funciones jurídicas del Estado. Y les corresponde “conocer de ellos a los Tribunales de lo Contencioso Administrativo creados por la Constitución”. La Corte añade que, “*como aún no han sido establecidos por no haberse dictado todavía la ley que los organice y fije sus atribuciones, sólo le cabe en este caso al perjudicado el ejercicio de los recursos por vía graciosa (sic!) o jerárquica, contemplados en la Ley de Régimen Interior, para reclamar por escrito ante el mismo Intendente, o, en caso de que éste persistiere en su resolución, para ocurrir a la autoridad inmediatamente superior, pudiendo llegar, de grado en grado, hasta el Presidente de la República*”.

¹⁵ Rodrigo CÉSPEDES PROTO, *Los principios generales del derecho, un enfoque desde la perspectiva del derecho público*, pp. 25-66.

¹⁶ En los Evangelios, Jesús habla del espíritu de la ley, contraponiéndola a una interpretación tenor literal. En materia de interpretación musical, Claudio Arrau sostenía que el intérprete era responsable frente al compositor y a la obra, lo que exigía absoluta fidelidad al texto. En alguna entrevista, el maestro también dijo que el intérprete era una especie de *shaman*, poseído por el alma del compositor. Por eso, era necesario estudiar también el contexto de la obra. El pianista Alfred Brendel señalaba que pertenecía a la tradición de músicos en la cual la partitura le dice al intérprete cómo debe ejecutarla; el intérprete no

El activismo judicial¹⁷ supone que los jueces permiten que sus propias visiones de políticas públicas y de la realidad social se reflejen en sus fallos. Hasta cierto punto, estos jueces ven el ordenamiento jurídico como normas flexibles que pueden ser adaptadas para las nuevas necesidades sociales. Relacionado con este concepto está el de “judicialización de la política”: la intervención de los tribunales en áreas que tradicionalmente son competencia del gobierno o del parlamento. Los jueces se convierten entonces en actores políticos. Con la interpretación progresiva del derecho el juez, más que “boca de la ley”, se transforma en un agente más activo y creativo. De esta manera, el juez conecta dinámicamente la norma con la realidad social. Las normas se desligan de la intención del legislador y se convierten en un ente con vida propia (*living tree* o *living constitution*)¹⁸. Un claro ejemplo en Chile de esta interpretación progresiva puede verse en los casos sobre violaciones a los derechos humanos durante el Gobierno Militar, que analizaremos. Inicialmente los tribunales aplicaban la amnistía sin mayor investigación. En su opinión, el concepto de “guerra interna” propio de las Convenciones de Ginebra no se aplicaba a los hechos de 1973¹⁹. Esta interpretación cambia y se considera que el concepto de guerra es elástico y se puede aplicar a situaciones no consideradas expresamente por las Convenciones de Ginebra. Un golpe de Estado y las condiciones de 1973 en adelante eran similares a una guerra²⁰. En materia de familia, la aceptación de la prueba testimonial para desvirtuar las partidas del Registro Civil en los años 20 y la consecuente propagación y difusión

debe “ajustar” la obra ni decirle al compositor cómo debería haberla compuesto. Ambos pianistas tienen ideas similares. Leonard Bernstein tenía una idea diferente y sostenía que no interpretaría la música de Beethoven exactamente como Beethoven lo haría, pero seguiría “su espíritu”. Al otro lado del espectro, Glenn Gould sostenía que en el pasado, los compositores ejecutaban sus propias obras y experimentaban con ellas en los conciertos. Eso se perdió en el Siglo XX. En su opinión la obra musical podía contener elementos que el mismo compositor desconocía. Agradecemos al pianista y profesor de historia de la música, Stefano Ragni (*Conservatorio Francesco Morlacchi di Perugia; Università per Stranieri di Perugia*) por enseñarme teoría de la interpretación musical.

¹⁷ Bradley C. CANON, *Defining dimension of judicial activism, Judicature*, p. 236-247. Martin SHAPIRO, *Political Jurisprudence*, p. 294-345. Alec STONE SWEET, *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*. Martin SHAPIRO and Alec STONE SWEET, *On Law, Politics, and Judicialization*.

¹⁸ La primera doctrina es de la Corte Suprema Canadiense y la segunda de la norteamericana. La Constitución debe ser interpretada progresivamente y amplia adaptándola a las nuevas circunstancias históricas. La Corte Suprema Americana tiene una idea similar, comparando la Carta Fundamental a un organismo vivo, dinámico y en evolución constante.

¹⁹ Por ejemplo, el caso *Uribe Tambley* (1994), Rol 38.683-94.

²⁰ Por ejemplo, el caso *Urrutia Villa* (2009), Rol 120.133-B.

de la nulidad de matrimonio (lo que prácticamente implicó incorporar a nuestro ordenamiento el divorcio vincular por mutuo consentimiento) podría considerarse una interpretación activista: el divorcio vincular era una necesidad social²¹. La moral social cambia con los tiempos y los jueces son reactivos a estas transformaciones. Un ejemplo de este fenómeno es “Contra *Vallejo Pacheco*” (Revista Pingüino)²². Esta revista publica ejemplares con desnudos femeninos parciales, por lo que se inicia procedimiento criminal por el delito de “ultraje al pudor y las buenas costumbres”. El juez de primera instancia señala que las fotografías en cuestión son obscenas y contrarias a las buenas costumbres; se trata de pornografía y no persiguen fin artístico. Por lo tanto, encuadra dentro del delito de ultraje al pudor y las buenas costumbres ya que se trata de conductas de significación sexual a vista del público y que causan escándalo por afectar la moral social. El fallo es revocado porque no hay escándalo, ya que se trata de conductas social y masivamente toleradas. La decisión destaca que, tanto el uso en las playas y piscinas por las mujeres de trajes de baño de dos piezas (bikini), como los espectáculos revisteriles, ya son admitidos por la sociedad y no cabe concebir como un ultraje a las buenas costumbres. Las fotos que aparecen reproducidas en la revista, en opinión del tribunal, no constituyen desprecio a la moral que “actualmente se tiene” sobre estas materias ni escandalizan al público. Este tipo de publicaciones, si se miran “con un criterio actual”, no demuestran una finalidad obscena o pornográfica o lúbrica, pese a ser “audaces y humorísticas”. El tribunal hace suya la moral social mayoritaria para emitir una decisión justa. Los jueces activistas tienden a considerar las normas preexistentes como vivas y elásticas y verse a sí mismos como el alma del derecho.

El juez es el sumo intérprete del derecho y quien coordina el material del ordenamiento jurídico. Con la incorporación del derecho internacional al derecho doméstico el asunto se vuelve más interesante: hay que determinar la jerarquía del material normativo internacional; ¿rango superior, similar o inferior a la Constitución?²³.

Sobre la materia analizaremos una gama variada de casos: abusos a derechos humanos durante el gobierno militar; Convención de Derechos del Niño; OIT 169 indígenas, recursos naturales y medio ambiente y dentro del esquema OMC-GATT, tratados de libre comercio y derecho tributario chileno.

²¹ Carlos DUCCI C, *Derecho Civil: Parte General*, pp. 89-91.

²² RDJT 61 Nros. 7-8 (1964), sec. 4, p. 313. Corte de Santiago, Recurso de Apelación.

²³ Hay gran literatura en Chile sobre el tema, así que no abundaremos en el asunto.

III. *El derecho internacional, instituciones procesales y las violaciones a los derechos humanos durante el gobierno militar*²⁴

Los casos de abusos a los derechos humanos durante el Gobierno Militar son la aplicación más espectacular y notoria del derecho internacional en el ámbito doméstico chileno²⁵. Como los acuerdos internacionales tienen prevalencia sobre el derecho nacional, ciertas instituciones dejan de aplicarse, como la prescripción, la amnistía establecida por el Gobierno Militar (Decreto Ley 2.191/1978²⁶), la retroactividad o la legalidad penal, verdaderos dogmas jurídicos que se cuestionan producto de la justicia transicional²⁷. En Chile, los jueces han jugado un rol clave en este proceso y los dogmas penales han sido relativizados de manera que el *nullum crimen nulla poena sine legge* ya no es un principio absoluto. Instituciones procesales también se han visto afectadas. La cosa juzgada y el *non/ne bis in idem* son básicos en el proceso penal chileno.

1. VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL CHILENO

Los crímenes cometidos durante el gobierno del general Pinochet claramente atentaban contra los más básicos valores reconocidos por la comunidad internacional. La tendencia es que esos delitos no pueden ser amnistiados ni indultados y la prescripción está prohibida. Estos crímenes

²⁴ Alexandra HUNEUS, *Judging from a Guilty Conscience: The Chilean Judiciary's Human Rights Turn*, p. 99-135. También, Lisa HILBINK, *Judges beyond Politics in Democracy and Dictatorship: Lessons from Chile*. Existe un interesante artículo de Javier COUSO, *The politics on judicial Review in Chile in the Era of Democratic Transition: 1990-2002*, p. 70-91. Sobre la experiencia Argentina, Gabriel CHAVEZTAFUR, *Using International Law to By-pass Domestic Legal Hurdles*, pp. 1061-1073.

²⁵ Misma tendencia en la extradición de Alberto Fujimori, Corte Suprema, Rol 2.242-06. Sobre todo si se lo compara con el caso *Walter Rauff*, RDJ T 60 (1963), p. 112. Lo mismo, en derecho comparado, el caso *Chile con Arancibia Clavel*, Corte Suprema Argentina, Rol 259-2004. Comentado por Fabián Raimondo en *Oxford Reports on International Law in Domestic Courts* (ILDC 1082; AR 2004).

²⁶ En *Almonacid Arellano y otros v. Chile (2006)*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró que la amnistía de 1978 era inconsistente con la Convención. Este fallo es habitualmente citado por tribunales chilenos.

²⁷ Jon ELSTER, *Closing the Books: Transitional Justice in Historical Perspective*, p. 1. Hay variada literatura sobre la materia ya que es un fenómeno mundial; están los casos de Sudáfrica, varios países latinoamericanos, los países ex comunistas, etc.

de lesa humanidad son considerados como una violación del *ius cogens*²⁸, norma que se considera como universalmente obligatoria y absoluta²⁹. El ordenamiento jurídico chileno no estaba preparado para lidiar con violaciones a los derechos humanos de esta envergadura, para esa tarea, los jueces consideraron el derecho penal internacional³⁰ y el derecho humanitario³¹ más apropiados que el doméstico. Los jueces, usando sus

²⁸ Nuestra Corte Suprema se ha referido a las normas de *ius cogens* como “derecho perentorio internacional (que) implica el rechazo *in limine* por las naciones civilizadas de injustos que repugnan a la conciencia humana y que constituyen crímenes contra la humanidad... Esta normativa deriva de conceptos jurídicos antiguos de un orden superior que las leyes del hombre y que las naciones no pueden contravenir habiendo sido aceptadas, sea expresamente por tratados o tácitamente por la costumbre, para proteger la moral pública en ellas contenidas... La contravención de estos preceptos afecta gravemente la conciencia moral de la humanidad y obliga, a diferencia del derecho consuetudinario tradicional, a la comunidad internacional como un todo, independientemente de su rechazo, reconocimiento o aquiescencia... La doctrina las ha conceptualizado como aquellos dogmas o principios estructurales del orden internacional reflejo de valores fundamentales generalmente aceptados por la comunidad internacional que, en virtud de su carácter dominante, obligan a todos los Estados con independencia de su voluntad... Las reglas (de) *ius cogens* no son exclusivamente meros criterios directivos, ni juicios de valor simplemente, ni escuetos dictados de la razón, son auténticas normas jurídicas en sentido sustancial, pues suministran pautas o modelos de conducta. Existen con independencia de su formulación y cuando las leyes las recogen, o sea, las expresan en su fórmula, no quiere decir que se esté mudando su naturaleza verdaderamente jurídica, la cual, en definitiva, es independiente y autónoma de su consagración a nivel positivo... si bien es cierto que una de las más severas críticas que se plantean en contra de la noción del *ius cogens* es la vaguedad e indefinición de aquellas que la componen, no lo es menos que existen un conjunto de preceptos cuya determinación como tal no presenta discusión llamado *núcleo duro de normas de ius cogens* de derechos humanos, inderogables bajo cualquier circunstancia o excepción que generan obligaciones *erga omnes*... las reglas del derecho internacional generalmente aceptadas se entienden automática y globalmente incorporadas en el derecho interno, y deben ser aplicadas por los tribunales nacionales con preferencia al derecho interno”. “Contra Pinto Pérez”, *Gaceta Jurídica* Nr. 321 (2007), p. 228. Casación Fondo.

²⁹ Karen PARKER, *Jus Cogens: Compelling the Law of Human Rights*, pp. 412 y ss.

³⁰ El derecho penal internacional prohíbe y sanciona atrocidades como genocidio, crímenes de guerra, crimen de agresión y crímenes en contra de la humanidad. Una introducción en *An introduction to international criminal law and procedure* (Robert Cryer y otros), CUP Cambridge, 2007. El tratado más representativo es el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, del cual Chile es parte desde el 2009. Una introducción a la Corte Penal Internacional en William A. SCHABAS, *An introduction to the International Criminal Court*, CUP, Cambridge, 2007.

³¹ El derecho internacional humanitario regula el tratamiento de las personas en casos de conflictos internacionales o guerras civiles. Básicamente regulado en los Convenios de Ginebra (1949). Una introducción en *How does law protect in war?, Cases, Documents and Teaching Materials on Contemporary Practice in International Humanitarian Law, Vol. I: Outline of International Law* (varios autores), International Committee Red Cross, Geneva, 2006.

facultades interpretativas, combinan todas las fuentes del derecho de nuestro ordenamiento y llegan a esta conclusión. Los casos analizados reflejan esta tendencia.

El meollo del asunto es que los jueces, utilizando el derecho internacional, relativizan las garantías constitucionales. Roxin complementa y amplía el principio *nullum crimen...* incorporando todas las garantías constitucionales penales bajo esta fórmula: *nullum crimen nulla poena sine lege stricta scripta praevia ed certa*. Esta formulación incluye la legalidad del delito y de la pena; la prohibición de la analogía; la prohibición del derecho consuetudinario para fundamentar y agravar la pena (y, obviamente para crear delitos); la proscripción de la retroactividad penal y la interdicción de leyes penales y penas indeterminadas (leyes penales abiertas y en blanco)³². Todas estas garantías que están claras en la Constitución se relativizan con la aplicación de normas de derecho internacional a abusos de derechos humanos, como examinaremos en varios casos.

*Vergara Toledo con Ambler Hinojosa (2010)*³³ es un fallo donde un dogma procesal penal es cuestionado y soslayado por la Corte Suprema utilizando la superior jerarquía del derecho internacional. En 1985, Eduardo y Rafael Vergara Toledo, dos activistas de extrema izquierda, fueron abatidos por la policía en un “confuso incidente”. El Segundo Juzgado Militar de Santiago sobreseyó el caso sin mayor investigación y sin buscar a los responsables³⁴. En 2003, la Corte Suprema reabrió el caso por nueva evidencia y designó como Ministro en Visita a Carlos Gajardo Galdames. El magistrado rápidamente descubrió que la evidencia había sido manipulada y una de las víctimas había sido ejecutada de un tiro en la cabeza a corta distancia. Los acusados arguyeron como defensa la prescripción penal y cosa juzgada³⁵. Después de un largo juicio, la Corte Suprema sostuvo que, desde 1973, el país había vivido bajo estado de emergencia, con derechos políticos y civiles restringidos y persecuciones políticas. Si bien esta situación no es exactamente un “conflicto armado no-internacional” descrito por el derecho humanitario, se aproxima mucho a esta definición. La Corte considera que las nociones legales evolucionan con el tiempo y las Convenciones de Ginebra no consideraron un escenario como el chileno.

³² Klaus ROXIN, *Derecho Penal, Parte General*, pp. 134-175.

³³ SCS Rol 7.089-2009, recurso de casación comentado por Rodrigo CÉSPEDES en *Oxford Reports on International Law in Domestic Courts* (ILDC 1946; CL 2010).

³⁴ Segundo Juzgado Militar de Santiago, Rol 351-1985.

³⁵ Ver el caso *Sandoval*, Rol 517-2004. LAFONTAINE, F., *No Amnesty or Statute of Limitation for Enforced Disappearances: The Sandoval Case before the Supreme Court of Chile*, (2005) 3 *Journal of International Criminal Justice*, p. 469-482. Comentado por Ximena FUENTES en *Oxford Reports on International Law in Domestic Courts* (ILDC 394; CL 2004).

Sin embargo, las nociones de guerra interna y crímenes de lesa humanidad han sido actualizadas por el *ius cogens* y nuevos tratados sobre derecho humanitario y derecho penal internacional. Por ejemplo, dentro de los últimos, el Art. 1(b) de la Convención ONU sobre la imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y Crímenes de Lesa Humanidad (1968)³⁶; Art. 7 del Estatuto de Roma/Corte Penal Internacional (1998)³⁷ y el Art. 7 del Estatuto del Tribunal Internacional de Rwanda (1994)³⁸. Todos estos textos reconocen la posibilidad de que crímenes de lesa humanidad pueden producirse en ausencia de conflicto bélico. En opinión de la Corte, éste es el caso y la imprescriptibilidad es la regla general. El asunto de la cosa juzgada es aun más interesante. La Corte Suprema remarcó la idea que el juez militar no realizó una investigación exhaustiva y carecía de imparcialidad. Por lo tanto, la excepción de cosa juzgada no es una defensa válida. La cosa juzgada es una institución sagrada en Chile porque es considerada como garantía de la seguridad jurídica y la paz social. La cosa juzgada es asociada con el *non/ne bis in idem*, especialmente importante cuando el acusado es absuelto. Una institución tan indiscutida pudo ser soslayada sólo por las normas de derecho internacional. El hecho curioso es que la Corte parece basar su fallo en el “espíritu” de los Arts. 9 y 10 del Estatuto de Roma, el cual no estaba aún ratificado por Chile al momento de los hechos. La cosa juzgada y el *non bis in idem* aparecen en muchos

³⁶ “Los crímenes siguientes son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido: a) los crímenes de guerra según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, de 8 de agosto de 1945, y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, sobre todo las ‘infracciones graves’ enumeradas en los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 para la protección de las víctimas de la guerra; b) Los crímenes de lesa humanidad cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz, según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, de 8 de agosto de 1945, y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, así como la expulsión por ataque armado u ocupación y los actos inhumanos debidos a la política de apartheid y el delito de genocidio definido en la Convención de 1948 para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio aun si esos actos no constituyen una violación del derecho interno del país donde fueran cometidos”. No está aún ratificado por Chile, la Corte lo aplica en calidad de norma de *ius cogens*.

³⁷ Define cuáles son los crímenes de lesa humanidad incluyendo desaparición forzada de personas, tortura, persecución de un grupo por razones políticas, violaciones, y otros actos inhumanos. El Art. 20 establece la imprescriptibilidad.

³⁸ Regula la responsabilidad penal de los individuos que han infringido las Convenciones de Ginebra (1949), las violaciones a los tratados o costumbres que regulan la guerra, y los que han perpetrado crímenes de lesa humanidad. Obviamente la Corte aplica esta regla como norma de *ius cogens*.

tratados de derechos humanos³⁹, pero no es absoluto y los crímenes de lesa humanidad, cuando son juzgados durante períodos de anormalidad, son la excepción. La Corte pone énfasis en que el Estado tiene el deber de investigar este tipo de violaciones a derechos humanos. El Máximo Tribunal parece entender que el ordenamiento jurídico chileno es un organismo vivo y la interpretación del derecho debe considerar la evolución de las sociedades.

Otro caso paradigmático es *Urrutia Villa con Ruiz Bunger (2009)*⁴⁰. En 1975, David Urrutia, un militante comunista, fue arrestado por agentes de la Fuerza Aérea. Detenido en una prisión clandestina, ubicada en una base de la Fuerza Aérea, fue interrogado bajo tortura y “desaparecido”. En 1995, sus restos fueron encontrados en instalaciones del Ejército. La Corte Suprema lo calificó como un crimen de lesa humanidad. En consecuencia, la prescripción y la amnistía no son aplicables incluso si a la fecha del delito el Tratado ONU sobre Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad (1968) no había sido ratificado por Chile. Las normas del tratado eran ya *ius cogens* en ese momento, que el tratado sólo cristalizó, y por lo tanto obligatorios según los Arts. 53 y 64 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (1969). La Corte sostuvo también que las Convenciones de Ginebra (1949)⁴¹ son siempre aplicables ya que un golpe de Estado es “un acto de guerra”. El Máximo Tribunal cita el caso *Barrios Altos* de la Corte Interamericana y señala que la amnistía chilena de 1978 (*Decreto Ley Nr. 2.191/1978*)⁴² y la prescripción son inaplicables⁴³. La Corte implícitamente declara que la prohibición de la irretroactividad penal (*lex retro non agit; nullum crimen, nulla poena sine praevia lege poenali*), un derecho constitucional (Art. 19 Nr. 3.7), no puede ser aplicada de manera estricta. La costumbre tenía un rol accidental en derecho penal (*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*), pero ahora parece estar en el centro de la discusión⁴⁴. El Gobierno

³⁹ Art. 8.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos, Art. 4 Séptimo Protocolo, Convención Europea de Derechos Humanos; Arts. 17 (b) y 20 del Estatuto de Roma.

⁴⁰ SCS Rol 4.691-2007, Recurso de Casación.

⁴¹ En especial el Art. 3 de la Tercera Convención de Ginebra (ratificado por Chile en 1950), sobre el tratamiento a prisioneros de guerra, y el Protocolo II (1977), sobre protección de víctimas en conflictos armados no internacionales (ratificado por Chile en 1991).

⁴² Sobre la ley de amnistía chilena, ver SCS Rol 3125-04 “Contra Pinto Pérez”, Recurso de Casación, previamente analizado. Comentada por Ximena Fuentes en *Oxford Reports on International Law in Domestic Courts* (ILDC 1093; CL 2007).

⁴³ “*Barrios Altos con Perú*”, referido a la Ley Peruana de Amnistía, Ley 26.492/1995.

⁴⁴ Un análisis desde el punto de vista del *civil* y *common law*, en BARBOUR, Stephanie A., ‘Retroactivity Revisited: Justice After Normalized Violence’, *Trinity C.L. Rev.* Vol. 9

Militar publicó una Ley de Amnistía en 1978, que cubría todo los actos criminales de violencia política entre 1973-1978. Al mismo tiempo, todos los crímenes eran prescriptibles desde el punto de vista del derecho doméstico chileno. Después del retorno a la democracia, algunos jueces siguieron la “Doctrina Aylwin”, que permitía a los tribunales investigar los hechos para descubrir la verdad antes de declarar la amnistía y/o la prescripción. Después de 1998, los tribunales comenzaron a sortear la amnistía y la prescripción utilizando normas de derecho internacional. Todos estas sentencias lidian con aspectos de legalidad penal, (ir)retroactividad y el valor de la costumbre en materia penal. Parece que el principio *nullum crimen* no es ya absoluto. Muchos agentes de la DINA, y su heredera la CNI, han sido procesados y condenados soslayando ese principio en base al derecho internacional.

2. VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS Y RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

La jurisprudencia sobre la responsabilidad del Estado ha sufrido modificaciones importantes en los últimos 20 años. En la década de los 90 la Corte Suprema se inclinaba por la teoría de la responsabilidad de bases constitucionales, objetiva e imprescriptible. Con el nuevo milenio esta tendencia cambió y la corriente es la falta *del* servicio y la prescriptibilidad y la aplicación supletoria del derecho civil⁴⁵. En materia de prescripción y responsabilidad estatal, el problema de fondo es la supletoriedad del Código Civil y la aplicabilidad de los Artículos 2495 (la prescripción corre a favor y en contra del Estado) y 2332 del Código Civil (cuatro años de prescripción en acciones de responsabilidad extracontractual) a asuntos de derecho público. La opción es, o consideramos el derecho público como un área autónoma y cerrada, o podemos complementarlo con el derecho civil “pidiendo prestadas” algunas de sus reglas⁴⁶. Entonces el problema puede ser regulado, para algunos, sólo por las normas constitucionales y administrativas y, para otros, con la concurrencia de las reglas civiles sumadas a las primeras. ¿Qué sucede si, junto al ordenamiento autóno-

(2006), p. 28-48. Una explicación general en MOKHTAR, Aly, ‘*Nullum crimen, nulla poena sine lege*: aspects and prospects’, *Statute Law Review Vol. 41* (2005), pp. 41-75.

⁴⁵ Para una comparación entre ambos sistemas Eduardo SOTO KLOSS, Es la ‘*falta de servicio*’ el régimen francés de la responsabilidad del Estado *Administración*, pp. 103-ss. Del mismo, *Responsabilidad del Estado/Administración: las consecuencias perversas de otro inserto extranjerizante*, pp. 95-ss.

⁴⁶ Alejandro VERGARA BLANCO, *El derecho administrativo como sistema autónomo. El mito del Código Civil como derecho común*.

mo de derecho público y a las posibles normas complementarias civiles, concurren normas de derecho internacional? Los casos que comentamos versan sobre las consecuencias patrimoniales de esas violaciones a derechos humanos donde concurren normas de derecho internacional. La controversia discurre sobre si el “elemento internacional” característico de los crímenes de lesa humanidad se comunica a las repercusiones pecuniarias de dichos delitos, lo que a su vez influye en la prescriptibilidad de la responsabilidad estatal. Este fallo va al meollo del asunto, discutiendo las bases del derecho público y su contraste con el derecho privado y la influencia del derecho internacional⁴⁷.

Un ejemplo es *González Norambuena con Arellano Stark (2008)* o también llamado *Incidente de San Javier*⁴⁸. En 1973, varios individuos fueron secuestrados por militares, ejecutados y “desaparecidos”. Junto con el proceso penal, las familias solicitaron una indemnización. Tanto el tribunal de primera instancia como la Corte de Apelaciones decidieron que la acción civil estaba prescrita según las reglas del Código Civil. La Corte Suprema falló que la responsabilidad estatal se había originado en un crimen de lesa humanidad. Éste se cometió por funcionarios estatales en un período de anormalidad institucional. En opinión de la Corte, la prescripción del Código Civil es una regla de derecho privado que no se aplica a la responsabilidad del Estado. Un caso como éste debe decidirse conforme a normas de derecho público, especialmente principios de derecho internacional.

Un segundo caso es “*Contra Corbalán Castilla y otros*”, también llamado *Episodio Juan Soto Cerda*⁴⁹. En 1981 en la ciudad de Talca, la CNI montó un operativo en el cual resultaron detenidos cuatro individuos, los que fueron trasladados por agentes al Cuartel Borgoño. Posteriormente, se diseñó un plan para ejecutar a los detenidos simulando un “enfrentamiento”. Este plan consistió en robar un vehículo a un taxista y trasladar en él a los detenidos hasta las inmediaciones del camino Las Vizcachas, donde los cuatro detenidos fueron ejecutados y el automóvil incendiado. De esta manera, se fabricó un “enfrentamiento” entre personal de la CNI y estos cuatro supuestos “subversivos” para encubrir las ejecuciones. Así fue la “versión oficial” entregada por la CNI a los medios de prensa. La Corte de Santiago y la Corte Suprema confirmaron las condenas penales

⁴⁷ Alejandro VERGARA BLANCO, *La Summa Divisio Iuris Público/Privado de las disciplinas jurídicas*, pp. 115-ss. También Rodrigo CÉSPEDES PROTO, *La división del derecho en público y privado en la jurisprudencia judicial y administrativa chilena* (The public/private law division in the Chilean case law), pp. 79-130.

⁴⁸ SCS Rol 4.723-2007, Recurso de Casación.

⁴⁹ SCS Rol 3.841-2012, Recurso de Casación.

de los victimarios (homicidio calificado, catalogado como crimen de lesa humanidad). Paralelamente, el ministro de fuero acogió la demanda civil en contra de los delincuentes y el Estado, la que fue confirmada por la Corte de Santiago. Los ex agentes y el Fisco interpusieron casación en el fondo contra dicha sentencia. La segunda sala de la Corte Suprema rechazó un recurso de casación y condena al Fisco y a cuatro ex integrantes de la CNI a pagar una indemnización a familiares de ejecutados políticos. La condena penal había declarado que los crímenes eran de lesa humanidad, por lo tanto, imprescriptibles. Esta característica se comunica a la acción compensatoria. En consecuencia, las reglas civiles no son aplicables por contrariar la normativa internacional, que es parte del ordenamiento jurídico chileno a través del Artículo 5.2 de la Constitución. Por consiguiente, dividir ambas acciones y otorgarles un tratamiento diferenciado, es discriminatorio e incoherente con la unidad del ordenamiento jurídico. La Corte estima que la prescripción regulada por el Código Civil no puede aplicarse por analogía a la Administración, que se rige por el derecho público. Agrega que no hay norma alguna que establezca la prescriptibilidad genérica de las acciones encaminadas a obtener el reconocimiento de la responsabilidad del Estado; en ausencia de ellas, no es posible aplicar normas del Código Civil a la Administración. Utilizar el derecho civil como derecho común supletorio para la responsabilidad del Estado derivada de crímenes de lesa humanidad sería desproporcionado. El Artículo 4° del Código Civil, previó el desarrollo de otras ramas del derecho con principios propios, que se aplicarán “con preferencia a este Código”. Por lo tanto, el Código Civil es (sólo) supletorio para el derecho privado. El legislador moderno ha preferido descodificar a través de legislación especializada para adoptar, de manera más dinámica, la regulación de nuevas realidades o situaciones emergentes. El derecho público en general y el administrativo en particular han desarrollado principios y normas especiales (a modo de descodificación material) con postulados diversos y, a veces, en pugna con los del derecho privado. El derecho público es una rama emergente, definida y representativa de la supremacía de la finalidad centrada en la dignidad de la persona humana a quien el Estado debe servir. Consecuencialmente, el derecho público se aparta de los postulados del derecho privado y deben reconocerse igualmente sus particularidades. La falta de una regulación general de la prescripción en materia de derecho público impone al juez integrar la normativa existente. Podrá aplicar la analogía en el evento que el problema a resolver esté sujeto a iguales directrices. Pero, al no responder (el derecho público) a iguales paradigmas, la analogía es imposible y debe integrarse con los principios generales del área respectiva; en este caso, principios del derecho administrativo y del internacional público y no

del derecho civil. Los principios generales del derecho (en virtud de los Artículos 170.5 del Código de Procedimiento Civil y 38(c) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia) reconocen la imprescriptibilidad de las acciones reparatorias derivadas de violaciones a los derechos humanos. La normativa internacional no se limita a la reparación a Estados o grupos poblacionales, sino que a personas individualmente consideradas; reparación que se impone a los autores de los crímenes y al mismo Estado infractor. Las diferencias entre el derecho público y el privado, la formación de principios generales del derecho y, en este particular caso, la influencia del derecho internacional en el derecho doméstico influyen en el régimen de responsabilidad del Estado. El Estado cuenta con un tamaño y con unas potestades “peligrosas” para los derechos de las personas si no se lo controla. El Tribunal señala que, para que el Estado responda, sólo es necesario que exista un acto u omisión; daño y relación de causalidad entre los anteriores⁵⁰. Este fallo sigue la tendencia de *González Norambuena con Arellano Stark*, anteriormente comentado, que declara la responsabilidad estatal como objetiva e imprescriptible y regulada íntegramente por el derecho público (no extracontractual ni civil), con bases constitucionales y, en este caso, internacionales⁵¹. El fallo sostiene claramente que las reglas aplicables al Estado son especiales y distintas a las del sector privado. La sala penal ha sido consistente en este predicamento⁵², desafiando a la tercera sala e

⁵⁰ Como señala Eduardo SOTO KLOSS, *Derecho Administrativo: Bases Fundamentales*, pp. 244-ss.

⁵¹ La casuística, con una análisis de las normas internacionales, puede encontrarse, Gonzalo AGUILAR CAVALLO, *Evolución de la Jurisprudencia en Materia de Imprescriptibilidad de la Acción Civil en Casos de Violaciones de los Derechos Humanos*, pp. 7-36.

⁵² Recientemente, ver la sentencia de reemplazo de la Corte Suprema en el *Episodio de Tejas Verdes*, Rol 1424-13. “la alegación de prescripción de la acción civil debe ser rechazada, porque la responsabilidad del Estado que se pretende hacer efectiva deriva, por un lado, de la comisión de hechos ilícitos por parte de sus agentes y, por el otro, de normas constitucionales precisas y de leyes de igual rango, que han sido incorporadas al Ordenamiento Jurídico Nacional, como lo son las obligaciones contempladas por los instrumentos internacionales que recogen los principios generales del Derecho Humanitario, entre los cuales se encuentra aquel relativo a la obligación de indemnizar los daños producidos por la violación de los derechos humanos... tratándose de un delito de lesa humanidad cuya acción penal persecutoria es imprescriptible, no resulta coherente entender que la acción civil indemnizatoria esté sujeta a las normas sobre prescripción establecidas en la ley civil interna, ya que ello contraría la voluntad expresa manifestada por la normativa internacional sobre Derechos Humanos, integrante del ordenamiento jurídico nacional por disposición del inciso segundo del artículo 5° de la Carta Fundamental... Cabe además agregar que las prescripciones del Derecho Privado, por regular una institución jurídica extintiva de responsabilidad, no es posible aplicarlas por analogía a la Administración, la que se rige por el Derecho Administrativo, integrante del Derecho Público. En este sentido debería justificarse por la demandada la existencia de

incluso al pleno⁵³. La teoría de la falta *del* servicio aquí queda “corta”. No es que la actividad estatal fue deficiente porque funcionó bajo determinados estándares; aquí los agentes de la CNI actuaron abiertamente contra los principios humanitarios más elementales en una acción coordinada y premeditada engañando a la opinión pública. Incluso para casos menos dramáticos, nuestros tribunales incipientemente ya han aplicado normas internacionales a este tipo de problemas, inclusive a casos de responsabilidad estatal no derivada de violaciones masivas a derechos humanos⁵⁴. La Corte señala que, por intermedio del Artículo 5.2 de la Constitución, el poder público es limitado por todos los derechos que forman parte del acervo cultural de la humanidad, que están por sobre la soberanía. La costumbre internacional ha impuesto el principio de que todo daño debe ser indemnizado, reconocido anteriormente por la Corte Suprema en “*Lauritzen con Fisco*”⁵⁵. Los Artículos 1.1 y 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que recogen la norma internacional consuetudinaria, ordenan que la responsabilidad por esta clase de ilícitos quede sujeta al derecho internacional. Nuestra Corte Suprema cita a fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en que se decide que la obligación de reparar a las víctimas por esos ilícitos emana del derecho internacional y los Estados no pueden excusarse con normas de derecho interno, como la prescripción (en este caso, invocando las reglas del Código

alguna norma que establezca la prescriptibilidad genérica de las acciones encaminadas a obtener el reconocimiento de la responsabilidad del Estado o de sus órganos institucionales, puesto que, precisamente, en ausencia de ellas, no corresponde aplicar normas del Código Civil a la Administración considerándolo como derecho común supletorio a todo el ordenamiento jurídico. Pretender aplicar las normas del Código Civil a la responsabilidad internacional del Estado derivada de crímenes de lesa humanidad posibles de cometer con la activa colaboración del Estado, como derecho común supletorio a todo el ordenamiento jurídico, resulta hoy desproporcionado, por cuanto no obstante la innegable importancia del legendario Código Civil, la evolución de las ciencias jurídicas ha permitido establecer principios y normas propias para determinadas materias, lo cual el citado Código reconoce, al estipular en el Artículo 4^o (Considerandos 11 y 12).

⁵³ SCS Rol 10.665-2011 del 21 de enero de 2013, “*González Galeno*” (hay votos de minoría). La mayoría sostiene que la responsabilidad del Estado es prescriptible según el Código Civil y la imprescriptibilidad de la acción no se comunica a la acción patrimonial.

⁵⁴ Corte de San Miguel (2008) Rol 660-2007, “*Cumsille con Fisco de Chile*”.

⁵⁵ *RDJT* 52 *Nro.* 9-10 (1955), sec. 1, p. 444. Corte Suprema. Se discute la indemnización a armadores daneses por privarlos temporalmente del goce de sus naves (“derecho de angaria”, una institución de derecho internacional público distinta a la requisición y la captura bélica) en atención a las dificultades que trajo la Segunda Guerra Mundial al tráfico marítimo y al abastecimiento. La Corte señala que la fuente de la obligación de indemnizar no proviene del contrato o de la responsabilidad extracontractual y se basa en principios de derecho internacional público. En el fondo, se impuso una carga pública en forma desigual, con efectos similares a una expropiación, y debía compensarse el desequilibrio.

Civil). El Artículo 27 de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados sostiene la misma idea. Nuestros tribunales⁵⁶ y la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁵⁷ han sostenido incluso que el Estado tiene el deber y es responsable de investigar diligentemente este tipo de infracciones. El derecho internacional, por su superior jerarquía, puede ser usado para soslayar determinadas instituciones como la prescripción o la amnistía. Al mismo tiempo, los precedentes de cortes internacionales altamente persuasivas para interpretar el derecho doméstico.

La sala penal de la Corte Suprema mantiene el mismo criterio en su sentencia sobre el caso "*Torres de San Borja*"⁵⁸. Los hechos son también dramáticos. En 1973, de noche y comandados por oficiales, militares de la Escuela de Suboficiales del Ejército ingresan por la fuerza a diversos departamentos de la Torre San Borja. Allí, privaron de libertad sin causa legal a varias personas (algunos de nacionalidad argentina) con el propósito de ejecutarlos. Son conducidos por los soldados a un recinto clandestino de detención (Casa de la Cultura de Barrancas) hasta la noche del día siguiente. Las víctimas son sacadas del centro de detención por orden del oficial a cargo a un sector despoblado. Allí se ordena a las víctimas que "huyan" para simular una "fuga". Se les disparan, uno por uno, ráfagas de metrallera por la espalda. Los cadáveres son trasladados por otros militares al Servicio Médico Legal, ente que practica las autopsias en las que se establece y confirma la causa de las muertes. El Máximo Tribunal señala que la prescripción no es aplicable en crímenes de lesa humanidad. La imprescriptibilidad de la acción penal se comunica a la civil. En opinión de la Corte, cualquier distinción en orden a dividir ambas acciones y otorgarles un tratamiento diferenciado es discriminatoria y contraria a la coherencia y unidad del ordenamiento jurídico. Una interpretación diferente sería absurda y contraria al derecho internacional de los derechos humanos. Ésta integra el ordenamiento jurídico chileno en virtud del Artículo 5 de la Carta Magna. Por normas internacionales las víctimas y otros legítimos titulares tienen derecho a obtener la debida reparación de todos los perjuicios sufridos. La prescripción del Derecho Privado no es posible aplicarla por analogía a la Administración, la que se rige por el Derecho Administrativo, integrante del Derecho Público. No hay norma alguna que establezca la prescriptibilidad genérica de las acciones enca-

⁵⁶ Corte de San Miguel, Rol 660-2007 del 9 de Septiembre de 2008, "*Cumsille con Fisco*". El fallo destaca que el Estado tiene el deber de investigar cuando sus agentes infringen derechos fundamentales. La investigación no es una carga que recaiga en los individuos.

⁵⁷ "*García Lucero con Chile*" (2013).

⁵⁸ SCS Rol 2918-2013, "*Contra Urrich González y otros*", Recurso de casación.

minadas a obtener el reconocimiento de la responsabilidad del Estado y, en ausencia de ésta, no corresponde aplicar normas del Código Civil a la Administración. Este cuerpo legal no es un derecho común supletorio a todo el derecho público.

Los dos últimos casos ya marcan una tendencia en materia de incorporación del derecho internacional al derecho doméstico chileno en general y también en cuanto al debate sobre el régimen de la responsabilidad estatal y la supletoriedad del derecho privado en asuntos de derecho público.

IV. Derecho internacional y casos no relacionados con abusos a los derechos humanos durante el Gobierno Militar

Los tratados de derechos humanos tratan diferentes materias y es lógico que influyan en otras áreas del derecho, menos visibles que las violaciones a los derechos humanos durante el Gobierno Militar. Analizaremos en especial derechos del niño, derechos de los indígenas y derechos derivados de tratados de libre comercios bajo el marco OMC-GATT.

1. DERECHOS DEL NIÑO

La ratificación en 1993 de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989) generó una cadena de reformas del Código Civil y la legislación de familia y de menores. Los jueces comenzaron a aplicar nociones como el interés superior del niño y autonomía progresiva regularmente. Por ejemplo, en *Laurie Sáez con San José School*⁵⁹. En este caso, una escuela privada consideraba dentro de su reglamento un promedio mínimo (5,5) como condición para continuar en el mismo colegio. Un estudiante no obtuvo el promedio mínimo por un decimal (5,4); como consecuencia, la escuela notifica que la matrícula no sería renovada para continuar. La madre del estudiante, Gloria Andrea Laurie Sáez, recurre de protección en contra de la decisión del colegio basada en los Artículos 3, 27 inc. 1° y 28 de la Convención de los Derechos del Niño. La defensa del colegio se basa en la deficiente hoja académica del estudiante y en aspectos contractuales, en particular el reglamento interno que exige para todos los alumnos un promedio de 5,5. La Corte sentencia que la no renovación de la matrícula es un acto arbitrario, basada en el principio del interés

⁵⁹ Recurso de Protección, Rol 59-2011. Comentada por Rodrigo CÉSPEDES en *Oxford Reports on International Law in Domestic Courts* (ILDC 1728 CL 2011).

superior del menor y el Artículo 19 Nro. 2 de la Constitución (igualdad y prohibición de la discriminación). El Tribunal enfatiza que lo académico no es el único factor a considerar y que, en conjunto, su rendimiento está “en el límite de lo aceptable”; por lo tanto, los derechos del menor han sido violados. En opinión de la Corte, los niños son especialmente vulnerables, poseen directamente todos los derechos de un adulto y no son personas meramente incapaces representadas por los mayores. El Tribunal estima que la Convención no es una mera declaración de intenciones, sino un tratado que compromete al Estado en su conjunto y que genera efectos vinculantes. Este acuerdo internacional contiene reglas claras que generan deberes jurídicos y no provisiones vagas. El Tribunal sostiene que el “interés superior del menor” es un principio clave tanto para interpretar el derecho como para integrar vacíos legales y que el significado de este principio es simple: la completa satisfacción de los derechos del menor y su prevalencia sobre cualquier interés o beneficio colectivo o utilitario. El Tribunal considera que el menor está creando su propia identidad en esa escuela, pues es un “sujeto en desarrollo” y es en su mejor interés que este ambiente no cambie si no hay un motivo relevante. La eventual expulsión debería ser el último recurso y en este caso la medida ha sido desproporcionada y ejecutada en forma automática sin ninguna reflexión ni razonabilidad. Finalmente, la Corte estima que el estudiante fue tratado como un objeto y no como una persona vulnerable que necesita protección. Además, hay un trato discriminatorio con respecto a los demás estudiantes que infringe el principio de igualdad. Este fallo demuestra que el derecho internacional, en especial en materia de derechos humanos, puede jugar un rol protagónico en la resolución de un caso judicial. La aplicación doméstica de la Convención de los Derechos del Niño muchas veces pasa inadvertida por tratarse de asuntos “domésticos”. Conceptos como el “interés superior del menor” o la “autonomía progresiva” se aplican por los tribunales habitualmente. La jerarquía superior de la Convención es evidente así como su carácter de *self-executing hard-law*. El principio de la libertad contractual y la libertad de enseñanza se encuentran, por tanto, restringidos y ceden ante derechos más importantes o más severamente afectados. La libertad o autonomía garantizadas tienen un límite: si su ejercicio es abusivo, cae en lo arbitrario. Los colegios tienen autonomía y pueden “organizarse” según una filosofía educacional propia e impartir disciplina, pero acorde con los principios jurídicos elementales y las limitaciones clásicas. La educación no es un simple “negocio”; se trata de una necesidad pública suministrada por el Estado y por colegios privados en un “marco de derecho público”. Por lo anterior, el contrato y el reglamento escolar deben interpretarse armónicamente de acuerdo a normas de más alto rango, derivadas de la

Constitución⁶⁰ y los tratados internacionales. El ordenamiento jurídico está integrado por fuentes de diversa jerarquía y la interpretación de las reglas inferiores debe ser consistente con las normas superiores (si hay abierta oposición, priman las últimas). La decisión jurisdiccional debe construirse de manera que no exista contradicción entre las normas de diverso nivel. El Art. 19 Nro. 10.2 indica que la educación tiene por fin “el pleno desarrollo de la persona en las distintas etapas de la vida”; la Corte parece tomar en cuenta este objetivo al indicar que lo académico es sólo una parte del proceso formativo. De esta manera, el Tribunal utiliza una interpretación *funcional* o *finalista* y por lo tanto, progresiva. El resultado no sería razonable, conveniente ni justo si se aplica literalmente el contrato y el reglamento escolar. El “interés superior del menor”, su prioritario y ulterior bienestar, es una noción central en la decisión.

En un sentido similar, en “*Liceo Augusto D’Halmar*”⁶¹ aplica el principio del interés superior del menor a asuntos de disciplina escolar y debido proceso. El liceo Augusto D’Halmar canceló las matrículas de varios alumnos por haber participado en sucesivas “tomas” del colegio, lo que ocasionó daños de cierta envergadura en la infraestructura. El sostenedor del liceo es la Corporación de Desarrollo Municipal de Ñuñoa. Los recurrentes accionan contra el Alcalde, el Director de la corporación educacional comunal y el Director del liceo estimando que el acto administrativo que cancela la matrícula es una simple represalia que, además, no cumple con las exigencias del manual de convivencia escolar, por cuanto no se explicitan claramente los motivos de la decisión, no existió posibilidad de plantear descargos ni recurrir administrativamente frente a la medida disciplinaria. En su opinión, los derechos vulnerados son la igualdad y no discriminación, el derecho de propiedad y el debido proceso, en particular, el derecho a no ser juzgados por comisiones especiales, imprecisión en los cargos imputados e indefensión. La decisión es, por tanto, arbitraria por ser caprichosa, desproporcionada y carente de justificación racional. Asimismo, consideran ilegal la medida, ya que infringe la Ley N° 19.532 y el DFL N° 2/1998 que prescriben directamente un justo y racional procedimiento en la imposición de sanciones. El Director del liceo, a su vez, señala que la ocupación del liceo fue ilegal, ocasionó graves daños a la infraestructura y los estudiantes fueron varias veces desalojados por Carabineros. Agrega que en algunos casos se utilizó la figura de la “repitencia” para expulsarlos, por factores “estrictamente académicos”, no relacionados

⁶⁰ Ramón DOMÍNGUEZ ÁGUILA, *Aspectos de la Constitucionalización del Derecho Civil Chileno*, RDJ T 93 N° 3/1996, pp. 107-ss.

⁶¹ SCS Rol 3.279-2012, Recurso de protección.

con las tomas. El reglamento interno establece normas para estudiantes y apoderados que en ningún caso son ilegítimas y contiene las sanciones de condicionalidad, suspensión y cancelación de matrícula. La Corte de Apelaciones de Santiago da lugar al recurso con costas, deja sin efecto la cancelación de matrícula, ordena el reintegro de todos los alumnos sancionados y su acceso a la matrícula para el año 2012. La Corte destaca que los recurrentes son menores y el Art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989) prescribe que el interés superior del menor es la consideración primordial en todo tipo de medidas que los afecten. Este tratado es parte del ordenamiento jurídico chileno en virtud del Art. 5° de la Constitución. En este caso, el interés superior del niño tiene prioridad sobre cualquier otra consideración en la resolución en todo tipo de conflictos entre estudiantes menores y autoridades educacionales. El Tribunal estima que si bien los establecimientos educacionales gozan de cierta autonomía, no pueden castigar a menores por medio de un tribunal *ad hoc* infringiendo derechos fundamentales como la igualdad o afectando su derecho a la educación. El tribunal agrega que todo tipo de medidas sancionatorias deben interpretarse restrictivamente y aplicarse con estricto apego a la ley. La Corte finaliza señalando que el mérito para sancionar estudiantes debe perseguir fines constitucionalmente válidos, respetando los derechos fundamentales en general, así como hacer eficaz el derecho a la educación, cuyo fin es aun más trascendente: la protección del menor. Las sanciones aplicadas importan un castigo abusivo y desproporcionado, sin que se divisen beneficios para los menores o la sociedad en general. El interés superior del menor es para la Corte de Apelaciones el criterio para resolver el asunto. La Corte Suprema confirma la sentencia apelada, pero elimina algunos considerandos (4-7). El Máximo Tribunal centra su decisión en infracción de la igualdad. En este caso, todos los estudiantes se encontraban en una situación similar; sin embargo, la autoridad escolar decidió sancionar a unos pocos sin ninguna base racional. De esta manera, claramente se los está discriminando. La segunda idea que funda el fallo es el debido proceso. En efecto, es claro que la imposición de sanciones no fue precedida por una investigación disciplinaria donde los estudiantes pudieran ejercer un efectivo derecho a defensa y recursos en contra del castigo frente a una autoridad jerárquica imparcial. La sanción no determina en qué forma los estudiantes participaron en la “toma” o los daños a la infraestructura. La carencia de procedimiento y de justificación de la decisión constituye una arbitrariedad. Esta arbitrariedad es reforzada porque la cancelación de matrícula fue notificada verbalmente y justificada en la “repetencia” y en la falta de asunción de responsabilidad por parte de los apoderados por los daños producto de la toma. El Máximo

Tribunal equipara arbitrariedad a la falta de un justo y debido proceso. El principio de interés superior del menor consagrado en la Convención de Derechos del Niño adquirió suma relevancia en el fallo.

Similar, pero referido a tratamientos médicos a menores de edad, es el caso *R.L.G.N.*⁶². La Corte de Apelaciones de Valdivia decidió que si un menor es suficientemente maduro, puede legítimamente rechazar un tratamiento médico. El menor en cuestión padecía de leucemia. Luego de un período de remisión, la enfermedad retornó con mayor agresividad. Los médicos recomendaron una quimioterapia más agresiva que la precedente y la amputación de un testículo. El menor, con la venia de su familia, rechazó someterse al tratamiento. Un juez de familia intervino y forzó el tratamiento. La Corte de Valdivia revocó la sentencia y sostuvo que el paciente era suficientemente maduro (11 años) para apreciar las consecuencias del tratamiento, que ya había experimentado. La Corte estimó que la legislación no regulaba un caso semejante y que este vacío podía ser llenado con el principio de autonomía progresiva consagrado en la Convención de los Derechos del Niño⁶³.

Las potestades del juez para resolver conforme a derecho le dan relevancia al derecho internacional en la decisión de un caso concreto. Es el juez quien establece la prelación de fuentes. En estos fallos, el razonamiento principalmente se centra en principios de derecho internacional.

2. DERECHO AMBIENTAL, RECURSOS NATURALES E INDÍGENAS

El derecho ambiental ha experimentado una gran expansión desde los años 80. Los derechos de las minorías indígenas han estado en la discusión los últimos años. Ambos temas tienen una enorme influencia del derecho internacional de los derechos humanos. La Convención OIT 169 sobre pueblos indígenas fue ratificada por Chile en 2008. Este tratado ha jugado un importante rol en disputas sobre medio ambiente, recursos naturales y materias penales. Analizaremos casos donde es claro que los individuos y las comunidades son titulares de derechos establecidos en tratados. La OIT 169, en opinión de los jueces chilenos, amplía las garantías domésticas.

⁶² Corte de Valdivia, Rol 103-2009. Comentada por Ángela VIVANCO MARTÍNEZ, *Negativa de un menor de edad y de su familia a que este reciba una terapia desproporcionada o con pocas garantías de efectividad. Apelación de medida de protección otorgada por la Jueza de Familia de Valdivia. Sentencia de la I. Corte de Apelaciones de Valdivia, de 14 de mayo de 2009*, pp. 399-440.

⁶³ Es similar al caso inglés *Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority* [1985] 3 All ER 402 (HL).

Entonces, el derecho internacional sirve para complementar instituciones nacionales. En otros casos, el derecho internacional está en oposición al doméstico, y prevalece porque el juez lo estima de superior jerarquía.

*Agua Mineral Chusmiza SAIC con Comunidad Indígena Aymará de Chusmiza y Usmagana (2009)*⁶⁴ es un caso representativo de las consideraciones anteriores. En el norte de Chile, los aymarás, una etnia indígena, han vivido por siglos. El agua naturalmente es escasa y esencial para sobrevivir. Dos comunidades contiguas (*Chusmiza* y *Usmagana*) habían utilizado un manantial por siglos. Una empresa embotelladora de agua mineral (*Agua Mineral Chusmiza SAIC*) creó una planta embotelladora cerca de la fuente de agua y registró el 100% de los derechos de agua. Cuando las comunidades indígenas intentaron registrar sus propios derechos la empresa se opuso argumentando que la protección concedida por la ley indígena se extendía sólo a los manantiales ubicados dentro de la propiedad indígena. Los indígenas estimaron que sus derechos establecidos en la OIT 169 fueron violados. La Corte Suprema chilena sostuvo que los derechos indígenas fueron violados. El Máximo Tribunal señala que el registro de los derechos de agua puede ser concedidos por acto de autorización o por uso inmemorial. En el caso de los indígenas, el registro de sus derechos de aguas es una formalidad por vía de prueba, un simple reconocimiento de un derecho creado mucho tiempo atrás. Por lo tanto, la falta de registro no es un obstáculo para el goce de derechos de aguas por parte de la comunidad indígena, el cual se creó antes del nacimiento del Estado chileno. En cuanto a la provisión de la Ley Indígena debe interpretarse en concordancia con la Convención OIT 169 (Arts. 13-19). Para ese propósito, propiedad o territorio indígena debe entenderse como “la tierra que perteneció a los indígenas antes de la Colonización”. En este caso, el tribunal interpreta una regla doméstica en consonancia a una norma internacional, ampliando su ámbito de aplicación.

Otro caso significativo es *Puelman Nanco con COREMA Región de la Araucanía (2010)*.⁶⁵ En Chile, todo proyecto debe someterse a *Evaluación de Impacto Ambiental* bajo la Ley 19.300 sobre medio ambiente. En este caso, una piscicultura cerca de la *Comunidad Indígena Palguín Bajo* inició este procedimiento para instalarse. Como parte del procedimiento se hizo una consulta general a la comunidad y finalmente a la COREMA (*Comisión Regional del Medio Ambiente*). El líder de la comunidad indígena cuestionó la legitimidad de la medida basado en que el proyecto podría contaminar

⁶⁴ SCS Rol 1.705-2009, Recurso de Casación. Comentada por Rodrigo CÉSPEDES en *Oxford Reports on International Law in Domestic Courts* (ILDC 1881 CL 2009).

⁶⁵ SCAA de Temuco, Rol 2.840-2008, Recurso de Protección.

un lugar de culto. Se invoca como garantías violadas el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y libertad religiosa. La Corte de Apelaciones de Temuco sostuvo que la Convención OIT 169 (Art. 6) establece un paso procesal adicional en el sistema de impacto ambiental, la consulta específica a indígenas, modificando la normativa nacional. Este paso adicional es obligatorio para la Administración. Los derechos establecidos en la ILO 169 pueden ser invocados directamente por los individuos. La Corte estima que los indígenas son grupos vulnerables y que la ILO 169 creó una suerte de discriminación positiva. No obstante, la Corte Suprema revocó la sentencia porque los derechos de los indígenas no fueron directa y seriamente violados⁶⁶.

La Corte Suprema chilena cambió esta jurisprudencia y ha adoptado la interpretación de la Corte de Apelaciones de Temuco en dos casos recientes. El primero trata de un complejo de molinos de vientos para producir electricidad en el sur de Chile, *Comunidad Indígena Antú Lafquén de Huentetique con Corema de la Región de los Lagos (2012)*⁶⁷. La Corte Suprema sostuvo que la Convención OIT 169 establece un paso adicional en el procedimiento administrativo ambiental que pueda afectar comunidades indígenas. Al no considerar este paso extra, el acto administrativo que aprobó el proyecto torna la decisión en ilegal. La consulta a los indígenas no sólo debe informarles, sino también darles la posibilidad de influir y moldear el proyecto, lo que no se cumplió en este caso. Lo mismo en *Comunidad Indígena Aymará de Cultane con Corema de Tarapacá (2012)*, sobre la autorización ambiental de un proyecto minero⁶⁸. En opinión de la Corte, el Art. 6 de la OIT 169 exige a los Estados la consulta a los pueblos indígenas en cada medida legislativa o administrativa que pueda afectarles.

V. Tratados de libre comercio y sistema tributario

Desde los años 70 Chile ha liberalizado su economía. La consecuencia obvia para el comercio exterior es la disminución y eliminación de trabas y tributos⁶⁹. Esto no es sino manifestación de la globalización y una mayor

⁶⁶ SCS Rol 1.525-2010, Recurso de Protección.

⁶⁷ SCS Rol 10.090-2011, Recurso de Protección.

⁶⁸ SCS Rol 11.040-2011, Recurso de Protección.

⁶⁹ Aparte de éstas, existen barreras para-arancelarias como los "obstáculos técnicos al comercio" (hay un acuerdo específico al respecto y un comité que supervisa) como certificaciones de calidad, exigencias ambientales, normas de seguridad, exigencias sanitarias, etc. En resumen, estándares técnicos muy restrictivos. Entre otras barreras

integración mundial.⁷⁰ Legalmente esta tendencia se manifiesta en tratados multilaterales globales, multilaterales regionales y bilaterales. Nuestro país es parte del GATT-OMC⁷¹ y bajo esta estructura ha ratificado pactos con países fuera de nuestra zona⁷². Al mismo tiempo es parte de la ALADI⁷³ y bajo su marco ha suscrito acuerdos con Estados miembros⁷⁴. La ratificación de estos tratados ha generado algunos problemas jurídicos⁷⁵ que influyen en nuestra jurisprudencia local. Veremos algunos casos donde estos tratados han sido motivo de discusión por nuestros tribunales en materia tributaria⁷⁶.

En el caso *Cía. Molinera San Cristóbal con SII*⁷⁷, la Corte de Santiago sostuvo que el GATT creaba una excepción a la legislación interna.

destacan también los contingentes, derechos específicos (y las consecuentes bandas de precios), el *dumping*, los subsidios, etc.

⁷⁰ Es común hablar de “aldea global”, el término fue acuñado por primera vez por el filósofo canadiense Herbert Mc Luhan (1911-1980) y trasciende los aspectos meramente económicos. En palabras simples, “globalización”, en el campo económico, significa concebir como mercado al mundo entero y no centrarse sólo en el nacional o regional. El término “integración” implica “reducir a la unidad” o “completar un todo con sus partes”, lo que consiste en reducir las fronteras, sean éstas aduaneras o de cualquier tipo, Lautaro RÍOS MORALES, *Globalización, Integración y Unidad Iberoamericana*, RDJT 98 Nro. 1/01, pp 23. El autor señala que algunos sostienen que existe una rama del derecho nueva, independiente del derecho internacional: el derecho de la integración.

⁷¹ La OMC sustituye e institucionaliza al GATT después de la reunión de Marrakech, Marruecos, en abril de 1994, según lo acordado en la “Ronda Uruguay”. Originalmente, el GATT pretendía lograr la liberalización tributaria del comercio internacional de mercancías. La “Ronda Uruguay” abordó otros aspectos como el comercio de servicios, la propiedad intelectual, los subsidios, medidas compensatorias, etc. El GATT tiene varios acuerdos complementarios (aparte del constitutivo de la OMC, El Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio, GATT propiamente tal, llamado GATT-94 para diferenciarlo de la OMC como organización internacional): Antidumping; Subsidios y Medidas Compensatorias; Salvaguardias; Normas de Origen; Propiedad Intelectual; Acuerdos sobre Servicios; Solución de Controversias; etc. (incorporados a la legislación chilena por el DS de RREE Nr. 16/95), cada uno de los cuales tiene un comité de trabajo asignado.

⁷² Canadá, Australia, la Unión Europea, Sud Corea, China y EE.UU.

⁷³ El Tratado de Montevideo de 1980 dio origen a la ALADI y, además, creó una PAR.

⁷⁴ Venezuela, Bolivia, México, Colombia, Ecuador, Mercosur y Perú.

⁷⁵ Rodrigo CÉSPEDES PROTO, *Integración económica y algunos problemas tributarios*, pp. 339-358.

⁷⁶ Dejamos de lado otros aspectos como la aplicación de la Convención de Varsovia sobre transporte aéreo (1929, con modificaciones en 1955 y 1975) que ha dado lugar a interesante experiencia. También dejamos de lado el tema de las sobretasas, derechos compensatorios y antidumping. Al respecto ver la excelente investigación de Mauricio ÁLVAREZ MONTTI, *Las Prácticas Desleales y otras Medidas Proteccionistas en la Importación de Mercancías en el Derecho Chileno*.

⁷⁷ RDJT 85 Nr. 1 (1988), p. 11. Reclamo tributario.

La recurrente importó productos de Argentina y EE.UU, miembros del GATT. Para hacerlo pagó un impuesto (Artículo 10 de la Ley 18.211) por la operación bancaria asociada a la importación, la compra de divisas. Argumentaba que esto no se ajustaba a derecho porque infringía el principio del trato nacional: se discriminaba a favor del producto local. La Corte sostiene que el gravamen afecta indirectamente el precio de los productos importados y los coloca en una situación desfavorable. El tributo discriminaba en contra de los productos importados. Además, un acuerdo internacional bilateral no podía ser desconocido por una fuente unilateral como la ley de acuerdo al Artículo 27 de la Convención de Viena (1969). De este modo, el impuesto creado por la ley doméstica sólo se aplicaba a importaciones de países no miembros del GATT. Por lo tanto, el SII debía devolver el impuesto indebidamente percibido.

Un caso interesante es *Ditec Ltda. con Aduana de Osorno (2003)*⁷⁸. Una empresa canadiense importa automóviles desde Canadá, aprovechándose de las ventajas dadas por el tratado de libre comercio (1996) entre ambos países. En el trámite de la importación, el Servicio Nacional de Aduanas cobró el “impuesto al lujo”, un impuesto especial *ad valorem* similar al impuesto al valor agregado (un impuesto interno) que se aplica a la importación de automóviles de lujo (*Decreto Ley Nr. 825/1974*). Aduanas aplicó este impuesto porque el tratado sólo elimina los “impuestos al comercio exterior” y el impuesto al lujo es un “impuesto doméstico”. Los demandantes estimaron que el tratado generó una excepción al pago del impuesto al lujo, que grava importaciones (no se fabrican autos en Chile). La Corte Suprema estimó que el impuesto, por su naturaleza, era “al comercio exterior” y, por lo tanto, el tratado lo elimina en caso de importaciones entre ambos países. El tratado se impone sobre la legislación interna porque tiene jerarquía superior. Por lo demás, la Corte remarca que los Estados no pueden usar su legislación interna como excusa para incumplir tratados internacionales. El fallo destaca que los individuos son titulares de derechos creados por tratados, incluso si son acuerdos de libre comercio. La naturaleza del hecho gravado es la pauta que sigue la Corte. De este modo, cada vez que se grava una operación que signifique un traspaso de fronteras, ya sea bienes o servicios, nos encontramos ante un “tributo externo”; en caso contrario, nos encontramos frente a uno “interno”.

⁷⁸ SCS Rol 375-2003, Recurso de protección, en *Ius Publicum Nro. 11/2003*, pp. 215-ss (Comentarios de Eduardo SOTO KLOSS y Rodrigo CÉSPEDES PROTO). En contra, Jaime GARCÍA ESCOBAR, *¿Es aplicable el Impuesto al Lujo?*, pp. 349-354.

En la causa *Otero Alvarado con Fisco*⁷⁹ se demanda al Estado por pago de lo no debido⁸⁰. El actor funda su pretensión en el pago de un tributo inaplicable a la importación de un automóvil desde Canadá: el impuesto al lujo (Art. 46 del DL 825/74) es un impuesto *externo o de aduana* y, por lo tanto, no se aplica a las importaciones desde Canadá en atención a que el tratado de libre comercio exime de estos gravámenes⁸¹. El demandante agrega que, por el tenor literal de la disposición, no grava las ventas internas sino sólo las importaciones (lo que había sido reconocido por el propio SII en oficio Nr. 759 (16/02/01). El Estado señala que el impuesto al lujo es un tributo *interno*, atendido el cuerpo legal donde está regulado (DL 825/74) y la fiscalización corresponde al SII. El tribunal acoge la pretensión del actor y ordena restituir el monto pagado por concepto de impuesto al lujo. El tratado tiene preferencia sobre la legislación interna y, por el principio de especialidad crea una exención tributaria. Esta sentencia fue revocada por la Corte de Apelaciones de Santiago porque este tributo era *interno*, fuera del concepto de arancel aduanero, y la excepción creada por el tratado no lo cubría⁸². La Corte Suprema revoca el fallo y reafirma la doctrina del tribunal de primera instancia agregando como parte de su argumentación el principio de igualdad entre el producto nacional y extranjero y la esencia de este tributo, en este caso, la importación⁸³.

En *Derco S.A. con SII*,⁸⁴ los tribunales fallan sobre una importación de vehículos del Japón; en este fallo se apartan de la consistente jurisprudencia anterior. La Corte Suprema establece que en la contradicción entre el impuesto al lujo y el GATT, el juez debe preferir la legislación interna porque es posterior y especial en relación al tratado. El impuesto al lujo es además *estrictamente interno*. La jurisprudencia posterior no ha sido coherente y, por ejemplo, la Corte de Apelaciones de Valparaíso rechazó las causas de protección que invocaban el TLC con la Unión Europea y con Canadá.⁸⁵ Dichos gobiernos iniciaron trámites para protestar formalmente por violación de obligaciones internacionales. En razón de lo anterior y por el tratado con EE.UU., se dictó la Ley 19.914, que derogó los Arts. 46 y 46

⁷⁹ Cuarto Juzgado Civil de San Miguel, Rol 4748-2001.

⁸⁰ El actor había anteriormente presentado un recurso de protección contra el SII, pero fue declarado extemporáneo por la Corte Suprema (Rol 2164-2001), se revoca el fallo de la Corte de Apelaciones de Stgo., que había acogido la tesis del recurrente.

⁸¹ Firmado en Stgo. el 05/12/96, promulgado por el Decreto Supremo de RREE Nr. 1.200 de 05/07/97.

⁸² SCAA de Santiago Rol 1.316-2002, recurso de apelación y casación en la forma.

⁸³ SCS Rol 638-2007, Recurso de Casación en el fondo.

⁸⁴ SCS Rol 15.838-1993, Recurso de Casación en el fondo en reclamo tributario.

⁸⁵ Roles Nros. 234, 236 y 311 del 2004.

bis del DL 825/74 a partir del año 2007 (en el período intermedio la tasa disminuiría progresivamente). De hecho, frente a estos fallos, el Gobierno comenzó a adecuar la legislación interna dado que los tribunales no aplicaban directamente los tratados, ya que no se consideraban *self-executing*. En el caso de la importación de whisky, la legislación debió adaptarse después de una decisión adversa de la OMC⁸⁶. Los países exportadores de whisky estimaban que nuestro sistema impositivo discriminaba a esta mercancía ya que la producción chilena era y es escasa y, si bien la norma estaba planteada en sentido general, en la práctica sólo se aplicaba a las importaciones (favoreciendo al pisco). La regla violaba el principio del trato nacional. Por esta razón, se suprimió el impuesto adicional del Art. 42 letra f) del DL 825/74 y se modificó la letra a) de la misma disposición, para no discriminar entre bebidas alcohólicas, salvo por su graduación (un sistema mucho más objetivo). El sistema de Bandas de Precios y los derechos específicos⁸⁷ también tuvo que ser modificado en atención a otra decisión adversa de la OMC a requerimiento de Argentina⁸⁸.

VI. Conclusiones

El derecho internacional tiene una enorme influencia en la adjudicación de casos en Chile. Los tratados son parte del sistema de fuentes y los jueces cada vez que fallan un caso deben decidir sobre la prelación de fuentes. Si las fuentes son contradictorias, el juez prefiere el tratado por ser una fuente superior. En otros casos, las fuentes son compatibles, el derecho internacional puede servir para ampliar las garantías existentes.

La influencia del derecho internacional es patente en varias ramas del derecho chileno, algunas más espectaculares que otras. En todas estas ramas, los tribunales han sostenido que los individuos son titulares de derechos cuya fuente son tratados, incluso en acuerdos de libre comercio. Los Estados no son el único actor en derecho internacional.

En materia penal, el principio *nullum crimen nulla poena sine praevia scripta lege* no es absoluto. La excepción son los crímenes de lesa humanidad. Los tribunales han hecho primar los tratados y, por lo tanto, han aplicado *ius cogens* o disposiciones de tratados en forma retroactiva. En el caso de la Convención de Derechos del Niño, el tratado ha servido como

⁸⁶ AB-1999-6. OMC, WT/DS110/AB/R y WT/DS87/AB/R, 13/diciembre/1999.

⁸⁷ Interesante es recordar "*Watt's Alimentos con Fisco*", RDJ T 90 Nro. 3/1993, sec. 5, pp 219-ss. Inaplicabilidad. Comentado por Eduardo SOTO KLOSS.

⁸⁸ OMC, WT/DS207/AB/R, 23/septiembre/2002.

cristalizador de principios que resumen disposiciones aisladas del derecho chileno como el interés superior del menor o su autonomía progresiva. La ILO 169 ha tenido gran importancia en asuntos ambientales y de recursos naturales relacionados con indígenas, ampliando la aplicación de normas nacionales.

En materia económica el asunto es más complicado. Los tribunales tienden a privilegiar y aplicar directamente los tratados bilaterales de libre comercio, no así tratados multilaterales como la OMC-GATT⁸⁹.

Bibliografía

- AGUILAR CAVALLO, Gonzalo, "Evolución de la Jurisprudencia en Materia de Imprescriptibilidad de la Acción Civil en Casos de Violaciones de los Derechos Humanos", en *Gaceta Jurídica* 341, 2008, pp. 7-36.
- ALEXY Robert, "A Theory of Constitutional Rights", *Oxford University Press*, Oxford, 2002, pp. 44-93.
- ALVAREZ MONTTI, Mauricio, *Las Prácticas Desleales y otras Medidas Proteccionistas en la Importación de Mercancías en el Derecho Chileno*, Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Santiago, 2002.
- BARBOUR, Stephanie A., "Retroactivity Revisited: Justice After Normalized Violence", 9 *Trinity C.L. Rev.*, 2006, pp. 28-48.
- CANON, Bradley, "Defining dimension of judicial activism", *Judicature* Vol. 66 N° 6 December-January/1983, pp. 236-247.
- CÉSPEDES PROTO, Rodrigo, "Los principios generales del derecho, un enfoque desde la perspectiva del derecho público", en *Revista de Derecho Administrativo* N° 5/2011, pp. 25-66.
- CÉSPEDES PROTO, Rodrigo, "La división del derecho en público y privado en la jurisprudencia judicial y administrativa chilena" (The public/private law division in the Chilean case law), en *Revista de Derecho Administrativo PUC* N° 6/2012, pp. 79-130.
- CÉSPEDES PROTO, Rodrigo, "Integración económica y algunos problemas tributarios", en *Derecho Mayor* N° 3/2006, pp. 339-358.
- COUSO, Javier, *The politics on judicial Review in Chile in the Era of Democratic Transition: 1990-2002*, 10 *Democratization*, Vol. 10, N° 4, 2003, pp. 70-91.
- CHAVEZTAFUR, Gabriel, "Using International Law to By-pass Domestic Legal Hurdles", in 6 *Journal of International Criminal Justice*, 2008, Vol. 6, N° 5, pp. 1061-1073.

⁸⁹ Es la interesante tesis de Mauricio ALVAREZ MONTTI, *Las Prácticas Desleales y otras Medidas Proteccionistas en la Importación de Mercancías en el Derecho Chileno*.

- CRAIG, Paul P., "Formal and substantive conceptions of the rule of law: an analytical framework", *Public Law Autumn/2007*, pp. 467-487.
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, "Aspectos de la Constitucionalización del Derecho Civil Chileno", *RDJ T 93 N° 3/1996*, pp. 107-137.
- DUCCI, Carlos, *Derecho Civil: Parte General*, Santiago, 1988.
- DWORKIN, Ronald, "A Matter of Principle", *Harvard University Press*, Cambridge, 1985, pp. 72-103.
- DWORKIN, Ronald, "Law's Empire", *Hart Publishing*, Oxford, 1986, pp. 333-350.
- ELSTER, Jon, *Closing the Books: Transitional Justice in Historical Perspective*, CUP, 2004.
- GARCÍA ESCOBAR, Jaime, "¿Es aplicable el Impuesto al Lujo?", en *Revista Actualidad Jurídica* N° 9 Enero de 2004, pp. 349-354.
- HILBINK, Lisa, *Judges beyond Politics in Democracy and Dictatorship: Lessons from Chile*, CUP, 2007.
- HUNEEUS, Alexandra, *Judging from a Guilty Conscience: The Chilean Judiciary's Human Rights Turn*, 35 *Law & Social Inquiry*, 2010.
- MOKHTAR, Aly, "Nullum crimen, nulla poena sine lege: aspects and prospects", 41 *Statute Law Review*, 2005, pp. 41-75.
- PARKER, Karen, "Jus Cogens: Compelling the Law of Human Rights", *Hastings International and Comparative Law Review*, Vol. 12, 1988-1989, pp. 412-444.
- ROXIN, Klauss, *Derecho Penal Parte General*, Tomo I, Madrid, 1997.
- SHAPIRO, Martin, "Political Jurisprudence", *Kentucky Law Journal* Vol. 52/1964, pp. 294-345.
- SHAPIRO, Martin, and STONE SWEET, Alec, *On Law, Politics, and Judicialization*, OUP, Oxford, 2002.
- SOTO KLOSS, Eduardo, "Es la 'falta de servicio' el régimen francés de la responsabilidad del Estado Administración", *Ius Publicum* N° 28, 2012, pp. 103-120.
- SOTO KLOSS, Eduardo, "Responsabilidad del Estado/Administración: las consecuencias perversas de otro inserto extranjerizante", *Ius Publicum* N° 25, 2010, pp. 95-119.
- SOTO KLOSS, Eduardo, *Derecho Administrativo: Bases Fundamentales*, Editorial Jurídica, Santiago. 1996.
- STONE SWEET, Alec, *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*, OUP, Oxford, 2000.
- VERGARA BLANCO, Alejandro, *El derecho administrativo como sistema autónomo. El mito del Código Civil como derecho común*. Abeledo Perrot. Santiago. 2010.
- VERGARA BLANCO, Alejandro, "La *Summa Divisio Iuris Público/Privado de las disciplinas jurídicas*", *Revista de Derecho UCN* año 17 N° 1/2010, pp. 115-128.
- VIVANCO MARTÍNEZ, Ángela, "Negativa de un menor de edad y de su familia a que este reciba una terapia desproporcionada o con pocas garantías de efectividad". Apelación de medida de protección otorgada por la Jueza de Familia

de Valdivia. Sentencia de la I. Corte de Apelaciones de Valdivia, de 14 de mayo de 2009”, *Revista Chilena de Derecho* Vol. 36 N° 2/2009, pp. 399-440.
 WEINRIB, Ernest, *Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law*, 97 *Yale LJ*, 1988, pp. 949-1016.

JURISPRUDENCIA

Cuarto Juzgado Civil de San Miguel, Rol 4748-2001.
 SCAA de San Miguel, Rol 660-2007 “*Cumsille con Fisco de Chile*” (2008).
 SCAA de Temuco, Rol N° 2.840-2008, Recurso de Protección.
 SCAA de San Miguel, Rol N° 660-2007, “*Cumsille con Fisco de Chile*” (2008).
 SCAA de Valdivia, Rol N° 103-2009. Comentada por ÁNGELA VIVANCO MARTÍNEZ, “Negativa de un menor de edad y de su familia a que este reciba una terapia desproporcionada o con pocas garantías de efectividad”. Apelación de medida de protección otorgada por la Jueza de Familia de Valdivia.
 SCS Rol 375-2003 “*Ditec Ltda. con Aduana de Osorno*” (2003), Recurso de protección, *Ius Publicum Nro. 11/2003*.
 SCS Rol 10.665-2011 “*González Galeno*” (2013), pleno (hay votos de minoría).
 SCS Rol 2918-2013, “*Contra Urrich González y otros*”. Recurso de Casación.
 SCS Rol 1.316-2002, Recurso de apelación y casación en la forma.
 SCS Rol 638-2007, Recurso de casación en el fondo.
 SCS Rol 375-2003, protección, en *Ius Publicum Nro. 11/2003*, p 215-ss (Comentarios de Eduardo Soto Kloss y Rodrigo Céspedes Proto). En contra, JAIME GARCÍA ESCOBAR, “¿Es aplicable el Impuesto al Lujo?”, *Revista Actualidad Jurídica N° 9 Enero/2004*, p. 349-354.
 SCS Rol 1.525-2010. Recurso de protección.
 SCS Rol 10.090-2011. Recurso de protección
 SCS Rol 11.040-2011. Recurso de protección.
 SCS Rol N° 1.705-2009. Recurso de casación. Comentada por RODRIGO CÉSPEDES en *Oxford Reports on International Law in Domestic Courts* (ILDC 1881 CL 2009).
 SCS Rol 3.279-2012, Recurso de protección.
 SCS Rol 375-2003, “*Ditec Ltda. con Aduana de Osorno*” (2003), *Ius Publicum Nro. 11/2003*, p 215-ss.
 SCS Rol 4.723-2007. Recurso de casación.
 SCS Rol 3.841-2012. Recurso de casación.
 SCS Rol 4.691-2007, Recurso de casación.
 SCS Rol 7.089-2009. Recurso de casación. Comentado por Rodrigo Céspedes en *Oxford Reports on International Law in Domestic Courts* (ILDC 1946; CL 2010).

- SCS Rol 2.242-06. *Misma tendencia en la extradición de Alberto Fujimori*.
- SCS Rol 517-2004 “*caso Sandoval*”, LAFONTAINE, F., “No Amnesty or Statute of Limitation for Enforced Disappearances: The *Sandoval* Case before the Supreme Court of Chile”, (2005) 3 *Journal of International Criminal Justice*, 469-482. Comentado por Ximena Fuentes en *Oxford Reports on International Law in Domestic Courts* (ILDC 394; CL 2004).
- SCS Rol 3125-04, “*Contra Pinto Pérez*”, Recurso de Casación. Comentada por XIMENA FUENTES en *Oxford Reports on International Law in Domestic Courts* (ILDC 1093; CL 2007).
- Sentencia de la I. Corte de Apelaciones de Valdivia, de 14 de mayo de 2009”, *Revista Chilena de Derecho Vol. 36 Nro. 2/2009*.
- SCS Rol 1.705-2009, “*Agua Mineral Chusmiza SAIC con Comunidad Indígena Aymará de Chusmiza y Usmagana*” (2009), Recurso de casación fondo y forma.
- SCS Rol 10.090-2011, “*Comunidad Indígena Antú Lafquén de Huentetique con Corema de la Región de los Lagos*” (2012), Recurso de protección.

OTROS

- DS de RREE Firmado en Santiago. N° 1.200 de 05/07/97, el 05 de Diciembre de 1996.
- LAW'S EMPIRE*, Hart Publishing, Oxford, 1986.
- The Construction of Constitutional Rights”, *Law & Ethics of Human Rights Vol. 4 Issue 1/2010, Rights, Balancing & Proportionality*, p 20-32; “On the Structure of Legal Principles”, *Ratio Juris Vol. 13 Nr. 3 september/2000*.

Estudios
sobre institucionalidad
política y económica

ESTADO SOCIAL Y BASES INSTITUCIONALES
DE LA CONSTITUCIÓN DE 1980
UNA PROPUESTA CONCILIADORA.

SOCIAL STATUS AND INSTITUTIONAL
FOUNDATIONS OF THE CONSTITUTION'S 1980
A COMPROMISE PROPOSAL.

*Emilio Pfeffer Urquiaga**
*Felipe Lizama Allende***

Resumen

El presente artículo defiende la tesis de que el Estado social es perfectamente compatible con las bases de la institucionalidad de la Constitución de 1980. Es más, un análisis detenido de sus principios así lo exige.

Palabras claves: Estado social - bases de la institucionalidad - derechos prestacionales.

Abstract

This article argues that the welfare State is perfectly compatible with the foundations of the 1980 Constitution. Moreover, an examination of its principles demands it.

Keywords: social status - foundations of institutions - performance rights

I. Consideraciones preliminares

Cualquier reflexión que analice la evolución del Estado de Derecho en nuestro país, o la necesidad de un catálogo distinto de derechos funda-

*Licenciado en Ciencias Jurídicas. Profesor de Derecho Constitucional, Universidad Diego Portales. Artículo recibido el 1 de junio de 2015 y aceptado para su publicación el 30 de agosto de 2015.

** Licenciado en Ciencias Jurídicas. Profesor de Evolución de las Instituciones Jurídicas, Universidad del Desarrollo. Correo electrónico: felipelizama@pfeffer.c

mentales a consagrar positivamente en el texto constitucional, no puede ser hecha ignorando la importancia que ha tenido el Capítulo I de la Carta Fundamental actualmente en vigor.

En esta unidad, que precisamente lleva por título “Bases de la Institucionalidad”, se consagran –como la doctrina y jurisprudencia lo han reconocido– valores y principios a los que el constituyente adscribe –que se estiman comunes y compartidos por la sociedad chilena– y que no estaban explicitados en los textos constitucionales anteriores.

Quizás lo anterior explique el cambio de paradigma experimentado por el Derecho Constitucional en nuestro país, que es entendido hoy sobre la base de principios y valores que aun cuando no tengan explícita recepción en el derecho positivo sí son exigibles directamente a partir de los enunciados constitucionales y de un orden internacional complementario que se interpreta con un sentido actualizador y progresivo para de ese modo infundirle la mayor eficacia a lo que de ese valor y principio deba extraerse.

A partir de esta afirmación, que nos parece de toda lógica, tenemos la impresión de que este hecho ha sido completamente ignorado, generándose la falsa ilusión que siempre en nuestra historia del derecho ha existido un marco valórico constitucional así de claro.

Esta base de principios y valores está compuesta por el reconocimiento a la dignidad, libertad e igualdad de las personas, la familia como núcleo fundamental de la sociedad y el deber del Estado de protegerla, asegurando su fortalecimiento. El respeto a las autonomías sociales, la servicialidad del Estado y su deber de promover el bien común, la soberanía –concebida en los siglos XVIII y XIX como infalible y absoluta– actualmente limitada en su ejercicio por el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, la sujeción de los órganos del Estado a la Constitución y las leyes, la probidad como deber de conducta de los funcionarios públicos, etc.

Lo anterior permite sostener que, de acuerdo a las normas constitucionales actualmente vigentes en Chile, tenemos un Estado de Derecho sustancial, que no se agota en la literalidad de las normas, sino en un conjunto de valores y principios que tienen como fundamento el Capítulo I de la Constitución y que tienen mayor concreción en el Capítulo III.

Como sostuvo el profesor José Luis Cea¹, a partir de 1981 “nació una Constitución que en su parte dogmática es en general impecable”. Y haciéndose eco de ciertas críticas al texto supremo, dijo que

¹ José Luis CEA EGAÑA, *Tratado de la Constitución de 1980*, p. 35.

“modificar la Constitución –sin reemplazarla, porque contiene principios y normas valiosos–, no es teorizar, sino demostrar aprecio por nuestro acervo democrático constitucional”².

Es claro que

“la Constitución chilena determina los valores que busca desarrollar y los principios jurídicos a través de los cuales busca concretarlos. La Constitución no es un tablero de ajedrez antes del inicio de la partida, en el que existen todas las posibles jugadas por hacer, no es un texto puramente instrumental e indiferente desde el punto de vista doctrinal. La Constitución chilena ya ha hecho algunas jugadas en el tablero, que son los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico”³.

Con todo, hacemos la salvedad que esta consagración de principios no excluye la sana y legítima discrepancia que puede existir sobre ciertos preceptos de la Carta Fundamental. Como toda obra humana, la Constitución puede tener imperfecciones, y siempre pueden darse argumentos que den lugar a modificaciones constitucionales, las que deben estar enfocadas en la mayor protección efectiva de los derechos de las personas y en la mejora del sistema de gobierno, de tal manera que aumente su legitimidad. Pero de lo anterior no se colige la necesidad de un cambio radical en la estructura constitucional chilena. Ha habido una multitud de reformas constitucionales –algunas más sustantivas que otras–, las cuales han permitido una mayor recepción social de la Constitución. Dichas reformas han sido consensuadas y discutidas por un legislador democrático y han permitido mejoras en el sistema político.

II. Un contrapunto que no es tal, los principios de subsidiariedad y solidaridad

Se ha entendido que una de las razones que impiden la consagración del Estado Social de Derecho bajo el sistema constitucional chileno en vigor es el énfasis que la Carta de 1980 otorga al principio de subsidiariedad, lo que impediría una labor de mayor asistencia del Estado. Para ello se ha

² *Ibid.* p. 36.

³ Mario VERDUGO MARINKOVIC, Emilio PFEFFER URQUIAGA y Humberto NOGUEIRA ALCALÁ, *Derecho Constitucional*, pp. 109 y 110. Guillermo BRUNA CONTRERAS, “Las bases de la constitucionalidad: una revolución institucional”, en *XXII Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso* pp. 256- 267.

esgrimido –además del hecho de no estar expresamente consagrado– una interpretación extensiva del mismo, casi como sinónimo de un liberalismo individualista. Para suplir esta carencia, debería primar el principio de solidaridad, el que sí tiene reconocimiento expreso en el Código Político.

Creemos conveniente tener a la vista las siguientes consideraciones:

En primer lugar, la solidaridad –como principio– se predica tanto de los privados como del Estado. Desde la perspectiva estatal, este deber de ayuda a los demás se materializa, en la Constitución, a través de la obligación de las personas de pagar cargas, impuestos, tasas o tributos (Las que se someten a las exigencias del artículo 19 número 20 del texto constitucional).

A su vez, para el mejor desarrollo de ciertos sectores, actividades o zonas geográficas, se pueden fijar ciertos beneficios directos o indirectos, con los requisitos del artículo 19, número 22, inciso segundo de la Constitución.

En virtud del principio de solidaridad, la Constitución le otorga múltiples obligaciones al Estado en diversas áreas. En efecto, en la preceptiva del artículo primero, que consagra los deberes del Estado, hay algunos de ellos con marcado cariz asistencialista. Especial relevancia reviste el deber del Estado de “dar protección de la población”. Al decir de la profesora Ángela Vivanco:

“Este deber corresponde a toda la actividad estatal, sea en su función legislativa a través de leyes que la protejan y fortalezcan, como en su función administrativa, a través de la aplicación de aquellas y de las medidas específicas que deba adoptar en su misión de satisfacer las necesidades públicas concretas a través de la prestación de bienes y servicios”⁴.

Por su parte, el profesor Hernán Molina Guaita sostiene que esta protección a la población es un deber esencial, que el constituyente ha querido expresar por su importancia al punto que puede abarcar “aspectos de trabajo, salud, de educación, etc.”⁵. Asimismo, en la normativa antedicha, se señala el deber del Estado de “promover el bien común”, con el objeto de lograr la mayor realización espiritual y material posible de los habitantes de la Nación, con pleno respeto a los derechos asegurados por la Carta Fundamental.

Si revisamos el Capítulo III, titulado “de los derechos y deberes constitucionales”, podemos consignar que los deberes emanados del principio

⁴ Ángela VIVANCO MARTÍNEZ, *Curso de Derecho Constitucional*, p. 74.

⁵ Hernán MOLINA GUAITA, *Derecho Constitucional*, p. 66.

de solidaridad se extienden a los particulares. Un ejemplo notable lo constituye la regulación constitucional en materia educacional, deber vigorizado por las reformas al artículo 19 numeral 10, entre los que se consignan el desarrollo de la educación en todos sus niveles, estimular la investigación científica y tecnológica, la creación artística y la protección e incremento del patrimonio cultural de la Nación. El deber de contribuir al desarrollo y perfeccionamiento de la educación es de la comunidad⁶.

Por otra parte, en el mismo capítulo III, el Estado tiene más deberes, por ejemplo, en materia de acceso a la justicia, debiendo la ley propiciar acceso a quienes no puedan procurarse defensa por sí mismos (artículo 19 número 3). En el ámbito de la salud, la Constitución encomienda al Estado distintas acciones para proteger su ejercicio (artículo 19, número 9). En materia de seguridad social existe un mandato al legislador sobre el contenido de las prestaciones a que da lugar este derecho (artículo 19, número 18).

Por lo tanto, es claro que estas normas demuestran la recepción de la solidaridad como deber estatal, pero incluso como deber de los particulares.

En segundo lugar, existe una suerte de “endoso constitucional” sobre el principio de subsidiariedad, ante la supuesta ausencia de protección de los derechos sociales. Este “endoso” consiste en que muchos otros problemas del país se atribuyen como causa a la consagración de la Constitución, y en especial del principio de subsidiariedad.

Pero la ausencia de protección jurisdiccional de los derechos sociales hay que asociarla más bien en el alcance de la cautela conferida por el artículo 20 de la Constitución (Que consagra el llamado “recurso de protección”). Como se sabe, el recurso de protección de garantías constitucionales protege solo ciertos derechos, asociados con las libertades individuales, y no da cabida directamente a los llamados “derechos sociales”⁷. De allí se ha engarzado una crítica de la ausencia de protección de estos derechos, en conjunto con que el principio de subsidiariedad impide la tutela de estos.

⁶ Incluso más, el Tribunal Constitucional lo señaló expresamente: “Que la obligación impuesta por la Constitución al Estado (...) ha sido honrosamente cumplida a lo largo de nuestra trayectoria republicana. Ello, sin embargo, no exime a los particulares de asumir, en virtud del principio de solidaridad presente en la Carta Fundamental, su deber de contribuir al desarrollo y perfeccionamiento de la enseñanza, en todos sus niveles, de acuerdo a lo que manda el artículo 1º inciso cuarto y artículo 19 N° 10 inciso final de ella”. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Rol N° 410-2004, de 14 de junio de 2004, considerando 22º.

⁷ Pero sí mediante la invocación de los derechos de libertad, tales como el derecho a la vida, la igualdad ante la ley, el debido proceso, el derecho de propiedad, entre otros, se ha dado amparo judicial.

En lo que no se ha reparado, desgraciadamente, es que si bien el recurso de protección de garantías constitucionales no protege directamente los derechos sociales, de ello no se colige que carezcan de defensa alguna. En efecto, el Tribunal Constitucional, en virtud del artículo 93 numeral 6° de la Constitución, tiene como atribución el conocimiento del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de preceptos legales. A partir de esta atribución se dio lugar a una renovada doctrina sobre el valor de los derechos sociales, en relación con el legislador⁸, lo que supone que es éste el que debe cuidar de protegerlos para cumplir las aspiraciones de la Constitución⁹.

Lo anterior resulta coherente con una característica del Estado constitucional contemporáneo advertida por Zagrebelsky:

“El siglo xx ha sido definido como el del “legislador motorizado” en todos los sectores del ordenamiento jurídico, sin exclusión de ninguno. Como consecuencia, el derecho se ha “mecanizado” y “tecnificado”. Las Constituciones contemporáneas intentan poner remedio a estos remedios destructivos del orden jurídico mediante la previsión de un derecho más alto, dotado de fuerza obligatoria incluso para el legislador. El objetivo es condicionar, y por tanto contener, orientándolos, los desarrollos contradictorios de la producción del derecho, generados por la heterogeneidad y ocasionalidad de las presiones sociales que se ejercen sobre el mismo. La premisa para que esta operación pueda tener éxito es el restablecimiento de una noción de derecho más profunda que aquella a que el positivismo legislativo lo ha reducido”¹⁰.

Una tercera observación es que el principio de subsidiariedad no puede ser entendido como una suerte de abstencionismo *ex ante* del Estado, que impida que el Estado pueda satisfacer las necesidades de la población.

⁸ El primer fallo en que esta Excma. Magistratura trató el tema así lo sostuvo: “Que la amplia mayoría de la doctrina nacional y extranjera reconoce que los derechos sociales, llamados también derechos de prestación o de la segunda generación, son tales y no simples declamaciones o meras expectativas, cuya materialización efectiva quede suspendida hasta que las disponibilidades presupuestarias del Estado puedan llevarlos a la práctica”. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Rol N° 976-2008-INA, de 26 de junio de 2008, considerando 26°. Un recuento de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la materia en FRANCISCO ZUÑIGA, “Jurisprudencia del Tribunal Constitucional acerca de derechos económicos, sociales y culturales”, en *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado*, N° 20, p. 83-109. Una crítica al primer fallo sobre el artículo 38 ter de la Ley de Isapres la encontramos en Sebastián SOTO VELASCO, en especial pp. 186 y ss.

⁹ Lo anterior, sin perjuicio de ciertas acciones judiciales que se puedan impetrar en contra del Estado y sus organismos, como las de responsabilidad por daños en servicios de salud.

¹⁰ Gustavo ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, p. 39.

Creemos que lo que se ha dado es más bien una cuestión de interpretación con un énfasis marcadamente liberal, que solamente ha contribuido a su descrédito. Es indudable que la primacía en las actividades sociales deben tenerla las personas que –asociadas libremente– puedan organizarse para obtener sus fines específicos, pero de ello no se deduce que el Estado actúe con un “dejar hacer” con un permisivismo que limite sus potestades de sanción e inspección. El Estado tiene que garantizar las condiciones que permitan que las personas individualmente o asociadas desarrollen sus actividades, siempre en el marco del derecho. De igual manera, un Estado “fuerte” no es necesariamente un Estado “grande”, que se inmiscuya en todos los aspectos de la vida cotidiana. La expansión del Estado no traerá necesariamente que éste logre correctamente sus cometidos.

Y es el derecho positivo el que debe garantizar mecanismos para la promoción de la solidaridad, sea como valor que rige las relaciones humanas, sea como deber estatal. No se debe olvidar que la solidaridad está como principio constitucional en el artículo 3° como en el artículo 115 de la Carta Fundamental¹¹. Ello no es menor, toda vez que si bien ambas normas están referidas a la forma jurídica del Estado, su recepción le indica un deber al Estado en aras de garantizar otros valores que son proclamados por el constituyente, como la igualdad y la libertad.

Nuestra cuarta consideración trata finalmente que todas estas críticas están referidas a una tensión evidente que resulta de la interpretación de cláusulas abiertas, como las que suele tener toda Constitución. Zagrebelsky lo advertía al tratar la “Soberanía de la Constitución”¹². Llama el autor a la “ductilidad constitucional”, es decir, a la coexistencia de valores y principios, sobre la que hoy debe basarse necesariamente una Constitución para no renunciar a sus cometidos de unidad e integración y, al mismo tiempo, no hacerse incompatible con su base material pluralista, exige que

¹¹ Cabe recordar que la Constitución española consagra expresamente un Estado Social y democrático de Derecho (artículo 1°), y es en el artículo 2° que se señala: “La Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles, y reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas”. Por otra parte, es el artículo 138, ubicado en el título VIII, que lleva por nombre “De la Organización Territorial del Estado”, que en su Capítulo primero. “Principios generales”, dispone en su numeral primero que “El Estado garantiza la realización efectiva del principio de solidaridad consagrado en el artículo 2 de la Constitución, velando por el establecimiento de un equilibrio económico, adecuado y justo entre las diversas partes del territorio español, y atendiendo en particular a las circunstancias del hecho insular”. De lo anterior podemos advertir que la consagración del principio de solidaridad en esta preceptiva es semejante al de la Carta chilena.

¹² Gustavo ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil...*, op. cit., p. 39.

cada uno de tales valores y principios se asuma con carácter no absoluto, compatible con aquellos otros con los que se debe convivir. “Los términos de la ductilidad son la coexistencia y el compromiso”¹³.

De todo esto se sigue que hacer un contrapunto entre “subsidiariedad” y “solidaridad” aparte de no tener sustento constitucional es inconveniente, pues ambos principios discurren por planos distintos, no son incompatibles, y además, al ser principios –y no reglas–, no pueden ser cumplidos en fórmula de “todo o nada”, dependerán en su aplicación de múltiples factores (que no pueden estar previstos por la Constitución), y la mayor o menor incidencia de estos, como la coyuntura económica, emergencias u otros¹⁴.

No existe, en consecuencia, una respuesta unívoca al ámbito de acción de ambos principios, puesto que –aunque suene relativista– depende de las circunstancias concretas de su aplicación.

III. El estado social y la Constitución chilena

INTRODUCCIÓN:

ORÍGENES Y CARACTERÍSTICAS DEL ESTADO SOCIAL

Como se ha sostenido,

“la constitucionalización del Estado social, aunque no de forma explícita, tiene su primera manifestación en la Constitución Mexicana de Querétaro (1917), y en la alemana de Weimar (1919), en ninguna de ellas se recoge la cláusula expresamente, pero en ambas, con mayor o menor extensión, se incorporan derechos socioeconómicos (más allá de los clásicos derechos liberales de autodefensa y de los democráticos de participación), que constituyen uno de los más significativos contenidos jurídicos del Estado social como aspiración al Estado de bienestar”¹⁵.

En este orden de cosas,

“los derechos fundamentales ya no son un límite jurídico como derechos subjetivos frente a los poderes públicos, ya no son sólo un mecanismo

¹³ *Ibid.* p. 14. “Un examen sobre la dificultad de esgrimir la ductilidad del Derecho y su relación con el tema que nos convoca” en Fernando ATRIA. pp. 37 y ss.

¹⁴ Es cosa de tan solo recordar el terremoto que afectó a gran parte del país el 27 de febrero del año 2010, donde se demostró que la iniciativa individual no podría resolver todos los problemas producto de los daños del sismo, pero tampoco el Estado tenía la capacidad de hacer frente a una situación de semejante gravedad.

¹⁵ Alfonso FERNÁNDEZ-MIRANDA, “El Estado Social”, p. 151.

de autodefensa de la sociedad frente al Leviatán que ha creado, tan imprescindible para garantizar el orden jurídico-privado, como amenazante para su supervivencia”¹⁶.

Existen sendas razones que explican la configuración de un Estado Social¹⁷. García Pelayo sostenía que su génesis se da por asociación a un tipo de Estado que se responsabiliza por la *procura existencial* y que se resume así:

“El hombre desarrolla su existencia dentro de un ámbito constituido por un repertorio de situaciones y de bienes y servicios materiales a inmateriales, en una palabra, por unas posibilidades de existencia a las que Forsthoﬀ designa como espacio vital. Dentro de este espacio, es decir, de este ámbito o condición de existencia, hay que distinguir, de un lado, el espacio vital dominado, o sea, aquel que el individuo puede controlar y estructurar intensivamente por sí mismo o, lo que es igual, el espacio sobre el que ejerce señorío (que no tiene que coincidir necesariamente con la propiedad) y, de otro lado, el espacio vital efectivo constituido por aquel ámbito en el que el individuo realiza fácticamente su existencia y constituido por el conjunto de cosas y posibilidades de las que se sirve, peso sobre las que no tiene control o señorío. La procura para la existencia rectamente entendida significa crear las condiciones para el adecuado despliegue de las potencialidades de la personalidad a través de la iniciativa y de la capacidad creadora y competitiva en las que se patentiza la autodeterminación del hombre: una mera actividad de ayuda económica que tuviera como resultado en enervamiento o la obstaculización del despliegue de la personalidad, que lo alienara a una procura extraña, que hiciera depender la seguridad de una voluntad ajena, sería una degeneración de la procura existencial”¹⁸.

Lo anterior trae como consecuencia, siguiendo al profesor Jaime Bassa, que

¹⁶ *Ibid.* p. 154.

¹⁷ Advirtiéndose dificultades en su caracterización, pues como señala el profesor Viera: “Es imposible dar respuesta categórica a los planteamientos que surgen por la cláusula del Estado social, aunque es posible realizar una interpretación que se mantenga próxima a la realidad, con el riesgo, claro está, de rebajar el debate constitucional a uno de impronta político cotidiano. (...) Por ello, la cláusula Estado social se puede interpretar de diversas maneras. Una manera es asociarla a los problemas derivados de la cuestión social (protección a los pobres y necesitados). Pero también puede ser lo social un rechazo al individualismo imperante, de lo que resulta el esfuerzo por compensar intereses antagónicos con la solidaridad. O, en tanto que ceden los intereses individuales, se plantea la situación social como la más importante o, al revés, prestar atención al individuo que, antes que todo es ser social”. Christian VIERA, “El Estado Social como fórmula en la Constitución chilena”, p. 461.

¹⁸ Manuel GARCÍA PELAYO, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, p. 28.

“el Estado dejó de ser el gendarme o guardián que solo debía garantizar el libre desarrollo de la sociedad civil del siglo XIX (...) Asimismo, la función inicial de garantía formal y procesal de los derechos concebidos como espacios de libertad es complementada por la garantía material de ciertas prestaciones que vienen a asegurar unos mínimos en el nivel de vida de los ciudadanos, siempre fundamentados en la dignidad de la persona”¹⁹.

Añade este autor que

“con el transcurso del siglo XIX, el concepto derivó hacia un legalismo formal que separó los objetivos y el contenido del Estado de su elemento formal. Con el poder real ya controlado mediante el establecimiento de la monarquía constitucional, la realidad política impuso la necesidad de sujetar el ejercicio del poder –principalmente de los actos de la Administración– a una legalidad que contara con el consentimiento popular”²⁰.

Con todo, nos previene que pese a la escisión de los elementos formales y materiales no se puede afirmar que el Estado liberal de derecho fuera un concepto vacío y carente de contenido, toda vez que su opción por la libertad y la propiedad obedece a la opción política del momento, lo cual generó posteriormente falta de libertad social que vació el contenido, su excesivo individualismo le restó legitimidad²¹.

El nexo del Estado Social con el tipo de gobierno democrático ha sido formulado por María Isabel Garrido como sigue:

“Para relacionar el Estado de derecho y el democrático deben desarrollarse aspectos previos de la cultura de la legalidad, i. que la intervención del consenso en la creación de leyes sea lo más amplia posible para que no simbolice una mayoría numérica, ii. La aplicación equitativa y que sea el derecho accesible a la mayoría de los ciudadanos”²².

¹⁹ Jaime BASSA MERCADO, *El Estado Constitucional de Derecho. Efectos sobre la Constitución vigente y los derechos sociales*, p. 52.

²⁰ *Ibid.* p. 55.

²¹ *Ibid.* p. 56. Un sentido semejante se consigna en Pérez Luño: “Entiendo, sin embargo, que el nacimiento y paulatino reconocimiento de los derechos sociales no puede interpretarse como una negación de las libertades, sino como un factor decisivo para redimensionar su alcance: ya que éstas, en nuestro tiempo, no pueden concebirse como un atributo del hombre aislado que persiga fines individuales y egoístas, sino como un conjunto de facultades del hombre concreto que desarrolla su existencia en relación comunitaria y conforme a las exigencias del vivir social.” Antonio PEREZ LUÑO, p. 84.

²² María Isabel GARRIDO GÓMEZ, *Derechos Fundamentales y Estado democrático de derecho*, p. 71.

Asimismo, la democracia formal coincide con la legitimidad de origen y de ejercicio, y se encarna en el sufragio universal, el principio de la mayoría y el Estado de Derecho, tratándose de

“un conjunto de reglas (primarias o fundamentales) que establecen quién está autorizado a tomar las decisiones colectivas y con arreglo a qué procedimiento”²³.

Finalmente concluye que

“no nos sirve una democracia procedimental, ya que en el Estado constitucional de Derecho los derechos fundamentales operan una transformación primaria en cuanto se refieren al funcionamiento de los mecanismos democráticos, en lo relativo a su alcance y límites, a causa de que la democracia no siempre es un resultado *posible*, posible en condiciones moralmente aceptables, ni siempre es un resultado *adecuado o deseable*. En contraste, la material supone una serie de valores como propios de la democracia, dichos valores son, por su vinculación con el liberalismo, la libertad y la igualdad formal (...), la igualdad material y la solidaridad”²⁴.

En fin, la vinculación de ciertos derechos fundamentales con la democracia ha sido palmariamente expuesta por Luigi Ferrajoli, mediante la incorporación del “garantismo” en el Estado constitucional. En efecto, el garantismo consiste en la técnica de tutelas de derechos fundamentales, siendo una garantía

“toda obligación correspondiente a un derecho subjetivo, entendiendo por “derecho subjetivo” toda expectativa jurídica positiva (de prestaciones) o negativa (de no lesiones)”²⁵.

En terminología de Ferrajoli existen garantías primarias, las que se refieren a las obligaciones que corresponden a los derechos subjetivos garantizados, las secundarias se refieren a la aplicación de la sanción o declaración de nulidad al verificar actos ilícitos y no válidos que violen los derechos subjetivos²⁶. El primer paso de garantismo se dio en el Estado legislativo de derecho y era en torno a las garantías penales²⁷, en base a los ideales de la Ilustración y que consisten en la aplicación del principio de legalidad

²³ *Ibid.* p. 74.

²⁴ *Ibid.* p. 75 y 76. Énfasis en el original.

²⁵ Luigi FERRAJOLI, *Democracia y garantismo*, p. 63.

²⁶ *Ibid.* p. 64.

²⁷ *Ibid.* p. 67.

en materia penal (hechos, delitos y pena) propios de un derecho penal liberal y mínimo, todo esto con una interesante peculiaridad:

“En el estado legislativo de derecho, carente de constitución o dotado de constituciones flexibles, la garantía de los derechos fundamentales, incluidos los de libertad, queda confiada únicamente a la política legislativa, que podría reducirla o suprimirla legítimamente. Existía, claro es, ordenamientos garantistas y ordenamientos antigarantistas. Pero la legitimidad de los primeros y la ilegitimidad de los segundos sólo podía valorarse en el plano ético-político de la justicia y no en el plano jurídico de la legalidad (...) Esta omnipotencia de la legislación, y a través de ella de la mayoría política, cesa en el Estado constitucional de derecho, fundado sobre esa verdadera invención de nuestro siglo que es la rigidez constitucional, en virtud de la cual las leyes ordinarias, al parecer situadas en un nivel subordinado respecto de las normas constitucionales, no pueden derogarlas so pena de su invalidación como consecuencia del correspondiente juicio de inconstitucionalidad”²⁸.

Así pues, la democracia sustancial está compuesta de una esfera de lo indecible, dada por un conjunto de derechos fundamentales y un conjunto de garantías²⁹, que esgrimidas como límites tanto a los poderes públicos, como a los privados, hacen extender las aspiraciones del Estado, configurando un nuevo paradigma.

²⁸ *Ibid.* p. 65. Un agudo análisis a la obra de FERRAJOLI en MEJÍA, 2012, p. 206-208 y 219-237.

²⁹ Luigi FERRAJOLI, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, p. 36. Originalmente en *Derecho y Razón* Ferrajoli hacía una distinción en torno a lo “sustancial”: “Todo esto justifica, a mi entender, una redefinición del concepto de democracia. Llamaré democracia sustancial o social al ‘estado de derecho’ dotado de garantías efectivas, tanto liberales como sociales, y democracia formal o política al ‘estado político representativo’, es decir, basado en el principio de mayoría como fuente de legalidad. Sustanciales, respecto de las formales de democracia política, pueden ser en efecto consideradas las normas secundarias que las enuncian: las cuales, de manera diferente a las normas sobre el ‘qué’ y sobre el ‘cómo’ se debe decidir, que se refieren a las fuentes y las formas de producción de las normas primarias, hacen referencia a ‘qué’ se debe o no se debe decidir y, por ello, a sus contenidos sustanciales. Y sociales, respecto de las políticas en materia de representación, pueden ser consideradas sus funciones: mientras, en efecto, el estado representativo supone que la soberanía resida en el pueblo y que, por consiguiente, su ejercicio sea legítimo en cuanto represente la voluntad de la mayoría, el estado de derecho requiere que las instituciones políticas y jurídicas sean instrumentos dirigidos a la satisfacción de los intereses primarios de todos y sean por tanto legítimas en cuanto tutelen y realicen concretamente tales intereses”. Luigi FERRAJOLI. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, pp. 864 y 865.

*LA RECEPCIÓN DEL ESTADO SOCIAL
EN LA CONSTITUCIÓN CHILENA*

Aunque no lo diga expresamente, la Constitución chilena actualmente en vigor consagra elementos propios de un Estado Social y Democrático de Derecho.

A algunos de estos elementos ya hemos pasado revista a propósito del "principio de solidaridad". En particular cuando al Estado se le impone explícitamente el deber –como base de la institucionalidad– de dar protección a la población, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación, de garantizar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional (artículo 1º, inciso final), o del rol del Estado en relación a la protección de la salud (artículo 19 N° 9), la supervigilancia del Estado al adecuado ejercicio del derecho a la seguridad social (artículo 19 N° 18), en relación a ciertos niveles de educación (artículo 19 N° 10), la consagración de la función social del dominio, que subordina la propiedad al interés de la Nación (artículo 19 N° 24), el establecimiento de restricciones específicas a determinados derechos y libertades para proteger el medio ambiente (artículo 19 N° 8), la solidaridad que se exige entre las regiones (artículo 3º y 115), el tipo de gobierno republicano y democrático (artículo 4º), por citar solo algunas prescripciones.

Añadimos que la Carta de 1980 no ha representado en general un obstáculo para que el legislador democrático disponga medidas tendientes a regular la institucionalidad económica y social, cree nuevas empresas estatales o amplíe el giro social de las que ya operan. Incluso más, siempre han existido las mayorías legislativas que podrían cumplir los requisitos previstos en el artículo 19 numeral 21 inciso segundo de la Constitución. Si ello no se ha dado, es otro tema de carácter político-partidista, pero no es "endosable" a la Constitución.

La Ley Suprema tampoco ha impedido establecer nuevos órganos reguladores ni incrementar las facultades de intervención y fiscalización de los que existen, y cuando han sido sometidos a controles preventivos de constitucionalidad, el Tribunal Constitucional ha fallado recurrentemente respetando la autonomía del legislador³⁰, salvo casos excepcionales.

Asimismo, desde la dictación de la Constitución, se han conferido diversas potestades normativas, fiscalizadoras y sancionadoras a distintos

³⁰ De hecho, recientemente esta magistratura ha declarado conforme a la Constitución la existencia de un administrador provisional en materia de instituciones de educación superior. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Rol N° 2731 (2014), de fecha 26 de noviembre de 2014), lo que demuestra que la aplicación práctica de la Constitución no es un "cerrojo" que impida toda deliberación democrática.

servicios públicos centralizados o descentralizados, con amplia incidencia en la actividad económica³¹. Ello no ha merecido mayores reproches de constitucionalidad, especialmente porque la jurisprudencia del Excmo. Tribunal Constitucional ha operado con deferencia ante los otros poderes del Estado, y ha ocupado criterios de interpretación constitucional que impiden declaraciones de inconstitucionalidad que podrían aparejar más problemas al sistema institucional. (Considérese v.gr., la llamada “presunción de constitucionalidad” como mecanismo hermenéutico).

Finalmente, no ha impedido la Constitución que el legislador reconozca y brinde protección a nuevos bienes o abra espacios para que las personas determinen autónomamente sus vidas con la certeza que es requerida en una sociedad como la actual, singularmente compleja, tecnológica y global, en la que los cambios se exigen cada vez con mayor celeridad. Lo anterior por una razón de toda lógica, ya que es el poder legislativo –y no el poder constituyente– el que debe regular dichos cambios. Estos temas de relevancia naturalmente caen dentro de la órbita del Poder Ejecutivo y del Legislativo, y no del texto constitucional.

IV. *¿Nuevos derechos para el “Estado Social”?*

En un Estado de prestaciones, es claro que los derechos sociales, económicos y culturales tienen un carácter de fundamentales al igual que los llamados “de primera generación” (o derechos de libertad).

Huelga señalar que esta tradicional clasificación ha admitido reproches:

“Es efectivo que la noción de generaciones de derechos adolece de errores conceptuales, particularmente porque no es precisa en el surgimiento histórico de los distintos tipos de derechos humanos. Además, la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos requiere de una visión integradora y no de la separación de derechos en categorías diferentes. No obstante lo anterior, creemos que la noción de las generaciones puede prestar utilidad –con las salvedades realizadas–, pero sólo en la medida en que se refiera al orden cronológico en que los derechos humanos alcanzaron un reconocimiento en los ordenamientos jurídicos de los países, y no implique la preponderancia de algunos derechos sobre otros”³².

³¹ Es cosa de ver el aumento de las atribuciones de las Superintendencias, de la Inspección del Trabajo, la SEREMI de Salud, los organismos medioambientales, la Fiscalía Nacional Económica, entre muchos otros.

³² Rodrigo BUSTOS BOTTAI, *Derechos sociales: Exigibilidad y justicia constitucional*, p. 41. “Así, siendo más precisos, de lo que más propiamente cabría hablar en el caso de los

Se ha entendido además que

“la sola lectura del catálogo de derechos da cuenta de una precariedad del texto constitucional en materia de derechos sociales, pues hay derechos que simplemente no están reconocidos en la Carta Fundamental, siendo la Carta de 1980 regresiva respecto de la anterior Constitución, de 1925”³³

Nosotros creemos, en cambio, que el capítulo III es uno de los mejor logrados en la historia constitucional chilena, por ello ha recibido mínimas intervenciones, las que se justifican tanto por la jurisprudencia como por las recomendaciones internacionales, y el afán de perfeccionar la protección de los derechos asegurados en la Carta Fundamental³⁴.

El catálogo hoy vigente no es deficitario y debe ser complementado por los derechos asegurados en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, y por los derechos reconocidos por vía jurisprudencial (como los llamados “derechos implícitos”). Ello porque la determinación de un derecho fundamental en el texto constitucional debe ser ponderada no solamente por circunstancias fácticas actuales, sino por hechos permanentes. El absolutizar y fijar a todo evento un catálogo extenso de “derechos” produciría a nuestro parecer el efecto contrario al deseado, esto es, la menor protección de todos ellos.

La inflación de supuestos derechos en la Constitución no parece ser una buena compañera para la discusión de los órganos representativos de las mayorías electorales, pues anula o inhibe la reflexión. Si todo está

derechos civiles y políticos es que las obligaciones principales por parte del Estado son obligaciones de no hacer, pero sin descuidar que también existen obligaciones secundarias o complementarias que se traducen en obligaciones positivas o de hacer. De esta manera, el derecho político al sufragio no sólo requiere que el Estado no imposibilite a los ciudadanos la posibilidad de expresar su posición política a través del voto (obligación principal negativa), sino que implica que el Estado debe cumplir con establecer y regular un sistema electoral que cumpla con la finalidad de que las elecciones se realicen en condiciones de igualdad y transparencia (obligaciones secundaria positivas). Otro ejemplo es el de las obligaciones estatales de no matar o no torturar (obligaciones principales negativas) ya que el Estado tiene también la obligación de establecer sistemas policiales y judiciales eficientes que contribuyan a evitar que esos delitos se produzcan y a reparar las consecuencias de un eventual incumplimiento de las obligaciones de no afectar la vida humana y la integridad física (obligaciones secundarias positivas)”. Rodrigo BUSTOS, *op. cit.*, p. 153.

³³ Alejandro USEN VICENCIO, *Derechos Sociales: Teoría y praxis*, p. 41.

³⁴ Como las modificaciones constitucionales en los artículos 19 numerales 3° y 5°, la supresión del inciso segundo del artículo 19 número 4, para promover de mejor manera el derecho a la libertad de expresión, la reforma que puso término a la censura cinematográfica que estaba regulada en el artículo 19 número 12, el cambio en el artículo 20 inciso segundo, permitiendo una mayor tutela del derecho a un medio ambiente libre de contaminación, etc.

resuelto desde antes, y sin posibilidad de reforma, ¿qué deber les queda entonces a los legisladores?

Lo que proponemos es que un *catálogo mínimo y razonable de derechos constitucionales* amplía la deliberación democrática y facilita el consenso sobre cuáles deben tener reconocimiento expreso, a la vez produce el efecto de abrir el espacio a la discusión legislativa, profundiza la regla democrática de la mayoría y facilita el consenso en torno a ellos. De allí que declaraciones sucintas incrementan la participación democrática, la legitimidad y adhesión al texto constitucional, su estabilidad y, en suma, el orden social³⁵.

La Constitución y los derechos que ella asegura no pueden entenderse como la expresión únicamente de algún programa político. El riesgo implícito de este planteamiento resulta fácil de advertir, lo que valida la tesis del *catálogo mínimo y razonable*. No negamos que se pueden enunciar en la Carta Magna algunas orientaciones o directrices generales de acción estatal (muchas de las cuales ya están en el texto actual), pero debe ser la ley la llamada a cumplir los mandatos para satisfacer algunos derechos sociales.

Establecer que los derechos sociales no se garanticen a través de acciones jurisdiccionales no constituye un dislate o despropósito si se entiende que buena parte de estas prestaciones son políticas públicas que deben ser discutidas en su intensidad y proporción por el legislador y el Ejecutivo. Por incorrecto que resulte decirlo, un juez carece de las herramientas que le permita calificar la conveniencia o inconveniencia de políticas públicas³⁶.

Las críticas –como expusimos– más bien se fundan en:

- i) los términos en que ciertos derechos han quedado regulados;
- ii) en el supuesto déficit de derechos sociales y

³⁵ “La dificultad por la que atraviesan los derechos sociales en cuanto a su exigibilidad y su consideración a veces en niveles más bajos o diferentes que los derechos civiles y políticos, influye en el desarrollo jurisprudencial de su protección. Esta diferente protección se puede reflejar en una mayor restricción del juez intérprete de la ley, o por el contrario puede producir una amplia interpretación por el juez constitucional para su mejor protección. Ubicados en esta segunda fase, se propone lo que finalmente sería la configuración de un criterio –si se quiere– o un principio de interpretación constitucional de la ley *conforme* al derecho social involucrado en la ley controlada por el juez. Una interpretación *pro social*, va más allá de la tradicional y problemática eficacia protectora de los derechos sociales por medio de mecanismos institucionales creados específicamente para su protección, ya que la gran mayoría de estos derechos por su propia configuración no gozan de las mismas garantías ni se conciben como verdaderos derechos subjetivos públicos”. José Miguel CABRALES, “Los derechos sociales. Una propuesta de interpretación *conforme* en el control constitucional de la ley”, en *Universitas Revista de Filosofía, Derecho y Política*, pp. 4-5.

³⁶ A menos –naturalmente– que el juez quiera reemplazar al legislador o convertirse en él, sin postular bajo las reglas del sistema democrático...

iii) en la preeminencia de la subsidiariedad por sobre la solidaridad, lo que hemos demostrado no es tal.

Si sostenemos que el catálogo de derechos que asegura el orden constitucional no es deficitario, ello no significa admitir que se pueda discrepar de los términos en que algunos de ellos han quedado regulados en el texto. En cuanto a los derechos económicos y sociales, es cierto que la Carta actual no los reconoce con el énfasis que lo hizo la predecesora después de su reforma en 1970, pero tal determinación, fundada en el pragmatismo o realismo constitucional, no ha impedido que el legislador diseñe las políticas que ha estimado convenientes en función de objetivos predeterminados en base a una amplia discrecionalidad legislativa y en consideración a la disponibilidad presupuestaria.

Es más, creemos que hay actualmente más acceso a los derechos sociales que antes de la Constitución de 1980. Bienes como la educación, prestaciones sanitarias, vivienda, seguridad social, existencia de adecuadas condiciones de trabajo y otros, se han venido otorgando en niveles mínimos y progresivamente en función de las posibilidades reales de una responsable respuesta estatal que se ha visto incrementada por sucesivas reformas tributarias, por lo que su reconocimiento como derechos en el texto constitucional no garantiza, por sí mismo, una mayor cobertura³⁷.

No es ocioso recordar que en el derecho comparado encontramos un sinnúmero de Constituciones con largas listas de derechos sociales que han estado muy lejos de hacerse realidad, al punto que se ha llegado a hablar de los “derechos de papel”. Ello no significa que en el texto no se puedan enunciar como orientaciones o directrices generales de acción estatal, pero claramente debe establecerse que no se garantizará su tutela a través de acciones jurisdiccionales cuando el derecho social exija una precisa configuración legal³⁸ o su otorgamiento demande la liberación de

³⁷ “Las construcciones teóricas se pueden evaluar por sus consecuencias prácticas. En este test, lo que se puede reprochar al neoconstitucionalismo doctrinario es que traslada la discusión democrática de todas las cuestiones políticas verdaderamente relevantes al plano de la formulación del texto constitucional (ya que bajo la Constitución todo está ya decidido en germen, y entregado a la ponderación del juez). Se constitucionaliza el derecho, claro está, pero en ese proceso el carácter político fundamental de la constitución se pierde. Dicho de otro modo, puede que lo que compra el neoconstitucionalismo sea bueno; pero el precio que paga es la desconstitucionalización de la Constitución”. Eduardo ALDUNATE LIZANA, “Aproximación conceptual y crítica al Neoconstitucionalismo”, en *Revista de Derecho, Universidad Austral* Vol. xxiii - N° 1, p. 100.

³⁸ Y en caso que el legislador no satisfaga ese deber, podría cuestionarse la constitucionalidad de la ley. Incluso, autores que preconizan su consagración lo advierten, señalando que pese a que los especialistas puedan sostener que el reconocimiento universal de los derechos sociales *en tanto* derechos plenos no se alcanzará hasta superar los obstáculos

recursos públicos. Los jueces –como lo advertimos– no están llamados a reasignar partidas presupuestarias, a subrogar al legislador y administrador en esas determinaciones, y si tal prohibición no se impone explícitamente en la eventualidad de que se acuerde incorporar al texto constitucional enunciados relativos a derechos sociales, se abrirá un espacio ilimitado al activismo judicial, tal como sucede en otros países de Hispanoamérica.

Una declaración de derechos puede ampliar su contenido hasta el infinito, pero ello no garantiza su efectivo ejercicio, lo que debe considerarse especialmente al momento de resolver en qué términos perfeccionaremos el catálogo de derechos, tanto en lo que atañe a los derechos económicos, sociales y culturales, como en relación a los denominados derechos colectivos, de los pueblos indígenas, de los consumidores y usuarios, de las personas con discapacidad, de la tercera edad, entre muchos otros.

En síntesis, hacemos nuestras las palabras del profesor Martínez Estay:

“Por todo lo dicho hasta aquí, es posible que alguno concluya que los autores son unos liberales insolidarios, indiferentes a la pobreza y demás problemas sociales. No es así; por el contrario, creemos que los gobiernos deben llevar a cabo políticas tendientes a superar la pobreza, lo cual pasa por aceptar que el mercado y la libre competencia no lo pueden todo. Sin embargo, eso no significa que tal deber, indiscutible, tenga que traducirse necesariamente en la incorporación de derechos sociales a la Constitución, especialmente si son de tipo prestacional. La Constitución no fue inventada sólo ni ante todo para solucionar el problema de la pobreza, sino para limitar el poder (lo cual no quiere decir que los gobiernos puedan ser indiferentes a las carencias sociales). Y como ello supone frecuentemente que el poder actúe menos, en general no resulta coherente incorporar a la Constitución derechos que sólo se pueden satisfacer mediante la intervención de aquel. No todas las metas y objetivos sociales razonables, que son muchos, tienen que estar en la Constitución ni convertirse en derechos litigables, porque la Constitución no lo es todo ni lo puede conseguir todo”³⁹.

V. Conclusiones

Hemos expuesto los argumentos para consagrar un Estado Social y Democrático de modo expreso en la Constitución de 1980, como las críticas

que impiden su adecuada *justiciabilidad*, de ello no se colige que el Poder Judicial es la única vía para hacer exigibles esos derechos, pudiendo haber otros cauces que pueden ser tanto o más eficaces. Véase Miguel CARBONELL, “Eficacia de la Constitución y derechos sociales: esbozo de algunos problemas”, en *Revista Estudios Constitucionales*, pp. 43-71.

³⁹ José Ignacio MARTÍNEZ ESTAY, *Los derechos sociales*, p. 311.

que se han ventilado a ciertos principios contenidos en los Capítulos I y III de la Carta Fundamental. En simple, lo que se sostiene es que la consagración del Estado Social y Democrático de Derecho permitiría una mejor protección de los derechos sociales, pero la estructura actual de las Bases de la Institucionalidad chilena parece ser incompatible con ello.

Vemos que con el articulado constitucional actual, y sin perjuicio de la necesidad de ir perfeccionando el catálogo de derechos, no existe incompatibilidad alguna entre los principios contenidos en los Capítulos I y III de la Constitución con el Estado Social y Democrático de Derecho y el principio de solidaridad.

La concreción de un Estado que procure asistencia social está expresamente avalada por la Constitución. Los principios contenidos en ella no deben ser vistos como propios de un Estado liberal burgués clásico, y para personas que vivan atomizadas o aisladas de la sociedad, sino como un programa que permita que las autoridades democráticamente electas puedan dar mayores o menores énfasis de prestación, en aras de un mínimo vital.

Pero este deber de asistencia no puede estar dado única y exclusivamente por el texto constitucional. En efecto, que la Constitución consagre un catálogo extenso de derechos de prestación no trae aparejado su efectivo cumplimiento. Además, a mayor jerarquía de las normas, mayor su vaguedad e indeterminación, (fenómeno propio de las Constituciones). En el plano de los principios las Constituciones suelen representar distintos compromisos políticos, como los consagrados en el Capítulo I, y a su vez las reglas (normas que se cumplen en "todo o nada") están contenidas –en mayor medida– en la parte orgánica de la Constitución.

No deja de ser paradójico que algunos sostengan por una parte que las Constituciones son vagas, imprecisas e indeterminadas, y por otra estén empeñados en realizar reformas radicales al sistema constitucional vigente. Si las Constituciones no dicen mucho, ¿Por qué el afán en crear una nueva? ¿Para que se diga en ellas lo que ellos quieren políticamente?

En este debate hay una legítima intención, esto es, el lograr un mayor nivel de bienestar material para todos los habitantes de la patria, pero este objetivo no puede ser a costa única y exclusivamente de la norma más alta de la cúspide normativa. El medio no es el idóneo.

Es menester un conjunto de decisiones normativas, circunstancias fácticas y políticas públicas que no pueden por su naturaleza estar en una Constitución. Lo contrario solo conduce a un aumento irracional de expectativas sobre ésta, a una mayor frustración, y por lo tanto una menor cohesión social, lo que vulneraría el deber estatal de integración armónica de todos los sectores de la Nación, consagrado en el artículo primero de la Carta Fundamental.

Bibliografía

- ALDUNATE LIZANA, Eduardo, “Aproximación conceptual y crítica al Neoconstitucionalismo”, en *Revista de Derecho, Universidad Austral* Vol. XXIII - N° 1 - Julio 2010, p. 79-102.
- ATRIA LEMAITRE, Fernando, “¿Existen Derechos Sociales?”, en *Revista Discusiones/ Doxa* N° 4, 2004, p. 15-59.
- BASSA MERCADO, Jaime, *El Estado Constitucional de Derecho. Efectos sobre la Constitución vigente y los derechos sociales*, Editorial LexisNexis, 2008.
- BRUNA CONTRERAS, Guillermo, “Las bases de la constitucionalidad: una revolución institucional”, en *XXII Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, 2001, p. 256- 267.
- BUSTOS BOTTAI, Rodrigo, “Derechos sociales: Exigibilidad y justicia constitucional”, 2009. (Tesis para optar al grado de doctor en derecho, Universidad de Salamanca).
- CABRALES, José Miguel, “Los derechos sociales. una propuesta de interpretación conforme en el control constitucional de la ley”, en *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, N° 16, 2012, ISSN 1698-7950, p. 3-22.
- CARBONELL, Miguel “Eficacia de la Constitución y derechos sociales: esbozo de algunos problemas”, en *Revista Estudios Constitucionales, CECOCH, Universidad de Talca*, Año 6, N° 2, p. 43-71.
- CEA EGAÑA, José Luis, *Tratado de la Constitución de 1980*, Editorial Jurídica de Chile, 1988.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Editorial Trotta, Madrid, 1995.
- FERRAJOLI, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Editorial Trotta, Madrid, 2001.
- FERRAJOLI, Luigi, *Democracia y galantismo*, Editorial Trotta, Madrid, 2008.
- FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, Alfonso, “El Estado Social”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 23, N° 69, Septiembre-Diciembre 2003, pp. 139-180.
- GARCÍA PELAYO, Manuel, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza Editorial, Madrid, 1985.
- GARRIDO GÓMEZ, María Isabel, *Derechos Fundamentales y Estado democrático de derecho*, Editorial Dilex. S.L, 2007.
- MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio, *Los derechos sociales*. En PEREIRA MENAUT, Antonio Carlos, *Teoría Constitucional*, Editorial LexisNexis, 2006, pp. 299-312.
- MEJÍA RIVERA, Joaquín, *Aportes teóricos para promover los Derechos Sociales desde el pensamiento de Luigi Ferrajoli*, Editorial Casa San Ignacio) / (Guaymuras), Honduras, 2012.
- MOLINA GUAITA, Hernán, *Derecho Constitucional*, 12ª Edición, Editorial Legal-Publishing, 2010.

- PÉREZ LUÑO, Antonio, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Editorial Tecnos, Madrid, 1984.
- SOTO VELASCO, Sebastián, “Fallo ISAPRES: Una mirada a los derechos sociales y al rol de los jueces”, en ARTURO FERMANDOIS Y RODRIGO DELAVEAU (ed.) *Sentencias Destacadas 2008*, Instituto Libertad y Desarrollo, 2009, pp. 171 -213.
- Usen Vicencio, Alejandro, “Derechos Sociales: Teoría y praxis”, en *Nomos. Revista de Derecho de la Universidad de Viña del Mar*, N° 3, 2009, pp. 203-220.
- VERDUGO MARINKOVIC, Mario, PFEFFER URQUIAGA, Emilio y NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Derecho Constitucional*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 1994.
- VIERA ÁLVAREZ, Christian, “El Estado Social como fórmula en la Constitución chilena”, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Año 21 - N° 2, 2014, pp. 453-482.
- VIVANCO MARTÍNEZ, Ángela, *Curso de Derecho Constitucional*, Tomo II, Ediciones UC, 2006.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, traducción de Marina Gascón, 5ª edición, Editorial Trotta, Madrid, 2003.
- ZUÑIGA URBINA, Francisco, “Jurisprudencia del Tribunal Constitucional acerca de derechos económicos, sociales y culturales”, en *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado*, N° 20, 2008, pp. 83-109.

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- STC Rol N° 410 (2004): 14 de junio de 2004. (Requerimiento de inconstitucionalidad formulado por treinta y cinco señores Diputados respecto de las normas que indican sobre el proyecto de ley que modifica el Régimen de Jornada Escolar Completa Diurna y otros cuerpos legales). En página electrónica del Tribunal Constitucional www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=210
- STC Rol N° 976 (2008): 26 de junio de 2008. (Requerimiento de inaplicabilidad deducido por Silvia Peña Wasaff respecto del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, conocida como Ley de Isapres, en recurso de protección contra Isapre ING Salud S.A., Rol de Ingreso N° 4972-2007, de la Corte de Apelaciones de Santiago). En página electrónica Tribunal Constitucional www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=957
- STC Rol N° 2731 (2014): 26 de noviembre de 2014, (Requerimiento de inconstitucionalidad presentado por un grupo de Diputados, respecto de los preceptos que indican del proyecto de ley que crea el administrador provisional y administrador de cierre de instituciones de educación superior y establece regulaciones en materia de administración provisional de sostenedores educacionales, contenido en el Boletín N° 9333-04). En página electrónica del Tribunal Constitucional www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=3052

LA AUDITORÍA CON ENFOQUE AMBIENTAL EN EL DERECHO PÚBLICO CUBANO.

THE AUDITING WITH ENVIRONMENTAL FOCUS IN THE PUBLIC RIGHT CUBAN.

*Alcides Francisco Antúnez Sánchez**

Resumen

La regulación jurídica de la auditoría ambiental en las formas de gestión en Cuba constituyó un paso en el avance del control ambiental por el órgano supremo de control. Para ello se realiza un análisis epistemológico, histórico y legislativo de su desarrollo y evolución.

PALABRAS CLAVES: auditoría ambiental, formas de gestión, desarrollo sostenible.

Abstract

The juridical regulation of the environmental auditing in the way of state-owned step Cuban, take aim like a step in the advance of the environmental control for the supreme organ of control. For it, a historic analysis is accomplished, theoretician, member of the parliament of development and evolution of the control through the public audit.

KEY WORDS: Environmental auditing, forms of step, sustainable development

Ojeada histórica a la auditoría ambiental en el derecho público patrio

Los saberes contables e históricos marcan los albores del ejercicio de la auditoría como función pública, la que en su generalidad no era conocida

* Master en Asesoría Jurídica Universidad de Oriente. Profesor de Derecho Ambiental y Mercantil, Universidad de Granma - Cuba. Artículo recibido el 2 de junio de 2015 y aceptado para su publicación el 30 de agosto de 2015. Correo electrónico: aantunez@udg.co.cu

del todo a consecuencia de ser Cuba una colonia española. El período del siglo XVII hasta el XVIII evidencia que el control a las finanzas públicas estuvo constituido por los órganos de la Intendencia de Hacienda y el Tribunal de Cuentas. Ya para el siglo XIX, con el Decreto N° 78, como Ley del Poder Ejecutivo, se regularon las funciones de fiscalización, ejercitadas por el Interventor General de la República. Acciones jurídicas que tuvieron su sustento en la Constitución de 1940, al regular la fiscalización a los bienes públicos por el Ministerio de Hacienda, institución creada por la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo; se evidenció además la creación del Tribunal de Cuentas, el que fiscalizó el patrimonio, los ingresos, los gastos del Estado y a los organismos autónomos en esta época.

En el ámbito mundial han acontecido muchos cambios en los objetivos de la auditoría, la que solo se dedicaba en sus orígenes a la detección de fraudes, a la revisión de los sistemas y a la obtención de las evidencias. El control hoy se ha extendido a los recursos naturales al tomarse conciencia mundial de los altos índices de contaminación generados por la industria. Factores que propiciaron se reconocieran otros tipos de auditorías, como las de gestión y las operativas, la de eficiencia y la de economía, respondieron a las necesidades sociales, vinculadas al control ambiental, como el instrumento protector del ambiente, integrado a la realización de las revisiones clásicas que se efectuaban en otras ramas y sectores de la industria, al ser la de mayor incidencia en la contaminación.

Como una realidad, al triunfar la Revolución, el gobierno dota al país de un mecanismo más eficaz para salvaguardar los intereses del pueblo. Así, es creado en 1959 el Ministerio de Recuperación de Bienes Malversados para ejecutar esta función pública, a raíz de los cambios y las modificaciones en la estructura económica ejecutados con la sustitución del Tribunal de Cuentas en 1960.

Con la Ley N° 943 de 1961 se constituye el Ministerio de Hacienda, al que se le conceden funciones para la comprobación de los gastos del Estado con la Dirección de Comprobación, encargada de realizar la fiscalización. Al finalizar 1965, este órgano es disuelto, pasando estas funciones al Banco Nacional de Cuba, con la misma Dirección de Comprobación y con la función de ejercitar la auditoría estatal. Con posterioridad fue creado el Ministerio de Industrias y con ello la decisión de conformarse las primeras Unidades de Auditoría Interna en el país.

Para 1976, con la institucionalización sustentada en la Ley N° 1323, se crea el Comité Estatal de Finanzas, con lo que se reanuda la Dirección de Comprobación y la práctica de la auditoría estatal por parte del Estado. Sustentada a partir de lo establecido en el texto constitucional, artículo 10 que cito:

“...todos los órganos del Estado, sus dirigentes, funcionarios y empleados, actúan dentro de los límites de sus respectivas competencias y tienen la obligación de observar estrictamente la legalidad socialista y velar por su respeto en la vida de toda la sociedad...”.

Esta función pública es concebida por el Derecho Administrativo dentro de las formas de actividad de policía. Y se explica porque la mayor representatividad de empresas está en las formas de gestión estatal, regulada a partir del texto constitucional y en el ordenamiento jurídico sustantivo creado por los Decretos Leyes N° 67 de 1983 y 147 de 1994.

La década de los 80 mostró sucesos internacionales y nacionales con repercusión en la auditoría estatal, vinculados al desplome del campo socialista con la Unión Soviética como principal socio comercial, elementos que obligaron al Estado a buscar otros horizontes en la actividad económica y las relaciones comerciales, a través de asociaciones económicas con la inversión extranjera en los bloques económicos regionales que hoy aparecen en América Latina, como el MERCOSUR, UNASUR, la CELAC y el ALBA.

En la década de los 90 cesan las funciones del Comité Estatal de Finanzas y Precios, trasladadas al Ministerio de Finanzas y Precios y con ello se creó la ONA. Estas tuvieron sustento legal en el Decreto Ley N° 159 de 1995, como Ley de la Auditoría. Sustentado en el Acuerdo N° 2819 del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros de 1995 y en el Decreto N° 228 de 1997 para ejecutar la potestad sancionadora. Este Ministerio tomó el control de la auditoría pública, dictó directivas para la confección del plan de auditorías. Se creó el Registro de Auditores de la República, al que se le permitió la habilitación de los profesionales para esta función pública.

Desde 1985 hasta 1993, se comprobó que fueron realizados estudios vinculados con la forma más ventajosa de implementar y fortalecer los mecanismos de control, para crear un órgano de fiscalización superior. Es así que entre 1999 y 2000 se continuaron otros estudios para consumar la propuesta de crear un órgano soberano, sobre la experiencia alcanzada en América Latina y en la Unión Europea, en correspondencia con las regulaciones de las EFS –INTOSAI– a fin de adaptarlo al país y a las nuevas concepciones mundiales. Para ello, se creó el MAC, como el organismo encargado de dirigir, ejecutar y controlar la aplicación de la política del Estado y del Gobierno en materias de auditoría gubernamental, en la fiscalización y el control gubernamental; en las tareas de organizar, dirigir y controlar todo el Sistema Nacional de Auditoría.

En consecuencia, dentro del proceso de institucionalización analizado es también apreciado que la auditoría estatal, y en especial la protección ambiental, ha tenido un espacio superior a partir de su regulación norma-

tiva en el texto constitucional, refrendado en ulteriores leyes dictadas por el órgano con competencia en materia ambiental, el CITMA. Como parte del derecho sustantivo de la nación, este ha dictado acciones protectoras dirigidas hacia el ambiente, en correspondencia con los tratados ambientales de que es parte la nación. Todo lo cual es congruente con el Capítulo I del texto constitucional: Fundamentos Políticos, Sociales y Económicos del Estado, que establece cuatro ámbitos de incidencia: la protección del medio ambiente como principio constitucional rector de la política económica y social; la función pública de protección ambiental como mandato de acción para el Estado; la protección ambiental como ámbito de atribuciones y competencias, y la protección de los recursos naturales y de todo el rico potencial de la naturaleza como un deber ciudadano.

En su aplicación, lo antecedente se instituye como un principio constitucional de actuación de los órganos estatales, toda vez que se convierte en el soporte informador del ordenamiento jurídico patrio, donde el artículo 27 consagra la protección ambiental como función pública. Técnicamente, a la vez que se habilitan los órganos competentes para que intervengan en la protección del medio ambiente inspirados en el desarrollo sostenible, se ordena la aplicación de dicha habilitación con el objetivo de “hacer más racional la vida humana y asegurar la supervivencia, el bienestar y la seguridad de las generaciones actuales y futuras”, con ello se alcanza la solidaridad en términos de equidad inter e intrageneracional, la racionalidad y la sostenibilidad.

No obstante, aún quedan retos ambientales en la Carta Magna para reforzar las materias vinculadas a la protección del ambiente, al reparto de las atribuciones y de las competencias. A partir de los principios de organización y la actividad de los órganos estatales establecidos en el artículo 68 y en virtud de estos se integran y desarrollan sus acciones sobre la base de la democracia socialista en las tareas de su competencia. Además, hay que tener en cuenta la obligatoriedad de las disposiciones de los órganos superiores para los inferiores y la subordinación y rendición de cuentas de estos últimos a los superiores, lo que garantiza el respeto, la articulación y el control de la política ambiental.

Con la creación del CITMA se materializó toda esta política ambiental, con lo que se garantiza la adecuada obediencia de la “Ecuación Para la Vida” al ejecutar la potestad inspectora. Y se permite conocer a la Administración Pública los índices de contaminación con la aplicación de los sistemas de gestión ambiental, el uso e implementación de las tecnologías limpias, como meta hacia la sostenibilidad ambiental¹.

¹ Alcides ANTÚNEZ SÁNCHEZ, *Presupuestos jurídicos vinculados al control ecológico como actividad de los servicios públicos ambientales. Una mirada desde el sector empresarial estatal cubano*, pp. 119-141.

La inspección ambiental, la Evaluación de Impacto Ambiental, afín a las políticas del desarrollo económico-social (por la trascendencia y la relación que tiene con la auditoría ambiental), deberían ser practicadas en la mayoría de las acciones vinculadas con el medio ambiente construido. Estas acciones pueden colisionar con los momentos de control tecnológico que corresponde a las fases de auditoría ambiental, no solo en relación con la tecnología existente, sino también a las previstas por la Administración Pública, afín a la implementación y evaluación de la Responsabilidad Social Empresarial contenida en la ISO 26000 y en los principios que desde el Derecho Ambiental la informan –el precautorio, de prevención, responsabilidad y cooperación–².

Es una realidad hoy que con la actualización del modelo económico y la creación de la Contraloría General de la República como el órgano de control supremo, sustentada en la Ley N° 107 de 2009, se ha permitido al país insertarse en las novedosas tendencias internacionales declaradas por las Entidades Fiscalizadoras Superiores –INTOSAI–. Dicha Contraloría auxiliará a la Asamblea Nacional y al Consejo de Estado en la ejecución de la más alta fiscalización sobre los órganos del Estado y del Gobierno. El país con ello entrará en una etapa superior en la actividad de control de los bienes públicos y en especial los ambientales. Tanto los daños como la restauración ambiental acarrearán costos reales a la organización implicada. Por ello la auditoría ambiental que se reguló como una de las tipologías para la actividad de control en su Reglamento de 2010, debió ser reglada en la ley. Pero el legislador no la previó, ni siquiera en la Ley del Medio Ambiente.

No obstante, este tipo de control ambiental en el país ahora se ha reconocido, aunque sin un programa para realizar esta tipología de auditoría, donde se incluyan los elementos objetivos, subjetivos y formales en la normativa jurídica en atención a la transversalidad, a la multidisciplinariedad y la multidimensionalidad que tiene este tipo de control ambiental. Lo que a criterio de este autor entra en contradicción con las pautas de las EFS de América Latina y el Caribe, las que en estos temas tienen avances. También en otras regiones del mundo donde se actualizan, renuevan y evolucionan. Dichas pautas en la Unión Europea, por ejemplo, se distinguen la empresa y la industria de las EMAS. Esta última es de aplicación obligatoria. Se exige, además, la responsabilidad patrimonial y se aplica la norma ISO 26000 a las formas de gestión al certificar el comercio justo como uno de los valores agregados de este tipo de control.

² Alcides ANTÚNEZ SÁNCHEZ, “La auditoría ambiental, principios del Derecho Ambiental que la informan”, en *Revista Monfrague Desarrollo Resiliente*, pp. 165-190.

Esta acción de control podrá ser aplicada a futuro a todas las formas de gestión que en este siglo XXI se fomentan en el país. Se estima también que este órgano de control deberá crear las condiciones de cómo se organizará. Se requerirá de un diagnóstico de lo actual y lo puntual, que permita proyectar un plan de auditorías por su vínculo con otras herramientas de gestión; que se inician desde la arista económica donde aparece la tributación ambiental como una novedad institucional, reconocida en la legislación tributaria, donde este órgano supremo juega su rol en la cuantificación del daño ambiental, particularmente en relación con el vertido ambiental.

Esto conllevará el replantearse un nuevo Derecho Ambiental que permita equilibrar los fundamentos doctrinales, la normativa ambiental y la praxis jurídico-administrativa por los actores de la Administración Pública, dada la multidimensionalidad que tiene la auditoría ambiental. Un derecho que permita el cambio en la forma en que el ser humano percibe su relación con el ambiente y como interactúa con él, a partir del binomio deber-derecho, por la transversalidad que posee la práctica del control ambiental, para su desarrollo y evolución desde la arista económica hacia la jurídica. Con ello podrá conformarse la empresa amigable con el ambiente en la nación.

Esta auditoría ambiental en su regulación normativa no establece la certificación ambiental al concluir el proceso de uso en la doctrina consultada en la región de Iberoamérica, por los beneficios que su valor agregado trae para el comercio a los empresarios que la solicitan ante mercados ambientales exigentes. Este aspecto negativo deberá resolverse por el legislador nacional. En el caso cubano, a consecuencia del hostigamiento político sostenido por el bloqueo económico por más de 50 años, dependemos de la fuerza y los recursos propios. En la medida que el país sea capaz de integrar los procesos naturales, sociales y culturales con los del desarrollo económico aparejados al progreso del intelecto del capital humano en la actualización del modelo económico, entonces podrán ser aplicadas las fórmulas I+D e I+D+C en las formas de gestión³.

De implementarse la auditoría ambiental, estará desnivelada, al no estar implementada la contabilidad ambiental dentro del Sistema Contable, como lo señalan el PNUMA y las EFS. Dicha contabilidad permite analizar la relación costo-volumen-utilidad, con lo que se controla en qué se utiliza el presupuesto financiero destinado a esta actividad. La certificación de la contabilidad es otro de los valores agregados, factor que

³ Rodrigo OSPINA DUQUE, *La reingeniería de procesos: una herramienta gerencial para la innovación y mejora de la calidad en las organizaciones*, pp. 91-100.

propicia una imagen corporativa positiva cuando además se implementa la fórmula I+D+I.

La protección del bien jurídico ambiental en el país parte de la firma de Convenios y Acuerdos Internacionales con las EFS –INTOSAI– en las materias de contabilidad, auditoría y medio ambiente, integrados a partir de la norma constitucional y la legislación ambiental. Pero la omisión por parte del legislador de su no adecuada implementación puede haber sido una de las causales de la fragmentación de la normativa ambiental, necesitada de una apropiada construcción normativa a futuro, que permita evolucionar a tono con las políticas actuales de la región de Iberoamérica, en temáticas como la responsabilidad ambiental en materia civil, administrativa y penal, la evaluación ambiental estratégica, la cobertura financiera a través del seguro ambiental y las tecnologías limpias⁴.

Hay que analizar también la creación dentro de la Fiscalía de áreas especializadas en materia ambiental, como la solución en sede judicial ambiental de los conflictos generados. En todo este contexto, las causales que han conllevado a que el país tenga acumuladas todas las situaciones ambientales adversas han sido los patrones de producción utilizados, el consumo y el uso de los recursos que no han sido los más adecuados con alta incidencia en la contaminación; la degradación de los suelos; la pérdida de diversidad biológica; la carencia, la falta de disponibilidad y calidad del agua potable y la afectación de la cobertura forestal. Siendo las principales causas que inciden en la situación de la contaminación ambiental, además de las señaladas, la no aplicación de enfoques preventivos; la carencia de recursos y materiales para minimizarlos, el tratamiento de manera no adecuada de los residuos y emisiones generados por el sector estatal vinculados con el vertido ambiental; la no adecuada operación y mantenimiento de los sistemas de gestión; la educación ambiental insuficiente; la indisciplina social y la carencia de adecuados sistemas de monitoreo ambiental.

También aparecen identificados los principales problemas relacionados con la eficiencia en el uso de los recursos y la sostenibilidad de la producción y el consumo nacional: son el difícil acceso a las tecnologías de avanzada; la insuficiente comprensión y aplicación del concepto de sostenibilidad; la atención dirigida a los procesos vinculados a la problemática ambiental de los productos y servicios; la poca aplicación de las herramientas de gestión por los empresarios y no ejecutar compras públicas sostenibles con un diseño sostenible y responsable extendido a

⁴ Alfredo CABEZAS ARES, *Los seguros de responsabilidad civil medio ambiental en la obligación de reponer y restaurar el medio ambiente alterado*, p. 67.

todos los productores en las empresas en la forma de gestión estatal. En su mayoría sin tener en cuenta que lo verde vende.

Como corolario, el marco regulatorio complementario a la Ley N° 81 de 1997 por su vínculo con el control ambiental no garantiza la adopción de enfoques preventivos adecuados, aparejados a la indisciplina tecnológica que impera en la mayoría de las formas de gestión. A futuro, los costes en que incurrirá el Estado en la preservación del ambiente tendrán importancia y una relevancia decisiva en los procesos para la toma de las decisiones empresariales. De aquí que los procedimientos de la contabilidad de gestión ambiental sean de suma importancia para ejecutar la auditoría ambiental. Como evaluación ambiental y como valoración debe poseer un patrón contra el cual se efectuará la comparación. Este patrón de comparación variará de acuerdo al área sujeta a examen por parte del equipo auditor que realiza la evaluación ambiental. Requerirá que el equipo auditor tenga conocimientos sobre la estructura y el funcionamiento de la unidad económica sujeta a análisis, no sólo en su parte interna, sino en el ambiente en el que ella se desarrolla, así como el cumplimiento de la normativa legal a la cual estará sujeta. Deberá estudiarse el expediente legal de la organización auditada.

*Formas de actividad administrativa en la auditoría ambiental
por las EFS dentro del Derecho Público
en el sector estatal cubano*

La forma de actividad administrativa, que se adopta en la ejecución de esta tipología de auditoría a las formas de gestión no estatal es realizada por auditores de sociedades mercantiles certificados por la EFS para ejercitar esta función pública. Para ello necesitan una concesión administrativa y el título habilitante para ejecutar la función. Esta es solicitada de manera voluntaria por interés del empresario al órgano supremo de control. De esta manera, apreciamos cómo se ha incursionado en el control ambiental con la práctica de la auditoría, como proceso y procedimiento para proteger el medio ambiente, a partir del siglo XX.

Relacionado con la aseveración anterior, se ha de considerar la concepción de servicio público como un concepto controvertido, entendido de diversas formas y mutante en dependencia de las circunstancias políticas, económicas y sociales de los Estados. Se ha construido sementada en los casos resueltos en un período en Francia desde el siglo XIX al XX. Actividad esta que florece en el siglo XX con el desarrollo de la revolución industrial,

como consecuencia de los adelantos científico-técnicos acontecidos en esta época. Trajo como resultado la complejización de las relaciones sociales, donde la actividad industrial o de gestión económica quedó limitada a aquellas actividades de relevancia empresarial cuya titularidad se asumió por el poder público.

En la doctrina francesa, encontramos autores como DUGUIT y HAURIUO, con sus diferencias, que la consideran como la piedra angular del Derecho Administrativo clásico y para ello son argumentados elementos imprescindibles a la hora de determinarlo. A partir de las manifestaciones del servicio público, se identifican como elementos necesarios para su configuración: la necesidad de la sociedad o generalidad, la titularidad estatal, el régimen jurídico que permite que la Administración Pública gestione de manera directa o indirecta tanto el servicio como el control, la continuidad, uniformidad e igualdad de trato para todos los ciudadanos⁵.

Es notorio que la intención del servicio público es satisfacer las necesidades de la generalidad o colectividad. Sin embargo, estas pueden ser en buena medida satisfechas a partir de servicios privados, aunque es indispensable que el servicio que se realice lleve intrínseco la satisfacción del interés general. Sin olvidar que la consecución del interés público representa para la Administración Pública el fin de toda su actividad⁶.

Es así que se ha señalado que no es necesario que el servicio público sea realizado por una entidad o agente público. En definitiva, no es el sujeto lo que califica la actividad, sino el fin al que tanto se ha hecho alusión. Esta actividad puede ser realizada por sujetos que no son propios de la Administración Pública –pudieran ser incluso particulares– o entidades con las mismas características que estos sujetos anteriormente descritos; sin que se pierda la titularidad. Como categoría jurídica, es concebida como forma de actividad estatal y de actividad técnica. Como categoría rectora del interés público, se percibe realizada y asegurada de manera continua, regular y uniforme, tutelada por la Administración Pública y gestionada de forma directa por esta o indirecta por sujetos autónomos autorizados, bajo un régimen jurídico especial, destinada a la satisfacción de un interés general. Se contempla además la forma de gestión mixta a través de sociedades mercantiles, como ha sido ya citado, donde la Administración participa por sí o por medio de una entidad pública de conjunto con personas naturales o jurídicas.

Autores como LANCÍS Y SÁNCHEZ, PARADA Y MATILLA CORREA reconocen que hay características propias en el servicio público que lo distinguen

⁵ León DUGUIT, *Las transformaciones del Derecho Público*, p. 51.

⁶ Adolfo POSADA, *Tratado de Derecho Administrativo según las teorías filosóficas y la legislación positiva*.

del carácter de privado, pero esta diferencia es ocasional, ya que cambia de época en época y de un país a otro y que sobre el criterio que rige la calificación definitiva de un servicio como público o privado no se ha dicho aún la última palabra⁷.

Como actividad de control, es considerada como una de las actividades más importantes de la Administración Pública. Sus destinatarios son las formas de gestión estatal y no estatal, sujetas a acciones de control por la norma legal que se establezca y están obligados a mantener sistemas de control interno, conforme a sus características, competencias y atribuciones institucionales, para fomentar empresas no contaminadoras del medio ambiente, denominadas a partir de la publicación de la ISO 26000, como “empresas amigables con el ambiente”. Por lo que su reconocimiento y regulación en los ordenamientos jurídicos contrastados son corroborados como una prestación de servicio público, como actividad de control y de fomento al decir de GORDILLO. Para su ejecución, media la suscripción de un contrato de servicios, acción que concluye con la entrega del informe de los resultados de la auditoría practicada y la certificación ambiental⁸.

En materia de protección, desde el Derecho Ambiental este tipo de control ha variado, a partir de la aplicación de otros mecanismos de control incorporados en el transcurso de los años, conocidos como técnicas de tutela ambiental a través del autocontrol, la fiscalización, la inspección, la auditoría, el ordenamiento ambiental, la información y la educación ambiental. Se aprecia que su aplicación tiene carácter preventivo, relacionado con los principios de prevención y de responsabilidad del Derecho Ambiental, al establecerse la aplicación de instrumentos de control como son: la autorización, la licencia y la concesión, evaluados a través de la auditoría ambiental, la policía ambiental y la supervisión ambiental, con el fin de mejorar la conciencia ambiental e identificar los riesgos, para concebir empresas amigables con el ambiente.

La finalidad de estas actividades de control es mantener, controlar y evaluar la efectividad del sistema en las instancias de dirección que le competen, como sostienen GORDILLO, DROMI Y MUÑOZ MACHADO⁹. Su importancia se aprecia en la comprobación de las políticas del Estado en la preservación de las finanzas públicas y el control económico administrativo, donde se le ha incorporado la arista ambiental, que a criterio

⁷ Andry MATILLA CORREA, “Derecho Administrativo y servicio público. Trazos inconclusos desde una perspectiva histórica”, en *Revista Jurídica*, pp. 383- 444.

⁸ Alcides ANTÚNEZ SÁNCHEZ, “Presupuestos jurídicos vinculados al control ecológico como actividad de los servicios públicos ambientales. Una mirada desde el sector empresarial estatal cubano”, en *Revista electrónica Crítica do Direito*, pp. 119-141.

⁹ Agustín GORDILLO, *Tratado de Derecho Administrativo*, p. 1.

de este autor, evalúa la responsabilidad como otro de los principios del Derecho Ambiental vinculados a la práctica de la auditoría pública en materia ambiental¹⁰.

Como actividad de gestión económica, se analiza el uso de los instrumentos económicos, considerados por la doctrina administrativa en materia ambiental como una alternativa para atenuar los efectos de la problemática ambiental. Estos modifican las conductas de producción y de consumo al concebirlas como empresas sostenibles. Aparece entonces en este escenario la alternativa jurídico-económica del uso e implementación del tributo ambiental, elemento utilizado para obtener un desarrollo limpio, en relación con el principio –de quien contamina paga– del Derecho Ambiental¹¹. Por su vinculación con esta actividad de control practicada en las formas de gestión estatal y no estatal, en relación a la actividad que realicen, es implementada y controlada por el Fisco en normativas tributarias, vinculadas al vertido ambiental generado en la producción¹².

Otra de las aristas vinculadas con el control ambiental es el fomento ambiental, estímulo que promueve la Administración Pública para que las empresas sean menos contaminadoras. Este instrumento es regulado en normativas jurídicas a través de leyes especiales en los ordenamientos jurídicos. En los países de la región de Iberoamérica, se constata el reconocimiento de estos estímulos fiscales a través de impuestos o reformas fiscales verdes. Estos son utilizados como instrumentos de mercado, de aplicación al uso del transporte híbrido o eléctrico; en el reciclaje del plástico; en el control de la deforestación boscosa; en el tratamiento al agua potable y los desechos sólidos; en la conservación de la biodiversidad y en el uso de combustibles fósiles para modificar la matriz energética. Se aprecia además su vinculación con la reingeniería de procesos en la industria a través de las tecnologías al final del tubo y con los encadenamientos productivos por su relación con la auditoría ambiental, señalado por RÍOS GUAL Y OSPINA DUQUE¹³.

La doctrina ambiental para la práctica de esta evaluación ambiental reconoce dos variables. Una a través de la competitividad empresarial y otra en la protección ambiental con la entrega de instrumentos de acre-

¹⁰ Alcides ANTÚNEZ SÁNCHEZ, “La auditoría ambiental, principios del Derecho Ambiental que la informan”, en *Revista Monfrague Desarrollo Resiliente*, pp. 165-190.

¹¹ Néstor CAFERRATA, *Principios del Derecho Ambiental*.

¹² Alcides ANTÚNEZ SÁNCHEZ, “La auditoría ambiental y la industria amigable con el ambiente, meta del desarrollo sostenible en el Derecho Ambiental para Cuba por parte de la EFS-CGR”, en *Revista Diálogos de Derecho y Política*, pp. 33-49.

¹³ Rodrigo OSPINA DUQUE, *La reingeniería de procesos: una herramienta gerencial para la innovación y mejora de la calidad en las organizaciones*, pp. 91-100.

ditación. Al decir de MORA RUIZ, MARTIN MATEO¹⁴ y SANZ RUBIALS, esto permite distinguir el tránsito desde la actividad de limitación u ordenación –policía– hacia la de fomento, fortalecida con la aparición en todo este escenario de las normas EMAS y la ISO 26000.

Es por ello que los conceptos, principios y elementos establecidos sobre esta tipología de auditoría desde la doctrina administrativa se relacionan con otras ramas del derecho, en particular con el Derecho Ambiental. Los ordenamientos jurídicos de Iberoamérica la reconocen como una actividad de control y de servicio público, lo que en sí conlleva acciones de control. Todo lo cual permite medir la eficacia y eficiencia de las actividades auditable ambientales en las formas de gestión no estatal, concebidas a través de la aplicación de las normas EMAS, lo que supone el autocontrol con una menor intervención pública en las industrias de forma obligatoria. Como gestión ambiental moderna ello es transparente, participativo y congruente con un sistema de mercado para todos los países de la Unión Europea, al aportarles una gestión medioambiental de calidad y de obediencia a la legislación ambiental. Además, les permite la obtención de ayudas financieras, licencias y permisos ambientales, vinculadas a los principios del Derecho Ambiental que la informan, como el de responsabilidad, autocontrol, e información, para lograr la sostenibilidad ambiental¹⁵.

Es así que la actividad de control ambiental tiene también vínculo con el desarrollo urbano, compatible con las políticas no contaminadoras, vinculadas en su ejecución a otros instrumentos de gestión ambiental, como la evaluación de impacto ambiental, la licencia ambiental y la inspección, el fin de lograr el equilibrio con empresas ambientales responsables mediante la introducción y generalización de la norma ISO 26000. En conjunto permiten el desarrollo adecuado del ordenamiento urbano sostenible con estrategias para mejorar la calidad ambiental y convertir las ciudades en lugares de vida, de trabajo e inversión atractivos y sanos, donde el impacto ambiental negativo sea mínimo. Para ello, son integradas las políticas urbanas con una gestión ambiental sostenible, mejor planificada, con un transporte urbano sostenible. Todo lo cual permite en conjunto minimizar los efectos adversos sobre los recursos naturales necesarios como el agua, el aire y la energía.

Hay también un reenfoque en su visión, al integrarse las necesidades colectivas y el entorno social. Esto permite promover la educación

¹⁴ Ramón MARTIN MATEO, *El etiquetado ecológico, nuevo instrumento para la tutela ambiental*, pp. 111-ss

¹⁵ Jorge BUSTAMANTE ALSINA, *La Ecoauditoría empresarial en la Unión Europea*, pp. 187-202.

ambiental, orientada a incrementar la cultura popular de los problemas ambientales que hoy afectan al planeta, donde los ciudadanos y la Administración Pública tienen una carga en la responsabilidad de obedecer las políticas públicas a partir del binomio deber-derecho, como lo señalan LOPERENA ROTA¹⁶, JORDANO FRAGA Y FRANCO DEL POZO.

Es así que la contaminación ambiental y los modelos urbanistas integrados buscan la armonía social con un reenfoque del pensamiento ambiental, al ser la ciudad parte del paradigma ambiental, al promoverse un urbanismo sostenible con nuevas estrategias ambientales urbanas por la Administración Pública. Suplementariamente se fomenta el transporte colectivo como nueva cultura, el respeto a los espacios peatonales, a las aceras y plazas como elementos integrales en la defensa ambiental, posiciones estas asumidas por MORENO VIQUEIRA, CAMPESINO FERNÁNDEZ¹⁷ Y RUEDA por la importancia que tiene la aplicación de estas políticas por parte de la Administración Pública para proteger el ambiente.

A manera de conclusiones

La auditoría ambiental emergió debido a la contaminación empresarial y su enfrentamiento por el Estado. Su génesis se encuentra en la auditoría social. Se consolida posteriormente como acción de control practicada por las Entidades Fiscalizadoras Superiores y las Sociedades Mercantiles. Y posee una construcción jurídica a partir del reconocimiento en Convenios y Acuerdos Internacionales. Es introducida en los derechos internos mediante los textos constitucionales, las leyes ambientales y de contralorías, que le brindan solidez y sustento para el desarrollo de políticas ambientales como la herramienta de gestión ambiental. Puede ser voluntaria u obligatoria y manifestarse como una actividad de policía, un servicio público una actividad de fomento acorde a su ejecución y consecuencias.

La sistematización de la auditoría ambiental, como institución jurídica dirigida a proteger al bien jurídico ambiental, es reconocida desde la doctrina administrativa y la ambientalista. Los criterios teóricos y normativos valorados nos han permitido establecer que la realización de la auditoría entraña una relación jurídica ambiental y delimita sus elementos:

¹⁶ Demetrio LOPERENA ROTA, "La posición jurídica del ciudadano ante el medio ambiente", en *Revista Naturzale*, pp. 57-73.

¹⁷ Antonio CAMPESINO FERNÁNDEZ, "Eurociudades y medio ambiente", en *Revista de Geografía*, pp. 1-36

subjetivos (auditores y auditados), objetivos (contenido, instituciones y categorías a evaluar) y formales (documentos acreditativos de su validez).

La auditoría ambiental tiene un carácter multidimensional, integral y transdisciplinario. Su finalidad es la evaluación de la gestión ambiental de la empresa y la certificación de producciones limpias. Para realizarla las entidades auditadas deben implementar la contabilidad ambiental y el tratamiento de los residuales de la producción de la empresa. Constituye un proceso integrado por fases (preparación-ejecución-conclusión) cuyo procedimiento fundamental está regulado en las normas ISO y las EMAS.

La auditoría ambiental, en su ejecución se aprecia como una actividad de limitación u ordenación –policía–, practicada por las EFS con su encargo público, en atención al ordenamiento jurídico que la regule. Es también ejecutada por Sociedades Mercantiles, reconocida como un servicio público, y aporta luego de su conclusión valores agregados como la ética empresarial, la certificación contable, las producciones limpias, la ética empresarial, la competitividad empresarial y la certificación ambiental a las empresas amigables con el ambiente, permitiéndoles el acceso a mercados más exigentes.

La auditoría ambiental, en la actualización del modelo económico cubano, deberá tener un valor importante a futuro, toda vez que permite transitar de las formas de gestión de la certificación de la calidad hacia la certificación ambiental. Esto permitirá la competencia entre las empresas estatales y las no estatales en el mercado interno y en el foráneo como empresas amigables con el ambiente. Estamos necesitados de su regulación en el ordenamiento jurídico del país para las formas de gestión no estatal.

Bibliografía

- ÁLVAREZ HINCAPIÉ, Carlos, “Sistemas de certificación ambiental para la extensión tecnológica, la competitividad empresarial”, en *Revista Producción + Limpia*, 2008, pp. 1-61.
- ALVARADO RIQUELME, María, *Teoría y práctica de la auditoría, actividad profesional independiente, elabora un informe sobre la razonabilidad de los estados contables, muta al control ambiental en el siglo XX*, Ediciones Pirámide, España, 2014.
- ASTRONG, Mario, “La responsabilidad social empresarial. Una prioridad en el mundo empresarial moderno”, en *Revista del Centro Empresarial Moderno*, 2012.
- ANTÚNEZ SÁNCHEZ, Alcides, “La auditoría ecológica, un instrumento en la gestión ambiental, herramienta evaluadora de la contaminación”, en *Revista de Derecho Ambiental Medio Ambiente & Derecho*, N° 21, España, 2011, p. 18.

- ANTÚNEZ SÁNCHEZ, Alcides, “Consideraciones teórico-doctrinales sobre las herramientas de gestión ambiental, la auditoría ambiental, teoría, praxis y legislación en la segunda década del siglo XXI”, en *Revista De Jure*, N° 19, Brasil, 2012, p. 25.
- ANTÚNEZ SÁNCHEZ, Alcides, “Presupuestos jurídicos vinculados al control ecológico como actividad de los servicios públicos ambientales. Una mirada desde el sector empresarial estatal cubano”, en *Revista electrónica Crítica do Direito* N° 4, Brasil, 2014, pp. 119-141.
- ANTÚNEZ SÁNCHEZ, Alcides, “Disquisiciones teóricas, doctrinales y exegéticas sobre la praxis de la auditoría como función pública, dirigida a la protección del bien público ambiental para la empresa ecológica”, en *Revista Actualidad Jurídica Ambiental*, N° 40, España, 2014, pp. 9-51.
- ANTÚNEZ SÁNCHEZ, Alcides. “La auditoría ambiental, nexo con la empresa amigable del medio ambiente”, en *Revista de Auditoría y Gestión de los Fondos Públicos*, N° 65, España, 2015, pp. 71-80.
- ANTÚNEZ SÁNCHEZ, Alcides, “La auditoría ambiental y la industria amigable con el ambiente, meta del desarrollo sostenible en el Derecho Ambiental para Cuba por parte de la EFS-CGR”, en *Revista Diálogos de Derecho y Política*, N° 16, Colombia, 2015, pp. 33-49.
- ANTÚNEZ SÁNCHEZ, Alcides. “La auditoría ambiental, principios del Derecho Ambiental que la informan”, en *Revista Monfrague Desarrollo Resiliente*, N° 2, España, 2015, pp. 165-190.
- BASURTO GONZÁLEZ, Daniel. “Responsabilidad social y ambiental en las empresas”, en *Revista Política y Gestión Empresarial*, 2012, pp. 33-39.
- BELMONTE MARTIN, Ismael, “La ecoauditoría: un instrumento para la defensa del medio ambiente”, en *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales de Elche*, 2009, p. 13.
- BELLORIO CLABOT, Dino, *Tratado de Derecho Ambiental*, Tomo III, 1ª edición, Ediciones Astrea, Buenos Aires, 2004.
- BETANCORT RODRÍGUEZ, Andrés, *Instituciones del Derecho Ambiental*, Ediciones La Ley, España, 2001.
- BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *La ecoauditoría empresarial en la Unión Europea*, Ediciones Abeledo Perrot S.A, Argentina, 2008.
- CAFERRATA, Néstor, *Principios del Derecho Ambiental*. Ediciones Abeledo Perrot S.A, Argentina, 2010.
- CABEZA ARES, Alfredo, *Los seguros de responsabilidad civil medio ambiental en la obligación de reponer y restaurar el medio ambiente alterado*, Ediciones Trivium, España, 2003.
- CAMPESINO FERNÁNDEZ, Antonio, “Eurociudades y medio ambiente”, en *Revista de Geografía*, 2011, pp. 1-36.
- CONESA FERNÁNDEZ, Vicente, *Instrumentos de la gestión ambiental en la empresa*, 1ª edición, España, Ediciones Mundi-Prensa, 2003.

- DA CONCEIÇÃO DA COSTA MARQUES, María, *La problemática de la auditoría ambiental*, Universidad de Coímbra, Portugal, 2012.
- DOPAZO FRAGUÍO, Pablo, *El Régimen Jurídico de las marcas de calidad ambiental, Etiqueta ecológica y tutela ambiental*, España, 1^{era} edición, Ediciones Exlibris, 2001.
- DUGUIT, León, *Las transformaciones del Derecho Público*, 3^a edición, Ediciones Colín, Francia, 1925.
- DI TRINDADE AMADO, Federico, *Derecho Ambiental Esquemático*, Ediciones Método, 2^{da} edición, Sao Paulo, 2011.
- DROMI, José, *Tratado de Derecho Administrativo*, 7^a edición, Ediciones Ciudad, Argentina, 1998.
- FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, Dionisio, *Las auditorías ambientales*, Ediciones Tirant lo Blanch, España, 2008.
- FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, Dionisio, “La responsabilidad social corporativa en materia ambiental. Estado de la cuestión”, en *Boletín Económico de ICE*, N° 2824, Salamanca, 2004, pp. 27-43.
- FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano, “La inspección en el marco del control de la aplicación del Derecho Ambiental”, en *Revista Derecho Ambiental*, N° 24, 2000, pp. 1-26.
- GARCÍA ENTERRÍA, Eduardo, *Derecho Administrativo*, Ediciones Félix Varela, La Habana, 2005.
- GOMÉZ GARCÍA, Luis, “La auditoría ambiental ¿voluntaria u obligatoria?”, en *Revista de Derecho Ambiental y Ecología*, 2011, pp. 27-29.
- GOMEZ OREA, Domingo, *Auditoría ambiental: un instrumento de gestión en la empresa*, Ediciones Agrícola Española, España, 1994.
- GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, 8^a edición, Ediciones Macchi, Argentina, 2006.
- JAQUENOD DE ZSOGON, Silvia, *El Derecho Ambiental y sus Principios Rectores*, 3^a edición, Ediciones Dykinson, Estados Unidos de América, 1991.
- LOPERENA ROTA, Demetrio, *Desarrollo sostenible y globalización*, Editorial Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, Argentina, 2003, pp. 3-16.
- LOPERENA ROTA, Demetrio, “La posición jurídica del ciudadano ante el medio ambiente”, en *Revista Naturzale*, N° 12, España, 1997, pp. 57-73.
- LORENZETTI, Ricardo, *Teoría del Derecho Ambiental*, 1^a edición. Ediciones Porrúa S.A, México, 2008.
- LOZANO CUTANDA, Blanca, “La nueva etiqueta ecológica de la Unión Europea”, en *Revista de Gestión Ambiental*, N° 7, 2001, p. 5.
- MARTÍN MATEO, Ramón, *El etiquetado ecológico, nuevo instrumento para la tutela ambiental*, Ediciones Trivium, España, 1994.
- MARTÍN MATEO, Ramón, *Tratado de Derecho Ambiental*, Volumen 1, Ediciones Trivium, España, 1991.

- MATILLA CORREA, Andry, "Derecho Administrativo y servicio público. Trazos inconclusos desde una perspectiva histórica", en *Revista Jurídica*, 2014, pp. 383-444.
- MORA RUIZ, Manuela, "Tendencias del Derecho Administrativo. El Derecho Administrativo Ambiental: transformaciones en el Derecho Administrativo general", en *Revista Derecho y Conocimiento*, 2012, pp. 419-436.
- MORENO VIQUEIRA, Gabriel, "El urbanismo como elemento clave en el nuevo paradigma ambiental", en *Revista Umbral*, 2009, pp. 1-16.
- MURAD ROBLES, Pedro, *La Auditoría Ambiental voluntaria*, Ediciones Semarnat, México, 2009.
- MUÑOZ-MARTIN, Juan, "Ética empresarial, responsabilidad social corporativa y creación de valor compartido", en *Revista Globalización, Competitividad y Gobernabilidad*, 2013, pp. 1-13.
- MIRANDA HERNÁNDEZ, Gloria, "La potestad inspectora de las Administraciones Públicas", en *Revista Cuadernos de Inspección del Territorio*, 2012, pp. 1-21.
- NOGUERIA LÓPEZ, Alba, *Ecoauditorías, intervención pública ambiental y autocontrol empresarial*, Ediciones Marcial Pons, España, 2000.
- OSPINA DUQUE, Rodrigo, "La reingeniería de procesos: una herramienta gerencial para la innovación y mejora de la calidad en las organizaciones", en *Revista de Psicología y Administración de Empresas*, 2011, pp. 91-100.
- POSADA, Adolfo, *Tratado de Derecho Administrativo según las teorías filosóficas y la legislación positiva*, tomo I, Editorial Madrid, España, 1931. RAMADORI, Demetrio, *Auditoría Ambiental. Factor de éxito en la política ambiental*, Ediciones Fundación OIKOS, Argentina, 2013.
- RÍOS GUAL, Josep, "La reingeniería aplicada al mundo empresarial del siglo XXI", en *Revista de Empresas*, 2007, pp. 1-10.
- RINALGI, Gustavo, *La evaluación del impacto ambiental estratégica, nexos con la auditoría ambiental*, PNUMA-ONU, Argentina, 2013.
- RUEDA, Salvador, "El urbanismo ecológico, un nuevo modelo de urbanismo para abordar los retos de la sociedad", en *Revista Digital Universitaria* N° 7, 2009, pp. 1-34.
- SANZ RUBIALES, Iñigo, *El mercado de los derechos a contaminar*, Ediciones Lex Nova, España, 2012.
- SANZ LARRUGA, FRANCISCO, "El principio de precaución en la jurisprudencia comunitaria", en *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, N° 1, 2002, pp. 117-131.
- SALES DE FREITAS, Joycemara, "Auditoría Externa Ambiental como instrumento de defensa del medio ambiente", en *Revista De Jure*, N° 20, 2013, pp. 293-309.

LAS RELACIONES CIVILES-MILITARES EN CHILE BAJO LA CONSTITUCIÓN DE 1823. UNA EXPLICACIÓN DE SUS DISPOSICIONES Y CONTEXTO POLÍTICO

CIVIL-MILITARY RELATIONS IN CHILE UNDER THE CONSTITUTION OF 1823. AN EXPLANATION OF ITS RULES AND POLITICAL CONTEXT

*Valentina Verbal Stockmeyer**

Resumen

Este artículo aborda la cuestión de las relaciones civiles-militares en el marco de la Constitución de 1823. Apunta a determinar la manera en que las elites civiles buscaron subordinar a los militares, especialmente considerando el sistema de pesos y contrapesos de los poderes públicos en materia castrense. Y, en segundo lugar, a estudiar la imagen que sobre los militares tenían las elites dirigentes. De esta manera, se busca llenar un vacío historiográfico en torno al papel de los militares en el período de formación de la República.

PALABRAS CLAVE: Relaciones civiles-militares Constitución de 1823, poderes del Estado, formación de la República.

Abstract

This article addresses the issue of civil-military part of the Constitution of 1823. It points to relationships determining how that civilian elites sought to subordinate the military, especially considering the system of checks and balances of government in military field. And, secondly, to study the image that had ruling elites over the military. Thus, it seeks to fill a gap in historiography about the role of the military in the period of formation of the Republic.

* Magíster en Historia por la Universidad de Chile. Profesora del Departamento de formación general de la Universidad Viña del Mar. Artículo recibido el 4 de mayo de 2015 y aceptado para su publicación el 15 de agosto de 2015. Correo electrónico: valeverbal@gmail.com. La autora agradece los comentarios del profesor Cristián Guerrero Lira.

Keywords: Civil-military Constitution of 1823, branches of government, formation of the Republic.

Introducción

Durante el período 1823-1830 –tipificado por algunos historiadores como de *anarquía*; y por otros, como de *aprendizaje*¹– los militares fueron en Chile actores fundamentales. Y no sólo a partir de algunos líderes aislados –como O’Higgins, Freire, Blanco, Pinto o Prieto–, sino a través de una cantidad importante de oficiales y soldados.

De hecho, durante estos ocho años se produjeron una gran cantidad de acciones de insubordinación militar en distintos lugares del país (Chiloé, Yumbel, Talca, San Fernando, Santiago, San Felipe, Coquimbo, etc.), las que preferentemente han sido estudiadas en el marco de historias generales o políticas, referidas al proceso de Independencia y de formación de la República.

En concreto, el período 1823-1830 ha sido muy poco abordado desde la perspectiva de las relaciones civiles-militares; y, en cambio, profusamente desde el ángulo constitucional en sentido amplio, es decir, atendiendo al régimen político instaurado. En otras palabras, la historiografía constitucional² se ha centrado, más bien, en las relaciones entre los poderes Ejecutivo y Legislativo, y entre los poderes centrales y provinciales o locales, pero dejando de lado el hecho que estas mismas relaciones tienen una dimensión militar. Por ejemplo, el principio de supremacía civil se basa en el establecimiento de un sistema de pesos y contrapesos entre los poderes Ejecutivo y Legislativo, que apunta a responder a la pregunta sobre quien o quiénes controlan a los militares.

Pese a que se tiende a señalar que las acciones de insubordinación militar del período tuvieron una motivación principalmente económica –básicamente, por el no pago de sueldos a la tropa–, no nos parece adecuado desligarlas *a priori* de la inestabilidad política que se vivía en el país en el marco del proceso de formación de la República, especialmente en términos constitucionales³.

¹ Para la primera visión, ver Alberto EDWARDS, *La fronda aristocrática en Chile*. Para la segunda, Julio HEISE, *Años de formación y aprendizaje políticos*.

² HEISE, Julio, *Historia Constitucional de Chile*, y Fernando CAMPOS HARRIET, *Historia Constitucional de Chile. Las instituciones políticas y sociales*.

³ Anteriormente, hemos tratado una insubordinación castrense de carácter económico, pero inserta en el contexto político que se vivía: Valentina VERBAL, “El motín de Talca del 21 de julio de 1827: contexto, acontecimiento y significado”, pp. 9-19.

En todo caso, las historias generales de Chile dan cuenta de algunas acciones de insubordinación directamente políticas. Ejemplos emblemáticos son las sublevaciones o'higginistas de 1825 y 1826, y los alzamientos de Enrique Campino en 1827 y de Pedro Urriola en 1828. Frente a estos eventos, cabe la pregunta en cuanto a su relación con el contexto general que vivía el país. En particular, con la inexistencia de un régimen constitucional que –no sólo desde la teoría– diferencie sustantivamente a las elites civiles de las militares.

Considerando que durante el período en estudio se luchaba por organizar el Estado luego de la fase bélica de la Independencia en la zona central del país⁴, el objetivo de este artículo es determinar los mecanismos constitucionales a través de los cuales las elites civiles buscaron controlar a los militares. En segundo lugar, describir la imagen que las primeras tenían sobre los segundos.

Se ha decidido restringir este trabajo a la Constitución de 1823 por tres tipos de razones:

- a) fue la primera del período 1823-1830, que supuso varios intentos institucionales por superar la fase bélica y autoritaria del proceso de Independencia;
- b) la que más extensamente regula a las fuerzas armadas; y
- c) fija una pauta que se reproducirá, con matices, en las Cartas posteriores, de 1828 y 1833. Sin embargo, con el objeto de insertarla en un marco más amplio, acudiremos al método comparativo con las Constituciones anteriores (1818 y 1822)⁵.

En términos teóricos, y dado que este artículo apunta a analizar el proceso de formación de la República desde la perspectiva de las relaciones civiles-militares, acudiremos a diversas disciplinas que estudian esta cuestión, especialmente la Sociología Militar, la Ciencia Política y el Derecho Constitucional. A los conceptos recogidos de estas ramas de las ciencias sociales dedicaremos los dos primeros apartados de este trabajo.

1. *Las relaciones civiles-militares*

De un tiempo a esta parte y en lengua española, se ha dejado de usar la expresión *relaciones cívico-militares*. Rafael Bañón y José Antonio Olmeda aportan dos razones en torno a este cambio:

⁴ Se seguía combatiendo en torno a la frontera del Bío-Bío y el archipiélago de Chiloé será recién anexado en enero de 1826.

⁵ Para las de 1828 y 1833 esperamos publicar artículos independientes en un futuro.

a) la expresión inglesa de la que proviene es *civil-military relations*;

y

b) “el militar no es civil, pero sí es cívico por ser ciudadano”⁶.

Para referirse a las relaciones civiles-militares, se suele también hablar de los estudios sobre *Fuerzas Armadas y Sociedad* que, según Omar Gutiérrez Valdebenito, suponen “el análisis de las relaciones entre los militares y las demás instituciones sociales”⁷.

Samuel P. Huntington afirma que el foco principal de estos estudios es la conexión del Estado con el cuerpo de oficiales:

“[...] al analizar las relaciones cívico-militares⁸, la necesidad primordial consiste en definir la naturaleza del cuerpo de oficiales. ¿Qué tipo de cuerpo es el cuerpo de oficiales? ¿Qué tipo de hombre es el oficial militar?”⁹.

Un tema clave en materia de relaciones civiles-militares se refiere al principio de supremacía civil sobre el estamento militar. O, dicho a *contrario sensu*, a la subordinación de los militares al poder civil. Desde una perspectiva normativa –del *deber ser*– cabe preguntarse sobre la importancia y necesidad de este control. En el marco de una democracia, caracterizada por el pluralismo ideológico, resulta fundamental que el juego político –la conquista y conservación del poder– no quede entregado al uso de la violencia de parte de grupos e intereses partidistas.

Si quienes detentan el monopolio de la fuerza estatal –los militares– asumiesen posturas abiertamente políticas, la democracia se vería comprometida de manera crítica desde su misma base. De ahí que algunos autores hablen de “control democrático de los militares”¹⁰. Bañón y Olmeda sostienen que las normas sobre los militares se basan en “la concepción del Estado como expresión política democrática del conjunto de la sociedad”¹¹. Pero históricamente –y como veremos en este artículo– no siempre se ha logrado dicho control, al menos de manera plena.

Citando a Hermann Oehling, el control civil del militar

⁶ BAÑÓN, Rafael, y José Antonio OLMEDA (compiladores), *La institución militar en el Estado contemporáneo*, p. 11.

⁷ GUTIÉRREZ VALDEBENITO, *Sociología militar. La profesión militar en la sociedad democrática*, p. 149.

⁸ Recordemos que la traducción adecuada es relaciones civiles-militares.

⁹ HUNTINGTON, Samuel P., *El soldado y el Estado. Teoría y práctica de las relaciones cívico-militares*, p. 15.

¹⁰ GARCÍA, Gonzalo, y Juan Esteban MONTES, *Subordinación democrática de los militares. Éxitos y fracasos en Chile*.

¹¹ BAÑÓN, Rafael, y José Antonio OLMEDA, *La institución...*, *op. cit.*, p. 15.

“corresponde a la sumisión completa e incondicional del poder militar al gobierno legítimo. Supone una separación total y la absoluta capacidad de decisión del poder civil. La única participación que podemos llamar política del ejército en la sociedad es aquella de defenderla contra cualquier ataque exterior y cooperar en el mantenimiento del orden público interno”¹².

Sin embargo, en la práctica, el control civil sobre los militares no siempre es absoluto, deviniendo en diversas expresiones de insubordinación castrense. En este sentido, resulta de gran utilidad la distinción de Huntington entre control civil subjetivo y objetivo. El primero implica “llevar al máximo el poder de los grupos civiles en relación con los militares”. Y esto “siempre significa llevar al máximo el poder de algún grupo o grupos civiles particulares”¹³. En términos históricos, este tipo de control se dio en la primera superación del absolutismo, la que –en cuanto al tema que nos ocupa– se caracterizó por un “control parlamentario sobre las fuerzas armadas más que un control civil en general”¹⁴. Huntington explica que, de esta manera, el control civil adquiere un valor meramente instrumental, lo que “hace imposible asegurar un acuerdo general sobre su sentido”¹⁵. Este tipo de control supone la politización de los militares.

En cambio, el control civil objetivo se caracteriza por llevar al máximo la profesionalidad militar¹⁶. Mientras que el control civil subjetivo busca atraer a los militares a la política, integrándolos a grupos particulares, el control civil objetivo “logra su fin militarizando a los militares, haciéndolos la herramienta del Estado”.

“Históricamente, la exigencia de control objetivo ha venido de la profesión militar, la exigencia del subjetivo de los variados grupos civiles, ansiosos por llevar al máximo su poder en los asuntos militares”¹⁷.

Para Lorenzo Cotino Hueso, la supremacía civil sobre los militares constituye el *remedio* para sanar una *enfermedad*. ¿Cuál? El intervencionismo militar o intervención política de los militares¹⁸.

¹² OEHLING, Hermann, *La función política del Ejército*, pp. 150 y 151.

¹³ HUNTINGTON, Samuel P., *El soldado...*, *op. cit.*, p. 91.

¹⁴ *Ibid.*, 92.

¹⁵ *Ibid.*, p. 93.

¹⁶ Al concepto de profesionalidad militar, nos referiremos en el apartado siguiente de este artículo.

¹⁷ HUNTINGTON, Samuel P., *El soldado...*, *op. cit.*, p. 94.

¹⁸ COTINO HUESO, Lorenzo, *Supremacía y control civiles de la defensa y las Fuerzas Armadas. Seguimiento y propuestas para América Latina*, p. 10.

Justamente, un tema muy importante es el de los factores o causas del intervencionismo militar. El mismo Cotino enumera y describe dieciséis factores¹⁹. Destaquemos solamente los siguientes:

- a) *la falta de suficiente legitimidad del poder civil*, lo que hace que los militares llenen el vacío de poder existente;
- b) *la escasa cultura democrática*, por ejemplo, la poca valoración del pluralismo ideológico y de la búsqueda de acuerdos;
- c) *la menor complejidad del sistema institucional*, ya que, al existir una escasa diferenciación funcional, los civiles tienden a ser más proclives a la participación política de los militares y éstos se sienten llamados a intervenir;
- d) *la mayor implicación de las fuerzas armadas en misiones de orden público*, lo que las aleja de su misión esencial, que es prepararse para la guerra exterior; y
- e) *el grado de profesionalidad*: a menor profesionalidad, mayor es la potencialidad de la intervención militar.

Por último, y siguiendo a Samuel E. Finer, es posible distinguir cuatro niveles de intervención política de los militares:

- a) influencia,
- b) presión,
- c) desplazamiento, y
- d) sustitución.

Las dos últimas suelen darse de manera violenta. La *influencia* se refiere “al esfuerzo por convencer a las autoridades civiles apelando a su razón o a sus emociones”²⁰. Mediante la presión,

“los militares procuran convencer al poder civil y se valen de la amenaza de una u otra sanción. Tales presiones pueden variar desde insinuaciones o actos que sean apenas constitucionales, en un extremo, hasta intimidación y amenazas decididas e inconstitucionales, en el otro”²¹.

El desplazamiento es

“la suplantación del gabinete o del gobernante por otro gabinete u otro gobernante. Esto se consigue mediante violencia o amenaza de violencia. El propósito es sustituir un conjunto de políticos civiles por otro más sumiso. Sin embargo, el régimen civil en sí no desaparece, sino un determinado grupo de civiles”²².

¹⁹ *Ibid.*, p. 35.

²⁰ FINER, Samuel E., *Los militares en la política mundial*, p. 116.

²¹ *Ibid.*, p. 116.

²² *Ibid.*, p. 117.

El cuarto nivel

“elimina el régimen civil y pone en su lugar el régimen militar. Éste es el último y más completo nivel de intervención, el nivel de *suplantación*”²³.

2. Misiones y características de las fuerzas armadas²⁴

Conforme al Diccionario de la Real Academia Española, la palabra *misión* puede ser entendida como la “facultad que se da a alguien de ir a desempeñar algún cometido”²⁵. Considerando esta definición, surge la pregunta: ¿Cuáles son los cometidos que deben cumplir las fuerzas armadas?

Francisco Cumplido y Humberto Nogueira afirman que la

“misión de responsabilizarse de la seguridad, especialmente la defensa del territorio nacional, es un objetivo clásico de las fuerzas armadas. La independencia del Estado está ligada, en parte, a la capacidad de estas fuerzas para repeler las agresiones exteriores”²⁶.

Pero a continuación agregan una segunda misión, que es

“su colaboración con las fuerzas de orden y seguridad en el mantenimiento del orden interno, para preservar en épocas de crisis a la subversión del orden público provenientes de reuniones tumultuosas [...] como de sublevaciones y acciones sediciosas”²⁷.

De lo anterior, es posible colegir que la misión principal de las fuerzas armadas se relaciona con la defensa exterior “frente a una amenaza o agresión que atente contra la soberanía, independencia o integridad territorial del Estado”²⁸. Y que su misión accesoria se vincula a la conservación del orden público, en colaboración con las fuerzas de policía.

²³ *Ibid.*

²⁴ El marco teórico de este apartado ha sido bastante tratado desde el Derecho Constitucional, por lo que nos basaremos en buena medida en autores de esta área, principalmente chilenos.

²⁵ Diccionario de la Real Academia Española, “Misión”. Disponible en: <http://lema.rae.es/drae/?val=misi%C3%B3n>. Consultada el 8 de julio de 2014.

²⁶ CUMPLIDO CERECEDA, FRANCISCO, y HUMBERTO NOGUEIRA ALCALÁ, *Las Fuerzas Políticas. En los hechos y en el derecho*, pp. 164 y 165.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ PAÚL LATORRE, Adolfo, *Política y Fuerzas Armadas. Características y misiones constitucionales de las Fuerzas Armadas*, p. 108.

Morris Janowitz subraya que la existencia de esta doble misión se da, también, con preferencia en naciones nuevas que, por lo mismo, carecen de un alto nivel de profesionalidad en sus cuerpos militares.

“La institución militar debe preocuparse de la función alternativa de mantenimiento de la seguridad interna, puesto que en muchas naciones nuevas las instituciones del derecho y el orden son frágiles”²⁹.

Sin embargo:

“Un supuesto del modelo democrático de relaciones civiles-militares es que la supremacía civil depende de la separación organizativa estricta entre fuerzas de violencia externas e internas”³⁰.

Recordemos que uno de los factores principales del intervencionismo militar es la mayor implicación de los cuerpos castrenses en misiones de orden público, persecución policial y jurisdiccional. Cotino sostiene que, por ejemplo,

“la participación en funciones antiterroristas y contra el narcotráfico genera también diversos problemas. Asimismo, la implicación de las FAS en funciones sociales y asistenciales y de emergencia genera en ocasiones dinámicas paternalistas, contrarias a su separación de la vida política y a la debida percepción militar en una sociedad democrática”³¹.

Ahora bien, con respecto a las características fundamentales de las instituciones castrenses, casi todos los autores revisados concuerdan que se trata de instituciones públicas, armadas, profesionales, jerárquicas, disciplinadas, obedientes, y no deliberantes.

Que sean *públicas*, quiere decir que le pertenecen a la sociedad en su conjunto. Y que, en concreto, el monopolio de la fuerza legítima está radicado en el Estado a través de la subordinación de las fuerzas armadas al poder civil. Ya se ha dicho que este monopolio es muy importante en el marco de una sociedad democrática, donde el juego político no debe zanjarse por medio de la violencia, menos todavía a través de la fuerza estatal.

Decir que son instituciones *armadas* puede sonar a perogrullada. Pero es imposible pensar en ellas sin considerar que poseen poder de fuego y capacidad de acción o reacción armada. Si no fuera así, mal podrían cumplir las misiones de defensa exterior e interior.

²⁹ JANOWITZ, Morris, “La organización interna de la institución militar”, p. 106.

³⁰ *Ibid.*, p. 107.

³¹ COTINO HUESO, Lorenzo, *Supremacía y control...*, *op. cit.*, p. 37.

En tercer lugar, las fuerzas armadas son *profesionales*. Huntington –quien ha tratado al detalle esta característica– sostiene que, en general, el concepto de *profesión* implica la concurrencia de tres elementos:

a) *maestría*:

“El profesional es un experto con un conocimiento y una habilidad especializados en un campo significativo del esfuerzo humano”³²;

b) *responsabilidad*:

“El profesional es un experto que ejerce la práctica, trabaja en un contexto social y desempeña un servicio, como la promoción de la salud, la educación o la justicia, que es esencial para el funcionamiento de la sociedad”³³; y

c) *corporativismo*:

“Los miembros de una profesión comparten un sentido de unidad orgánica y de consciencia de sí mismos como grupo distinto de los legos”³⁴.

Pues bien, estas tres características concurren en la profesión militar de la siguiente manera:

a) *maestría*: La habilidad central de la profesión militar consiste en la administración de la violencia. “La función de una fuerza militar es el combate armado exitoso”³⁵;

b) *responsabilidad*: Es la seguridad militar del Estado; y

c) *corporativismo*:

“Los imperativos funcionales de seguridad dan origen a complejas instituciones vocacionales que moldean el cuerpo de oficiales hasta convertirlo en una unidad social autónoma”³⁶.

Como complemento al carácter profesional de las fuerzas armadas, existe lo que se suele denominar “contribución ciudadana a la defensa militar”³⁷, que se ha expresado históricamente en las milicias, en el servicio militar (obligatorio o voluntario) y en las guardias cívicas o nacionales.

³² HUNTINGTON, Samuel P., *El soldado...*, *op. cit.*, p. 20.

³³ *Ibid.*, p. 21.

³⁴ *Ibid.*, p. 22.

³⁵ *Ibid.*, p. 23.

³⁶ *Ibid.*, p. 26.

³⁷ PAÚL LATORRE, Adolfo, *Las fuerzas...*, *op. cit.*, p. 131.

Además, no pocas veces en la historia estas entidades han funcionado como contrapeso del poder político hacia el militar.

Que las fuerzas armadas sean *jerárquicas* quiere decir que están organizadas sobre la base de una organización piramidal desde los grados más altos a los más bajos. Alejandro Silva Bascuñán señala que

“el mando debe descender en sucesivos escalones de superioridad e inferioridad y observarse el conducto regular de inferior a superior, respetando esa misma graduación para transmitir las peticiones y observaciones que procedan”³⁸.

Que sean *disciplinadas* implica que sus miembros se someten libremente a un orden establecido. Gutiérrez Valdebenito afirma que

“una organización militar sin disciplina no es propiamente una organización militar. Sería en todo caso un grupo de incontrolados, pero nunca unas fuerzas armadas”³⁹.

Bañón y Olmeda subrayan que, aunque toda “organización social descansa en la *sumisión* de los escalones inferiores a los superiores”⁴⁰, en la organización militar esta sumisión se fundamenta no sólo en un consenso interior, de los miembros de la organización, sino también en un consenso exterior, del conjunto de la sociedad⁴¹. Esta consideración es relevante, porque ello supone el acuerdo en cuanto a que la administración de la violencia legítima debe estar radicada en el Estado a través de sus cuerpos militares.

La *obediencia* constituye una natural consecuencia de las características anteriores. Implica el cumplimiento irrestricto –aunque inteligente– de los órdenes emanadas de los escalones superiores. Huntington distingue algunos casos de excepción al cumplimiento del deber de obediencia, pero justamente se trata de situaciones específicas e infrecuentes.

“Normalmente la perturbación de la organización militar producida por la desobediencia a órdenes operativas superará los beneficios obtenidos por tal obediencia”⁴².

Por último, el carácter *no deliberante* de las fuerzas armadas se refiere, según Enrique Evans De la Cuadra, a que “no pueden someter a debate,

³⁸ SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, *Tratado de derecho constitucional*, Tomo II, p. 122.

³⁹ GUTIÉRREZ VALDEBENITO, Omar, *Sociología militar*, op. cit., p. 193.

⁴⁰ BANÓN, Rafael, y José Antonio OLMEDA, *La institución...*, op. cit., p. 65.

⁴¹ *Ibid.*, p. 66.

⁴² HUNTINGTON, Samuel P., *El soldado...*, op. cit., p. 84.

como instituciones, las órdenes de la autoridad civil⁴³. Y se relaciona, además, con su prescindencia política. En otras palabras, aunque los militares como individuos puedan poseer ideas políticas, y expresarlas secretamente mediante el sufragio, ni las instituciones castrenses ni sus miembros deben representarlas de manera pública.

Silva Bascuñán profundiza en este punto al decir que

“ninguno de los institutos armados, ni los diversos cuerpos que lo forman, ni sus miembros individualmente invocando o reunidos en su calidad, dentro de sus respectivos grados, o con participación de componentes con grados diversos, puedan debatir acerca de los problemas colectivos con miras a uniformar apreciaciones o coordinar actitudes que conduzcan a expresar aplauso o crítica a los órganos del poder político o a hacer prevalecer soluciones propias en cualquier aspecto”⁴⁴.

3. *Las fuerzas armadas bajo el constitucionalismo liberal: la influencia de los Estados Unidos, Francia y España*

Aunque *a priori* pueda parecer redundante hablar de *constitucionalismo liberal*, considerando que el constitucionalismo constituye uno de los grandes aportes del liberalismo de la época que es materia de este estudio, nos parece adecuado el término, puesto que apunta a resaltar que las Constituciones del proceso de Independencia y de formación de la República no tenían como objetivo principal regular la forma del Estado –lo que, desde luego, ya existía bajo las monarquías absolutas–, sino limitar el poder de los gobernantes en favor de las personas, representadas por los congresos o asambleas legislativas⁴⁵. En este sentido, Simon Collier afirma que, entre los años de 1808 y 1833, el constitucionalismo se entendía en Chile como indisoluble del principio de separación de poderes: “El ‘leitmotiv’ de la teoría constitucional de la revolución fue el equilibrio de poderes”⁴⁶.

Una gran pregunta es: ¿cómo se expresó este equilibrio en torno a la regulación de las fuerzas armadas en las Constituciones de los Estados

⁴³ EVANS DE LA CUADRA, Enrique, *Chile, hacia una Constitución contemporánea. Tres reformas constitucionales*, p. 120.

⁴⁴ SILVA BASCUÑÁN, Enrique, *Tratado de Derecho Constitucional*, Volumen 3, p. 345.

⁴⁵ Como bien expresa Nicola Matteucci, el constitucionalismo “es una forma de Estado que históricamente sucede o, mejor dicho, sustituye a la monarquía absoluta, en la cual todo el poder está concentrado en las manos del rey y procede o, mejor dicho, se desarrolla en la monarquía, o en la república parlamentaria, en la cual el poder está en manos del pueblo que elige la asamblea (o las asambleas) representativa, la cual a su vez nombra al gobierno”. MATTEUCCI, Nicola, “Constitucionalismo”, p. 336.

⁴⁶ COLLIER, Simon, *Ideas y política de la Independencia chilena*, p. 143.

Unidos, Francia y España, anteriores a las chilenas de 1823 y 1828? En otras palabras, ¿sobre qué poder del Estado centraron tales cartas el control de las elites civiles sobre los militares?

Por motivos de espacio, distinguiremos en este apartado los siguientes elementos que –en torno a los cuerpos militares– establecieron las Constituciones estadounidense, francesa y española, anteriores a las chilenas de la década de 1820⁴⁷:

- a) desconfianza;
- b) carácter público;
- c) doble misión;
- d) contribución ciudadana; y
- e) subordinación.

En un comienzo, el constitucionalismo liberal implicó una fuerte desconfianza en torno a los ejércitos profesionales. En los términos de Guiseppe de Vergottini, esta situación se sustentó en el hecho que en

“el pasado, en todos los estados absolutos el ejército fue concebido como un instrumento de poder del soberano y, por ende, como uno de los máximos pilares de su poder absoluto”⁴⁸.

No hay que olvidar que el liberalismo de fines del siglo XVIII y comienzos del XIX propició los derechos del individuo frente al Estado, desconfiando del buen uso de la facultad de éste de coaccionar al primero.

De hecho, la sección 13 de la Declaración de Derechos del Pueblo de Virginia del 23 de junio de 1776 dispuso

“que deberían evitarse, en tiempos de paz, como peligrosos para la libertad, los ejércitos permanentes; y que, en todo caso, las fuerzas armadas estarán estrictamente subordinadas al poder civil y bajo su mandato”⁴⁹.

Precisamente en base a esta desconfianza, el artículo I sección 8^a de la Carta de 1787 centralizó en el Congreso las facultades estatales sobre las fuerzas armadas, por ejemplo, en materia presupuestaria, reglamentaria, de reclutamiento, etc.⁵⁰ Bajo este mismo espíritu, la Constitución de

⁴⁷ Esperamos, en un futuro, tratar la materia de este apartado con mayor profundidad.

⁴⁸ DE VERGOTTINI, Giuseppe, *Derecho constitucional comparado*, p. 357.

⁴⁹ Para este documento, ver PECES-BARBA, Gregorio, *Derecho positivo de los derechos humanos*, pp. 101-105.

⁵⁰ Para este documento en español, ver *National Archives*, “La Constitución de los Estados Unidos de América 1787”. Disponible en: <http://www.archives.gov/espanol/constitucion.html>. Consultada el 14 de octubre de 2014.

Cádiz de 1812⁵¹ radicó todas las atribuciones en materia militar en las Cortes (Parlamento). A modo de ejemplo, el artículo 357 estableció que:

“Las Cortes fijarán anualmente el número de tropas que fueren necesarias según las circunstancias y el modo de levantar las que fuere más conveniente”⁵².

De estas disposiciones, puede colegirse que el primer constitucionalismo liberal entendió que para superar el absolutismo –caracterizado, en materia militar, por la pertenencia de las fuerzas armadas al monarca– era necesario radicar el control sobre los cuerpos militares en el órgano que por excelencia representaba a la soberanía popular: el Congreso o asamblea legislativa. La preponderancia del Parlamento constituyó un sello característico de las repúblicas tempranas.

Aunque pueda discutirse en torno al grado de participación política del pueblo y sobre la extensión del derecho a sufragio, reconocidos por el primer constitucionalismo⁵³, compartimos el punto de vista de H. S. Jones, quien sostiene que “los liberales creían en el gobierno vía discusión, y el papel principal del Parlamento era servir de foro en donde la Nación deliberara”⁵⁴.

Este contexto doctrinario se conecta con un segundo elemento, que se refiere al carácter público de las fuerzas armadas. Ya en el caso de la Francia revolucionaria⁵⁵, el artículo 12 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 estableció que:

“La garantía de los derechos del hombre y del ciudadano necesita una fuerza pública. Esta fuerza se instituye, por tanto, en beneficio de todos y no para la utilidad particular de aquellos que la tienen a su cargo”⁵⁶.

⁵¹ Para este documento, puede verse el sitio WIKISOURCE. “Constitución española de 1812”. Disponible en: http://es.wikisource.org/wiki/Constituci%C3%B3n_esp%C3%B1ola_de_1812. Consultada el 12 de septiembre de 2014.

⁵² Para los debates en torno a los cuerpos militares en la España liberal, ver MOLINER PRADA, Antonio, “Constitución militar y liberalismo en España (1808-1814)”, pp. 135-152. Para el primer liberalismo español y su influencia en América, BREÑA, Roberto, “Capítulo 3. El primer liberalismo español y su proyección hispanoamericana”, pp. 63-88. Y para una visión de conjunto de la crisis imperial en España, CHUST, Manuel (coordinador), *España. Crisis imperial e Independencia*.

⁵³ Proceso que, para el caso de Chile, se completará de manera plena en el siglo XX. Ver VALENZUELA, J. Samuel, *Democratización vía reforma. La expansión del sufragio en Chile*.

⁵⁴ JONES, H. S., “Capítulo 2. Liberalismo europeo en el siglo XIX”, p. 56.

⁵⁵ Considerando que la bibliografía sobre este tema es extensa, y para el conjunto de las revoluciones europeas, nos parecen fundamentales las siguientes dos obras: a) Eric HOBBSAWM, *La era de la revolución 1789-1848*; y b) Luis BERGERON, François FURET y Reinhart KOSELLECK, *La época de las revoluciones europeas 1780-1848*.

⁵⁶ Para este documento, PECES-BARBA, Gregorio, *Derecho positivo*, pp. 112-115.

Así se consagraba el monopolio de la fuerza en el Estado, precisamente como una garantía para que no fuese usada (arbitrariamente) por sectores políticos particulares.

Sobre la doble misión de las fuerzas armadas, la Constitución francesa de 1791 (todavía monárquica), a través del artículo 1° del Título IV, dispuso que:

“La fuerza pública se instituye para defender al Estado frente a los enemigos exteriores, y para asegurar el mantenimiento del orden y la ejecución de las leyes en el interior”⁵⁷.

La Carta de 5 Fructidor del año III (22 de agosto de 1795) reiteró la misma idea al disponer, a través de su artículo 274, que

“la fuerza armada está instituida para defender al Estado contra los enemigos exteriores y para asegurar en el interior el mantenimiento del orden y la ejecución de las leyes”.

En España, el artículo 356 de la Constitución de Cádiz de 1812 estableció que “habrá una fuerza militar nacional permanente de tierra y mar para la defensa exterior del Estado y la conservación del orden interior”.

La contribución ciudadana a las tareas de defensa exterior e interior, se sustentó en el concepto de *Nación en armas*⁵⁸. Enrique Brahm García describe este concepto como la circunstancia que las guerras modernas ya no son entre ejércitos, sino entre naciones, poniéndose en ellas “todos los medios, tanto espirituales como materiales, para superar al rival”⁵⁹. Se trata de una guerra total: “La guerra dejaba de ser cosa del rey y su tesoro para abarcar el Estado entero con todo su potencial humano y material”⁶⁰. John A. Lynn explica que, ya en 1793,

“el sistema de voluntariado no podía cubrir las enormes necesidades de personal planteadas por la guerra, por lo que, en agosto, el gobierno re-

⁵⁷ Las Constituciones de la Revolución Francesa se encuentran con facilidad en Internet, incluso en idioma español.

⁵⁸ A este tema nos hemos referido en Valentina VERBAL, “El Ejército de Chile en vísperas de la Guerra del Pacífico. Una aproximación a su influencia francesa (1866-1879)”, pp. 101-117.

⁵⁹ BRAHM GARCÍA, Enrique, *Preparados para la guerra. Pensamiento militar chileno bajo influencia alemana 1885-1930*, p. 38.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 39.

volucionario decretó la *levée en masse*, o leva general del pueblo francés, algo más extremo todavía que el servicio militar obligatorio”⁶¹.

Este es el contexto en el que tanto la Constitución estadounidense de 1787 –a partir de una enmienda de 1791– como la Carta francesa de este mismo año, establecieron el deber de los ciudadanos de colaborar en las tareas de defensa, especialmente como un contrapeso frente a los ejércitos profesionales. El artículo 3° del Título IV de la Constitución gala de 1791 prescribió que:

“Las guardias nacionales no forman ni un cuerpo militar, ni una institución del Estado; son los propios ciudadanos llamados al servicio de la fuerza pública”.

Esta norma es interesante en cuanto dispone que las milicias o guardias nacionales formen parte de la sociedad civil, como un espacio intermedio entre los militares y los gobernantes.

Finalmente, en torno al principio de subordinación, el artículo 12 del Título IV de la Constitución francesa de 1791, consagró una norma que se convertirá en canónica: “La fuerza pública es esencialmente obediente; ningún cuerpo armado puede deliberar”. Esta disposición es reiterada en el artículo 275 de la Constitución de 1795 y en el 104 de la de 1848. De Vergottini afirma que esta subordinación no es sinónimo de aislamiento. Las fuerzas armadas pasan, por ejemplo, a ejercer una función informativa y consultiva, que se expresa en que los militares deben entregarle al gobierno los elementos de juicio necesarios para la toma de decisiones políticas⁶².

4. *El Reglamento Provisional de la Junta de Gobierno y el Acta de Unión de las Provincias de 1823.* *Contexto inmediato de la Carta de 1823*⁶³

El 29 de enero de 1823, al día siguiente de la renuncia de Bernardo O’Higgins al cargo de Director Supremo, se formó una Junta Gubernativa

⁶¹ Agrega que en el verano de 1794 se llegó a reclutar a un millón de personas, de las que 750.000 se hallaban presentes y en armas. LYNN, John A., “Naciones en armas. 1763-1815”, p. 202.

⁶² DE VERGOTTINI, Guisepe, *Derecho constitucional...*, *op. cit.*, p. 358.

⁶³ Los documentos constitucionales chilenos del periodo en estudio, incluyendo los que son materia de este apartado, se encuentran publicados en Luis VALENCIA AVARIA, *Anales de la República. Textos constitucionales de Chile y registro de los ciudadanos que han integrado los poderes ejecutivo y legislativo de 1810*. En adelante, los citaremos únicamente en base a su articulado.

con carácter temporal. El sustento jurídico de este órgano fue el Reglamento Orgánico Provisional de la misma fecha. En 1866, José Victorino Lastarria afirmará:

“No puede considerarse este reglamento como un estatuto fundamental, porque en vez de reorganizar el Estado no hace más que reconocer la autoridad de la Constitución provisoria de 1818, dándola por vigente hasta que forme otra el Congreso y estableciendo que las atribuciones del Ejecutivo y las del Senado Conservador y Legislador son las mismas que las que aquella Constitución determina”⁶⁴.

El artículo 3° estableció que su duración

“será por el sólo término necesario para acordar con los representantes que remitan las provincias y en la forma que ellas determinen, la instalación del Gobierno General provisorio que debía convocar al Congreso y sólo durar hasta que este se instale”.

El artículo 4° aclaró que:

“Si algunas ocurrencias imprevistas demorasen la instalación del Gobierno General provisorio hasta seis meses, cumplido este plazo cesará de hecho la presente Junta Gubernativa”.

Mediante estas disposiciones, la Junta se puso en el caso de no poder zanjar las diferencias con las provincias de Concepción y Coquimbo, en ese entonces levantadas. Y, sobre todo, de ser incapaz de controlar el movimiento militarista, liderado desde el sur por Ramón Freire. Por lo mismo, también tuvo sentido la disposición que prescribió que: “La Junta tiene todas las facultades necesarias para conservar el orden interior y la seguridad exterior” (artículo 6°). Aquí se reconocía la doble misión de los cuerpos militares.

El 10 de febrero, Freire acampaba en la hacienda de Lo Espejo a la espera de iniciar un proceso de negociaciones. El 17 la Junta lo invitó a pasar a Santiago con el objeto de tratar “los graves negocios de interés general que estaban pendientes”⁶⁵. Pero el General se mantuvo firme en su negativa a reconocer la representatividad de la Junta para el conjunto del país.

⁶⁴ LASTARRIA, José Victorino, *Historia constitucional de medio siglo. Revista de los progresos de los sistemas representativos en Europa y América durante los primeros cincuenta años del siglo XIX*, p. 307.

⁶⁵ BARROS ARANA, Diego, *Historia General de Chile*, Tomo XIV, p. 24.

Las tratativas políticas con la Junta Gubernativa las efectuó asesorado por el abogado Manuel Vásquez de Novoa y por Domingo Binimelis, su secretario. Ambos eran apasionados antio'higginistas y promotores del movimiento sureño en contra del Gobierno provisorio. Según Barros Arana, Freire no tenía suficiente carácter para oponerse a la Junta, por lo que actuaba bajo el influjo de Novoa y Binimelis, quienes “se obstinaban en no reconocer a la Junta de Santiago como Gobierno provisorio del Estado”⁶⁶. Francisco Antonio Encina es bastante más tajante:

“Las características salientes de Freire, en cuanto mandatario, son la ausencia de pensamiento político propio, la más completa ineptitud administrativa y la docilidad para dejarse dirigir”⁶⁷.

Sin embargo, Freire le exigió a la Junta que lo nombrase Comandante General de Armas. Para ello, hizo “valer su graduación de Mariscal de Campo, y su antigüedad sobre los otros militares que poseían igual título”⁶⁸. Esta situación resultaba contradictoria en dos sentidos. En primer lugar, porque si, por una parte, se desconocía la representatividad de la Junta sobre el conjunto del país, mal puede, por otra, hacerse derivar de ella el mando sobre los cuerpos militares. En segundo lugar, porque mientras, por un lado, al alzarse contra la Junta se negaba el principio de subordinación militar, por otro, al exigir la mencionada designación, se lo reconocía, al menos de manera tácita.

Todo esto daba cuenta que, al no existir todavía un sistema constitucional consolidado (el reglamento orgánico citado *ut supra* tenía sólo un carácter provisorio), el control civil sobre los militares se tornaba excesivamente feble.

El 30 de marzo se reunió el Congreso de Plenipotenciarios, integrado por un representante de cada una de las provincias⁶⁹. Este organismo estableció el Acta de Unión de las Provincias, un reglamento constitucional provisorio que dispuso el nombramiento de un Director Supremo interino y la formación de un Senado Conservador y Legislador, compuesto de nueve miembros. Ambas entidades debían operar hasta la próxima formación de un Congreso Constituyente, encargado de elaborar la Constitución definitiva.

Al día siguiente, el Congreso de Plenipotenciarios nombró a Freire como Director Supremo en calidad de interino. De esta manera, el otro-

⁶⁶ *Ibid.*, p. 22.

⁶⁷ ENCINA, Francisco Antonio, *Historia de Chile*, Tomo 17, p. 31.

⁶⁸ BARROS ARANA, Diego, *Historia General de Chile*, Tomo XIX, *op. cit.*, p. 26.

⁶⁹ Manuel Vásquez de Novoa por Concepción, Juan Egaña por Santiago y Manuel Antonio González por Coquimbo.

ra representante de Concepción asumió el doble rol de jefe político y militar en todo el país, con lo cual la diferenciación entre el poder civil y el castrense se tendió a diluir en mucha mayor medida. Sin embargo, este Congreso consideró esta situación como parte de “la obra de nuestra regeneración y hallándonos actualmente en la situación más crítica, no sólo por los desastrosos sucesos exteriores, sino especialmente por la desorganización interior”⁷⁰.

Aunque la figura de Freire amerita un estudio monográfico, no puede dejar de mencionarse el planteamiento de Gabriel Salazar, que tipifica la actuación política de este personaje bajo el rótulo de *militarismo ciudadano*. De esta manera, hace referencia al uso de la fuerza armada para defender el derecho de los pueblos (de las asambleas locales) a deliberar en torno a la construcción e instalación del Estado. Este militarismo apunta a defender “la soberanía viva de los pueblos” en contra de “la soberanía abstracta de la ‘Nación’”⁷¹.

Considerando sugestivo este planteamiento, resulta discutible, ya que una vez nombrado como Director Supremo interino, Freire dejó en la práctica de representar los intereses de las provincias, pasando a actuar como uno más de las elites santiaguinas. Pensamos que, más bien, cabe situarlo como una parte integrante –muy importante, sin duda– de la lucha cruzada que, a nivel de las elites políticas (civiles y militares), se daba en el conjunto del país.

Volviendo a los hechos, el 24 de noviembre se reunió el Congreso Constituyente. En ese momento existía la sensación que Chile había alcanzado la estabilidad anhelada. Como una expresión de este nuevo clima, Juan Egaña –el autor principal de la Carta que es materia de este trabajo– llegó a señalar que “debía franquearse la tribuna a todo ciudadano para que expusiese sus ideas acerca de la Constitución”⁷².

La nueva Constitución fue promulgada el 29 de diciembre. Durante ese día se realizaron aparatosas ceremonias y fiestas públicas⁷³. Mariano Egaña, Ministro del Interior, llegó a calificarla como “un monumento público y permanente que hasta los tiempos más remotos recuerde a los chilenos el día en que se promulgó”⁷⁴.

⁷⁰ LETELIER, Valentín, *Sesiones de los Cuerpos Legislativos*, Tomo VII, p. 38.

⁷¹ SALAZAR, Gabriel, *Construcción de Estado en Chile (1800-1837)*. *Democracia de los pueblos. Militarismo ciudadano. Golpismo oligárquico*, p. 171.

⁷² Citado por BARROS ARANA, Diego, *Historia General*, Tomo XIV, *op. cit.*, p. 128.

⁷³ *Ibid.*, p. 136.

⁷⁴ Citado por GAY, Claudio, *Historia física y política de Chile*, Tomo VII, p. 68.

“Circularon miles de ejemplares; y se ordenó que las escuelas lo adoptarán como libro de lectura, juntamente con el catecismo cristiano. Era un excelso honor”⁷⁵.

En cuanto al sistema político, el artículo 1º estableció que: “El Estado de Chile es uno e indivisible; la representación nacional es solidariamente por toda la República”⁷⁶. De esta manera, Chile buscaba afincar la unidad de las provincias y establecer un régimen democrático, pese a que no utilizó expresamente este término. Siguiendo a Simon Collier, durante los años de la Independencia y de organización de la República, los términos *republicano* y *popular* para designar el sistema político fueron intercambiables con el de *democrático*⁷⁷.

En esta misma línea, Vicente Pérez Rosales hará en 1886 una aclaración interesante:

“Las voces Patria y Chile no fueron sinónimas en los primeros tiempos de nuestra vida republicana. Patria no significa al pie de la letra lo que hoy día significa Chile, sino el conjunto de principios democráticos que luchaban a cuerpo partido contra los absolutistas de la monarquía española”⁷⁸.

5. La Constitución de 1823.

Facultades de los poderes del Estado en materia castrense

Desde un comienzo, Juan Egaña defendió su obra magna con pasión. Estaba convencido que se trataba de una máquina destinada a darle estabilidad a Chile, amén de ayudar a la formación de una ciudadanía acorde a los nuevos tiempos. El 14 de febrero de 1824, a través de un *Examen instructivo de la Constitución Política*, afirmó:

“[...] que la mejor Constitución, será aquélla en que los que administran el Estado obtienen toda la centralidad, facultades y recursos para cumplir sus deberes, y los que obedecen todas las garantías suficientes para evitar los abusos del poder y la ambición de los funcionarios, sin turbar la tranquilidad pública; en donde las virtudes cívicas se transformen en

⁷⁵ GALDAMES, Luis, *Historia de Chile. La evolución constitucional*, p. 600.

⁷⁶ Vasco Castillo califica el sistema creado por esta Carta como de *aristocracia cívica*. CASTILLO, Vasco, *La creación de la República. La filosofía pública en Chile 1810-1830*, pp. 129-146. Creemos que, aunque el elemento aristocrático constituye un sello característico de la Constitución de Egaña, ello no excluye el ideal democrático en términos de representación y deliberación a través de asambleas legislativas.

⁷⁷ COLLIER, Simon, *Ideas y política...*, *op. cit.*, p. 137.

⁷⁸ PÉREZ ROSALES, Vicente, *Recuerdos del pasado 1814-1860*, p. 54.

costumbres, y sean la única senda de la comodidad y del honor; y en donde el pueblo conserve toda la parte de influencia y soberanía que puede ejercer sin perjudicarse a sí mismo; y los mandatarios la que conviene a su dirección y prosperidad”⁷⁹.

Para Egaña, la tranquilidad pública (la ausencia de anarquía) pasaba por el sano equilibrio entre gobernantes y gobernados, por el justo medio entre las facultades de quienes administran el Estado y las garantías de los ciudadanos, que no deberían ser víctimas de abusos de poder. Y al preguntarse sobre la eventualidad de insubordinaciones militares que pusiesen en peligro esta tranquilidad, señaló:

“Todas las garantías que hemos expuesto, son dirigidas a preservar al Estado de ese desorden. El pueblo es naturalmente pasivo y obediente. Las sediciones generalmente resultan del abuso de los mandatarios o de la parcialidad federal con que se afectan los pueblos con el derecho representativo provincial”⁸⁰.

Egaña consideraba que las acciones de insubordinación castrense –las *sediciones*– eran la consecuencia natural de los abusos del poder civil en contra del pueblo, en particular de parte de los promotores del federalismo. Más allá de la veracidad empírica de esta afirmación, no deja de ser interesante que uno de los grandes ideólogos del proceso de formación de la República en Chile haya estado plenamente consciente que el militarismo constituía un peligro latente contra la estabilidad institucional. Y no sólo en sentido amplio, como mera prominencia de los militares en la vida política –lo que ya era un hecho–, sino también en sentido estricto: como violación directa, a través del uso ilegítimo de la fuerza estatal, del principio de supremacía civil⁸¹.

¿De qué manera Egaña buscaba prevenir lo anterior? Y, en concreto, ¿le dio poder suficiente al Gobierno para controlar a las fuerzas armadas?

Julio Heise sostiene que

“Juan Egaña llevó el antiautoritarismo a sus últimos extremos. Al ejecutivo se le encomendaba exclusivamente la dirección de las fuerzas armadas, el mantenimiento del orden público y el derecho de hacer ciertos nombramientos”⁸².

⁷⁹ *Examen instructivo de la Constitución Política*, N° 1, 14 de febrero de 1824, en FELIÚ CRUZ, Guillermo, *Colección de antiguos periódicos chilenos*, p. 8.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 25.

⁸¹ Para el concepto de militarismo, ver Genaro ARRIAGADA, *El pensamiento político de los militares*, p. 53; y Gianfranco PASQUINO, “Militarismo”, en Norberto BOBBIO, Nicola MATTEUCCI y Gianfranco PASQUINO (directores), *Diccionario de Política*, pp. 962-970.

⁸² HEISE, Julio, *Años de formación...*, *op. cit.*, p. 158.

¿Es esto efectivo, al menos desde la letra de Constitución? El artículo 18 dispuso como facultades exclusivas del Director Supremo las de:

“4^a Organizar y disponer de las fuerzas de mar y tierra, con arreglo a la ley.

5^a Nombrar los generales en jefe con acuerdo del Senado.

6^a Declarar la guerra en la forma constitucional.

8^a Nombrar por sí los oficiales del ejército y armada, de teniente coronel exclusive para abajo.

9^a En un ataque exterior o conmoción interior imprevistos, puede dictar providencias hostiles o defensivas de urgencia, pero consultando inmediatamente al Senado”.

Sin embargo, prácticamente todas estas facultades debían ejecutarse con acuerdo del Senado. E, incluso, la 4^a era fruto de la facultad exclusiva de dicho órgano de decretar “la fuerza del ejército permanente”, siendo “la única del Estado” (artículo 227). Además, el artículo 19 N° 1 estableció la prohibición al Director Supremo de: “Mandar la fuerza armada, o ausentarse del territorio nacional, sin permiso del Senado”. Y el 19 N° 2 la de:

“Nombrar por sí todo oficial que tenga mando efectivo de cuerpo, y desde teniente-coronel inclusive hacia arriba; en cuyo nombramiento y propuesta procederá con acuerdo del Senado”.

Por último, conforme al artículo 231, las medidas de defensa en caso de guerra debía tomarlas el Director Supremo “con consulta del Senado”.

Sobre este sistema de contrapesos en materia militar, Javier Infante señala:

“Esto era algo novedoso en Chile, donde hasta el momento quienes habían ejercido el mando político habían conservado el mando militar (como O’Higgins durante la Patria Nueva, o más lejos, Carrera o De La Lastra durante la Patria Vieja), y constituye, en nuestro juicio, la primera tentativa de separación entre el mando civil o político y el mando militar”⁸³.

No obstante que la apreciación anterior parece no ser totalmente exacta, considerando que la Constitución de 1822⁸⁴ estableció un equilibrio muy similar a la de 1823, sí resulta válida para la de 1818. De hecho, el artículo 4° del Título IV⁸⁵ de esta Carta⁸⁶ dispuso que el Director Supremo

⁸³ INFANTE, Javier, *Autonomía, Independencia y República*, pp. 239 y 240.

⁸⁴ Promulgada el 20 de octubre, por lo que prácticamente no alcanzó a durar.

⁸⁵ En esta Constitución, los artículos retoman su numeración en cada título.

⁸⁶ Promulgada el 10 de agosto.

“recibirá los honores de Capitán General de Ejército, conforme a las ordenanzas militares, guardándose en las concurrencias públicas el ceremonial que deberá formar el Senado o el Congreso”.

Y el 5° del mismo título agregó que:

“El mando y organización de los ejércitos, armada y milicias, el sosiego público y la recaudación, y arreglada inversión de los fondos nacionales, son otras tantas atribuciones de su autoridad”.

Recordando que la Carta de 1818 tenía un carácter provisorio, agreguemos que dispuso claramente la preeminencia del poder ejecutivo sobre el legislativo. Solamente requerían del concurso del Senado la declaración de guerra y algunas gestiones de carácter diplomático (artículo 4° del Título III). Esta preeminencia ha llevado a algunos historiadores a caracterizar el Gobierno de O’Higgins como una *dictadura cesarista*⁸⁷.

Jaime Eyzaguirre explica que

“al tomar [O’Higgins] el poder en 1817 estaba convencido que el país carecía de preparación suficiente para el goce inmediato de todas las libertades; que era necesaria una etapa previa de educación y, como manera de encauzarla, una dictadura militar premunida de los mayores poderes”⁸⁸.

Alberto Edwards es de la misma idea al calificar su gobierno como el “primer ensayo de cesarismo”⁸⁹. Más lejos todavía ha ido Gabriel Salazar al sostener que O’Higgins encarnaba un “*militarismo de orientación geopolítica, de comando secreto y discurso republicano de oportunidad*”⁹⁰. En cambio, para Julio Heise O’Higgins representó “un autoritarismo legal dentro de un marco democrático mientras se lograba cierta madurez cívica”⁹¹.

Si bien en abstracto la subordinación militar dice relación con el Estado en su conjunto, nadie discute hoy que se expresa concretamente

⁸⁷ Rodrigo Borja describe el cesarismo como “evocación del gobierno ejercido en la antigua Roma por el emperador Julio César, se conoce por *cesarismo* un régimen autoritario pero eficiente ejercido por un gobernante carismático, con un fuerte poder personal y con respaldo popular”. BORJA CEBALLOS, Rodrigo, “Cesarismo”, en *Enciclopedia de la Política*. Disponible en: <http://www.encyclopediadelapolitica.org/Default.aspx?i=&por=c&idind=211&termino=>. Consultada el 10 de agosto de 2014.

⁸⁸ EYZAGUIRRE, Jaime, *Historia de Chile*, p. 451.

⁸⁹ EDWARDS, Alberto, *La fronda...*, op. cit., pp. 52-56.

⁹⁰ SALAZAR, *Construcción de Estado*, op. cit., p. 157. El destacado es del autor.

⁹¹ HEISE, Julio, *Años de formación...*, op. cit., p. 147. Como monografía sobre O’Higgins de este mismo autor, puede verse HEISE, Julio, *O’Higgins. Forjador de una tradición democrática*. A través de esta obra, busca refutar lo que llama la “leyenda de la dictadura”.

en el control del Gobierno sobre el estamento militar. Al responder a la pregunta ¿a quiénes están subordinados los militares?, García y Montes señalan que “en una forma especial al titular del Poder Ejecutivo, al Jefe del Gobierno. Se trata de una subordinación al líder político que ha sido investido con la calidad de Jefe de Gobierno”⁹².

Desde este punto de vista, la Carta de 1823 no centró la subordinación castrense en el Gobierno, sino que la dispersó hacia el Congreso, con lo cual –al menos, en el marco de su texto– debilitó la efectividad del principio de supremacía civil. Esta idea, como ya se vio, resulta acorde con el primer constitucionalismo liberal que, al tener presente el papel de los cuerpos militares bajo el absolutismo, desconfiaba del control de ellas por parte de los gobernantes.

Además, y como señala Julio Heise, Chile era parte de un proceso histórico, caracterizado por la preponderancia de las asambleas legislativas:

“La preeminencia, la superioridad del Parlamento será el gran principio político del mundo occidental hasta la primera década de nuestro siglo. El poder legislativo como emanación directa de la voluntad popular figura entre los postulados teóricos más significativos de la Revolución francesa y de toda la vida pública europea del siglo XIX, que ejercerá tan honda y decisiva influencia en el espíritu y en la acción de los estadistas chilenos”⁹³.

6. Normativa sobre misiones y características de las fuerzas armadas

Dentro de las normas referidas a las misiones y características de las fuerzas armadas, y en el marco del “Título xx De la fuerza pública”⁹⁴, el artículo 225 de la Constitución de 1823 dispuso que: “La fuerza del Estado [...] mantiene la seguridad interior y la defensa exterior”. De esta manera, se estableció claramente que la misión de las fuerzas armadas no quedaba reducida a la sola defensa exterior, sino que se ampliaba a la conservación del orden público.

A primera vista puede llamar la atención que la seguridad interior –una misión considerada como accesorio en términos teóricos– aparezca nombrada en primer lugar. Podría pensarse *a priori* que constituye un

⁹² GARCÍA Y MONTES, *La subordinación democrática...*, op. cit., p. 40.

⁹³ HEISE, Julio, *Evolución histórica del pensamiento parlamentario en Chile*, p. 9.

⁹⁴ La de 1823, fue la segunda Carta, después de la de 1822, que dedicó un título específico a las fuerzas armadas.

reflejo del clima general de anarquía existente. De hecho, el artículo 236 de la Constitución de 1822 hablaba sólo de “fuerza permanente de las fronteras”, excluyendo tareas de orden interior. En cambio, y como veremos más abajo, la Constitución de Egaña será la primera que dedique un título completo (el XXIV) a la “tranquilidad interior”. Sin embargo, la doble misión de las fuerzas armadas no era algo original de la Carta de 1823. Ya se había visto reflejada en las constituciones francesas de 1791 y 1795, y en la española de 1812.

En todo caso, no cabe duda que los cuerpos militares se asociaban a la defensa del orden interior por el contexto que se vivía en el país. Cabe subrayar que, además de las divisiones existentes en el plano político, la época de este trabajo se caracterizó por la lucha permanente contra bandidos más o menos organizados⁹⁵.

En otras palabras, la prominencia de los militares de estos años se explica, en buena medida, por la necesidad de restaurar el orden público, notoriamente afectado como consecuencia de la violencia social que se vivía. Por ejemplo: el 15 de julio de 1824 el General Intendente de Concepción, Juan de Dios Rivera, dispuso un conjunto de normas para reprimir “la abundancia de gente mal entretenida de ambos sexos” y que “se abandonan a toda clase de vicios, especialmente a proteger a los malvados”⁹⁶; el 16 de octubre de 1825 se tomaron otras medidas, como el establecimiento del toque de queda y de la pena de ahorcamiento para la comisión de asaltos flagrantes⁹⁷; etc.

Además, hay que considerar que el cuerpo de policía de la época dejaba mucho que desear aun en términos de profesionalidad⁹⁸. Para José Zapiola:

“Antes de 1830, la policía de seguridad de Santiago estaba reducida al escaso número de serenos que, como su nombre lo indica, sólo prestaban sus servicios desde que oscurecía hasta las primeras luces de la mañana”⁹⁹.

En cuanto a las características de las fuerzas armadas, la Constitución de 1823 reconoció expresamente su calidad de públicas, armadas, obe-

⁹⁵ Para este tema, véase CONTADOR, Ana María, *Los Pincheira, un caso de bandidaje social. Chile 1817-1832*.

⁹⁶ Archivo Nacional de Chile, *Fondo Intendencia de Concepción*, 15 de julio de 1824.

⁹⁷ *Ibid.*, 6 de octubre de 1825.

⁹⁸ Para 1825, Diego Miranda habla de un “caótico estado de la policía”. MIRANDA BECERRA, Diego, *Un siglo de evolución policial. De Portales a Pinochet*, p. 60. Como balance historiográfico de la historia de la policía en Chile, ver PALMA ALVARADO, Daniel, “Una historia en verde: las policías en Chile. Balances y sugerencias para la investigación”, pp. 1-27.

⁹⁹ ZAPIOLA, José, *Recuerdos de treinta años*, p. 80.

dientes y no deliberantes. Lo primero al denominar “De la fuerza pública” el Título xx. Luego, al hablar del artículo 225 de la “fuerza del Estado”. Y de manera especial, al disponer el artículo 227 que: “Cada año decreta el Senado la fuerza del ejército permanente, y ésta *es la única del Estado*”¹⁰⁰.

Estas prescripciones son importantes, porque manifiestan que el monopolio de la fuerza en manos del Estado constituye una expresión de su soberanía, tanto interna como externa. Sobre este punto, aunque refiriéndose a una disposición similar de la Constitución de 1822, García y Montes señalan que

“este reconocimiento es básico para nuestro tema en estudio, por cuanto no existe subordinación del poder militar al civil cuando el uso ilegítimo de la violencia es disputado por otro Estado o poder intrarregional”¹⁰¹.

También dispuso que son *armadas* al establecer, a través del artículo 19 N° 1, la prohibición al Director Supremo de: “Mandar la fuerza armada, o ausentarse del territorio nacional, sin permiso del Senado”. Asimismo, al señalar en el 225 que: “La fuerza del Estado se compone de todos los chilenos capaces de tomar las armas”. Y dispuso abiertamente que son *obedientes y no deliberantes* en el artículo 226: “La fuerza pública es esencialmente obediente: ningún cuerpo armado puede deliberar”. Recordemos que esta norma –que hemos calificado como *canónica*– fue antes establecida por la Constitución francesa de 1791, y después por otras constituciones liberales¹⁰².

7. Contribución ciudadana a la defensa militar

La Constitución de Egaña estableció diversas disposiciones relativas a la colaboración ciudadana en la defensa. El artículo 225 estableció que: “La fuerza del Estado se compone de todos los chilenos capaces de tomar las armas”. El artículo 230 que:

“Todo chileno, para gozar de los derechos de tal, debe estar inscrito o dispensado en los registros de milicias nacionales desde la edad de dieciochos años”.

¹⁰⁰ El destacado es nuestro.

¹⁰¹ GARCÍA, Gonzalo, y Juan Esteban MONTES, *Subordinación democrática...*, op. cit., p. 85.

¹⁰² Para una aproximación a la influencia de las constituciones francesas en Chile, ver GUZMÁN BRITO, Alejandro, “El constitucionalismo revolucionario francés y las cartas fundamentales chilenas del siglo XIX”, pp. 225-245. Aunque cabe aclarar que este trabajo aborda de manera muy breve el aspecto militar, básicamente mencionando el principio de obediencia y no deliberación.

El artículo 232 especificó que: “La fuerza pública se divide en milicia veterana y nacional”. El artículo 233: “En todo departamento, y en cada delegación, se formarán cuerpos de milicias nacionales de infantería y caballería”. Finalmente, el 234 señaló que: “Un reglamento particular organizará todo lo relativo a milicias nacionales”.

Es importante aclarar que las milicias se remontan en Chile a la época de dominación española, incluso al siglo XVI. De hecho, el Ejército profesional y permanente surgió a comienzos del XVII. O, incluso conforme a un trabajo de Álvaro Jara, en la segunda mitad del XVI¹⁰³.

Para el caso de Hispanoamérica, Juan Marchena entiende las milicias como “el conjunto de unidades regladas y de carácter territorial que englobaban al total de la población masculina de cada jurisdicción comprendida entre los 15 y los 45 años; se las consideraba un ejército de reserva y muy rara vez fueron movilizadas, salvo casos concretos de ataques exteriores, o con ocasión –cada vez más frecuentes en la segunda mitad del siglo XVIII– de tumultos, disturbios o sublevaciones de la población indígena o mestiza”¹⁰⁴.

Con respecto a Chile, Roberto Hernández las define como

“una modalidad de instrucción militar para que los habitantes del Reino colaborasen con el ejército de línea, ante la eventualidad de ataques exteriores, y particularmente en Chile para defenderse de los aborígenes”¹⁰⁵.

Surge la pregunta, nuevamente, sobre disposiciones semejantes en las Constituciones anteriores de 1818 y 1822. La primera de éstas sólo reconoció deberes ciudadanos de orden militar en abstracto. El artículo 5° del Capítulo II del Título I dispuso que:

¹⁰³ Álvaro Jara demuestra que la financiación militar del Reino no nació en el año 1600 con el Real Situado, sino que se venía produciendo desde la segunda mitad del siglo XVI, especialmente en sus últimas décadas. Por ejemplo, en 1583 “el gobernador Alonso de Sotomayor tuvo necesidad de disponer ‘el vestuario, armas y socorro de los soldados, para lo cual hizo varios acuerdos con los oficiales de la Real Hacienda, en los cuales se resolvió que se sacasen de las cajas reales ochenta mil pesos para estos efectos, con que se suplieron todas las necesidades, y haciendo llamamiento general de todos los vecinos y personas que podían tomar armas, salió en campaña en busca de enemigos’ (Rosales, II, p. 219)”. JARA, Álvaro, *Guerra y sociedad en Chile*, p. 113.

¹⁰⁴ MARCHENA FERNÁNDEZ, Juan, “El Ejército de América y la descomposición del orden colonial”, p. 63. Para este mismo tema, y con mucho mayor detalle ver al mismo autor: MARCHENA FERNÁNDEZ, Juan, *Ejército y milicias en el mundo colonial americano*.

¹⁰⁵ HERNÁNDEZ PONCE, Roberto, “La Guardia Nacional de Chile. Apuntes sobre su origen y organización”, p. 58. Para las milicias coloniales en Chile, ver ALLENDESALAZAR ARRAU, “Ejército y milicias en el Reino de Chile”, pp. 103-178.

“Todo individuo que se gloríe de verdadero patriota, debe llenar las obligaciones que tiene para con Dios y los hombres, siendo virtuoso, honrado, benéfico, buen padre de familia, buen hijo, buen amigo, buen soldado, obediente a la ley y funcionario fiel, desinteresado y celoso”.

Como se lee, el deber militar de los ciudadanos se reducía, en la Carta de 1818, a la calidad de *buen soldado*.

Además de repetir en los mismos términos la disposición anterior (artículo 9°), la Constitución de 1822 dedicaba el Capítulo II del Título VIII a las milicias. Sin embargo, resulta notorio que se le asignó un papel secundario. El artículo 240 estableció que sólo en “los casos urgentes podrá disponerse de las milicias”, y el 242 que mediante ellas se gravará “a sus individuos cuanto menos sea posible, a fin de no distraerlos de sus atenciones particulares”.

Como han puesto sobre el tapete varios autores¹⁰⁶, el fortalecimiento de las milicias en la Carta de 1823 era fruto de la antigua desconfianza de Juan Egaña hacia los ejércitos regulares. En efecto, el artículo 33 del proyecto de Constitución de 1811, redactado por él, estableció: “Un ejército en tiempo de paz es peligroso; la República no debe mantener entonces sino las tropas que bastan para la policía y orden público”¹⁰⁷. Esta disposición es prácticamente calcada a la sección 13 de la Declaración de Derechos del pueblo de Virginia del 23 de junio de 1776, que estableció que “los ejércitos permanentes en tiempos de paz, deben ser evitados como peligrosos para la libertad”.

Sobre la inscripción en las milicias para gozar de los derechos de ciudadano (artículo 230 de la Constitución de 1823), Roberto Hernández afirma que

“Juan Egaña dio a las milicias una proyección cívica y un valor moral que anticipó la fisonomía que adoptarán en la futura vida política de la República”¹⁰⁸.

Como sostuvimos en un trabajo anterior, fue desde la Guerra contra la Confederación Perú-Boliviana (1837-1839) en que las milicias –en ese entonces llamada *Guardia Nacional*, *Guardia Cívica*, o simplemente *cívicos*– dejaron de ser un mero contrapeso al Ejército y se convirtieron en el necesario complemento que la institución castrense requería¹⁰⁹.

¹⁰⁶ PINTO VALLEJOS, Julio y Verónica VALDIVIA ORTIZ DE ZÁRATE, ¿Chilenos todos? La construcción social de la nación 1810-1840, p. 74; e INFANTE, Javier, *Autonomía, Independencia...*, op. cit., p. 104.

¹⁰⁷ LETELIER, Valentín, *Sesiones de los Cuerpos Legislativos*, Tomo I, p. 214.

¹⁰⁸ HERNÁNDEZ PONCE, Roberto, “La guardia...”, op. cit., p. 75.

¹⁰⁹ VERBAL, Valentina, “El Ejército de Chile en vísperas de la Guerra del Pacífico: una visión de las tropas (1866-1879)”, p. 145.

Con respecto a la Carta de 1823, Joaquín Fernández Abara sostiene que, a través de las milicias, “se intentaba imponer la lealtad a la Nación como primer deber del individuo [y que] la defensa de la Patria pasaba a ser un asunto fundamental que obligaba a los hombres a participar en los institutos armados encargados de su defensa”¹¹⁰. De esta manera, se pone en cuestión el carácter moral que siempre se le ha asociado al factor militar.

8. *Carácter moralista de la Constitución en materia militar*

Como es sabido, la Constitución de Egaña ha pasado a la posteridad bajo el nombre de *Constitución moralista*. Dedicaba un título completo (el xxii) a la “moralidad nacional”. El artículo 249 dispuso:

“En la legislación del Estado, se formará el código moral que detalle los deberes del ciudadano en todas las épocas de su edad y en todos los estados de la vida social, formándole hábitos, ejercicios, deberes, instrucciones públicas, ritualidades y placeres que transformen las leyes en costumbres y las costumbres en virtudes cívicas y morales”¹¹¹.

El artículo 250 estableció algunas virtudes principales para ser declarado benemérito por el Senado. Una de ellas (la 5^a) tenía un carácter eminentemente castrense: “El valor, la singular actividad y desempeño en los cargos militares”. El artículo 258 estableció, dentro de las cuatro fiestas cívicas en el año, una dedicada: “A la gratitud nacional y memoria de los beneméritos en grados heroico y los defensores de la Patria”.

Lo anterior se vincula con lo que podría denominarse *militarismo cultural*. En este sentido, Frederick M. Nunn afirma que, además de

“transmitir el espíritu o tendencias de la profesión militar, [la acción de los militares] puede ir acompañada de imágenes de glorificación de la profesión de las armas, su prominencia en la vida política, o ambas”¹¹².

¹¹⁰ FERNÁNDEZ ABARA, Joaquín, “Los orígenes de la Guardia Nacional y la construcción del ciudadano-soldado”, p. 317.

¹¹¹ Este código moral, si bien alcanzó a ser escrito por Egaña, no llegó a ser aprobado, en buena medida por el desprestigio en que devino la Constitución propiamente tal. Como estudio analítico de este documento, ver INFANTE, Javier, “Juan Egaña y el Código Moral de la República de Chile”, pp. 77-102.

¹¹² NUNN (2011) p. 23.

Por su parte, Cristián Guerrero y Ulises Cárcamo explican que el reconocimiento de los héroes constituye un mecanismo a través del cual las naciones buscan crear y reforzar sus identidades¹¹³.

“El asignar la condición heroica es distinguir, destacar, y aunque existan algunos héroes que han alcanzado un reconocimiento oficial, esto no es una cuestión exclusiva de los Estados, pues siempre han existido aquellos a los que se ha denominado *héroes anónimos*, y también los *héroes populares*”¹¹⁴.

Resulta lógico pensar que, dado que ni siquiera aún estaba completada la Independencia en términos bélicos, este militarismo haya sido muy fuerte en el Chile de los años en que se luchaba por organizar el Estado propio del nuevo régimen. De hecho, a comienzos de 1823, se expresó a través de un periódico, *El Amigo de los Militares*¹¹⁵, que en su primera edición expuso el siguiente alegato:

“La carrera militar la más célebre y fecunda en todos los tiempos en hombres grandes, por desgracia hoy se halla en el último escalón de la sociedad, y expuesta a ser presa de la Sotana y de la Toga: hoy digo, asechada por estos dos ramos, en que reside el poder moral del Estado, llega a ser odiada a punto de jurarse su total aniquilación; después de ser esta clase de hombres la que con su sangre, sacrificios y talentos ha elevado a Chile al rango de Nación libre”¹¹⁶.

En su N° 2, el mismo periódico habló de un “espíritu de corporación entre los individuos que componen una verdadera familia militar”¹¹⁷, contrastándolo tácitamente con la realidad que se vivía en el país en ese momento. De esta manera, se miraba a las fuerzas armadas como una suerte de “reserva moral” para la crisis que se vivía. A nivel teórico, no son pocos los autores que apoyan esta idea. En Chile, Adolfo Paúl Latorre sostiene que: “Sólo las FF.AA. tienen la capacidad para actuar en situaciones de grave anarquización”¹¹⁸.

¹¹³ GUERRERO LIRA, Cristián, y Ulises CÁRCAMO SIRGUIADO, “Bernardo O’Higgins: entre izquierda y derecha. Su figura y legado en Chile: 1970-2008”, p. 114.

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 115. El destacado es de los autores.

¹¹⁵ La primera edición es del 12 de abril y la última, del 19. No alcanzó a superar los tres números por falta de suscriptores. Tuvo entre sus redactores a Santiago Blayer. Raúl SILVA CASTRO, *Prensa y periodismo en Chile (1812-1956)*, p. 74.

¹¹⁶ *El Amigo de los Militares*, en Guillermo FELIÚ CRUZ, *Colección de antiguos periódicos chilenos*, p. 108.

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 112.

¹¹⁸ PAÚL LATORRE, Adolfo, *Política y Fuerzas...*, *op. cit.*, p. 306.

9. Normas de control directo

Dentro de las normas expresamente destinadas a controlar la insubordinación militar, merece, en primer lugar, ser destacada aquella que dispuso la facultad exclusiva del Director Supremo para decretar el movimiento de tropas de un departamento a otro (artículo 228). Se trata de lo que se conoce como *acantonamiento territorial*, que “supone la convivencia en el mismo territorio de ambos poderes [civil y militar]”¹¹⁹.

Aunque no lo decía explícitamente, dicha norma apuntaba a prevenir insubordinaciones militares que afectasen a las autoridades principales (Gobierno y Congreso), generalmente radicadas en la capital. Por lo mismo, este mecanismo lo establecerá una década más tarde la Constitución de 1833 a través de una de sus leyes periódicas: la de “permitir que residan cuerpos del Ejército permanente en el lugar de las sesiones del Congreso, y diez leguas a su circunferencia” (artículo 36).

Otra norma importante de la Constitución de Egaña prescribió que la fuerza pública: “No puede hacer requisiciones ni exigir alguna clase de auxilios, sino por medio de las autoridades civiles y con expreso decreto de éstas” (artículo 229). Esta disposición apuntaba, específicamente, a prevenir los motines o sediciones. Es decir, las acciones que, aunque no persigan directamente desestabilizar al Gobierno, sí atentan en contra de los mandos militares de grado jerárquico superior.

Pero, más aún y como ya lo mencionamos, la Constitución de 1823 dedicaba su último título (el xxiv) a “la tranquilidad interior, permanencia de la Constitución y juramento de los funcionarios”. El artículo 269 estableció:

“Presentándose alguna grave discordia civil o insurrección de alguna provincia, al momento el Senado, el Gobierno, la Suprema Corte de Justicia, o el consejo departamental de la capital (cada cuerpo en defecto de otro), declara la convocación de la Cámara Nacional¹²⁰, para el único objeto de elegir la *Comisión de conciliación nacional*”.

El artículo 270 aclaró que:

“Esta comisión se compone de tres consultores nacionales elegidos a pluralidad. Pueden elegirse los que no son consultores, si lo exigen graves circunstancias”.

¹¹⁹ OEHLING, Hermann, *La función política...*, op. cit., p. 104.

¹²⁰ De acuerdo al artículo 60, era la reunión de los consultores nacionales en asamblea momentánea. Debía ser convocada para dirimir el veto suspensivo del Senado o del Director Supremo (artículo 65).

Estos funcionarios, también llamados “conciliadores nacionales”, “no podrán mandar algún cuerpo armado, ni incorporarse a algún partido bajo pena de muerte” (artículo 273).

“Se encargarán de tratar con los jefes de las provincias o partidos disidentes, y practicar cuantas gestiones estén a sus alcances, para restablecer el orden, la conciliación y el imperio de las leyes”.

Las disposiciones del párrafo precedente constituyen ejemplos del carácter utópico de la Constitución de 1823. Lo mismo se aprecia en el artículo 231:

“La Nación chilena jamás se declara en estado de guerra sin convidar previa y públicamente a sus enemigos a la conciliación, por medio de plenipotenciarios o por el arbitraje de alguna potencia”.

Esto, que puede parecer razonable para prevenir un conflicto armado, se convierte en letra muerta cuando la agresión exterior ya se ha verificado.

Precisamente por ser impracticable en el marco de la realidad social que buscaba tutelar, la Constitución de Egaña no alcanzó a regir demasiado tiempo. Ya en junio de 1824, luego de su expedición fallida a Chiloé, Freire comenzó a abrir el camino para su derogación definitiva. El 30 de julio suspendió las disposiciones que limitaban la libertad de imprenta, las que habían provocado gran malestar entre los sectores liberales más avanzados¹²¹. Claudio Gay, el primer historiador general de Chile, dirá en 1848:

“Se ve, pues, que Egaña no era el hombre que convenía para elaborar una Constitución tal cual la pedían los republicanos exaltados, demasiado impacientes de deshacerse de sus rancios hábitos coloniales y dar a la revolución todas las ventajas que ofrecía el estado social tan hondamente desorganizado. Con sus ideas conservadoras, amenguaba él, decían, la Representación Nacional y el principio democrático, y los desnaturalizaba combinando, por medio de una teoría mixta, el organismo monárquico con el organismo republicano”¹²².

Finalmente, fue derogada el 29 de diciembre, un año después de su promulgación. Juan Egaña nunca se recuperará de esta derrota. Según Domingo Amunátegui Solar,

¹²¹ Tales disposiciones, aclaremos, apuntaban a limitar los discursos en contra de la religión oficial del Estado.

¹²² GAY, Claudio, *Historia física y política de Chile*, Tomo VII, p. 71.

“no tenía la entereza moral suficiente para arrostrar las consecuencias de sus actos. En los momentos de lucha, a menudo desaparecía y se trasladaba a uno de sus predios rústicos”¹²³.

Conclusión

De manera tácita, a través de los apartados anteriores nos hemos adentrado en la imagen que las elites civiles tenían sobre los sujetos militares. Se trata –a nuestro juicio– de una imagen ambivalente, pero no por ello contradictoria. Por una parte, se valoraba poderosamente el papel desempeñado por los militares en la conquista de la Independencia y en la conservación del orden público. Pero, por otra, existía una clara conciencia que, al no asentarse el principio de supremacía civil, podían ellos convertirse en expresiones fundamentales de inestabilidad política.

Formulemos dos preguntas:

- a) ¿buscaron las elites civiles controlar a los militares?; y
- b) ¿qué mecanismos utilizaron para ello; o, dicho de otra forma, centraron la supremacía civil en el Gobierno o la dispersaron en los dos poderes colegisladores?

A la luz de lo expuesto en este artículo, la respuesta a la primera interrogante nos resulta clara. Existió de parte de las elites civiles una abierta voluntad por combatir el militarismo radical, las insubordinaciones castrenses destinadas a deponer gobiernos o disolver congresos.

Sin embargo, y de esta manera respondemos a la segunda pregunta, al dispersar dicha supremacía en los poderes colegisladores, y no centrarla exclusivamente en el Gobierno –al menos, tomando en cuenta sólo la letra de la Constitución–, dicho propósito se tornó ineficaz. Planteado el asunto de otra forma, aunque existía la clara voluntad de las elites civiles por controlar a los militares, el problema consistió en no haber sido capaces de generar mecanismos eficaces para la consecución de ese propósito. Se trata de un elemento que, desde una mirada más amplia, Ana María Stuvan ha llamado “paradoja entre principios y prácticas”¹²⁴.

En todo caso, y como hemos visto, las elites civiles fueron hijas de su tiempo. La construcción de la República en Chile implicó la superación del antiguo régimen, por lo que se consideró esencial radicar el control de las fuerzas armadas en el órgano que, al representar al pueblo, per-

¹²³ AMUNATEGUI SOLAR, Domingo, *Pipiolos y pelucones*, p. 47.

¹²⁴ STUVEN, Ana María, *La seducción de un orden. Las elites y la construcción de Chile en las polémicas culturales y políticas del siglo XIX*, p. 38.

mitía limitar el poder otrora omnímodo de los monarcas absolutos. Este peligro persistía, y estaba encarnado en la figura del Director Supremo o del Presidente de la República.

Además, la ineficacia para subordinar a los militares puede explicarse por la presencia de otros fenómenos de inestabilidad política, como la sucesión irregular de gobiernos y la falta de consolidación de un régimen constitucional. Lo segundo se hizo carne en una gran cantidad de congresos, siete en total y cuatro de carácter constituyente¹²⁵.

Para determinar con mayor amplitud y profundidad la efectividad práctica de la supremacía civil, es necesario estudiar las acciones de insubordinación castrense propiamente tales, a lo que dedicaremos próximos trabajos. En todo caso, recordemos que dos ejemplos paradigmáticos son la sublevación o'higginista en el archipiélago de Chiloé de 1825, que buscó reponer a O'Higgins en el poder, y el alzamiento del coronel Enrique Campino de 1827, que mantuvo por varios días en vilo la estabilidad institucional del país. Aunque estos eventos son posteriores a la derogación de la Carta de 1823, se insertan en el contexto de inestabilidad que ella no fue capaz de resolver. Siguiendo la tipología de Finer¹²⁶, estas intervenciones se acercan más al desplazamiento que a la destitución. Pese a que apuntaron a poner a la cabeza de los gobiernos a líderes militares, no lo hicieron con exclusión de las elites civiles, sino, muy por el contrario, con el apoyo y connivencia de sectores de ellas.

En otras palabras, en dichas acciones de insubordinación, especialmente en las de carácter político –o sea, que buscaban derribar a los gobiernos–, los militares no actuaron solos, sino en conjunto con las elites civiles. Esto reafirma la tesis, sostenida por varios autores –por ejemplo, Oehling¹²⁷–, en cuanto a que las intervenciones militares, sobre todo las violentas, se dan en el marco de crisis internas, de las que los civiles tienen (al menos) alguna cuota de responsabilidad. Por lo mismo, cuando se habla de *golpismo*, incluso para el tiempo presente, no se piensa solamente en los militares, sino también en los civiles que, directa o indirectamente, propician las intervenciones castrenses.

Además, nuevamente siguiendo a Finer, las sociedades viven momentos históricos en que los “civiles pasan a depender de los militares”¹²⁸.

“Ciertas circunstancias colocan al poder civil en situación anormal de dependencia respecto de las autoridades militares. Otras refuerzan la po-

¹²⁵ Para esto, ver VALENCIA AVARIA, Luis, *Anales de...*, *op. cit.*, Tomo II.

¹²⁶ FINER, Samuel E., *Los militares...*, *op. cit.*, p. 117.

¹²⁷ OEHLING, Hermann, *La función política...*, *op. cit.*, p. 237.

¹²⁸ FINER, Samuel E., *Los militares...*, *op. cit.*, p. 98.

pularidad de los militares, rebajando al mismo tiempo la de las autoridades civiles. Si ambas situaciones coinciden, la oportunidad de intervención militar se acrecienta al máximo”¹²⁹.

Estas situaciones se refieren a casos de guerras o de crisis declaradas o latentes. Entendiendo por crisis la apelación de grupos políticos particulares a la violencia¹³⁰, ambas situaciones se dieron durante los años cercanos a la vigencia de la Constitución de 1823.

Otro punto interesante –y que responde de manera conjunta a las dos preguntas arriba planteadas– es que las elites civiles buscaban construir una democracia en Chile. Aunque no usasen siempre este término, sino otros, y aunque se tratase de un régimen muy precario en términos de acceso al sufragio, lo cierto es que buscaban construir un sistema basado en el pluralismo ideológico. La preponderancia, por ejemplo, que se le asignó al Parlamento como ente deliberativo fundamental, da cuenta de la misma idea.

En otras palabras, pese a que no se buscó la construcción de una democracia maximalista, como sinónimo de democratización (lucha que los liberales dieron en Chile durante la segunda mitad del siglo XIX)¹³¹, sí se aspiraba a una democracia representativa a través de un sufragio censitario. Esto, por lo demás, será algo común a todo Occidente durante la centuria antepasada, en especial durante sus primeras décadas. Aludiendo a lo que catalogan como *revolución liberal-burguesa*, y que incluye a la revolución estadounidense y la francesa, Miguel Artola y Manuel Pérez Ledesma señalan:

“Sólo una pequeña parte de la población, definida por un criterio económico y por tanto burgués, sería la encargada de representar la totalidad de la Nación”¹³².

Lo cierto es que en la época de este estudio, se pensaba que la consolidación y pervivencia de la libertad política –por muy imperfecta que pudiera ser– pasaba por la circunstancia que el uso legítimo de la fuerza sea ejercido exclusivamente por el Estado, y no por sectores políticos particulares.

Sin embargo, lo anterior estuvo lejos de ser sencillo. Los hechos superaron a las buenas intenciones. El mismo Freire es un ejemplo de esto. A la

¹²⁹ *Ibid.*, p. 98.

¹³⁰ *Ibid.*, p. 102.

¹³¹ Para el concepto de democracia, con una sana mezcla entre la visión descriptiva y prescriptiva de la misma, seguimos a Giovanni Sartori, *¿Qué es la democracia?*

¹³² ARTOLA, Miguel, y Manuel PÉREZ LEDESMA, *Contemporánea. La historia desde 1776*, p. 41.

vez que, en 1823, le negó a la Junta Gubernativa representatividad para el conjunto del país, le exigió su nombramiento como Comandante General de Armas. Además, su exigencia revelaba otra contradicción: la negación y, al mismo tiempo, el reconocimiento del principio de supremacía civil. Este caso particular grafica una tónica del período. La distancia entre lo que se buscaba y lo que, en los hechos y de manera efectiva, se lograba.

Asimismo, y en la misma línea de la búsqueda de las élites civiles por concretar el principio de subordinación militar, no deja de llamar la atención que la Constitución de 1823 haya caracterizado a las fuerzas armadas de acuerdo a los elementos que, desde la teoría política y constitucional, se consideran como fundamentales. En particular, su carácter público y no deliberante. Por lo primero, se reconocía en el Estado el monopolio de la fuerza legítima. Por lo segundo, se concretaba el carácter apolítico y subordinado de los cuerpos castrenses.

Sin embargo, un elemento que desde la teoría se suele considerar como factor de intervencionismo militar, fue que la misión de los cuerpos militares se tendió a diluir en la conservación del orden público. Esta segunda misión, como ya vimos, formó parte del primer constitucionalismo liberal que influyó sobre el chileno de la década de 1820. En términos fácticos, se explica en buena medida por el desorden político y social de esos años. No sólo por un militarismo radical, expresado en alzamientos y motines castrenses, sino también por la activa presencia de grupos de bandidos, como el de los hermanos Pincheira.

Nuestra gran conclusión es que las élites civiles miraban a los sujetos militares de forma ambivalente y con desconfianza. Pese a que valoraban el papel por ellos desempeñado, tenían plena conciencia que el sistema político, para lograr consolidarse como democrático, necesitaba, a su vez, asentar el principio de supremacía civil. Pero, como hemos visto, el problema no estuvo radicado en los fines perseguidos, sino en los medios utilizados. Los que –y sólo tomando en cuenta la letra de la Carta de 1823– no apuntaban precisamente a que el Jefe de Estado pudiese controlar eficazmente a los militares. Esto recién se logrará con la Carta de 1833 y con la impronta autoritaria de Diego Portales¹³³.

Relacionado con lo anterior, y basándonos en la tipología de Samuel P. Huntington, sostenemos que el control civil establecido en la Carta de 1823 tuvo un carácter subjetivo y no objetivo. Lo que se buscó –al centrar dicho control en el Congreso– fue atraer a los militares al juego político,

¹³³ Para este tema, ver BRAVO LIRA, Bernardino (compilador), *Portales. El hombre y su obra la consolidación del gobierno civil*. Desde un ángulo crítico, VILLALOBOS, Sergio, *Portales: una falsificación histórica*.

asociándolos con los distintos bandos y grupos que en él actuaban¹³⁴. Esto, por lo demás, se explica por la ausencia de oficiales profesionales, de elites militares netamente abocadas a su misión esencial, que es la defensa del Estado frente a una guerra exterior.

Bibliografía

- Academia Chilena de la Historia, *Archivo de don Bernardo O'Higgins*, Santiago, 1980, Tomo XIX.
- ALLENDESALAZAR ARRAU, Jorge, "Ejército y milicias en el Reino de Chile", en *Boletín de la Academia Chilena de la Historia*, N° 66, Santiago, 1962, p. 103-178.
- AMUNATEGUI SOLAR, Domingo, *Pipiolos y pelucones*, Santiago, Imprenta y Litografía Universo, 1939.
- Archivo Nacional de Chile, *Fondo Intendencia de Concepción*, volúmenes 20 y 33.
- ARRIAGADA, Genaro, *El pensamiento político de los militares*, Santiago, Editorial Aconcagua, 1986.
- ARTOLA, Miguel, y Manuel PÉREZ LEDESMA, *Contemporánea. La historia desde 1776*, Madrid, Alianza Editorial, 2009.
- BAÑÓN, Rafael, y José Antonio OLMEDA (compiladores), *La institución militar en el Estado contemporáneo*, Madrid, Alianza Editorial, 1985.
- BARROS ARANA, Diego, *Historia General de Chile*, Santiago, Editorial Universitaria – DIBAM – Centro de Investigaciones Diego Barros Arana, 2005, Tomo XIV.
- BERGERON, Louis, François FURET y Reinhart KOSELLECK, *La época de las revoluciones europeas 1780-1848*, México D.F., Siglo XXI Editores, 2006.
- BRAHM GARCÍA, Enrique, *Preparados para la guerra. Pensamiento militar chileno bajo influencia alemana 1885-1930*, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2003.
- BORJA CEBALLOS, Rodrigo, "Cesarismo", en *Enciclopedia de la Política*. Disponible en: www.encyclopediadelapolitica.org/Default.aspx?i=&por=c&idind=211&termino. Consultada el 10 de agosto de 2014.
- BRAVO LIRA, Bernardino (compilador), *Portales. El hombre y su obra la consolidación del gobierno civil*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile - Editorial Andrés Bello, 1989.

¹³⁴ HUNTINGTON, Samuel P., "El soldado...", *op cit.*, pp. 91-94. En este sentido, creemos que no aplica para el caso de Chile la generalización que, para el conjunto de Latinoamérica, hace Alain Rouquié referida a la presencia de "ejércitos contra el Estado". Si bien tiene razón en cuanto a que "no existe un monopolio de la violencia colectiva", siendo el Estado débil, no se puede hablar, para el caso de Chile, de la existencia de "ejércitos privados, personales o seudopúblicos", que, por lo mismo, "obstaculizan el surgimiento y constitución del aparato estatal". ALAIN ROUQUIÉ, *El Estado militar en América Latina*, pp. 62 y 63.

- BREÑA, Roberto, "Capítulo 3. El primer liberalismo español y su proyección hispanoamericana", en Iván JAKSIC y Eduardo POSADA CARBÓ (editores), *Liberalismo y poder. Latinoamérica en el siglo XIX*, Santiago, Fondo de Cultura Económica, 2011, pp. 63-88.
- CAMPOS HARRIET, Fernando, *Historia Constitucional de Chile. Las instituciones políticas y sociales*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1969.
- CASTILLO, Vasco, *La creación de la República. La filosofía pública en Chile 1810-1830*, Santiago, LOM Ediciones, 2009.
- CHUST, Manuel (coordinador), *España. Crisis imperial e Independencia*, Madrid. Fundación Mapfre - Taurus, 2010, Tomo 1 - 1808-1830.
- COLLIER, Simon, *Ideas y política de la Independencia chilena*, Santiago, Editorial Andrés Bello, 1977.
- CONTADOR, Ana María, *Los Pincheira, un caso de bandidaje social. Chile 1817-1832*, Santiago, Bravo y Allende Editores, 1988.
- COTINO HUESO, Lorenzo, *Supremacía y control civiles de la defensa y las Fuerzas Armadas. Seguimiento y propuestas para América Latina*, Barcelona, Fundación CIDOB, 2007.
- CUMPLIDO CERECEDA, Francisco, y Humberto NOGUEIRA ALCALÁ, *Las Fuerzas Políticas. En los hechos y en el derecho*, Santiago, Editorial Conosur, s/f.
- DE VERGOTTINI, Guiseppe, *Derecho constitucional comparado*, México D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.
- Diccionario de la Real Academia Española, "Misión". Disponible en: <http://lema.rae.es/drae/?val=misi%C3%B3n>. Consultada el 8 de julio de 2014.
- EDWARDS, Alberto, *La fronda aristocrática en Chile*, Santiago, Editorial Universitaria, 1997.
- ENCINA, Francisco Antonio, *Historia de Chile*, Santiago, Editorial Ercilla, 1983, Tomo 17.
- EVANS DE LA CUADRA, Enrique, *Chile, hacia una Constitución contemporánea. Tres reformas constitucionales*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1973.
- EYZAGUIRRE, Jaime, *Historia de Chile*, Santiago, Editorial Zig-Zag, 1982, Tomo II.
- FELIÚ CRUZ, Guillermo, "Examen instructivo de la Constitución Política", N° 1, 14 de febrero de 1824, *Colección de antiguos periódicos chilenos*, Santiago, Ediciones de la Biblioteca Nacional, 1966.
- FELIÚ CRUZ, Guillermo, "El Amigo de los Militares", N° 1, Santiago, 12 de abril de 1823, *Colección de antiguos periódicos chilenos*, Santiago, Ediciones de la Biblioteca Nacional, 1963.
- FERNÁNDEZ ABARA, Joaquín, "Los orígenes de la Guardia Nacional y la construcción del ciudadano-soldado", en *Mapocho. Revista de Humanidades*, N° 56, Santiago, 2004, pp. 313-327.
- FINER, Samuel E., *Los militares en la política mundial*, Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 1969.

- GALDAMES, Luis, *Historia de Chile. La evolución constitucional*, Santiago, Editorial Balcells, 1924.
- GARCÍA, Gonzalo, y MONTES, Juan Esteban, *Subordinación democrática de los militares. Éxitos y fracasos en Chile*, Santiago, Centro de Estudios del Desarrollo, 1994.
- GAY, Claudio, *Historia física y política de Chile*, Santiago, Biblioteca Fundamentos de la construcción de Chile - Pontificia Universidad Católica de Chile - Biblioteca Nacional, 2007, Tomo VII.
- GUERRERO LIRA, Cristián, y CÁRCAMO SIRGUIADO, Ulises, “Bernardo O’Higgins: entre izquierda y derecha. Su figura y legado en Chile: 1970-2008”, en *Cuadernos de Historia*, N° 39, Santiago, 2013, pp. 113-143.
- GUTIÉRREZ VALDEBENITO, Omar, *Sociología militar. La profesión militar en la sociedad democrática*, Santiago, Editorial Universitaria, 2002.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, “El constitucionalismo revolucionario francés y las cartas fundamentales chilenas del siglo XIX”, en Ricardo KREBS y Cristián GAZMURI (editores), *La revolución francesa y Chile*, Santiago, Editorial Universitaria, 1990, pp. 225-245.
- HEISE, Julio, *Años de formación y aprendizaje políticos*, Santiago, Editorial Andrés Bello, 1978.
- HEISE, Julio, *Evolución histórica del pensamiento parlamentario en Chile*, Santiago, Instituto de Chile - Academia de Ciencias Sociales, 1978.
- HEISE, Julio, *Historia constitucional de Chile*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1959.
- HEISE, Julio, *O’Higgins. Forjador de una tradición democrática*, Santiago, s/e, 1975.
- HERNÁNDEZ PONCE, Roberto, “La Guardia Nacional de Chile. Apuntes sobre su origen y organización”, *Historia*, N° 19, Santiago, 1984, pp. 53-113.
- HOBBSAWM, Eric, *La era de la revolución 1789-1848*, Buenos Aires, Editorial Crítica, 2007.
- HUNTINGTON, Samuel P., *El orden político en las sociedades en cambio*, Buenos Aires, Editorial Paidós, 1972.
- HUNTINGTON, Samuel P., *El soldado y el Estado. Teoría y práctica de las relaciones cívico-militares*, Grupo Editor Latinoamericano, Buenos Aires, 1985.
- INFANTE, Javier, “Juan Egaña y el Código Moral de la República de Chile”, en *Bicentenario. Revista de Historia de Chile y América*, Volumen 11, N° 2, Santiago, 1972, pp. 77-102.
- INFANTE, Javier, “Juan Egaña y el Ejército de militares propietarios”, en *Revista Chilena de Historia y Geografía*, Santiago, 2013, pp. 89-108.
- INFANTE, Javier, *Autonomía, Independencia y República*, Santiago, Centro de Estudios Bicentenario, 2014.
- JANOWITZ, Morris, “La organización interna de la institución militar”, en Rafael BAÑÓN y José Antonio OLMEDA (compiladores), *La institución militar en el Estado contemporáneo*, Madrid, Alianza Editorial, 1985, pp. 101-139.
- JARA, Álvaro, *Guerra y sociedad en Chile*, Santiago, Editorial Universitaria, 1981.

- JONES, H. S., "Capítulo 2. Liberalismo europeo en el siglo XIX", en Iván JAKSIC y Eduardo POSADA CARBÓ (editores), *Liberalismo y poder. Latinoamérica en el siglo XIX*, Santiago, Fondo de Cultura Económica, 2011, pp. 43-61.
- LASTARRIA, José Victorino, *Historia constitucional de medio siglo. Revista de los progresos de los sistemas representativos en Europa y América durante los primeros cincuenta años del siglo XIX*, Gante, Imprenta de Eug. De Vandergaeghen, 1866, primera parte desde 1800 a 1825.
- LEÓN, Leonardo, *Ni patriotas ni realistas. El bajo pueblo durante la Independencia de Chile 1810-1822*, Santiago, DIBAM - Centro de Investigaciones Diego Barros Arana, 2011.
- LETÉLIER, Valentín, *Sesiones de los Cuerpos Legislativos*, Santiago, Imprenta Cervantes, 1901, tomos I, VII, XVI.
- LYNN, John A., "Naciones en armas. 1763-1815", en PARKER, Geoffrey (editor), *Historia de la guerra*, Madrid, Akal, 2010, pp. 195-221.
- MARCHENA FERNÁNDEZ, Juan, "El Ejército de América y la descomposición del orden colonial", en *Militaria. Revista de Cultura Militar*, N° 4, Madrid, 1992, pp. 63-91.
- MARCHENA FERNÁNDEZ, Juan, *Ejército y milicias en el mundo colonial americano*, Madrid, Editorial Mapfre, 1992.
- MATTEUCCI, Nicola, "Constitucionalismo", en Norberto BOBBIO, Nicola MATTEUCCI y Gianfranco PASQUINO (directores), *Diccionario de Política*, Madrid, Alianza Editorial, 2007, pp. 336-349.
- MIRANDA BECERRA, Diego, *Un siglo de evolución policial. De Portales a Pinochet*, Santiago, Departamento de Estudios Históricos - Instituto Superior de Ciencias Policiales, Carabineros de Chile, 1997.
- MOLINER PRADA, Antonio, "Constitución militar y liberalismo en España (1808-1814)", en *Revista Universitaria de Historia Militar (RUHM)*, N° 2, Volumen 1, Cádiz, 2012, pp. 135-152.
- National Archives, "La Constitución de los Estados Unidos de América 1787". Disponible en: www.archives.gov/espanol/constitucion.html. Consultada el 14 de octubre de 2014.
- NUNN, Frederick, *Relaciones civiles militares sudamericanas en el siglo XXI. Sombras del pasado y formas de lo que vendrá*, Santiago, Colección Academia de Guerra del Ejército de Chile, 2011.
- OEHLING, Hermann, *La función política del Ejército*, Santiago, Estado Mayor General del Ejército de Chile, 1977.
- PALMA ALVARADO, Daniel, "'Una historia en verde': las policías en Chile. Balances y sugerencias para la investigación", en *Revista Historia y Justicia*, N° 2, Santiago, 2014, pp. 1-27.
- PASQUINO, Gianfranco, "Militarismo", en Norberto BOBBIO, Nicola MATTEUCCI y Gianfranco PASQUINO (directores), *Diccionario de Política*, Madrid, Alianza Editorial, 2007, pp. 962-970.
- PAÚL LATORRE, Adolfo, *Política y Fuerzas Armadas. Características y misiones constitucionales de las Fuerzas Armadas*, Valparaíso, Ediciones Revista de Marina, 1999.

- PECES-BARBA, Gregorio (editor), *Derecho positivo de los derechos humanos*, Madrid, Editorial Debate, 1987.
- PÉREZ ROSALES, Vicente, *Recuerdos del pasado 1814-1860*, Santiago, Imprenta Gutemberg, 1886.
- PINTO VALLEJOS, Julio y VALDIVIA ORTIZ DE ZÁRATE Verónica, *¿Chilenos todos? La construcción social de la nación 1810-1840*, Santiago, LOM Ediciones, 2009.
- ROUQUIÉ, Alain, *El Estado militar en América Latina*, Buenos Aires, Emecé, 1984.
- SALAZAR, Gabriel, *Construcción de Estado en Chile (1800-1837). Democracia de los pueblos. Militarismo ciudadano. Golpismo oligárquico*, Santiago, Editorial Sudamericana, 2011.
- SARTORI, Giovanni, *¿Qué es la democracia?*, México D.F., Taurus, 2007.
- SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1963, Volumen 3.
- SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997, Tomo II.
- SILVA CASTRO, Raúl, *Prensa y periodismo en Chile (1812-1956)*, Santiago, Ediciones de la Universidad de Chile, 1958.
- STUVEN, Ana María, *La seducción de un orden. Las elites y la construcción de Chile en las polémicas culturales y políticas del siglo XIX*, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2000.
- VALENCIA AVARIA, Luis, *Anales de la República. Textos constitucionales de Chile y registro de los ciudadanos que han integrado los poderes ejecutivo y legislativo de 1810*, Santiago, Imprenta Universitaria, 1951, dos tomos.
- VALENZUELA, Samuel, *Democratización vía reforma. La expansión del sufragio en Chile*, Buenos Aires, Ediciones del IDES, 1985.
- VERBAL, Valentina, “El Ejército de Chile en vísperas de la Guerra del Pacífico: una aproximación a su influencia francesa (1866-1879)”, en *Revista Universitaria de Historia Militar (RUHM)*, N° 5, Volumen 3, Cádiz, 2014, pp. 101-117.
- VERBAL, Valentina, “El Ejército de Chile en vísperas de la Guerra del Pacífico: una visión de las tropas (1866-1879)”, en *Historia* 396, Volumen 4, N° 1, Valparaíso, 2014, pp. 135-165.
- VERBAL, Valentina, “El motín de Talca del 21 de julio de 1827: contexto, acontecimiento y significado”, en *Anuario de la Academia de Historia Militar*, N° 26, Santiago, 2012, pp. 9-19.
- VILLALOBOS, Sergio, *Portales: una falsificación histórica*, Santiago, Editorial Universitaria, 2005.
- Wikisource, “Constitución española de 1812”. Disponible en: http://es.wikisource.org/wiki/Constituci%C3%B3n_esp%C3%B1ola_de_1812. Consultada el 12 de septiembre de 2014.
- ZAPIOLA, José, *Recuerdos de treinta años*, Santiago, Editorial Zig-Zag, 1974.

NORMAS CITADAS

- Constitución de la Monarquía española de 19 de marzo de 1812.
Constitución de la Monarquía francesa de 3 de septiembre de 1791.
Constitución de la Primera República de Francia de 22 de agosto de 1795.
Constitución de la República de Chile de 23 de octubre de 1818.
Constitución de la República de Chile de 25 de mayo de 1833.
Constitución de la República de Chile de 29 de diciembre de 1823.
Constitución de la República de Chile de 30 de octubre de 1822.
Constitución de la República de Chile de 8 de agosto de 1828.
Constitución de la Segunda República de Francia de 4 de noviembre de 1848.
Constitución de los Estados Unidos de América de 17 de septiembre de 1787.
Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano (Francia) de 26 de agosto de 1789.
Declaración de Derechos del Pueblo de Virginia (Estados Unidos) del 23 de junio de 1776.
Reglamento orgánico provisional de la Junta de Gobierno de la República de Chile de 29 de enero de 1823.
Reglamento orgánico y acta de la unión del pueblo de Chile de 30 de marzo de 1823.

Ensayos

Derecho Público Iberoamericano

Universidad del Desarrollo

N° 7 | 2015

LOS VALORES EN LA ARQUITECTURA CONSTITUCIONAL

THE VALUES IN THE CONSTITUTIONAL ARCHITECTURE

*Lautaro Ríos Álvarez**

Resumen

El presente trabajo analiza, desde el punto de vista conceptual, la importancia de los valores esenciales en la fundamentación del constitucionalismo contemporáneo.

Palabras claves: valores constitucionales, fundamentación constitucional.

Abstract

This paper analyzes, from the conceptual point of view, the importance of core values in the Foundation of contemporary constitutionalism.

Key words: constitutional values, constitutional foundation.

Introducción

Cuando hablamos de “arquitectura constitucional” queremos referirnos a aquellos elementos con los cuales se estructura y construye el derecho constitucional tanto en su concepción universal como en la fisonomía que adquiere su concreción en cada Estado.

Generalmente estos elementos se articulan conforme al concepto de las *fuentes*. Estas responden a la pregunta perenne: “¿de dónde brota el derecho?”; y se responde:

* Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Profesor emérito de la Universidad de Valparaíso. Artículo recibido el 10 de mayo del 2015 y aceptado para su publicación el 15 de agosto del 2015. Correo electrónico: lautarorios@estudiorios.cl.

“De sus fuentes: de la costumbre, de las leyes, de los precedentes judiciales, de la jurisprudencia, de los tratados internacionales, de los principios generales del derecho, de la doctrina, de los valores jurídicos”.

Todos estos elementos colaboran, en distintas formas y medidas, a construir el derecho; y cada uno de ellos ha tenido nacimiento y gravitación preponderante en distintas épocas.

Creemos que, en nuestro tiempo, poseen una especial relevancia los VALORES en la construcción del derecho, en general, y en la fundamentación del derecho constitucional, especialmente. Por eso hemos querido expresar algunas ideas acerca de este elemento básico de la arquitectura constitucional.

I. Origen, trascendencia y noción de los valores

1. Sin duda, los valores han estado siempre presentes en el nacimiento y en el desarrollo de las sociedades humanas y –por ende– en la base del derecho, como regulación de las relaciones generadas en ellas. Hubo y hay valores concernidos en el matrimonio, en la familia, en el ejercicio de la autoridad, en las relaciones contractuales, en los compromisos entre los Estados, en tiempos de paz y aun en tiempos de guerra.

Hubo una época, en la historia del derecho occidental, en que se desconoció la virtud normativa y vinculante de los valores, se les consideró “ideales sociales” y quedaron relegados –como último recurso interpretativo de las normas– a la “equidad”, y a ser sólo un elemento subsidiario de su interpretación, a falta de claridad en el tenor literal de aquella¹.

Afortunadamente, el torbellino desatado por el positivismo jurídico, el cual, endiosando la ley², arrasó con las demás fuentes del derecho, ha ido cediendo su paso a la recuperación del equilibrio en la ponderación de esas fuentes³. Este aquietamiento de las aguas ha permitido la eclosión

¹ Art. 24 del Código Civil chileno dice: “En los casos a que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación precedentes, se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural”.

² El Art. 19 del mismo Código dice: “Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, *a pretexto* de consultar su espíritu”.

³ El Art. 1.1 del Código Civil español prescribe: “Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho”. El Art. 1.6 agrega la jurisprudencia como su complemento. Y el Art. 3.1. dice: “Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas”.

de los principios y de los valores en las áreas donde mayor trascendencia han revelado, esto es, en el derecho internacional⁴ y en el derecho constitucional⁵.

2. Los valores son tan antiguos como la humanidad. Pudieron tener diversas denominaciones, así como distinta jerarquía en el seno de las numerosas culturas que han aflorado en la historia de ésta; pero en todas las épocas han estado allí, activos o latentes, aunque –siempre– guiando el curso evolutivo del género humano, particularmente, en sus etapas de crisis.

En la antigüedad, los valores aparecen incorporados en las convicciones religiosas. Así en la cultura judía encontramos los valores en la Torá y, particularmente, en los diez mandamientos recibidos por Moisés en el Monte Sinaí. En la antigua Grecia, su arquetipo fue la *areté* y sus diversas manifestaciones fueron cantadas por Homero en sus poemas épicos. En la cultura cristiana ellos se hermanan con las virtudes y su origen arranca de los Evangelios, especialmente, del Sermón de la Montaña. En la cultura china clásica, los valores fueron recogidos por Confucio en sus Analectas cuya finalidad principal consiste en la armonía social.

El siglo que dejamos atrás, habiendo sido el escenario de dos guerras mundiales, de la larga y expectante “guerra fría”, del nacimiento, del auge y la declinación de los totalitarismos y de acontecimientos destinados a producir cambios espectaculares en las relaciones entre los seres humanos –como los hallazgos de la ciencia y las invenciones tecnológicas y, últimamente, la globalización– sigue siendo el escenario permanente de una encarnizada lucha por la supervivencia de los valores.

El siglo XXI se inició con el recrudecimiento del terrorismo –paradigma de los antivalores– a escala planetaria. Bajo el pretexto de terminar con él a toda costa y a todo riesgo, una potencia –que se yergue con la hegemonía del poder económico, político y bélico a nivel mundial– se arrogó el derecho de invadir y dominar militarmente a otros países, de derribar sus gobiernos y de decidir su destino político, atropellando así valores, principios y normas fundamentales del derecho internacional y erosionado las bases que justifican la existencia misma de la Organización de las Naciones Unidas.

⁴ El Art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia prescribe que, en la decisión de las controversias deberá aplicar: las convenciones internacionales, la costumbre internacional, **los principios generales de derecho**, las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia, sin perjuicio de su facultad para decidir un litigio *ex aequo et bono* si las partes así lo convienen.

⁵ La Constitución española, en su Art. 1.1. “...propugna como **valores superiores** de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”.

De allí que sea un hecho, tan sorprendente como real, que los valores siguen estando en crisis desde el principio de este siglo.

Y es por ello que intentaremos en este breve ensayo definir los valores; demostrar la relevancia que ellos han adquirido al servir de fundamento a los Pactos Internacionales y a las Constituciones Políticas modernas; la trascendencia que encarna este fenómeno; así como el peligro que representaría su degradación –esto es, la desvalorización de los valores– en la cultura occidental.

3. El nacimiento de la axiología como “filosofía de los valores” se atribuye a Rudolph H. LOTZE, filósofo y fisiólogo alemán, quien enseñó en Leipzig, Gotinga y Berlín⁶.

Según los axiólogos, la ontología –o estudio del ser– no agota el mundo de lo existente. La belleza, la justicia, la salud, la santidad, la abnegación, no tienen existencia por sí mismas, pero tampoco son meras ficciones. Son “valores” y pertenecen al campo de la axiología (del griego “Axios”; justo o valioso) que no estudia “lo que es” sino “lo que vale”.

Esto no quiere decir que los valores no existan. No puede concebirse que entidades tan evidentes como los valores **valgan** si no empezamos por reconocer su **existencia**. La tienen, pero en el universo propio de los entes abstractos al que pertenecen, como también ocurre con el número, la velocidad o el triángulo.

El Diccionario de la Lengua Española define el *valor*, en su sentido filosófico, como

“Cualidad que poseen algunas realidades, consideradas bienes, por lo cual son estimables. Los valores tienen polaridad en cuanto son positivos o negativos, y jerarquía en cuanto son superiores o inferiores”⁷.

Las propiedades esenciales de los valores serían las siguientes:

- A: requieren siempre de una *realidad* –un ser, una cosa, un acto, una conducta– en la cual encarnarse, es decir, requieren un soporte concreto.
- B: Poseen un *contenido estimable* que los hace valiosos y, a la vez, los distingue entre ellos.
- C: Están provistos de *polaridad*; es decir, a cada valor (polo positivo) corresponde un antivalor (polo negativo); así, al bien se opone el mal; a la justicia, la injusticia; a la belleza, la fealdad.

⁶ Rudolph LOTZE (1817-1881) formuló una concepción finalista del mundo a la que subordina el mecanismo de las ciencias naturales. Trata la axiología en su “Sistema de Filosofía”, escrito entre 1874 y 1879.

⁷ Diccionario de la Real Academia Española, xxii, Ed. Espasa, Madrid, 2001.

D: Entre ellos existe una *jerarquía*; no son todos igualmente estimables sino –por el contrario– admiten una gradación de superior a inferior⁸.

E: Cada uno de ellos acepta grados de *intensidad*, mayor o menor.

F: Son *irracionales*, en el sentido de no ser aprehensibles por la sola razón, sino más bien por la intuición, en una experiencia emotiva, personal y concreta de quien los percibe.

G: La más importante característica es que poseen una alta *carga afectiva*; vale la pena luchar por ellos incluso con el riesgo o el sacrificio de la vida, como ha sido el testimonio de Sócrates, de Espartaco, de Tomás Moro, de Mahatma Ghandi, de Martin Luther King, o de Nelson Mandela, entre tantos otros⁹.

4. Entre los cultores de la axiología surgieron dos corrientes: la de los “*subjetivistas*”, quienes consideran el valor como un fenómeno psíquico que ocurre al interior del sujeto que lo experimenta, de tal manera que el valor no existe sin un sujeto que lo perciba. Y la de los “*objetivistas*”, que conciben el valor como una realidad objetiva y distinta del sujeto que lo experimenta. Así, aquéllos hablan de la percepción o la experiencia axiológica; y éstos, en cambio, hablan de un horizonte o un cielo axiológico. Entre los primeros militan Meinong, Ehrensfels, Müller-Freinfels, Henke. Entre los segundos, Rickert, Max Scheler, Ortega y Gasset, Unamuno, Recasens Siches y Hartman.

No es ésta la ocasión propicia para referirnos a las numerosas discrepancias surgidas en el terreno de la axiología, como la disputa entre los “*absolutistas*”, que ven los valores como bienes definitivamente cristalizados y universalmente apetecidos, y los “*relativistas*”, que los consideran ideales

⁸ La *polaridad* y la *jerarquía* son distintivos que rescata el Diccionario de la Lengua Española. La *jerarquía* aparece en la Constitución española, que consagra los valores *superiores* de su ordenamiento jurídico, como vimos en la nota 5.

⁹ Sobre los valores, consúltense entre otros ORTEGA Y GASSETTE, José, *Obras Completas, Introducción a una Estimativa*, pp. 315 y ss. RECASENS SICHES, Luis, *Introducción al Estudio del Derecho*, pp. 10 y ss. y 275 y ss. LUCAS VERDU, Pablo, *Estimativa y Política Constitucionales*. HÜBNER, Jorge I, *Manual de Filosofía del Derecho*. HERNANDEZ GIL, Antonio, *Sistema de Valores en la Constitución*, y *El cambio político y la Constitución*. PECES BARBA, Gregorio, *Los Valores Superiores*. RUIZ-GIMENEZ, Joaquín, *Derechos Fundamentales de la Persona* (art. 10), pp. 37-89. RUBIO LLORENTE, FRANCISCO, *Constitución: Valores, Principios, Derechos*, pp. 135-148. PAREJO, Luciano, *Constitución y Valores del Ordenamiento*, pp. 29-133. PÉREZ LUÑO, Antonio, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. PRIETO SANCHIS, Luis, *Los valores superiores del ordenamiento jurídico y el T.C.* GARRORENA MORALES, Angel, *El Estado español como Estado social y democrático de derecho*. FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO, *El Sistema Constitucional Español*. BRUFAU, Jaime, *Teoría Fundamental del Derecho*, p. 76. LLAMAS C, Ángel, *Los valores jurídicos como ordenamiento material*.

propios de cada cultura y –por ende– variables, según las circunstancias del tiempo y el lugar en que afloran en la sociedad. Interesa, en cambio, dilucidar en qué esfera de la vida humana se sitúan los valores.

5. A comienzos del siglo XX Oswald Spengler estremeció al mundo intelectual con su obra máxima, “La Decadencia de Occidente”¹⁰. Dejando a un lado sus fantasías nacionalistas –como la superioridad de la raza aria, su estirpe heroica y su vocación mesiánica– Spengler supo encontrar en la CULTURA a la verdadera protagonista de la historia, a diferencia de los acontecimientos fechados, pueblos y líderes, que habían sido la base material de los historiadores clásicos.

La cultura –esto es, “un cierto modo orgánico de pensar y sentir”, en palabras de Ortega, o la actitud vital del hombre frente al cosmos, como diría Max Scheler, constituye la aventura impredecible de cada pueblo, de la cual la historia es sólo su relato. Por lo tanto no existiría una sola historia lineal de la humanidad, sino tantas historias como culturas han logrado florecer en los diversos pueblos. Cada cultura sería un organismo vivo que tiene su nacimiento, su crecimiento, su culminación, su declinación y su muerte¹¹.

Ya Nietzsche había hecho la distinción entre *Kultur* y *Zivilisation*. Esta última no sólo consistiría en el desarrollo material alcanzado por cada pueblo ni sería el producto final de su evolución social –como creían los racionalistas–, sino que también comportaría el inicio de la corrupción y la decrepitud de aquélla.

¹⁰ El libro se publicó en Alemania en 1918, pero se comenzó a escribir en 1911 y ya estaba concluido cuando estalló la primera guerra mundial. La primera versión en español apareció en 1923 y fue prologada por ORTEGA Y GASSET, José, quien la calificó como “la peripecia intelectual más estruendosa de los últimos años”.

¹¹ Dice Oswald SPENGLER: “La ‘humanidad’ no tiene un fin, una idea, un plan; como no tiene fin ni plan la especie de las mariposas o de las orquídeas. ‘Humanidad’ es un concepto zoológico o una palabra vana (idea de Goethe). Que desaparezca este fantasma del círculo de problemas referentes a la forma histórica, y se verán surgir con sorprendente abundancia las *verdaderas* formas. Hay aquí una insondable riqueza, profundidad y movilidad de lo viviente, que hasta ahora ha permanecido oculta bajo una frase vacía, un esquema seco, o unos ‘ideales’ personales. En lugar de la monótona imagen de una historia universal en línea recta, que sólo se mantiene porque cerramos los ojos ante el número abrumador de los hechos, veo yo el fenómeno de múltiples culturas poderosas, que florecen con vigor cósmico en el seno de una tierra madre, a la que cada una de ellas está unida por todo el curso de su existencia. Cada una de estas culturas imprime a su materia, que es el hombre, su forma *propia*; cada una tiene su *propia* idea, sus *propias* pasiones, su *propia* vida, su querer, su sentir, su morir *propios*. Hay aquí colores, luces, movimientos, que ninguna contemplación intelectual ha descubierto aún. Hay culturas, pueblos, idiomas verdades, dioses, paisajes, que son jóvenes y florecientes; otros que son ya viejos y decadentes; como hay robles, tallos, ramas, hojas, flores, que son viejos y otros que son jóvenes. Pero no hay ‘humanidad vieja’. Cada cultura posee sus propias posibilidades de expresión, que germinan, maduran, se marchitan y no reviven jamás”. (Ob. cit., Espasa-Calpe, Madrid, 1983, tomo I, p. 48).

Y así como los valores encarnan los ideales y sentimientos positivos de cada cultura, la “transvaloración de todos los valores”¹² –esto es, la inversión de las formas de la cultura, alterando su inteligencia, su manejo y su interpretación– representa “el más íntimo carácter de toda civilización”, que termina destruyéndola¹³.

6. Cabe advertir que, en la época en que Spengler desarrolló sus tesis, el género humano estaba dividido por fronteras geográficas y culturales infranqueables; y su mérito consistió en haber derribado los mitos existentes acerca de la unidad y la continuidad lineal de la historia o de la universalidad y progresión permanente de la cultura, a modo de ejemplos.

7. No obstante lo cual, preciso es reconocer la identidad esencial del ser humano en las diversas épocas y en el prodigioso abanico de todas las culturas. Y si así no fuera, no podríamos tener como referente de éstas a la humanidad. Y si son elementos esenciales de esa identidad su capacidad racional, su voluntad y su sensibilidad que le permite amar y sentir, no podemos negar que el ser humano, sin perjuicio de su propia evolución y de las diferencias típicas de la cultura y lugar en que le haya tocado vivir, ha podido tener –a todo lo largo de su historia– aspiraciones e ideales semejantes. No es igual la vivencia de la democracia en Atenas, que en Inglaterra, los Estados Unidos o la India de la actualidad; pero la idea-fuerza de la democracia es semejante. No es idéntica la justicia de Salomón a la justicia de Dracón, ni éstas a la del pretor romano; ni todas las anteriores, a la justicia española, la francesa, la argentina o la chilena de nuestros días, pero el ideal o la aspiración cultural de justicia es sorprendentemente semejante.

Y si así no fuera, ¿qué sentido tendría hablar de la **igualdad** en los tratados internacionales de derechos humanos?

Lo que nos lleva a otro punto que también nos aparta de la concepción spengleriana. Aun concediendo que cada cultura sea un organismo parecido a las especies vegetales que brotan, crecen, se marchitan y mueren, en éstas no existe transmisión genética aprovechable por otras especies. En cambio, los valores culturales no sólo son apetecidos por otras culturas de inferior grado de desarrollo, sino que tienden a ser adoptados y adaptados por éstas a sus propios requerimientos. Roma no sólo se apropió de los dioses de Troya –salvados por Eneas– sino también de los valores éticos, jurídicos, urbanísticos, artísticos y sociales de Atenas. La cultura británica y sus valores políticos y morales han impregnado culturas tan distintas y distantes como las de India y Pakistán.

8. Ya en la primera mitad del siglo xx quedó demostrado, con la Sociedad de las Naciones y, luego, con la Organización de las Naciones

¹² Expresión acuñada por Nietzsche y reelaborada por Spengler.

¹³ *La Decadencia...* op cit., p. 440.

Unidas, que existen unos valores y unos requerimientos de las personas y de los pueblos que son comunes a toda la humanidad. La explosión demográfica, el incremento a ritmo exponencial de las relaciones internacionales de todo orden y el fenómeno irreversible de la globalización han terminado de convencernos que la humanidad no es una abstracción, sino un organismo viviente que protagoniza la crónica de cada día y cuyos más graves problemas se proyectan al futuro; y de allí –a modo de ejemplos– los esfuerzos de las naciones cultas por detener la contaminación del medio ambiente y abogar por un desarrollo económico sustentable.

Viene, pues, produciéndose –al menos, desde mediados del pasado siglo– una universalización de la cultura, hermana con la de los derechos humanos, y una expansión perceptible de los valores que emanan de aquélla y que sirven a éstos de fundamento.

Cabe advertir también que, siendo los valores la condensación de los más caros ideales de la cultura de cada pueblo, ellos permean no sólo el derecho o la política, sino cada manifestación de la vida social. Así también las bellas artes, la investigación científica, la medicina, la tecnología, la diplomacia y cuantas expresiones de la cultura y de la vida social seamos capaces de identificar, están impregnados de los valores adecuados a su naturaleza, que constituyen su cauce y marcan sus límites de tal manera que, cuando éstos decaen o se transgreden, la respectiva actividad pierde su rumbo y termina corrompiéndose.

En este trabajo nos referiremos a los valores propios de nuestra disciplina, es decir, a los valores jurídicos; sin perder de vista que en nuestra cultura occidental existen otros valores de tan noble estirpe como el amor, la belleza, la abnegación, la sabiduría, la humildad, el heroísmo y tantos otros ideales estimables, que escapan del ámbito de lo jurídico no obstante que lo enriquecen.

Llamaremos valores jurídicos a aquellos que pueden expresarse en fórmulas aceptadas y exigibles en la conducta de los seres humanos, que son garantizables por el Estado y susceptibles de tutela judicial. Entre éstos puede mencionarse la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, el estado de derecho, y el pluralismo político, como valores relevantes de nuestra época.

II. Los valores en las relaciones internacionales

Haremos aquí una sucinta relación de las organizaciones y de los tratados en que, a partir del siglo xx, se advierte una clara exaltación de los valores.

9. LA SOCIEDAD DE NACIONES

Concluida la Primera Guerra Mundial (1918) se celebró, entre las potencias vencedoras, el Tratado de Versalles, el 28-VI-1919. Su más preciado fruto fue la SDN, que nació al entrar aquél en vigor, el 10 de enero de 1920, fijándose su sede en Ginebra.

La misión de la SDN –con el apoyo de los 32 Estados fundadores¹⁴ más trece Estados miembros invitados– fue establecer un nuevo orden internacional fundado en el valor **justicia**, que tendría como objetivos garantizar la **paz** y la **seguridad** internacionales.

Puede decirse que la SDN dejó dos grandes legados en materia de justicia: la Organización Internacional del Trabajo, generadora de notorios progresos en la condición del mundo laboral, y la Corte Internacional de Justicia con sede en La Haya.

En cambio, resultó impotente para mantener la paz y garantizar la seguridad. Diversos acontecimientos históricos que comienzan con la invasión de Etiopía por otro Estado miembro, Italia, y que culminan con la Segunda Guerra Mundial, pusieron término a sus funciones, las que fueron transferidas a la ONU en sesión solemne del 8-IV-1946, desapareciendo oficialmente el 31-VII-1947.

10. LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS

Al término de la Segunda Guerra Mundial se reúnen en la ciudad norteamericana de San Francisco los representantes de cincuenta Estados –entre ellos, las potencias vencedoras en el conflicto bélico– y suscriben la “Carta de las Naciones Unidas” (26-VI-1945) que da origen a la ONU y que entra en vigencia el 24 de octubre del mismo año¹⁵.

Del Preámbulo de la Carta¹⁶ y de su Capítulo I que establece sus “Propósitos y Principios”, puede colegirse la proclamación y defensa de los siguientes valores, en el mismo orden en que aparecen en la Carta:

¹⁴ Estados Unidos, pese a la intervención decisiva del Presidente W. Wilson en su gestación, quedó fuera de la SDN por haberse negado el Senado a ratificar el Tratado de Versalles.

¹⁵ La ONU registra 192 Estados miembros y 5 Estados no miembros habían suscrito uno o más de los instrumentos internacionales de DD.HH.

¹⁶ El Preámbulo comienza así: “NOSOTROS, LOS PUEBLOS DE LAS NACIONES UNIDAS, RESUELTOS a preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra, que dos veces durante nuestra vida ha infligido a la humanidad sufrimientos indecibles; “a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas...”.

- la fe en los derechos fundamentales del ser humano;
- la dignidad y el valor de la persona humana;
- la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas;
- la creación de condiciones para el mantenimiento de la justicia y el respeto a las obligaciones internacionales;
- el progreso social y la elevación del nivel de vida dentro del concepto más amplio de la libertad;
- la práctica de la tolerancia;
- la convivencia en paz y buena vecindad;
- el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales;

El art. 1.3. de la Carta fomenta el valor solidaridad al señalar como propósito de la ONU “Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario”.

Su art. 2 prescribe que la Organización “está basada en el principio de la igualdad soberana de todos sus miembros”¹⁷ y que tanto éstos como aquélla “cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas... de conformidad con esta Carta”; obligándose a arreglar sus controversias por medios pacíficos “de tal manera que no se pongan en peligro ni la paz ni la seguridad internacionales ni la justicia”.

Contiene, además, la siguiente prohibición en armonía con los principios, valores y propósitos que sustenta la Carta: Art. 2.4.

“Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas”¹⁸.

¹⁷ O la “igualdad soberana” de los estados MIEMBROS consiste en el mismo derecho a participar en condiciones iguales en todos sus órganos y a que el voto de cada uno tenga el mismo valor que el de los demás o se trata de una igualdad retórica y –por ende– falsa. Atenta contra el principio señalado el desigual derecho de los “miembros permanentes” del Consejo de Seguridad y el de los demás miembros no permanentes. Pero, principalmente, atenta contra este principio el derecho de veto de aquéllos en la decisión de las cuestiones sustantivas del Consejo de Seguridad (arts. 23 y 27).

¹⁸ La invasión de un Estado miembro, como Iraq, por otro Estado miembro, como U.S.A., con pretextos que resultaron falsos, sin la autorización del Consejo de Seguridad, con el derrocamiento de su gobierno, un despliegue abrumador de fuerzas de ataque que destruyó gran parte de su capital, otras ciudades importantes y ocasionó la muerte de muchos civiles, así como la ocupación e intervención política y económica del país agredido, significan –a mi juicio– una grave crisis del sistema de la ONU y desvirtúa sus bases y propósitos.

Las contradicciones estatutarias y la débil e infructuosa reacción de la ONU y de su Consejo de Seguridad frente a conflictos internacionales de su incumbencia dejan débiles esperanzas respecto de su futuro.

*11. LA DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES
DEL HOMBRE Y EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN
DE LOS DD.HH.*

A comienzos de 1945 –año del término de la Segunda Guerra Mundial– se realizó en ciudad de México la Conferencia Interamericana sobre “Problemas de la Guerra y de la Paz”. El 30-III-1948 se aprobó la Carta de la OEA por la IX Conferencia Internacional Americana de Bogotá (Colombia) y el 2-V-1948 vio la luz la “Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre”, la que es anterior y sirvió de antecedente a la Declaración Universal aprobada por la ONU en diciembre de ese año¹⁹.

Entre los fundamentos axiológicos de la Declaración Americana merece ser destacado el siguiente considerando:

“Que los pueblos americanos han dignificado la persona humana y que sus constituciones nacionales reconocen que las instituciones jurídicas y políticas, rectoras de la vida en sociedad, tienen como fin principal la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritual y materialmente y alcanzar la felicidad”;

El Preámbulo de la Declaración Americana dice así:

“Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están por naturaleza de razón y conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros.

“El cumplimiento del deber de cada uno es exigencia del derecho de todos. Derechos y deberes se integran correlativamente en toda actividad social y política del hombre. Si los derechos exaltan la libertad individual, los deberes expresan la dignidad de esa libertad.

“Los deberes de orden jurídico presuponen otros, de orden moral, que los apoyan conceptualmente y los fundamentan.

“Es deber del hombre servir al espíritu con todas sus potencias y recursos porque el espíritu es la finalidad suprema de la existencia humana y su máxima categoría.

¹⁹ A modo de ejemplo, el primer párrafo del Preámbulo de la Declaración Americana contiene un texto similar al Art. 1º de la Declaración Universal.

“Es deber del hombre ejercer, mantener y estimular por todos los medios a su alcance la cultura, porque la cultura es la máxima expresión social e histórica del espíritu.

“Y puesto que la moral y las buenas maneras constituyen la floración más noble de la cultura, es deber de todo hombre acatarlas siempre”²⁰.

El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos comprende las fuentes del llamado “Derecho Internacional de los Derechos Humanos” y, entre ellas, las Declaraciones y Tratados vigentes en esta materia –en que descuella la Convención Americana sobre DD.HH. de 22-XI-1969, más conocido como Pacto de San José de Costa Rica– así como los órganos y procedimientos destinados a resguardar efectivamente el respeto a tales derechos.

No obstante el profundo contenido humanista de la Declaración Americana y de los Pactos referidos, después de 67 años transcurridos desde la aprobación de aquélla, los ideales que proclama continúan en el mundo de las buenas intenciones, las que –según el conocido refrán– pavimentan el suelo del infierno.

Para emerger del subdesarrollo –que es el lastre que aplasta la dignidad de una parte considerable de nuestros pueblos– los países latinoamericanos requieren de una voluntad política única e inquebrantable. Necesitan liberarse de la hegemonía del Gran Hermano del Norte; y, junto con derribar las fronteras que los separan, poner término a las rencillas aldeanas que los vienen enfrentando desde la época de la Independencia. Sólo una Latinoamérica unida –es decir, los Estados Unidos de Latinoamérica– podrá compartir sus recursos y adquirir la tecnología necesaria para evadirse del subdesarrollo y conquistar el peso político del que ahora carece a fin de negociar con otras potencias en condiciones de igualdad, logrando así la calidad de vida necesaria para que sus pueblos puedan vivir con dignidad²¹.

12. LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS

Esta Declaración –que es *universal* porque representa el anhelo común “de todos los miembros de la familia humana”– constituye a la vez un grito de alerta ante los ultrajes escarnecedores sufridos por muchos seres humanos a raíz de la Segunda Guerra Mundial –puestos en relieve en los procesos de Núremberg– y una interpelación a los Estados Miembros de la ONU para

²⁰ Jorge I. HÜBNER, *Panorama de los Derechos Humanos*, pp. 51 y ss. y pp. 173 y ss.

²¹ “Globalización, Integración y Derecho Constitucional” en *Estudios de Teoría del Estado y Derecho Constitucional en honor del Profesor Pablo Lucas VERDÚ*, pp. 1261 y ss.

promover el respeto a la dignidad y el valor de la persona humana con miras a construir un mundo pacífico en que impere la igualdad, la justicia y la libertad.

Su Preámbulo comienza así:

“Considerando que la *libertad*, la *justicia* y la *paz* en el mundo tienen por base el reconocimiento de la *dignidad intrínseca* y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”.

Pese a los sesenta y siete años transcurridos desde la fecha de su aprobación, la Declaración Universal no ha perdido su vigor ni su vigencia. Por el contrario, ella no sólo ha sido adoptada por todos los nuevos miembros de la ONU, sino también forma parte integrante, con rango constitucional –junto con la Declaración Americana y otros instrumentos internacionales– de Cartas Políticas de renovación reciente²² y sirve de fuente interpretativa de los derechos y libertades en otras Constituciones²³.

Razón tenía el filósofo español José Ortega y Gasset cuando dijo –allá por 1923– que “... la preocupación teórica y práctica en torno a los valores es uno de los hechos más hondamente reales del tiempo nuevo”. Añadiendo luego que

“Se trata de una de las más fértiles conquistas que el siglo xx ha hecho y, a la par, de uno de los rasgos fisiognómicos que mejor definen el perfil de la época actual”²⁴.

13. LA CONVENCIÓN EUROPEA Y EL SISTEMA EUROPEO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

La Convención Europea está fechada en Roma el 4 de noviembre de 1950. Entre sus fundamentos puede leerse:

...“Considerando que la finalidad del Consejo de Europa es realizar una unión más estrecha entre sus miembros, y que uno de los medios para alcanzar esta finalidad es la protección y el desarrollo de los derechos humanos y de las libertades fundamentales;

“Reafirmando su profunda adhesión a estas *libertades* fundamentales que constituyen las bases mismas de la *justicia* y de la *paz* en el mundo, y cuyo mantenimiento reposa esencialmente, de una parte, en un régimen político verdaderamente democrático, y, de otra, en una concepción y un respeto comunes de los derechos humanos que ellos invocan;”...

²² Art. 75 N° 22, inc. 2° de la Constitución argentina, reformada en 1994.

²³ Art. 10.2 de la Constitución española de 1978.

²⁴ José ORTEGA Y GASSET, *Introducción a una estimativa*, p. 315.

El título II instituye la Comisión Europea de DD.HH. y el Tribunal Europeo de DD.HH., “con el fin de asegurar el respeto de los compromisos que resultan para las Altas Partes Contratantes del presente Convenio”.

Sería tarea larga, fatigosa e innecesaria reseñar aquí todos los instrumentos internacionales que encuentran su fundamento en la Carta de la ONU, en la Declaración Universal, en la Declaración Americana y en la Convención Europea de Derechos Humanos, los cuales conforman lo que se conoce como “Carta Internacional de Derechos Humanos”.

Cabe señalar, sin embargo, que todos estos instrumentos se cimentan en la dignidad de la persona humana²⁵, matriz y medida de todos sus derechos, a la cual el Profesor Pablo LUCAS VERDU denomina supervalor; es decir, se fundan “en la persona en su dimensión axiológica”²⁶, para cuya plena realización ésta requiere la vigencia de los demás valores, como la igualdad, la justicia, la libertad y la paz.

14. LA CARTA MAGNA DE EUROPA

Este proyecto colosal amerita aquí una referencia, no para describirlo, sino que sólo para poner en relieve la energía de una voluntad política unificadora y el norte que orienta esta voluntad que, en sus cimientos, supo poner los valores compartidos de la cultura europea.

Alguna vez recordamos que los países europeos han sufrido, sólo en el siglo pasado, dos cruentas guerras entre ellos; han padecido invasiones, el hambre, el miedo, la tortura y la muerte. Y, sin embargo, superando todos sus rencores recíprocos, derribando la Torre de Babel de sus diferentes idiomas, olvidando sus guerras religiosas y sus diferencias de sangre, de origen y de historia, caminan a pasos agigantados en pos del sueño de tantos visionarios como Ortega, como Churchill, como Schuman, como Monet, como De Gaulle, como Adenauer: La Unión Europea.

Sabemos que el Proyecto de Constitución Europea sufrió inesperados tropiezos que la Convención para el Futuro de Europa había sabido

²⁵ Se fundan en la dignidad humana el “Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales” (N. York, 1966); el “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos” (N. York, 1976); la “Convención sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las Instituciones y Prácticas análogas a la Esclavitud” (1956); la “Declaración sobre la Protección contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes” (1975), y la Convención Internacional sobre la misma materia de 1984; la “Declaración de los Derechos del Niño” (1959); la “Declaración sobre la eliminación de las discriminaciones contra la Mujer” (1967); la “Convención Internacional sobre represión y castigo del crimen del Apartheid” (1973); la “Carta Social Europea” (Torino, 1961); y el “Código de conducta para Funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley” (1979), entre muchos otros.

²⁶ Pablo LUCAS VERDÚ, *Estimativa y Política Constitucional*, pp. 122-123.

sortear con tesón y habilidad hasta mediados de diciembre de 2003, fecha en la cual, en la reunión de Bruselas, el Consejo Europeo le negó su aprobación por razones políticas o –de acuerdo al comentario de M. Giscard d’Estaing– más bien por la ausencia de política.

No obstante lo cual, lo que nos interesa destacar es el hecho que –recojiendo los ideales que han engrandecido a Europa en su cultura y en su historia– la Carta Magna de Europa, fue finalmente aprobada por el Consejo Europeo y, el respectivo Tratado, fue firmado por los Jefes de Estado y de Gobierno de la U.E. el 29 de octubre de 2004. Ella señala en su Preámbulo:

“(Los Reyes y Presidentes de los 25 países miembros de la UE citados por orden alfabético) inspirándose en las herencias culturales, religiosas y humanistas de Europa, a partir de las cuales se han desarrollado *los valores universales* que constituyen los derechos inalienables e inviolables de la persona humana, así como *la democracia, la igualdad, la libertad y el Estado de Derecho*.

“Convencidos de que Europa, finalmente reunida al término de experiencias amargas, pretende avanzar en el camino de la civilización, el progreso y la prosperidad, por el bien de todos sus habitantes e incluidos los más frágiles y desfavorecidos; que quiere seguir siendo un continente abierto a la cultura, el saber y el progreso social; y que desea profundizar el carácter democrático y transparente de su vida pública y obrar *por la paz, la justicia y la solidaridad* en el mundo”...

En el texto de la Carta destaca lo siguiente:

... “2. Valores de la Unión”

“La Unión se fundamenta en los valores de respeto a la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto a los derechos humanos. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la no discriminación”.

III. El fundamento axiológico de las Constituciones modernas

Resulta alentador comprobar cómo, aun desde mucho antes de la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Constitución norteamericana contenía valores similares; y cómo, con posterioridad a dicha Declaración, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y los valores jurídicos en que éste se funda han impregnado profundamente a las Constituciones Políticas posteriores a la Segunda Guerra Mundial.

Iniciaremos esta revista con las Cartas Fundamentales europeas, por ser ellas las primeras que instituyeron un nuevo modo de situar a la persona humana como centro de gravedad del universo jurídico, en lugar del Estado, como ocurría anteriormente.

Constituciones europeas

15. LEY FUNDAMENTAL (GRUNDGESETZ) DE LA REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA (1949)

Su artículo 1º –en su aspecto axiológico– dice así:

“1. La *dignidad* del hombre es sagrada y su respeto y protección constituyen un deber de todas las autoridades del Estado.

“2. El pueblo alemán reconoce, en consecuencia, los derechos inviolables e inalienables del hombre como fundamento de toda comunidad humana, de la *paz* y de la *justicia* en el mundo.

16. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE ITALIA (1947)

Su art. 3º prescribe:

“Todos los ciudadanos tienen la misma *dignidad social* y son *iguales* ante la ley, sin distinción de sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas ni circunstancias personales y sociales.

“Constituye obligación de la República suprimir los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho *la libertad y la igualdad* de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la participación efectiva de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país”.

Su art. 11 contempla las limitaciones de soberanía necesarias para asegurar “*la paz y la justicia* entre las naciones”.

17. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA FRANCESA (1958)

Dice su Preámbulo, en lo pertinente a nuestro tema:

“El pueblo francés proclama solemnemente su adhesión a los Derechos del Hombre y a los principios de soberanía nacional tal como fueron

definidos en la Declaración de 1789, confirmada y completada por el Preámbulo de la Constitución de 1946.

“En virtud de estos principios y del de libre determinación de los pueblos, la República ofrece a los territorios de Ultramar que manifiesten la voluntad de adherirse a ellos unas instituciones nuevas basadas en el ideal común de *libertad, igualdad y fraternidad* y concebidas con vistas a la evolución democrática de todos ellos”.

El Art. 1º de la célebre Declaración de 1789 dice: “Los hombres nacen y permanecen *libres e iguales* en derechos”.

18. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE TURQUÍA (1961)

Su Preámbulo, en lo que nos atañe, dice:

“La Nación Turca ...

“Con el fin de fundar un Estado democrático de Derecho con todos los fundamentos jurídicos y sociales capaces de realizar y de garantizar los derechos y libertades del hombre, la *solidaridad* nacional, la *justicia* social, la *paz* y la conveniencia del individuo y de la sociedad;

“Ha aprobado esta Constitución (...) y la confía al cuidado vigilante de sus hijos imbuidos de *libertad*, de *justicia* y de *virtud*, con la convicción de que su verdadera garantía está en la conciencia y la voluntad de los ciudadanos”.

19. CONSTITUCIÓN DE GRECIA (1975)

Su Art. 2º dice:

“1. El respeto y la protección del *valor de la persona humana* constituyen obligación primordial del Estado.

“2. Grecia persigue, ateniéndose a las reglas universalmente reconocidas del derecho internacional, la consolidación de la *paz* y de la *justicia* así como el desarrollo de relaciones amistosas entre los pueblos y los Estados”.

20. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE PORTUGAL (1976)

“Portugal es una república soberana, basada en la *dignidad de la persona humana* y en la voluntad popular y empeñada en la construcción de una sociedad *libre, justa y solidaria*”.

21. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE ESPAÑA (1978)

Esta Constitución tiene el mérito de propugnar ciertos valores superiores que especifica en su articulado, de tal manera que ella contiene valores positivados los cuales –sin perjuicio de su rango constitucional– no agotan la virtualidad expansiva de estos valores como tales, sirviendo las funciones normativas, interpretativas e integradoras inherentes a ellos.

Su Art. 1° prescribe:

“1. España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como *valores superiores* de su ordenamiento jurídico la *libertad*, la *justicia*, la *igualdad* y el *pluralismo político*”.

Su Art. 10.1 dice:

“1. *La dignidad de la persona*, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”.

22. CONSTITUCIÓN DE RUMANIA (1991)

Su Art. 1.3, ubicado entre los “Principios Generales”, prescribe:

“Rumania es un Estado de derecho, democrático y social, en el cual la *dignidad del ser humano*, los derechos y las libertades de los ciudadanos, el libre desarrollo de la personalidad humana, *la justicia* y el *pluralismo político* representan *valores supremos* y se garantizan”.

23. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA CHECA (1992)

Su Preámbulo declara:

“Nosotros, los ciudadanos de la República Checa en Bohemia, Moravia y Silesia, al tiempo de la renovación de un Estado checo independiente, fiel a todas las apreciables tradiciones de nuestra antigua fisonomía estatal (...) han resuelto construir, proteger y desarrollar la República Checa en el espíritu de los *inviolables valores de la dignidad humana* y *la libertad*”.

24. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA ESLOVACA
(1992)

Su Art. 12.1. declara:

“Todos los seres humanos son *libres e iguales en dignidad y en derechos*. Sus derechos fundamentales y libertades están consagrados, son inalienables, imprescriptibles e irreversibles”.

25. CONSTITUCIÓN DE LA FEDERACIÓN RUSA
(1993)

Su Art. 2º prescribe:

“El Individuo, sus Derechos y Libertades, son *valores excelsos*. El reconocimiento, resguardo y defensa de las libertades y derechos humanos y cívicos son obligación del Estado”.

El Art. 21 establece:

“1. La *dignidad del individuo* está defendida por el Estado. No puede existir ningún fundamento para menospreciarla.

“2. Nadie puede ser objeto de torturas, violencia u otro tipo de trato que sea rígido así como de castigos que menoscaben *la dignidad humana* (...)”.

26. CONSTITUCIÓN DE SUECIA
(LEY DE REFORMA DE 24-XI-1994)

Su Art. 2º prescribe:

“El poder público se ejercerá con el debido respeto al *igual valor de todos* y a la *libertad y dignidad del individuo*.

“El bienestar personal, económico y cultural del individuo constituye el objeto fundamental de los poderes públicos, a los cuales corresponderá en particular asegurar el derecho al trabajo, a la vivienda y a la educación, así como promover la asistencia y seguridad social y un buen ambiente de vida”.

27. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE POLONIA
(1997)

Su Preámbulo, en lo pertinente, declara reconocer: las raíces de su cultura en la herencia cristiana de la nación y en los valores humanos universales, (...) y fundar la República “en el respeto de *la libertad* y de *la justicia*”.

Su Art. 30 establece:

“La *dignidad* inherente e inalienable del hombre constituye la *f fuente* de las libertades y de los derechos del hombre y del ciudadano. Ella es inviolable y su respeto y protección son el deber de los poderes públicos”.

Constituciones americanas.

Pasaremos revista a aquéllas que invocan o se fundan en valores, siguiendo el orden de su antigüedad.

28. LA CONSTITUCIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA (1787)

La Declaración de Derechos de Virginia (1776) sostiene:

“I. Que todos los hombres son, por naturaleza, igualmente libres e independientes, y que tienen ciertos derechos inherentes de los que no pueden privar o desposeer a su posteridad por ninguna especie de contrato cuando se incorporan a la sociedad; a saber, el goce de la vida y de la libertad con los medios de adquirir y poseer la propiedad y perseguir y obtener la felicidad y la seguridad”.

Por su parte, el Preámbulo de la Constitución norteamericana proclama:

“Nosotros, el pueblo de los Estados Unidos, con el propósito de formar una Unión más perfecta, establecer la Justicia, garantizar la Tranquilidad interior, atender a la Defensa común, fomentar el Bienestar general, y asegurar las bendiciones de la Libertad para nosotros y nuestra Posteridad, establecemos y sancionamos esta Constitución para los Estados Unidos de América”²⁷.

29. CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ARGENTINA (1853)

El Preámbulo original de esta Carta dice así:

“Nos, los representantes del pueblo de la Nación Argentina, reunidos en Congreso General Constituyente por voluntad y elección de las provin-

²⁷ Luis SANCHEZ AGESTA, *Documentos Constitucionales y Textos Políticos*.

cias que la componen, en cumplimiento de pactos preexistentes, con el objeto de constituir la unión nacional, afianzar la justicia, consolidar la paz interior, proveer la defensa común, promover el bienestar general, y asegurar los beneficios de la libertad, para nosotros, para nuestra posteridad, y para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino: invocando la protección de Dios, fuente de toda razón y justicia: ordenamos, decretamos y establecemos esta Constitución, para la Nación Argentina”.

La disposición introducida por la Reforma de 1994 al art. 75 N° 22 de la Constitución, reza así:

“La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación sobre la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, *tienen jerarquía constitucional*, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara”.

30. CONSTITUCIÓN DEL ESTADO LIBRE ASOCIADO DE PUERTO RICO (1952)

Su Preámbulo, en la parte pertinente, declara:

“Que consideramos factores determinantes en nuestra vida ... el afán por la educación, la fe en la justicia, la devoción por la vida esforzada, laboriosa y pacífica, la fidelidad a los *valores del ser humano* por encima de posiciones sociales, diferencias raciales e intereses económicos, y la esperanza de un mundo mejor basado en estos principios”.

Su art. 2° dice así:

“*La dignidad* del ser humano es inviolable. Todos los hombres son *iguales* ante la ley. No podrá establecerse discriminación alguna por motivo de raza, color, sexo, nacimiento, origen o condición social, ni ideas políticas

o religiosas. Tanto las leyes como el sistema de instrucción pública encarnarán estos principios de esencial igualdad humana”.

31. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE PANAMÁ (1972)

Su Preámbulo dice así:

“Con el fin supremo de fortalecer la Nación, garantizar la *libertad*, asegurar la *democracia* y la estabilidad institucional, exaltar la *dignidad humana*, promover la *justicia social*, el bienestar general y la integración regional, e invocando la protección de Dios, decretamos la Constitución Política de Panamá”.

32. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE (1980)

Esta Constitución contiene, en su Capítulo I, las “Bases de la Institucionalidad” que permean todos sus demás capítulos y poseen una rigidez reforzada para el caso de intentarse su reforma. En su artículo 1° proclama la libertad, la igualdad y la dignidad humana y pone al Estado al servicio de la persona; señala como finalidad el bien común, dirigido a procurar a cada miembro de la comunidad la mayor realización espiritual y material que sea posible e impone al Estado deberes precisos respecto de la familia y de la comunidad nacional, con especial referencia a las asociaciones intermedias entre la persona y el Estado. Además de los valores asegurados en su art. 1°, el art. 5° inc. 2° impone como limitación al ejercicio de la soberanía, el respeto a los derechos fundamentales y, como deber de los órganos del Estado, respetar y promover los derechos garantizados en la Carta, así como por los tratados internacionales.

Su art. 22 inciso 2°, prescribe que

“Los chilenos tienen el deber fundamental (...) de contribuir a preservar la seguridad nacional y los *valores esenciales* de la tradición chilena”.

33. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR (1983)

Su Art. 1° prescribe:

“El Salvador reconoce a la persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado, que está organizado para la consecución de la justicia, de la seguridad jurídica y del bien común.

“En consecuencia, es obligación del Estado asegurar a los habitantes de la República, el goce de la *libertad*, la *salud*, la *cultura*, el *bienestar económico* y la *justicia social*”.

34. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA (1985)

“Art. 1°. *Protección a la Persona*. El Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia, su fin supremo es la realización del bien común”.

“Art. 2°. *Deberes del Estado*. Es deber del Estado garantizarles a los habitantes de la República la vida, la *libertad*, la *justicia*, la *seguridad*, la *paz* y el *desarrollo integral de la persona*”.

35. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE NICARAGUA (1987)

Su Art. 5° declara:

“Son principios de la nación nicaragüense: la *libertad*; la *justicia*, el respeto a la *dignidad de la persona humana*; el *pluralismo político, social y étnico*; el reconocimiento a las distintas formas de propiedad; la libre cooperación internacional; y el respeto a la libre autodeterminación de los pueblos”.

36. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA FEDERAL DE BRASIL (1988)

Su Preámbulo declara:

“... la libertad, la seguridad, el bienestar, el desarrollo, la igualdad y la justicia como *valores supremos* de una sociedad fraterna, pluralista y sin prejuicios”.

Su art. 1° prescribe que

“La República Federal de Brasil (...) se constituye como Estado democrático de Derecho y tiene como fundamentos: III. *la dignidad de la persona humana*; IV. Los *valores sociales* del trabajo y de la libre iniciativa; V. *el pluralismo político*”.

37. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA (1991)

Su Preámbulo expresa su propósito de:

“... fortalecer la unidad de la nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz”.

Su Art. 1° declara:

“Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”.

38. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE PARAGUAY (1992)

Su Preámbulo declara:

“El pueblo paraguayo por medio de sus legítimos representantes reunidos en Convención Nacional Constituyente, invocando a Dios, reconociendo *la dignidad humana*, con el fin de asegurar la *libertad*, la *igualdad* y la *justicia*, reafirmando los principios de la democracia republicana, representativa, participativa y pluralista, ratificando la soberanía e independencia nacionales, e integrado a la comunidad internacional, sanciona y promulga esta Constitución”.

39. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ (1993)

Su Art. 1° prescribe: “La defensa de la persona humana y *el respeto de su dignidad* son el fin supremo de la sociedad y del Estado”.

40. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA (1999)

Su art. 2 dice así:

“Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que propugna como *valores superiores* de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y, en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político”.

41. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE ECUADOR (2008)

Su Preámbulo expresa que:

“Decidimos construir

“Una sociedad que respeta, en todas sus dimensiones, la dignidad de las personas y las colectividades;

“Un país democrático, comprometido con la integración latinoamericana –sueño de Bolívar y Alfaro–, la *paz y la solidaridad* con todos los pueblos de la tierra;”.

42. *CONSTITUCIÓN DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA*
(2009)

Su art. 8.II, prescribe:

“El Estado se sustenta en los *valores* de unidad, igualdad, inclusión, dignidad, libertad, solidaridad, reciprocidad, respeto, complementariedad, armonía, transparencia, equilibrio, igualdad de oportunidades, equidad social y de género en la participación, bienestar común, responsabilidad, justicia social, distribución y redistribución de los productos y bienes sociales, para vivir bien”.

*IV. Trascendencia de los valores
en el derecho constitucional*

43. Sabemos ya que los valores impregnan todo el vasto mosaico de la actividad humana y –dentro de él– las relaciones jurídicas.

Cabe preguntarse: ¿qué aportan los valores al derecho constitucional? Creemos poder identificar los siguientes aportes:

- A. Los valores dan una nueva dimensión a la Constitución y –por ende– a todo el ordenamiento jurídico: la dimensión axiológica. De allí que el T.C. español haya podido decir que la Constitución es “un orden de valores”²⁸.
- B. Los valores, debido a su polaridad y a la ley de atracción de sus armónicos, dotan a la Constitución de una sólida unidad que –en palabras de PAREJO ALFONSO–

“encuentra su soporte en el orden sustantivo que conforman los expresados valores y no únicamente en un conjunto de reglas formales de producción de normas”.

- C. Por idénticos motivos, la Constitución adquiere coherencia, no sólo por la del plexo de valores que estructuran su *ethos*, sino también porque la hermanan con la cultura propia de la comunidad política que rige y de la cual esos valores emanan.

²⁸ S.T.C. español Rol 8/1983 y Rol 35/1987.

D. Los valores son la brújula indicadora del sentido y orientación de sus normas. De allí que proporcionen criterios certeros para interpretarlas. Por eso el autor citado ha dicho que

“El orden de valores (...) de la Constitución es concebido además, precisamente, como un sistema, un todo coherente dotado de una específica estructura que importa determinar para comprender correctamente su significado, lo que repercute en la labor interpretativa”²⁹.

E. Finalmente, los valores proporcionan la malla necesaria para integrar las lagunas o vacíos del ordenamiento jurídico.

Pero no es en el campo de la técnica jurídica donde los valores juegan su papel más importante.

Como la más alta floración de la cultura, los valores no son cualidades estimables para declararlas o para admirarlas desde la lejanía. Los valores valen cuando se asumen, cuando se incorporan al ser y al obrar de las personas, de los operadores jurídicos y de los órganos de poder estatales e internacionales.

En resumen, o los valores se viven o carecen de toda importancia.

44. A comienzos del siglo XXI, la humanidad asiste a una confrontación entre la observancia de los valores que propugnan los instrumentos internacionales y las Constituciones Políticas, por una parte; y, por la otra, los intereses económicos, las estrategias de producción y de mercado y las acciones brutales de algunos gobiernos que arrasan con los valores cuando así conviene a sus pretensiones políticas o a sus sueños hegemónicos. Esta confrontación no es un asunto de menor cuantía, pues de su resultado depende la suerte de nuestro planeta y el destino de la humanidad.

45. Un grupo importante de personas de todos los países ha elaborado LA CARTA DE LA TIERRA, que alerta sobre las contradicciones existentes en el mundo e interpela a las personas, a las organizaciones y a los gobiernos para superarlas, renovando su compromiso con los valores que, a veces, se olvidan o se ignoran³⁰.

²⁹ Luciano PAREJO ALFONSO, *Valores Superiores*, p. 6811.

³⁰ El *Preámbulo* de la Carta termina diciendo: “necesitamos urgentemente una visión compartida sobre los **valores básicos** que brinden un *fundamento ético* para la comunidad mundial emergente. Por lo tanto, juntos y con una gran esperanza, afirmamos los siguientes principios interdependientes, para una forma de vida sostenible, como un fundamento común mediante el cual se deberá guiar y valorar la conducta de las personas, organizaciones, empresas, gobiernos e instituciones transnacionales”. Sigue a continuación un listado de principios que abarcan el Respeto y Cuidado de la Comunidad de la Vida, la Integridad Ecológica, la Justicia Social y Económica, la Democracia, la No Violencia y la Paz. La Carta termina así: “Todo individuo, familia, organización y comunidad, tienen un

46. En el campo de la medicina, la Federación Europea de Medicina Interna, el American College of Physicians, la American Society of Internal Medicine y el American Board de la misma especialidad, han elaborado un estatuto para el ejercicio de la medicina, el que –junto con plantear sus problemas e indicar los principios adecuados para resolverlos– hace ver la necesidad de reafirmar los principios y valores universales de esa profesión³¹.

47. El Parlamento de las Religiones del Mundo, reunido en asamblea en el Grant Park de Chicago (1993) emitió una declaración estremecedora de la cual transcribimos parte de su Introducción:

“El mundo agoniza. Agonía tan penetrante y opresiva que nos sentimos movidos a señalar las formas en que se muestra para poner de manifiesto lo hondo de nuestra zozobra.

“La paz nos da la espalda. El planeta está siendo destruido. Los vecinos viven en el temor mutuo. Hombres y mujeres se distancian entre sí. Los niños mueren. Todo ello es terrible.

“Condenamos el mal uso de los ecosistemas de nuestra tierra.

“Condenamos la miseria que estrangula las posibilidades de vida; el hambre, que debilita los cuerpos de los seres humanos; las desigualdades económicas, que a tantas familias amenazan con la ruina.

“Condenamos el desorden social de las naciones; el desprecio de la justicia, que empuja a ciudadanos hacia la marginación; la anarquía, que gana posiciones en nuestras comunidades; y la absurda muerte de niños

papel vital que cumplir. Las artes, las ciencias, las religiones, las instituciones educativas, los medios de comunicación, las empresas, las organizaciones no gubernamentales y los gobiernos están llamados a ofrecer un liderazgo creativo. La alianza entre gobiernos, sociedad civil y empresas es esencial para la gobernabilidad efectiva. / Con el objeto de construir una comunidad global sustentable, las naciones del mundo deben renovar su compromiso con las Naciones Unidas, cumplir con sus obligaciones bajo los acuerdos internacionales existentes y apoyar la implementación de los principios de la Carta de la Tierra, por medio de un instrumento internacional legalmente vinculante sobre medio ambiente y desarrollo. / Que el nuestro sea un tiempo que se recuerde por el despertar de una nueva reverencia ante la vida, por la firme resolución de alcanzar la sustentabilidad; por el aceleramiento en la lucha por la justicia y la paz y por la alegre celebración de la vida”. THE EARTH CHARTER INITIATIVE, THE EARTH COUNCIL, APDO. 2323 – 1002, SAN JOSE, COSTA RICA. Correo electrónico: info@earthcharter.org

³¹ El Preámbulo del Estatuto señala en uno de sus párrafos: “Actualmente la profesión médica se ve enfrentada a una explosión tecnológica, a fuerzas del mercado cambiantes, a problemas en el otorgamiento de prestaciones de salud, al bioterrorismo y a la globalización. Resultado de ello es que los médicos encuentran cada vez más difícil satisfacer sus responsabilidades con los pacientes y con la sociedad. En estas circunstancias, reafirmar los *principios y valores fundamentales y universales* de la profesión médica, que siguen siendo ideales procurados por todos los médicos, resulta ser de la mayor importancia”, en *Revista Médica de Chile*, 2003, p. 131: 457-460.

mediante la violencia. Condenamos especialmente la agresión y el odio en nombre de la religión. Esta agonía debe cesar.

“Debe cesar, porque ya existe la base de una ética. Tal ética brinda la posibilidad de un mejor orden individual y global que aleje a los hombres de la desesperación y a las naciones del caos (...)”

“Afirmamos que las enseñanzas de las religiones contienen un *patrimonio común de valores radicales* que constituyen la base de una ética mundial”.

48. Todas estas voces, llamadas a sacudir la conciencia de la humanidad –sumadas a la reacción universal del mundo político, de la élite intelectual y del periodismo analítico ante las invasiones de Afganistán y de Iraq– nos alertan acerca de las graves circunstancias por las que atraviesa la vigencia de los valores en la época actual.

Nada podría ser más funesto para la suerte de la tierra y de la humanidad que la habita, que la degradación de los frutos más delicados, más necesarios y más apetecibles de la cultura universal, como son sus valores.

Porque su olvido o su desprecio –esto es, la desvalorización de los valores– haría realidad la teoría de Nietzsche, desarrollada por Spengler, en el sentido de que el momento culminante del desarrollo de una civilización marca el inicio de su corrupción y su decrepitud.

Porque –como dijimos al comienzo– la principal característica de los valores es su alta carga afectiva. La vida adquiere el valor de los valores con que se vive. Y es por eso que, gracias a ellos, vale la pena vivir; y hay veces en que, también por ellos, vale la pena morir.

Bibliografía

- BRUFAU, Jaime, *Teoría Fundamental del Derecho*, Tecnos, Madrid, 1990.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *El Sistema Constitucional Español*, Dykinson, Madrid, 1992.
- GARRORENA MORALES, Angel, *El Estado español como Estado social y democrático de derecho*, Tecnos, Madrid, 1984.
- HERNÁNDEZ GIL, Antonio, “Sistema de Valores en la Constitución”, en *La Constitución de la Monarquía Parlamentaria*, Fondo de Cultura Económica, México, 1983 y *El cambio político y la Constitución*, Ed. Planeta, Barcelona, 1982.
- HÜBNER, Jorge, *Manual de Filosofía del Derecho*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1954.
- HÜBNER, Jorge, *Panorama de los Derechos Humanos*, Ed. Andrés Bello, Santiago, 1973.
- LUCAS VERDU, Pablo, “Estimativa y Política Constitucional”, Fac. de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 1984. pp. 122-123.

- LLAMAS C, Angel, *Los valores jurídicos como ordenamiento material*, BOE. Madrid, 1993.
- ORTEGA Y GASSET, José, “Introducción a una estimativa”, en *Obras Completas*, Alianza Editorial, Vol. 6, Madrid, 1979 (2ª. Reimpresión), p .315
- SÁNCHEZ AGESTA, Luis, *Documentos Constitucionales y Textos Políticos*, Ed. Nacional, Madrid, 1982.
- PAREJO ALFONSO, Luciano, “Valores Superiores”, en *Enciclopedia Jurídica Básica, Civitas*, 1ª ed., tomo IV, Madrid, 1995, p. 6811.
- PAREJO ALFONSO, Luciano, “Constitución y Valores del Ordenamiento”, en *Estudios sobre la Constitución Española - Homenaje al Prof. Eduardo García de Enterría*, tomo I.
- PECES BARBA, Gregorio, *Los Valores Superiores*, Tecnos, Madrid, 1986.
- PÉREZ LUÑO, Antonio, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1984.
- PRIETO SÁNCHEZ, Luis, “Los valores superiores del ordenamiento jurídico y el T.C.”, *Rev. Poder Judicial*, N° 11, junio 1984.
- RECASENS SICHES, Luis, *Introducción al Estudio del Derecho*, Ed. Porrúa, México, 1981.
- RUBIO LLORENTE, Francisco, “Constitución: Valores, Principios, Derechos” en *Valores de una Sociedad Plural*, Fundación para el Análisis y los Est. Sociales, Madrid, 1999, pp. 135-148.
- RUIZ-GIMÉNEZ, Joaquín, “Derechos Fundamentales de la Persona (art. 10)”, en *Comentarios a la C.E. de 1978*, EDERSA, tomo II, 1997.
- SPENGLER, Oswald, *La decadencia de Occidente. Bosquejo de una morfología de la historia universal*, Espasa-Calpe, tomo I, Madrid, 1983.

JURISPRUDENCIA

S.T.C. español Rol N° 8/1983 y Rol N° 35/1987.

Comentarios de jurisprudencia

Derecho Público Iberoamericano

Universidad del Desarrollo

N° 7 | 2015

UN INTERVENTOR PARA LAS INSTITUCIONES DE EDUCACIÓN SUPERIOR

(ROL 2.731/24.10.2014
DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL)

*Eduardo Soto Kloss**

El rol 2731 del TC fue sentenciado el 24 de octubre de 2014, a raíz de un requerimiento presentado por un grupo de parlamentarios en razón de infringir el proyecto de ley que creaba un “administrador provisional” y un “administrador por de cierre” de instituciones de educación superior, claros preceptos constitucionales como v. gr. artículos 19 N°s. 3 y 5, y 11 y 24. Rechazado que fuera el citado requerimiento (con varios votos en contra, 4 sobre 5) tal proyecto devino Ley 20.800¹.

Por considerar que *dicho fallo ha vulnerado notoriamente la autonomía de las instituciones de educación superior* (Centros de Formación Técnica, Institutos Profesionales y Universidades), nos permitimos mostrar ello en estas líneas y, además, comprobar un cambio de criterio del actual TC en esta materia, lo que se viene a agregar a otros casos semejantes de cambios en sus decisiones anteriores, menospreciando el carácter de “jurisprudencia” que revisten sus pronunciamientos, jurisprudencia que significa mantener lo decidido con anterioridad y no modificarlo por simples mayorías circunstanciales, sin fundamentar seria, rigurosa y convincentemente esos cambios.

1. La disposición en disputa era el artículo 4° letra b), que es ahora Ley 20.800. Su texto dispone:

“Artículo 4°.- En la resolución de término de la investigación preliminar, el Ministerio de Educación podrá, fundadamente y atendida las características de la institución y la naturaleza y gravedad de los problemas

* Doctor en Derecho, Universidad de París/Panthéon- Sorbonne. Profesor titular de Derecho Administrativo Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile; ex Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás. Correo electrónico: sotokloss@ust.cl

¹ Diario Oficial 26 de diciembre 2014.

constatados, adoptar una de las siguientes medidas: ...b) Nombrar un administrador provisional si se constatan problemas que pudieren configurar algunas de las causales previstas en el inciso primero del artículo 6°”.

2. Sin entrar en este comentario al total de las infracciones que la disposición transcrita incurre vulnerando derechos fundamentales de quienes tienen el dominio y la administración de esas instituciones afectadas, lo reduzco solamente al tema de la violación de la “*autonomía*” de ellas en cuanto cuerpos asociativos, autonomía que reconoce, garantiza y ampara la propia CP.

3. La CP de 1980, en clarísimo repudio a la situación producida durante el gobierno marxista de 1970-73 y su pretensión de intervención estatal en todos los ámbitos de la vida nacional, y especialmente en el caso de la educación a través de su tristemente célebre ENU, es decir “única”/ Estado docente totalitario/marxista), estableció en el Capítulo I “Bases de la Institucionalidad”, artículo 1° inciso 3°, que

“El Estado reconoce y ampara los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos”.

Por su parte, el artículo 19 N° 11 CP reconoce, asegura y ampara la libertad de enseñanza:

“Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas: N° 11. La libertad de enseñanza incluye el derecho de abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales [inc. 1°]. La libertad de enseñanza no tiene otras limitaciones que las impuestas por la moral, las buenas costumbres, el orden público y la seguridad nacional [inc. 2°]”.

Su inciso final (5°) agrega en su oración final que

“Dicha ley [una ley orgánica constitucional], del mismo modo, “establecerá los requisitos para el reconocimiento oficial de los establecimientos educacionales de todo nivel”.

Vistos los preceptos constitucionales transcritos, abordemos el punto.

4. Cuando se habla de *autonomía* no cabe olvidar que este término tan antiguo ya era empleado por los griegos, quienes con ello significaban la ley (*nomos*) y propia, de sí mismo, privativa (*autos*); es decir, se describía esa cualidad de quien se regula por normas que el mismo sujeto “posee en sí” (ley de su naturaleza, que le viene dada por la misma entidad que

posee) o “se da a sí mismo”, con independencia y sin interferencia de otros, o sea que *se gobierna, organiza y actúa por sí mismo*.

Lo dicho resulta especialmente referido aquí a los cuerpos asociativos “a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad”. Y es que el ser humano es por su propia naturaleza un ser sociable, y ello lo mueve por inclinación natural a agruparse con sus semejantes en asociaciones, grupos o entidades de las más diversas finalidades como una manera de alcanzar su propio bien (bien particular) y el de los miembros que las conforman (bien común).

Dicha natural sociabilidad lleva a constituir –desde la perspectiva jurídica– el “derecho de asociación” (para instituir las) y a la “libertad de asociación” (de pertenecer a ellas, según lo estime conveniente, o renunciar a ellas de haber sido parte de ellas). No es ocioso recordar aquí que los gobiernos totalitarios siempre han pretendido eliminar tanto este derecho como esta libertad de asociación, como lo hiciera ya la Revolución Francesa (ley Le Chapelier) o en el siglo xx la oligarquía soviética y hace apenas cincuenta años la tiranía castrista (Cuba); y no puede olvidarse en nuestra propia historia la pretensión del gobierno marxista 1970-1973 de cancelar la personalidad jurídica, entre otras, de la Sociedad de Fomento Fabril, de la Sociedad Nacional de Agricultura, y hasta del Colegio de Abogados de Chile.

4.1. Así es que desde el primer instante de la elaboración de la Constitución de 1980 se vio la necesidad de plasmar en ella con claridad este reconocimiento de la autonomía de los cuerpos asociativos y su correspondiente garantía constitucional². De allí el texto del artículo 1° inciso 3°, pieza fundamental en el combate en contra del estatismo siempre avasallador y por esencia conculcador de las libertades ciudadanas, que pretende imponer intereses partidistas o ideologías (utópicas por esencia) probadamente fracasadas a pretexto de igualdad u otros términos semejantes, verdaderos –esos sí– “opio” del pueblo.

4.2. Si se analiza el texto del inciso 3° del referido artículo 1° se podrá advertir que es suficientemente claro y autosuficiente. Pero, además, se conecta con otros preceptos que aseguran su efectividad para que no sea mera fraseología o simples sonidos (*flatus vocis*).

² Pueden verse *Metas y objetivos fundamentales para la Nueva Constitución* (26.11.1973; *Declaración de principios del Gobierno de Chile* (11.3.1974, cap. II; *Acta Constitucional N° 2* (DL 1.551, de 13.9.1976) considerando 4° y artículo 2°; igualmente las *Proposiciones e ideas precisas* (16.8.1980) que acompañan el Anteproyecto de Nueva Constitución, párrafo 2°, y especialmente en su “Parte Especial” al explicar el “Preámbulo de la Carta Fundamental”, que será finalmente el Capítulo I, Bases de la Institucionalidad, de la Constitución hoy vigente.

En efecto, en la propia CP se establece de modo perentorio que el Estado –que es un medio para el bien y perfección de las personas y no de quienes concertados se encaraman y se apoderan del gobierno para sus propios fines partidistas– en su misión de “promover el bien común” (artículo 1° inciso 4°) debe hacerlo “con pleno respeto a los derechos y garantías” de las personas, teniendo los órganos del Estado como límite en su actuar “el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana” (artículo 5° inciso 2°), siendo el derecho de asociación y la libertad de asociación uno de esos derechos (artículo 19 N° 15), derecho que emana de modo directísimo de la propia naturaleza humana (su intrínseca sociabilidad), y que no puede ser afectado en su “esencia” por ley alguna (menos aún por un acto administrativo) como lo prescribe su artículo 19 N° 26.

Tratándose de los cuerpos asociativos también respecto de ellos se les reconoce, garantiza y ampara nada menos que el hecho de existir, de constituirse, sin permiso previo, esto es sin intervención de la autoridad estatal (artículo 19 N° 15: *La Constitución asegura a todas las personas: 15. El derecho de asociarse sin permiso previo* (inciso 1°). Asimismo, el derecho a no ser discriminado de modo arbitrario, “ni por la ley ni por autoridad alguna” (artículo 19 N° 2 inciso 2°), como también el derecho a la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos (artículo 19 N° 3 inciso 1°), el derecho al respeto y protección de su privacidad y honra (artículo 19 N° 4), el derecho a la inviolabilidad de sus sedes y comunicaciones privadas (artículo 19 N° 5), el derecho a no ser confiscados sus bienes a menos que lo sea en un debido procedimiento penal, racional y justo ante un tribunal de justicia que declare ser una “asociación ilícita” (artículo 19 N° 7 letra g), “la libertad de enseñanza”, que veremos en seguida (artículo 19 N° 11), la libertad de emitir opinión (artículo 19 N° 12), “el derecho a desarrollar cualquiera actividad económica lícita que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen” (artículo 19 N° 21), el derecho a la igual repartición de los tributos y demás cargas públicas (artículo 19 N° 20), el derecho a no ser discriminado por el Estado en materia económica (artículo 19 N° 22), la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes con excepción de aquellos que la Constitución especifica (artículo 19 N° 23), “el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporeales”, su intangibilidad, como también los atributos y facultades sin perjuicio de la expropiación en la forma y condiciones que la CP establece (artículo 19 N° 24), el derecho de propiedad industrial sobre aquellos bienes que la CP enumera (artículo 19 N° 25) y, finalmente, el derecho a no ser afectado en la esencia o contenido esencial de sus derechos (artículo 19 N° 26).

Si hemos hecho esta larga enumeración de los derechos que posee todo cuerpo asociativo y que la Constitución les reconoce, garantiza y ampara, es para insistir que el reconocimiento y autonomía de estos llamados “grupos intermedios” y la garantía y amparo de sus derechos “son fundamentos insustituibles de una sociedad libre y de su plena participación” y un baluarte esencial frente a quienes pretenden potenciar el Estado (es decir el grupo gobernante) a fin de capturar y dominar a la comunidad y transformar a las personas en siervos o esclavos de sus intereses frecuentemente bastardos. Y también para recordar cuando se trata específicamente de la “afectación” de uno de los derechos referidos, siempre indefectiblemente se afectan por repercusión varios otros, que es lo que ha sucedido con el texto del artículo 4° letra b) de la Ley 20.800, que comentamos y que el TC en su fallo pasó de largo y soslayó con grave infracción de la CP, incluso modificando su jurisprudencia anterior sin siquiera fundamentar tal variación.

4.3. Si se analiza el texto del inciso 3° del artículo 1° de la CP aparecen de inmediato dos ideas: *una*, conforme a la cual se establece que el Estado “reconoce y ampara” los grupos intermedios, o sea, los cuerpos asociativos que crean y organizan las personas miembros de la comunidad política; asociaciones “a través de las cuales se organiza y estructura la sociedad”; esto es muy importante, porque son estas asociaciones o grupos o entidades sociales las que constituyen la Nación, siendo el Estado “una” de esas entidades, el cual “está al servicio de la persona humana” (persona humana que es la que crea junto a otras esos grupos o entidades asociativas) y no para avasallarlas ni capturarlas ni convertirlas en siervos (al modo de los regímenes totalitarios). La *otra* idea, fundamental, es que al Estado le impone la CP la obligación jurídica constitucional de “garantizar la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos”.

Para la CP ello configura un “valor esencial de la Nación” (junto con la familia) y un “fundamento insustituible de una sociedad libre y de plena participación”. Y ello nada menos que como “Bases de la Institucionalidad”, o sea, cimiento, pilar o fundamento de todo el ordenamiento jurídico. El propio TC ha señalado muy bien que estas “Bases” reflejan “la filosofía que inspira la Constitución y orienta al intérprete en su misión de declarar y explicar el verdadero sentido y alcance del resto de la preceptiva constitucional”³

4.4. Cuando se dice *reconoce*, la Constitución no hace sino advertir y comprobar una realidad que preexiste a la existencia del Estado, como es la natural sociabilidad humana, o sea, un derecho que emana de la propia

3 STC Rol N° 19 del 27 de octubre 1983, considerando 9°.

naturaleza humana, que posee el hombre simplemente por el hecho de ser humano (artículo 5° inciso 2°, que lo reconoce como límite al poder de los órganos del Estado). No se trata de una cualidad adquirida, sino que intrínseca a la persona humana; de allí que la CP dispone que el Estado “reconoce”, admite como anterior y superior a él, ese derecho a asociarse, que se actualiza en la creación de los más diversos tipos de asociaciones o cuerpos asociativos a fin de obtener la satisfacción de los distintos fines que desean perseguir los miembros que los componen. Antes que ese “derecho” a asociarse la Constitución reconoce la libertad humana para asociarse sin premiso previo. Si bien se profundiza, se trata de un “reconocimiento” de ese derecho y libertad natural fundamental de la vida social, y que va desde un modesto club de rayuela de un pueblo rural hasta una universidad, desde un centro de madres a una asociación de vida consagrada a Dios.

Cuando se dice que el Estado *ampara a los grupos intermedios*, es decir, a los cuerpos asociativos, quiere decir que la Constitución le impone al Estado una *obligación* (sea de dar, hacer o no hacer, según el caso) de proteger y defender estos grupos ante cualquier intento que pretenda desconocer su existencia, o el libre desenvolvimiento de sus actividades específicas para obtener sus fines, Y, obviamente, esta *obligación de amparo* se dirige en primer lugar a las propias autoridades estatales, como v. gr. los tribunales de justicia, cuya tarea fundamental, esencial, es la protección de los derechos de las personas⁴, pero también al legislador, que no pocas veces olvida esto y legisla con total prescindencia, cuando no desprecio, de los derechos de las personas, y ciertamente se dirige a las autoridades de gobierno/administración, las cuales no pocas veces elaboran proyectos de ley que atentan directamente en contra de esos derechos, como ha ocurrido en el caso que aquí comentamos.

5. Dado el tema central de este análisis, merece párrafo aparte la otra idea que plantea el artículo 1° inciso 3° de la Constitución, como es que el Estado “garantiza la adecuada autonomía” de estos grupos asociativos “para cumplir sus propios fines específicos”. Entremos ya en el meollo del tema. Como decíamos al inicio del párrafo 4 precedente, *autonomía* nos envía directamente a la idea de “libertad”.

Y libertad (1) para “crear una entidad asociativa sin permiso previo”, es decir, su creación queda entregada a la exclusiva decisión de las personas que se reúnen para tal efecto, y no por mandato de la autoridad

⁴ Como lo disponía ya la Constitución de 1833, artículos 116 y 146 N° 1, que estuvieron vigentes (según su Disposición Tercera Transitoria) hasta 1875 con la entrada en vigencia de la Ley de organización y atribuciones de los Tribunales.

o exigencia que pretenda imponer la ley o la autoridad administrativa, incluso si se tratara de otorgarle un determinado beneficio. La Constitución garantiza esa libertad, como lo dispone el inciso 3° referido y la garantiza expresamente, esto es, de modo claro y sin lugar a duda alguna. Así lo ha dicho y corroborado el propio TC en su rol 126/14.5.1991, en su considerando 13° al expresar

“Que tampoco resulta armónico con la Carta Fundamental intentar otorgar a estas organizaciones comunitarias [Juntas de Vecinos] un cierto carácter público, ya que por su esencia misma constituyen una expresión de las bases mismas de la comunidad social, correspondiendo la iniciativa de su existencia exclusivamente a la voluntad y decisión personal de sus asociados, quienes tienen la facultad constitucionalmente garantizada de asociarse para ello sólo si así lo desean y no por mandato o exigencia de la autoridad o de la ley” (redacción Ministro García Rodríguez).

Imposible mayor claridad.

Y libertad (2) para “fijar sus fines específicos” conforme a los propios intereses de quienes desean fundar y crear una determinada asociación o entidad corporativa o grupo societario⁵ VID Fines que, por cierto, no deben ir en contra de la moral, las buenas costumbres, el orden público o la seguridad nacional, los cuales vienen a ser los límites al ejercicio de todos los derechos fundamentales, salvo que la propia Constitución señale otro específicamente⁶.

Y libertad (3) para *organizarse* ese cuerpo asociativo o grupo intermedio del modo más idóneo y adecuado conforme a los fines que se pretenden obtener, a la finalidad que se intenta o pretende conseguir.

Y libertad (4) para *decidir por sí mismo* ese cuerpo asociativo los actos que adopte según sus propios estatutos o regulación normativa interna, y por los órganos propios que tienen esa atribución o competencia para adoptar las decisiones que incidan en su organización y actividad.

Y libertad (5) para *administrar la entidad por sí misma* y de acuerdo a la manera más idónea, eficaz y provechosa para el bien común de ella a

⁵ STC Rol N° 2626 del 29 de enero 2015 considerando 18°, y Rol N° 2627 del 29 de enero 2015 considerando 18°.

⁶ V. gr. artículo 19 N° 6 (libertad de conciencia) inciso 1°; N° 8 (vivir en un ambiente libre de contaminación) inciso 2°; N° 11 (libertad de enseñanza) incisos 2° y 5°; N° 13 (libertad para reunirse en lugares públicos y sin armas) inciso 2°; N° 14 (derecho de petición); N° 15 (derecho de asociación) inciso 4°; N° 16 (libertad de trabajo) inciso 4°; N° 19 (libertad sindical) inciso 1° (“será siempre voluntaria”); N° 21 (derecho y libertad de iniciativa económica) inciso 1°; N° 23 (libertad para adquirir el dominio de bienes/derecho a la propiedad) inciso 2°.

fin de alcanzar y obtener los fines que persigue atendidas las circunstancias concretas de tiempo y lugar. Y todo esto –cosa fundamental– *sin injerencias ajenas de terceros extraños a la entidad, ni interferencias de terceros que perturben o impidan el normal ejercicio de sus actividades.*

Y es que la *autonomía* de un cuerpo asociativo, grupo intermedio, o como se denomine a estas asociaciones o sociedad o corporaciones, implica *per se*, de suyo, una *libertad de autodeterminación, de elección, de decisión, y ausencia de injerencias, intromisiones o interferencias de terceros ajenos a la entidad.* Ciertamente, todo ello sin perjuicio de la intervención estatal, pero sólo en la medida que se infrinja el ordenamiento jurídico al cual está sujeta dicha entidad asociativa y esto *debidamente comprobado en un debido proceso legal, justo y racional ante un tribunal de justicia y un “juez natural” (artículos 73/76 y 19 N° 3, incisos 5° y 6° de la Constitución), el único habilitado para decidir sobre dicha infracción con independencia e imparcialidad.*

Viene a cuento aquí para resumirlo que ya en la Comisión Ortúzar se señalaba de manera muy certera en su Sesión 45⁷, se aprobara en la Sesión 47⁸, y se reiterara en la Sesión 206⁹ en cuanto a que esta autonomía de los cuerpos asociativos significa que debe respetarse a las entidades intermedias “el derecho de perseguir en forma libre sus propios fines específicos sin interferencias indebidas de terceros y, *en particular, del Estado*” (cursivas nuestras).

Y las “interferencias indebidas” en la actividad de estas entidades por parte del Estado, a que hace referencia la cita precedente, implica muy frecuentemente –por desgracia– una afectación directa, una violación del “contenido esencial” de algún derecho de estas entidades (artículo 19 N° 26). Valga aquí recordar de nuevo al TC cuando en su rol 226¹⁰, considerando 38, sentencia que *se viola el citado N° 26* “al imponerse una exigencia que impide” el libre ejercicio de esta autonomía, “ya que un tercero ajeno puede pretender imponer” una determinada actuación, conducta o decisión a una entidad. Esto mismo lo reconocía el mismo TC expresamente en el rol 184¹¹.

⁷ 13 de junio de 1974.

⁸ 20 de junio de 1974.

⁹ 29 de abril de 1976.

¹⁰ 30 de octubre de 1995.

¹¹ En su considerando 7° letra d) del 19 de marzo de 1994, establece con firmeza que el deber del Estado de garantizar esa autonomía no sólo se impone “en su función administrativa, como lo especifica particularmente la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado, en su artículo 3°, inciso segundo, sino también al legislador y a todo órgano del Estado, como lo prescriben los artículos 6°, incisos primero y segundo y 7° incisos primero y segundo”.

Si quisiéramos precisar aun más el contenido de ese derecho que todo grupo o entidad asociativa posee en orden a su *autonomía*, puede decirse que ésta significa darse sus propias normas, determinar sus propios fines y su objeto corporativo, social, acordar su propia “ley estatutaria”, o sea su estatuto social (que es la “ley” que rige la entidad), establecer su propia organización, sus diversos órganos y funciones que desarrollan (de dirección, ejecución, control, etc.), sus sesiones, afectar los bienes que sean necesarios para su actividad, precisar sus propios controles para asegurar el cumplimiento de sus fines y el correcto desempeño de sus miembros, elección de sus directivos, aceptación de nuevos miembros integrantes, establecer un régimen disciplinario interno para hacer frente a los ilícitos o infracciones que puedan cometer sus miembros, etc.

Aun cuando podríamos seguir profundizando en lo que significa “reconocer y amparar” a los grupos intermedios, que son la base sobre la cual se organiza y estructura la sociedad, y en lo que significa “garantizar la adecuada autonomía” de ellos para cumplir sus propios fines específicos, como lo dispone la propia Constitución (artículo 1° inciso 3°) en sus Bases de la Institucionalidad, pienso que basta lo dicho para contrastarlo con el artículo 4° letra b) de la ley 20.800, transcrito al inicio.

5. Una primera observación que aparece necesario hacer es que la referida *autonomía* de los cuerpos asociativos concerniente a los “establecimientos de educación superior” incide en la autonomía para “abrir, organizar y mantener [los]: artículo 19 N° 11 inciso 1°. Y lo que viene a cuento aquí es que esta

“libertad de enseñanza no tiene otras limitaciones que las impuestas por la moral, las buenas costumbres, el orden público y la seguridad nacional” (inciso 2°).

Pues bien, cuando la misma Constitución en su artículo 19 N° 11 inciso 5° remite a la ley (y ley orgánica constitucional) lo que reenvía a ella es establecer requisitos mínimos exigibles en cada uno de los niveles de enseñanza básica y media, como, asimismo, los requisitos para el reconocimiento oficial de los establecimientos educacionales de todo nivel. De allí que en cuanto “abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales de educación superior”, las limitaciones se han de referir a las causales indicadas en el inciso 2° aludido y no otras (salvo en lo que se refiere al reconocimiento oficial de ellos, si lo estiman conveniente sujetarse a ese reconocimiento oficial). La “libertad de enseñanza”, en lo que constituye tal “libertad”, *no está a la disposición del legislador* como para regular cualquier cosa a su respecto en cuanto no sea lo que expresa

y claramente señalan los incisos 3° y 5° del N° 11 referido,¹² pero respecto de los establecimientos de educación superior, esto es Universidades, Institutos Profesionales y Centros de Formación Técnica, sólo cabe intervenir si éstos pretenden el reconocimiento oficial del Estado.

La Ley 20.800 en su artículo 1° señala el objeto que la fundamenta expresando que

“será resguardar el derecho a la educación de los estudiantes, asegurando la continuidad de sus estudios y el buen uso de todos los recursos de la institución de educación superior, de cualquier especie que éstos sean, hasta el cumplimiento de sus respectivos fines”.

Sin entrar a referirnos al curioso “paternalismo” de que hace gala el Ejecutivo al preparar el Mensaje de proyecto de ley y el Legislativo al aprobarlo, a fin de que una institución de educación superior “privada” haga “buen uso de todos los recursos” de que dispone y su “tierna” preocupación de que “cumpla sus fines”,¹³ con ese “intervencionismo” llega incluso a que sea la Administración del Estado, a través de un “interventor” designado por ella misma,¹⁴ quien administre esa Institución de Educación Superior privada, lo que viola de manera patente su *autonomía* constitucionalmente consagrada. Pero pareciera no haberse advertido –en verdad, se ha hecho ex profeso– que la intervención de un “administrador provisional” (en puridad, un “interventor”/al modo de las tristemente célebres requisaciones de industrias, del período 1970-1973) en esas Instituciones privadas con el fin de resguardar el derecho a la educación de sus estudiantes, afecta directamente la “libertad de enseñanza” de esas entidades, no siendo el Estado por su Administración quien a través de esta clarísima afectación –medio inidóneo e inconstitucional– puede proteger o resguardar tal derecho a la educación. No cabe en nuestro Derecho Público pretender resguardar un derecho violando directamente otro, dado que sólo puede permitirse ello en casos excepcionales, como la propia Constitución lo

¹² El inciso 3° dispone que “La enseñanza reconocida oficialmente no podrá orientarse a propagar tendencia política partidista alguna”.

¹³ Que me hace recordar a los reyes déspotas de la Prusia del siglo XVIII que dictaban ordenanzas sobre la hora que debían recogerse los maridos a sus hogares, como asimismo el buen trato que debían dar a sus esposas.

¹⁴ Se evita usar el término “interventor” por el recuerdo que él evoca del fatídico período de gobierno de la Unidad Popular (1970/XI-1973/IX), en el cual por su intermedio se consumara el latrocinio de la incautación ilegal/“requisaciones” de las más diversas industrias del país, que llevó a la quiebra de sus finanzas (inflación de cerca del 1000%) y al alzamiento de todas las fuerza vivas de la comunidad nacional en contra de ese gobierno, declarado incluso “ilegítimo” por la Cámara de Diputados (Acuerdo del 22/23.8.1973).

contempla previa declaración de un *estado de excepción constitucional* cuando existan circunstancias expresamente delimitadas que afecten gravemente el normal funcionamiento de las “instituciones del Estado”,¹⁵ no de una universidad o entidades privadas.¹⁶ Ello es propio de un gobierno totalitario, así de simple.

Ahora bien, el TC ha reconocido expresamente que las Universidades privadas son cuerpos intermedios, como lo señala su rol 523 en sus considerandos 24 y 26¹⁷, y, en consecuencia, se encuentran amparadas por la *autonomía* que la Constitución les reconoce, garantiza y ampara. Lo que ha reiterado el TC en este rol 2.731, que comentamos, pero reduciendo ahora su alcance, vaciándola propiamente de contenido.

Valga recordar aquí que el TC en su rol 523, considerando 27, ha precisado muy bien esto cuando ha establecido que “la autonomía universitaria tiene, además, fundamento, toda vez que constituye la garantía institucional de la libertad de enseñanza”; es decir, en otros términos, forma parte de su “contenido esencial”, lo que significa que su entramamiento, o impedimentos o limitaciones que impidan “su libre ejercicio” viola la Constitución en su artículo 19 N° 26. ¡Cuánto más la viola si se trata no ya de trabas o limitaciones, sino de su *privación*, de su *eliminación*!

El TC ha reconocido últimamente que la ley puede regular la actividad universitaria, pero sin que jamás esa regulación pueda “eliminar” esa *autonomía* que la Constitución le reconoce, garantiza y ampara, como tampoco que la “restrinja gravemente”, como aparece de sus roles 248 considerando 47, 2541 considerando 29 y 2731 considerandos 28,31, 98 y 149. Debe precisarse que resulta de suyo improcedente esa calificación de “gravemente” que hace el TC desde que la Constitución en su artículo 19 N° 26 señala sin ningún calificativo que la ley “*no podrá afectar los derechos en su esencia ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio*”. Por eso es que el introducir este calificativo de “gravedad” no es sino una “invención liberticida” del TC carente de todo sustento constitucional y, por ende, inadmisibles en nuestro Derecho. Aparece ello como una simple “cuña” para permitir al legislador hacer lo que quiera en desmedro de los derechos de las personas (artículos 1° inciso 4°, 5° inciso 2°, 6° y 7°).

¹⁵ Artículos 39 a 45, como son los estados de guerra externa o interna, conmoción interior, emergencia y calamidad pública.

¹⁶ Como la desastrosa situación de la Universidad del Mar y no menos de la Universidad Arcis, financiada por el Partido Comunista a través de una Fundación manejada por él; en cuanto a la U. Arcis véase informe de El Mercurio de 10.7.2015 C-14 y su situación financiera.

¹⁷ 19 de junio de 2007

El TC ha establecido que esa *autonomía* no significa de modo alguno que puedan actuar de modo ilegal estos cuerpos asociativos amparándose en ella, pero que las responsabilidades que puedan derivar de esa actuación ilegal “toca a los tribunales conocer, comprobar y declarar en el correspondiente debido proceso.¹⁸ Vale decir que la actividad ilícita en que incurre un cuerpo asociativo o grupo intermedio, como es una Universidad privada, como por ejemplo el no pago de las remuneraciones a sus docentes y/o administrativos, o el no pago de sus imposiciones previsionales, o de las deudas contraídas en su actividad o actos ilícitos de sus directivos en la administración de ella, NO es asunto de la Administración del Estado, sino de los *tribunales de justicia*, por expresa disposición de la Constitución (artículo 73/76), sea por la afectación de los derechos de sus empleados o de los derechos de sus estudiantes (por incumplimiento del contrato de enseñanza), y a través de las acciones procesales que el ordenamiento jurídico chileno ha previsto al efecto. Y así lo ha dicho el TC en los roles recién indicados. ¿Cómo, entonces, puede ser conforme a la Constitución la intervención del Estado/Administración de una Universidad privada a través de un “interventor” (eufemísticamente llamado “administrador provisional”) desde que ello avasalla en plenitud su autonomía?

El propio TC en su rol 184 cit. considerando 7° letras a) a e) ha declarado la “inconstitucionalidad” de la pretensión legislativa de intervenir una Administradora de Fondo de Pensiones (DL 3.500/1980) por medio de un “administrador delegado” y ello en virtud de diversas violaciones a la Constitución especialmente de su artículo 19 N° 24, N° 26, N° 15, artículo 1° inciso 3° y artículo 73, violaciones que las explica muy acertadamente.

Ello mismo el TC lo ha reiterado en varios casos y a través de un largo periodo de años, v. gr. roles 226, considerandos 29 y 30, 1.295, considerando 56, 2.487, considerando 45, 2.536 considerando 18 y 2.537 considerando 22. Incluso este mismo rol 2.731 en su considerando 28 reitera esta solución haciendo ver que esta autonomía no puede ser invocada “para realizar actividades ilegales, dañosas o ilícitas o amparar excesos en la actuación del órgano que la invoca”, citando su rol 184, pero curiosamente “se cuida” de agregar lo que el rol 184 agregaba, como es que aquellas actuaciones contrarias a Derecho son de *conocimiento de los tribunales de justicia*, que son los competentes para conocer, comprobar y declararlos ilícitos en un debido proceso. Ahora el TC pretende cohonestar que es la Administración del Estado quien puede absorber esa tarea, la cual la

¹⁸ STC Rol N° 184 del 7 de marzo de 1994 considerando 7° letra d), Rol N° 2.536 del 9 de octubre de 2014 considerando 18 y Rol N° 2.537 del 9 de octubre de 2014 considerando 22.

propia Constitución ha reservado como única, exclusiva y excluyente de los tribunales de justicia (vid. artículo 73/76 inciso 1°); es decir, que es una materia de *reserva jurisdiccional*.

Hay, además, un error muy grueso en el considerando 31 de este rol 2.731 cuando se ejemplifica que “la autonomía de la universidad se extingue con la revocación del reconocimiento oficial”. En efecto, una cosa es que la Universidad tenga un reconocimiento oficial y otra cosa es su *autonomía*.

Esta existe por el hecho de existir un cuerpo asociativo, un grupo intermedio, tenga o no reconocimiento oficial, como asimismo existe tenga o no personalidad jurídica. Parece creer el TC que el artículo 1° inciso 3° de la Constitución simplemente no existe o que la Constitución carece de aplicación directa, como lo dispone su artículo 6° incisos 1° y 2°. Pareciera que el TC está todavía “anclado” en el principio de “legalidad” en el cual la Constitución y sus preceptos sólo eran aplicables en la medida que existiera una ley que permitiera aplicarlos quedando –cruel paradoja– la Constitución sometida a la ley y, por ende, no existir la supremacía constitucional, sino la supremacía de la ley y, por tanto, un régimen parlamentario de supremacía de la legislación y del Parlamento, en circunstancias de existir en Chile un régimen presidencial desde la mismísima Constitución de 1833. ¡No te quedes en el pasado, Tribunal Constitucional! La Constitución vigente es radicalmente distinta a la interpretación que los estatistas dieron a la de 1925, y que pareciera que ahora el guardián de la Constitución quisiera resucitar. ¿Qué tipo de “guardián” es aquel que no la aplica y que reduce su fuerza y energía protectora de los derechos de las personas?

Otra inconsecuencia de este fallo recaído en el rol 2.173, y que incide en una interpretación falsa de la Constitución, es la de sostener que no habría contradicción entre un “interventor” en una Institución de Educación Superior, v. gr. una universidad privada, y el derecho de propiedad que poseen éstas, según lo reconoce la propia Constitución en su artículo 19 N° 24 incisos 1° y 3°.

El propio TC en su rol 184 cit., considerando 7°, lo afirmaba de modo rotundo al sentenciar que la facultad de administrar sus bienes propios –que le corresponde *per se* a quien posee la libertad de enseñanza y de abrir un establecimiento de educación (artículo 19 N° 11, inciso 1°)– es una facultad “inherente” al derecho de propiedad; lo establece expresamente el artículo 19 N° 24 inciso 3° –agrega dicho fallo– cuando dispone que

“Nadie puede, en caso alguno [o sea, *jamás*], ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de sus atributos o facultades esenciales del dominio sino en virtud de expropiación...”.

Y agrega el TC:

“De ello resulta que la privación... de alguno de los atributos o alguna de las facultades esenciales del dominio sólo puede realizarse del modo o la forma y cumpliendo los requisitos que la propia Constitución establece” (considerando 7° letra a).

En la especie del rol 2.731 cit. *no se cumple con ninguna de las exigencias impuestas por la Carta Fundamental* para tal situación, por lo cual el precepto analizado es inconstitucional, ya que dispone la privación total –por mera disposición administrativa [aun si temporal pero prorrogable hasta dos años] de una “facultad esencial” del dominio, como es la administración del ente societario por sus propios dueños o por quien éstos determinan libremente conforme a su propio estatuto social. Y ha de añadirse que esto constituye una violación directa del artículo 19 N° 26, puesto que esa designación de “interventor” afecta *en su esencia* al referido derecho de propiedad en sus facultades esenciales, como es el administrar la entidad “al impedir de modo total su ejercicio”, lo que “lo viola de modo notorio”, ya que la Constitución “ha dispuesto esta salvaguarda [del N° 26 aludido] como base fundamental del respeto de los derechos de las personas especialmente frente al legislador”¹⁹. Mayor claridad imposible.

Debe hacerse resaltar que este nombramiento de interventor por la autoridad administrativa que hace la Ley 20.800 en su artículo 4° letra b) ni siquiera puede asilarse en la pretendida función social de la propiedad (artículo 19 N° 24 inciso 2°), función ciertamente muy importante,²⁰ desde que de acuerdo con su texto e interpretación del propio TC (rol 185, considerando 12) puede en su virtud imponerse “limitaciones y obligaciones”, pero jamás la “privación” del derecho de propiedad o la *privación* de sus facultades inherentes a él, como es la facultad de administrarse por sí mismo el ente asociativo o grupo intermedio, como es una universidad privada, sin injerencias de terceros ajenos a él. Por lo cual, de manera alguna cabría invocar esta “función social” para justificar una tal “privación”²¹.

Aquí ha de traerse a colación lo que el TC sentenciaba en su rol 410, considerando 10°: “las normas [legales] que vulneren alguno de estos tres

¹⁹ STC Rol N° 184 del 7 de marzo de 1994, considerando 7° letra b).

²⁰ Proveniente de una visión cristiana del ser humano, de la sociedad y del gobierno de la comunidad política.

²¹ Valga recordar que incluso esas “limitaciones” deben ser indemnizadas cuando son impuestas por el Estado, como lo ha afirmado la Corte Suprema ya en 1984 en el conocido caso *Comunidad Galletué c/Fisco*, de 7.8.1984, en Revista de Derecho y Jurisprudencia t. 81/1984, 2.5, 181-189.

elementos [abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales/ artículo 19 N° 11, inciso 1°] atentarán contra este derecho”.²² Esto ya lo había establecido el TC en su rol 226, considerando 36, al establecer que se viola este precepto del N° 24 del artículo 19 mencionado “al interferir [se] gravemente las atribuciones de administración” de un grupo intermedio, cuerpo asociativo, dedicado al periodismo. Y allí se agrega que esa interferencia de un tercero en la administración de un grupo intermedio “significa en el mismo instante violar la autonomía de este ente asociativo y, por tanto, el artículo 1° inciso tercero de la Carta Fundamental”. Cabe agregar aún que se da también una clara vulneración de un atributo esencial del derecho de propiedad como es su “exclusividad”, puesto que esa interferencia que plantea el proyecto [en el rol 2.731 es la designación de un interventor/administrador provisional en una institución de educación superior privada] permite la intromisión de un tercero ajeno en sus decisiones. Y es que, como dice esta Ley 20.800 desde su titulación y lo repite en todo su articulado, este interventor/administrador provisional “reemplaza la administración del ente intervenido” (vid. simplemente su artículo 13). Mayor claridad imposible.

Otro tema que verdaderamente “clama al cielo” jurídico... es la atribución de *facultades cautelares* a este interventor de las Instituciones de la Educación Superior y que el TC las encuentra muy conformes con la Constitución...

Resulta notable la “amnesia” del TC respecto de su jurisprudencia emitida con anterioridad, como si se tratara de “refundar” o fallar no ya con “aplanadora”, sino con “retroexcavadora”, sin advertir los fracasos estruendosos y palpables a que lleva semejante planteamiento. Vemos aquí de nuevo el olvido de lo que ha dicho el TC, como si un tribunal de la república y el más alto en su materia pudiera estar al vaivén del cambio de sus miembros y prescindir nada menos que de la supremacía constitucional, que es lo que está en juego, y de su función más relevante, como es que los órganos del Estado, y especialmente aquí el legislador,

²² Un punto muy importante que algún experto en derecho administrativo podría abordar es la extrema vaguedad, por su generalidad e imprecisión, de las *causales de intervención* previstas por el legislador. Imprecisas e ilimitadas en su extensión; ya no se trata de “conceptos jurídicos indeterminados”, de suyo huidizos en su configuración (y por qué no decirlo, incoherentes en su misma terminología/un concepto indeterminado no es concepto propiamente tal), sino de vaguedades como “riesgo serio de no garantizar la viabilidad administrativa y financiera de la institución afectada...” (letra a) del artículo 6° de la Ley 20.800) o “incumplimientos graves y reiterados (letra b) idem), ¿qué se entiende por “graves”? Y todo ello determinado por un organismo de la Administración del Estado que es el mismo órgano que va a dictar la resolución de intervención de una Universidad, Instituto Profesional o Centro de Formación Técnica...

actúen *con pleno respeto de los derechos de las personas* (artículos 1° , inciso 4° , 5° , inciso 2° , y 6° y 7°),

En efecto, el artículo 3° del Proyecto sobre el cual ha recaído el rol 2.731 (que hoy es Ley 20.800) plantea, como su texto lo indica en su inciso 1° , una verdadera “medida precautoria” y ello sólo por una decisión de autoridad administrativa (Ministro de Educación);

“El Ministerio de Educación, de oficio o por denuncia, dará inicio a un período de investigación preliminar, de carácter indagatorio, en aquellos casos...” (inciso 1°).

Y su inciso 2° agrega:

“El Ministerio de Educación podrá, para los fines de esta investigación, ingresar a la institución, acceder y recopilar toda la información que estime necesaria, sin impedir el normal funcionamiento de las actividades académicas de la misma” (primera oración).

Tales medidas son pura y simplemente “medidas precautorias”. Ante ello el mismo TC decía en su rol 198 (20.1.1995), en forma rotunda, que una tal normación

“vulnera la Constitución al no proteger el goce efectivo de los derechos y libertades que la Carta asegura y garantiza a todas las personas cuando dota a un servicio público [aquí a un Ministerio] de facultades absolutamente discrecionales, como las de recoger e incautar documentos o antecedentes probatorios de cualquier naturaleza pertenecientes a las personas objeto de investigación... Las facultades conferidas se ejercen por el servicio [Ministerio] sin contemplar su sometimiento a control o aprobación judicial previa alguna... que deja en la indefensión [salvo el ejercicio de acciones constitucionales] a las personas naturales o jurídicas que directa o indirectamente se pueden ver involucradas en una investigación como la que se autoriza en el proyecto de ley en examen” (considerando 10, inciso 1°).

Y en este mismo considerando 10, en su inciso 2° letras a) a c), explica el TC con claridad cómo dicha pretensión de adoptarse por un órgano de la Administración del Estado (aquí el Ministro de Educación) una tal medida precautoria vulnera derechos fundamentales, como el inciso 4° del artículo 1° de la Constitución, el inciso 5° /hoy 6° del N° 3 del artículo 19 y además el N° 5 de dicho artículo 19.

Particular relevancia presenta cuanto dice el TC en la letra a) del mencionado considerando 10°, que curiosamente en el rol 2.731 lo olvida al fallar; dice la letra a) referida:

“...En efecto, la potestad discrecional no puede tener validez alguna cuando sobrepasa o desborda la Constitución Política y ello ocurre cuando la disposición legal que la concede coloca al funcionario o servicio que puede ejercerla, sin sujeción o control judicial alguno, en posición de que con su actuación afecte o desconozca las libertades o derechos que la Constitución asegura a todas las personas. Lo anterior se aprecia nitidamente en el proyecto, ya que las facultades de incautación de documentos, antecedentes probatorios y objetos que se recojan dependen de potestades discrecionales amplias en que los motivos que autorizan la actuación del servicio y de los funcionarios que lo representen., solo depende de la apreciación y libre y subjetiva de quien adopta el acuerdo y participa en su aplicación”.

Confróntese simplemente lo expresado tan bien por el TC en este rol 198 con el texto del artículo 3° del Proyecto sobre el cual ha recaído el rol 2.731 (hoy artículo 3° Ley 20.800). En dicho artículo 3° se da precisamente la misma situación, puesto que su inciso 2° dispone que

“El Ministerio de Educación podrá, para los fines de esta investigación, ingresar a la institución, *acceder y recopilar toda la información que estime necesaria...*” (cursivas nuestras);

pues bien, eso que “estime necesaria” no es sino una típica atribución discrecional, “necesariedad” que queda entregada total y completamente a la opinión, arbitrio y subjetiva decisión del interventor, o sea, exactamente cuanto el TC reprochaba de inconstitucional en el rol 198. Pero aquí en el rol 2.731 olvida su pronunciamiento anterior y cohonesta una norma legal que viola directamente varios derechos fundamentales, como lo hemos indicado hace un instante.

Y no menos importante es cuanto establece el TC respecto a la violación que significan estas “medidas precautorias”, decididas por vía administrativa, al derecho fundamental reconocido, garantizado y amparado por el art. 19 N° 3 inciso 5° (hoy inciso 6°) de la Constitución. Dice el rol 198 en su considerando 10° letra b):

“Vulnera también la disposición en análisis el artículo 19 de la Carta Fundamental, en su N° 3 inciso 5°, que establece el debido proceso legal, pues se está en presencia de un servicio público [aquí un Ministerio] legalmente facultado para ejercer jurisdicción pudiendo decidir sobre la conducta o bienes de las personas, investigar hechos, recoger e incautar documentos y antecedentes que le permitirán en definitiva, a su mero arbitrio, decidir si se ejerce la acción penal ante la justicia del crimen...”;

y se agrega:

”En el caso en análisis no se cumple y se infringe el precepto constitucional anteriormente referido, pues el artículo 16 inciso tercero [del Proyecto que analiza el TC] otorga facultades a un servicio para que efectúe actuaciones de índole jurisdiccional, pero no se detalla ni se precisa en forma exhaustiva, al igual como lo hace el Código de Procedimiento Penal, para garantizar eficazmente los derechos de las personas, el procedimiento a que se debe someter dicho servicio con las facultades que se le otorgan”.

Varias inconsecuencias podrían agregarse a este rol 2.731 respecto de la jurisprudencia anterior del TC, pero baste por ahora con lo que hemos mostrado aquí, a fin de no alargar este comentario (12). Remitimos especialmente a los votos disidentes de los ministros Bertelsen, Peña, Aróstica y Brahm, que han desarrollado su planteamiento respecto de la *inconstitucionalidad del art. 4° letra b*), que acabamos de comentar, en sus considerandos 26 a 41 (páginas 167 a 181 de la sentencia) completándolo certeramente.

Para concluir me parece importante recalcar que un tribunal que falla al vaivén del viento político que sopla simplemente corrompe su función y genera desconfianza en cuanto tribunal; lo mismo ocurre si cambia de posición cuando cambian algunos de sus integrantes. Una justicia que produce desconfianza y varía en sus decisiones sin atender a lo juzgado con anterioridad revela o un cierto narcisismo de sus miembros o cierta obsecuencia ante el poder que gobierna y legisla, olvidando su labor; y esto más aún cuando se trata de un tribunal que tiene por misión asegurar la supremacía constitucional, en que debe tenerse siempre presente que tal supremacía no es sino la forma o, si se quiere, el medio que la Constitución ha imaginado para asegurar la sujeción de los órganos del Estado a derecho (artículos 6° y 7°) a fin de resguardar los derechos de las personas y especialmente los fundamentales, aquellos que emanan de la propia naturaleza humana (artículo 5° inciso 2°), puesto que son las personas el sujeto, principio y fin del Estado y del derecho (artículo 1°).

¿INCONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS CONSTITUCIONALES? UN CASO DE “CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO”

*Francisco Zúñiga Urbina**

*Roberto Cárcamo Tapia***

I. Una sentencia como pretexto

1. INTRODUCCIÓN

Recientemente, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Honduras, conociendo de un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, dictó una insólita sentencia que ha llamado la atención de juristas de todo el continente y que merece toda nuestra atención. La sentencia comentada nos enfrenta a lo que el jurista norteamericano David Landau denomina “constitucionalismo abusivo”¹; es decir, el empleo de mecanismos o categorías constitucionales para posibilitar cambios políticos, como puede ser con el uso de la “democracia militante” o con la doctrina de las normas constitucionales inconstitucionales.

El fallo comentado declara la inaplicabilidad (inconstitucionalidad) del artículo 239 de la Constitución hondureña, que dispone que:

“Artículo 239.- El ciudadano que haya desempeñado la titularidad del Poder Ejecutivo no podrá ser Presidente o Designado de la República.

El que quebrante esta disposición o proponga su reforma, así como aquellos que lo apoyen directa o indirectamente, cesarán de inmediato en el desempeño de sus respectivos cargos y quedarán inhabilitados por diez (10) años para el ejercicio de toda función pública”.

Por su parte, el artículo 42 N° 5 de la misma Carta dispone que la ciudadanía se pierde por “incitar, promover o apoyar el continuismo o la reelección del Presidente de la República”.

La Constitución hondureña es el producto de la Asamblea Nacional Constituyente de 1982, y fue dictada, naturalmente, en consideración a

* Profesor titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Chile.

** Profesor instructor de Derecho Constitucional de la Universidad Mayor y Ayudante de Derecho Constitucional de la Universidad de Chile.

¹ Vid. David LANDAU, “Abusive constitutionalism”.

la tradición constitucional del país y particularmente a las traumáticas experiencias dictatoriales de su historia. En atención a esa historia reciente, el constituyente de 1982 fijó el artículo transcrito como una disposición pétrea, es decir, que no admite reforma por el constituyente derivado: para cambiar su contenido o sacarla del ordenamiento jurídico se requiere el recurso al constituyente originario. En otras palabras, para mudar otras disposiciones basta la reforma constitucional, pero para cambiar ésta se requiere la entrada en vigencia de una nueva Constitución.

Cabe señalar al respecto que la noción misma de las cláusulas constitucionales pétreas puede parecernos o no apropiada para un ordenamiento concreto, pero lo cierto es que la idea que se tenga sobre su mérito no afecta su vigencia jurídica. Por lo demás, la idea de las cláusulas pétreas no es una invención constitucional hondureña; tiene referencias en el derecho comparado, al igual que las prohibiciones temporales de reforma, que se remontan a la Constitución de Cádiz de 1812. Basta aquí recordar que la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania (Constitución de 1949), tan importante en el constitucionalismo de postguerra, buscando blindarse del eventual avance de partidos totalitarios –y en evidente relación con la historia inmediatamente previa a su redacción– incluyó como cláusulas de eternidad o pétreas la noción de que la dignidad humana es inviolable (artículo 1º) y la organización del Estado como uno federal, democrático y social (artículo 20).

En el contexto jurídico descrito se desencadenaron los hechos políticos, que han llevado a expresidentes hondureños a buscar ser elegidos nuevamente para la primera magistratura pese a la prohibición constitucional. Dado que promover la reforma de la Carta en este punto no es una posibilidad, un grupo de parlamentarios y el expresidente Rafael Leonardo Callejas requirieron –por separado– la inaplicabilidad de los preceptos constitucionales que impiden la reelección, así como la del artículo 330 del Código Penal, relacionado con el mismo asunto. Habiendo sido acumulados ambos expedientes, el pasado 22 de abril la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema dictó sentencia, acogiendo las acciones y, por tanto, declarando la inconstitucionalidad del artículo 330 del Código Penal y la inaplicabilidad de los artículos 42 N° 5 y 239 de la Constitución

“por restringir, disminuir y tergiversar derechos y garantías fundamentales establecidos en la propia Constitución y en los tratados sobre Derechos Humanos suscritos por Honduras antes de la entrada en vigencia de la Constitución de 1982, inobservando los principios de legalidad, necesidad, igualdad y proporcionalidad que deben imperar en toda sociedad democrática”.

Como se ve, el fallo es inédito y sorprendente, pues implica que un tribunal con competencia constitucional ha declarado la inaplicabilidad (inconstitucionalidad) de preceptos contenidos en la propia Constitución. Se trata de una situación que atenta contra nuestras más básicas concepciones del ordenamiento jurídico como sistema normativo y que, por tanto, puede parecer absolutamente irrepetible en nuestro país. Sin embargo, los fundamentos alegados por la Sala Constitucional –si bien errados a nuestro entender– son de interesante análisis, pues sirven de elocuente ejemplo de los peligros que encierra la asunción del neoconstitucionalismo como marco teórico-metodológico e ideología en el quehacer de las judicaturas.

2. LOS FUNDAMENTOS DE LOS REQUIRENTES

Mediante su requerimiento los actores alegaron que las disposiciones constitucionales objetadas restringían ilegítimamente su derecho a proponer el debate sobre su propia reforma, vulnerándose así la libertad de expresión; además, acusaron la vulneración del derecho al debido proceso mediante la sanción de cese de sus funciones *ipso facto* para los promotores de la modificación de la Carta. Invocaron, además, la afectación de la libertad de conciencia y de los derechos al debido proceso, de elegir y ser electo, de igualdad, de participación política de la comunidad en la elaboración de sus propios destinos y en la elección universal del Presidente de la República.

Para los recurrentes, las normas de la Convención Americana de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y aun la Declaración Universal de Derechos Humanos –que es un documento declarativo y no un tratado del que nacen obligaciones para los Estados– deben de aplicarse “por sobre los artículos constitucionales restrictivos de derechos”, en razón de haber entrado en vigencia en Honduras tales instrumentos con anterioridad a la actual Constitución. Las disposiciones denunciadas, así, implicarían para los actores “un exceso por parte de los Diputados Constituyentes (...) pues contravendrían directamente principios del Derecho Natural”. Reclaman además que el Estado tiene la obligación de adecuar el marco jurídico interno para garantizar

“la plena vigencia de los Derechos Humanos contenidos en la Constitución y los Tratados Internacionales (...) es decir, que se imponga el Control no sólo Constitucional, sino Convencional”.

3. *EL RAZONAMIENTO DE LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL PARA RESOLVER*

La Sala acogió plenamente el requerimiento, declarando la inconstitucionalidad del artículo 330 del Código Penal y la inaplicabilidad de los artículos 42 N° 5 y 239 de la Constitución. Para concluir ello consideró que la Constitución le encarga a ella misma “el control directo de la constitucionalidad y convencionalidad de las leyes, en su carácter de intérprete último y definitivo de la Constitución”, por lo que estaría

“igualmente facultada para resolver sobre acciones contra la constitucionalidad de la norma fundamental, en caso de colisionar esta con otra de igual rango y contenido esencial, tangible o intangible”.

Luego, destaca un argumento central de los requirentes, señalando que los derechos cuya violación se acusa están establecidos “por tratados que entraron en vigencia en Honduras con anterioridad a la Constitución de 1982”.

La Sala continúa destacando que dada la obligatoriedad de los instrumentos internacionales, éstos “deben ser observados por los jueces como normas de derecho fundamental, que forman parte de nuestro bloque de constitucionalidad”; aunque añade luego –paradójicamente, dada la decisión a la que arriba– que el “Juez ha de interpretar la ley que tenga que aplicar, mas no (...) implementar su reforma”. Cita luego el párrafo segundo del artículo 2 de la Ley Sobre Justicia Constitucional, señalando que en “lo pertinente a la regulación adjetiva del control de convencionalidad” expresa que

“estas normas [las de la Ley sobre Justicia Constitucional] se interpretarán y aplicarán con los tratados, convenciones y otros instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos vigentes en la República de Honduras, tomando en consideración las interpretaciones que de ellos hagan los Tribunales internacionales” (c. 8°).

Luego añade la Sala:

“La interpretación para que tenga sentido y coherencia, solo puede darse a partir de principios generales de Derecho, de rango constitucional y del sistema constitucional e internacional de fuentes jurídicas. La constitución no se limita al sentido original del constituyente, ni tampoco puede desvincularse de su texto integral o de su objeto y fin, dado que el derecho y los principios jurídicos se articulan necesariamente para evitar antinomias o conflictos de normas”.

E invocando la Sala el principio *pro homine*, señala que:

“[L]o que ocurre en materia de derechos humanos es que, justamente en virtud del principio *pro homine*, el Juez Constitucional está obligado a aplicar la norma nacional o internacional más beneficiosa para la persona, sin que ello implique desde el punto de vista jurídico, reconocerle mayor jerarquía normativa a los tratados respecto de la Constitución” (c. 9°).

Luego, pese a negarlo, la sentencia hace abiertamente una reflexión de mérito y oportunidad de las disposiciones constitucionales impugnadas, al señalar que:

“La prohibición y penalización contenidas en las normas constitucionales denunciadas aun cuando resultan extrañas al derecho comparado pudieron haber tenido sanos propósitos en su tiempo, pero no en la actualidad después de haber superado diez procesos electorales, que han contribuido a fortalecer el ejercicio de los derechos políticos del sistema democrático, el derecho debe (sic) de responder a las exigencias imperantes del momento adecuándolas a los cambios que se generan en el ámbito jurídico, social, económico y político, sin que por ello se desvirtúe (sic) la esencia de la normativa en su contexto” (c. 10°).

Después, insólitamente, la Sala se da a sí misma la atribución de inaplicar o “derogar” normas constitucionales:

“Para resolver el problema planteado esta Sala debe interpretar la Constitución como un todo, en el marco del bloque de constitucionalidad y convencionalidad, considerando a la persona humana como el fin supremo de la sociedad y del Estado (Artículo 59 de la Constitución) y la jurisprudencia de la Corte IDH, confrontando las normas impugnadas con el texto constitucional en su conjunto, y los tratados internacionales ratificados por la República antes de la entrada en vigencia de la Constitución de 1982, de carácter vinculante, solo así se podrá verificar si existe incoherencia y restricción de derechos fundamentales en el mismo texto constitucional, en cuyo caso las normas constitucionales impugnadas pudieran perder operatividad o ser desapplicadas” (c. 11°).

Para reafirmar lo anterior, la Corte invoca los artículos de la propia Constitución relativos a la obligatoriedad de las sentencias judiciales internacionales (art. 15) y a que las disposiciones constitucionales

“no serán entendidos como negación de otras declaraciones, derechos y garantías no especificadas, que nacen de la soberanía, de la forma republicana, democrática y representativa de gobierno y de la dignidad del hombre” (art. 63).

Además –infructuosamente a nuestro juicio, por improcedente– cita el artículo 64, que dispone que:

“No se aplicarán leyes y disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden que regulen el ejercicio de las declaraciones, derechos y garantías establecidos en esta constitución, si los disminuyen, restringen o tergiversan”.

La Sala define el derecho a la libre expresión como una “piedra angular” de una sociedad democrática, con una dimensión que “supone un medio para el intercambio de ideas”, y que resulta

“indispensable para la formación de la opinión pública y determinante en la formación de la voluntad colectiva, en la cual resalta su relación directa y necesaria con el derecho a elegir y ser electo” (c. 14°).

Añade que

“la protección de los derechos constitucionales se refiere no solo a los derechos establecidos en ella, sino a todos los que son inherentes a la naturaleza humana, entre estos los denunciados por los peticionarios del derecho natural” (c. 16°).

Luego expone:

“Cuando existe contradicción entre normas del mismo rango constitucional, es necesario aplicar los principios de interpretación constitucional y jurídica”;

y dado que la Constitución

“contiene normas que permiten o garantizan la libertad de expresión o el ejercicio de derechos políticos en los términos más amplios, pero otras normas restringen puntualmente esa libertad o el ejercicio de esos derechos siendo necesario articular, interpretar armónicamente para evitar la contradicción; tanto por violación a la propia Constitución como violación a normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”,

concluye que:

“En el caso de confrontación de principios o normas constitucionales e internacionales de Derechos Humanos (...) con otras normas constitucionales (como las contenidas en los artículos 239 y 42.5), esas normas

deben interpretarse armónicamente y cuando ello no es posible procede la desaplicación para garantizar la armonía constitucional y la plenitud hermenéutica del ordenamiento jurídico” (c. 17°).

Pese a afirmar lo último, luego añade la Sala una argumentación con un sello de cinismo que impresiona, que consigna:

“La Sala de lo Constitucional no tiene la atribución de reformar la Constitución, su labor debe centrarse en la interpretación conforme del texto constitucional como un todo, a efecto de resolver el problema planteado, mediante el bloque de constitucionalidad y la convencionalidad atribuida, sin invadir con ello la función reformadora del Poder Legislativo” (c. 18°).

Finalmente, expone las razones que le llevan a considerar que las “convenciones y tratados” de derechos humanos son “normativa auto ejecutoria aplicable y prevalente en caso de conflicto por sobre la legislación infra constitucional hondureña”. Siendo los tratados, luego, “parte integrante del ordenamiento jurídico hondureño”, se requiere su

“interpretación proactiva, la cual debe propender hacia su progresiva implementación y efectiva garantía mediante el denominado bloque de convencionalidad” (c. 21°).

II. Una matriz neoconstitucionalista

1. EL NEOCONSTITUCIONALISMO Y SUS CONSECUENCIAS

Muchas críticas pueden hacerse al neoconstitucionalismo en tanto corriente de la cultura jurídica contemporánea, teoría-método de la academia y de la práctica judicial y profesional; y por ende, ideología al menos en el sentido débil del término. En particular, una crítica fuerte consiste en que el expansionismo de los asuntos que se reconducen desde el lenguaje jurídico ordinario al constitucional implica que todas las cuestiones están o pueden ser “constitucionalizadas”. Como reconoce Luis Prieto Sanchís, un autor más bien complaciente con el neoconstitucionalismo:

“El derecho constitucional puede ser considerado como un ordenamiento separado del que representa el derecho ordinario; concretamente como aquel que regula la organización y el ejercicio del poder y, a lo sumo, determinadas y tasadas relaciones jurídicas entre ese poder y los ciudadanos. Aunque esta forma de ver las cosas sigue teniendo un peso importante entre nuestros operadores jurídicos, he procurado mostrar

que una constitución densamente rematerializada, el constitucionalismo de los derechos, propicia un enfoque diferente donde ya no cabe hablar por un lado de cuestiones constitucionales y, por otro, de cuestiones de derecho ordinario, porque todas están o pueden ser constitucionalizadas”².

Para entender lo anterior vale el recurso a la comparación que hace García Amado entre el neoconstitucionalismo y el constitucionalismo positivista, al que estamos más acostumbrados. Para este último, las Constituciones mandan por sí lo que claramente se corresponde con la referencia de sus términos y enunciados; en los márgenes de vaguedad la Constitución es de textura abierta y debe ser concretada o desarrollada de diversos modos, tantos como no sean patentemente contradictorios con la semántica constitucional. La elección de una de las varias posibles concreciones corresponde a los intérpretes autorizados de la Constitución, que son el legislador, los jueces y el Tribunal Constitucional (entre otros). Los jueces y el Tribunal Constitucional cumplen prioritariamente funciones de control constitucional “negativo puro”, consistente en declarar inconstitucional o inaplicar las normas infraconstitucionales que patentemente vulneren la semántica de los enunciados constitucionales. Al contrario, al Poder Legislativo le corresponde una función de realización o desarrollo legislativo de la Constitución, consistente en la elección de entre las opciones que los enunciados constitucionales permiten por no ser contradictorias con sus significados posibles. En definitiva,

“todo este entramado doctrinal positivista tiene un fundamento político, cual es la defensa de la prioridad del legislador democrático y, con ello, de la soberanía popular”³.

Por su parte, el neoconstitucionalismo –aun siguiendo a García Amado– puede sintetizarse de forma distinta. Así, el neoconstitucionalismo asume que el contenido de la Constitución no se agota en el significado de sus términos y enunciados, en su semántica, pues la naturaleza de las normas constitucionales sería prelingüística, axiológica; por ello, la indeterminación semántica de las normas constitucionales sería compatible con su plena determinación material, siendo entonces mandatos precisos pese a su imprecisión lingüística. Ahora bien, los intérpretes autorizados de la Constitución no están, por tanto, llamados a elegir entre interpretaciones o concreciones posibles, sino compelidos a realizar en lo máximo posible tales mandatos. Por ello, los jueces y el Tribunal Constitucional

² Luis PRIETO SANCHÍS, “El constitucionalismo de los derechos”, p. 234.

³ Juan ANTONIO GARCÍA AMADO, “Derechos y pretextos”, p. 239.

cumplirían funciones de control negativo-positivo, inaplicando o declarando la inconstitucionalidad de toda norma infraconstitucional que no lleve a cabo tal maximización. En definitiva,

“este entramado doctrinal neoconstitucional tiene como trasfondo político la creciente desconfianza frente al legislador parlamentario y la correlativa fe en virtudes taumatúrgicas de la judicatura”⁴.

Como puede apreciarse, el fallo aquí reseñado se trata de un ejemplo patente –quizá el más patente– del activismo judicial que se aprecia en diversas latitudes actualmente, particularmente en nuestra región, así como del neoconstitucionalismo que se manifiesta en la permanente referencia a la jerarquía (*supra*) constitucional de tratados de derechos humanos (y otros instrumentos), un bloque constitucional de derechos y el control de convencionalidad, así como a derechos implícitos (que, en este caso, expresamente se buscan en el “derecho natural”). Pero la sentencia va más allá: si el neoconstitucionalismo nos tenía acostumbrados a atacar la centralidad de la ley como fuente de derecho, trasladándola a la Constitución y sus principios, la Sala de lo constitucional de la Corte hondureña desplazó aquí a la propia Constitución por un bloque, paradójicamente llamado, “constitucional” de derechos.

En otras palabras, para defender la Constitución, inaplicó, “derogó”, la propia Constitución, dejándose para sí misma la decisión sobre lo correcto o incorrecto, lo idóneo o inidóneo de una disposición constitucional. Ello se hace evidente en el considerando 10^o de la sentencia, cuando señala –como ya se transcribió– que:

“La prohibición y penalización contenidas en las normas constitucionales denunciadas (...) pudieron haber tenido sanos propósitos en su tiempo, pero no en la actualidad después de haber superado diez procesos electorales (...)”.

Si ello ya es grave cuando se trata de la intromisión de los tribunales en asuntos políticos al conocer de normativas de rango legal o infralegal, aun más es ahora que la Sala de lo Constitucional de la Corte hondureña se entromete en la Constitución que es –en uno de los varios sentidos de la palabra– el conjunto de “las normas que regulan las relaciones entre el Estado y los ciudadanos”⁵ y que “expresan los valores y principios que informan a todo el ordenamiento”⁶.

⁴ *Ibid.*, pp. 239-240.

⁵ Riccardo GUASTINI, “Estudios de teoría constitucional”, p. 26.

⁶ *Ídem.*

Mas aún, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Honduras permanentemente en su razonamiento invoca la defensa del sistema democrático, lo que resulta también paradójico, pues con la legitimación de un activismo judicial tan marcado precisamente lo que se socava es la democracia, al traspasar el centro de decisiones desde el pueblo a los tribunales. Es cierto que en este caso concreto, la sentencia permitirá que el pueblo se manifieste a través de las urnas en la próxima elección hondureña; pero también es cierto que el ejercicio del poder constituyente derivado no puede pasar por sobre el texto de la Constitución, y que el poder constituyente originario debe ser ejercido por el pueblo, no pudiendo ser usurpado por los jueces.

Hasta aquí puede parecer que nuestra intención es hacer una crítica a la idea misma de la revisión judicial por ser antidemocrática. Concordamos en parte con Dworkin (un autor neoconstitucional) en que

“la revisión judicial no es democrática excepcionalmente, o cuando funciona mal –como sucede con otras instituciones– sino que constantemente no lo es, cuando funciona correctamente”,

pese a lo cual es “una institución justa y sabia”⁷. Pero es claro que la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema hondureña ha pasado con su decisión todo límite: si un poder constituido ignora su calidad de tal, reformando la norma que lo legitima como poder público, se transforma en definitiva en poder constituyente y, por tanto, en usurpador de la soberanía popular.

Es evidente e insólito el cinismo de la argumentación de la Sala de la Corte hondureña, que reconoce no tener “la atribución de reformar la Constitución”, sino la de “interpretación conforme del texto constitucional como un todo (...) sin invadir con ello la función reformadora del Poder Legislativo” –en rigor, del Poder Constituyente derivado– pero luego, en los hechos, al declarar inaplicable un precepto constitucional (e inconstitucional la norma legal penal que sancionaba su incumplimiento) lo que realiza, *de facto*, es una reforma constitucional no prevista en la Constitución y que en ningún caso le corresponde.

Aun más, esta ilegítima autoasignación de funciones de reforma constitucional que se otorga la Sala de lo Constitucional de la Corte hondureña puede implicar, si seguimos a Guastini, un verdadero ejercicio del poder constituyente originario, la auténtica entrada en vigencia de una nueva

⁷ Ronald DWORKIN, “Igualdad, democracia y constitución: Nosotros, el pueblo, en los tribunales”, p. 118.

Constitución. Al respecto, cabe recordar que partiendo de la distinción entre la concepción “formal” de la “sustancial” de la Constitución a propósito del problema del ejercicio del poder constituyente, señala Guastini hablando de esta última:

“Toda modificación constitucional realizada en forma legal –por más que pueda incidir profundamente sobre la Constitución existente– es mera reforma. Toda modificación realizada en forma ilegal –por más marginal que pueda ser ese cambio– es instauración de una nueva Constitución. En suma, la modificación legal de la Constitución es ejercicio del poder constituido, mientras que su cambio ilegal es ejercicio del poder constituyente”⁸.

Aun cuando esto es opinable, en este particular caso no resulta desaminado: si entendemos la “Constitución material” como

“el real arreglo y funcionamiento de las instituciones políticas en las varias fases históricas, al margen de cuanto prescriban las correspondientes cartas constitucionales”⁹,

la imposibilidad de reelección de un expresidente resultaba ser una norma central del juego político hondureño.

Resulta imposible no relacionar esta sentencia con la dictada en febrero de 2010 por la Corte Constitucional colombiana, que rechazó dejar avanzar el trámite de la reforma constitucional que, de aprobarse en referendo, habría permitido al expresidente Uribe Vélez presentarse a la reelección. En la ocasión, el Tribunal colombiano entendió que permitir la reelección implicaría socavar principios básicos de la Constitución del país, modificando, en los hechos, el núcleo del régimen político:

“De conformidad con lo visto, la separación de poderes y el régimen presidencial definen el sistema de gobierno instituido en 1991; la democracia participativa y pluralista, fundada en el pueblo integrado por la mayoría y por las minorías, es el régimen político instaurado en la Carta vigente y el modelo republicano es la forma de gobierno decidida en 1991. Siendo así, la concentración de poder en el ejecutivo, el presidencialismo surgido de lo anterior, la prolongación del predominio de la mayoría que rodea al Presidente por un lapso superior al máximo permitido y la desfiguración de la concepción republicana, reemplazan la forma política plasmada en la Carta actual, pues, según fue analizado, de esa forma política hacen parte

⁸ Riccardo GUASTINI, *Estudios de teoría constitucional*, p. 37

⁹ Livio PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, citado por Ricardo GUASTINI, *Estudios*, p. 39.

el sistema de gobierno, el régimen político, la forma de gobierno y también la forma de Estado que no fue objeto de estudio en esta ocasión”¹⁰.

Como puede apreciarse, ante situaciones opuestas ambos tribunales (Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Honduras y Corte Constitucional de Colombia) decidieron intervenir en la vida política de sus respectivos países y negar el ejercicio del poder constituyente a su titular: parece ser que para el activismo siempre habrá argumentos. Lo propio podríamos agregar de la Corte Suprema de Nicaragua en materia de reelección del Presidente Ortega, que sería más tarde materia de una reforma constitucional¹¹.

Ahora bien, lo peligroso es que, de esa forma, la decisión que tome un tribunal puesto ante la situación de resolver un asunto concreto, se vuelve completamente impredecible –además de quedar prácticamente vedada la decisión al control democrático. Y este activismo judicial asociado al neoconstitucionalismo, podrá ser de “derecha” (genuflexo, ortopédico o complaciente con el poder) o de “izquierda” (crítico del poder); pero da lo mismo: es una patología grave del sistema político democrático, en que los jueces sin legitimidad democrática (y sin responsabilidad política) sustituyen a los poderes democráticos, y al pueblo mismo.

Como se ve, desde que el “gran hallazgo del neoconstitucionalismo es su insistencia en el valor dirimente de lo que ‘dicen’ aquellos enunciados constitucionales que contienen la formulación de ‘valores, principios, derechos y directrices”¹², una situación tan dispar como la que encontramos en la comparación de estas dos sentencias, puestas en situaciones de cierta forma similar, comprueba, por un lado, que del recurso al neoconstitucionalismo como técnica se puede esperar cualquier cosa; y por el otro, que por muy errada que nos pueda parecer la sentencia de la Corte hondureña, no estamos en una situación que no pudiese darse en nuestro propio sistema nacional. Esto, pues como certeramente señala García Amado:

“En lo que insiste el neoconstitucionalismo es en la capacidad de ‘dicción’ de las normas constitucionales más indeterminadas. Y aquí viene la gran pregunta y la que, en mi opinión, es la mayor dificultad teórica de esta doctrina: ¿de qué manera dicen concretamente esas normas constitucionales lo que en su enunciado es indeterminado? Y ¿cómo se conoce y se muestra intersubjetivamente, con algún grado mínimo de objetividad, eso que dicen? En otros términos, finalmente, ¿de qué modo está presente

¹⁰ Corte Constitucional de la República de Colombia (2010), Rol C-141/10, c. 6.3.7.

¹¹ Corte Suprema de Justicia de Nicaragua (2009), Rol 602-09.

¹² Juan Antonio GARCÍA AMADO, “Derechos y pretextos”, p. 238.

un mandato concreto en un enunciado constitucional semánticamente indeterminado?”¹³.

2. NEOCONSTITUCIONALISMO

COMO RENACIMIENTO DEL DERECHO NATURAL

Nuevamente, se puede pensar que una sentencia de este tipo o un activismo de este grado serían impensables en nuestro país. Lo cierto es que a la hora de sincerarnos la sentencia comentada es un pretexto para dar cuenta de los excesos o demasías del neoconstitucionalismo. En efecto, basándose en conceptos que están ya instalados en el neoconstitucionalismo de parte de nuestra academia y en el ejercicio de su actividad por litigantes y jueces (como el bloque constitucional de derechos, el control de convencionalidad y las ideas jusnaturalistas que llevan a la invocación de “derechos fundamentales implícitos”) es importante tomar conciencia de los peligros reales que conllevan tales nociones cuando son llevadas al extremo y hasta sus consecuencias últimas.

Por otra parte, el neoconstitucionalismo no es nuevo, abrevia del manantial teórico-metodológico del constitucionalismo de postguerra; en especial germano y de sus categorías y doctrinas: “democracia militante” (Loewenstein), sistema material de valores (Dürig, Maunz), normas constitucionales inconstitucionales (Bachof), inconstitucionalidad por omisión legislativa (Wessel); entre otras que reflejan la sobrerreacción a Weimar o al tercer imperio, y con ello el “renacimiento del derecho natural” (Charmot) o “el eterno retorno al derecho natural” (Rommen). Más aun el ensayo de Rommen de 1936 (“Die Ewige Wiederkehr des Naturrechts”), va a tener en su segunda edición alemana de 1947 un rol, quizás indeseado por Rommen (un jurista católico antinacionalsocialista), de cobertura teórica a la búsqueda de una “cabeza de turco”, para explicar la derrota del derecho, al denunciar el fracaso del positivismo dominante en la república de Weimar para oponerse a la revolución legal coronada en 1933 con el triunfo en las urnas de Hitler.

Esta sobrerreacción de postguerra también conlleva un endoso de culpas de la casta de los juristas, jueces y abogados al servicio del nacionalsocialismo (o silentes), una “*reductio ad Hitlerum*” que responsabiliza al positivismo de arruinar el fundamento moral del derecho positivo, posibilitando la “perversión” del derecho por un régimen totalitario. Olvidan los juristas germanos la profesión de fe iusnaturalista o decisionista de los juristas ideólogos de dicho régimen, juristas firmantes del endoso de

¹³ Ídem.

“culpas”, tal como lo reconoce la investigación moderna de dicho periodo y que tempranamente Garzón Valdés hace presente; y es por otra parte un antecedente sólido y demostrado por la investigación histórico-política y jurídica de este periodo, el compromiso con la democracia (y la socialdemocracia) de los juristas positivistas, en especial de Kelsen, y su escuela.

III. Conclusiones del pretexto

1. DEL ESTADO DE DERECHO AL ESTADO JUDICIAL

El retorno al derecho natural es, en palabras de un jurista iusnaturalista, una

“terapia doctrinal de grandes problemas, asedios e incertidumbres de carácter político y socio-cultural que, cíclicamente, se ciernen sobre el horizonte jurídico y necesariamente inciden en la ciencia del derecho”¹⁴.

Por ello, bajo el “eterno retorno del derecho natural” subyace el planteamiento clásico (tomista-cristiano) de la superioridad del orden natural:

“(…) la voluntad del Estado no es la sola fuente del derecho, sino que al lado de ella –antes que ella, mejor– está la ‘naturaleza de la cosa’ o, como gustaban decir los antiguos, el *ordo rerum*, el orden ontológico de las esencias”¹⁵.

Rommen predice el retorno del “derecho natural metafísico”, del “*jus naturale* perenne”; y que es reflejo de su “eterna capacidad de resurrección”¹⁶, y capacidad de reaccionar frente a la “injusticia objetiva”¹⁷. Este jurista germano defiende la unión de derecho y moral, el alojamiento de los valores en la Constitución, señalando:

“En ese momento, son los derechos fundamentales de la persona, de la familia y de la nación los que se levantan, con toda su fuerza primitiva contra la actividad del Estado, la cual se vuelve tiránica cuando mina los fundamentos de la vida social y política, o sea, sus bases morales”.

Ahora bien el recurso a Rommen, no es en esta exposición la elección fácil del iusnaturalista católico, sino la referencia a un jurista y una obra sobre

¹⁴ Antonio Enrique PÉREZ LUÑO, *Trayectorias contemporáneas de la filosofía y la teoría del Derecho*, p. 31.

¹⁵ Enrique ROMMEN, *Derecho natural. Historia-Doctrina*, p. 125.

¹⁶ *Ibíd.*, p. 126.

¹⁷ *Ibíd.*, p. 212.

el retorno del derecho natural que ejerció poderosa influencia en la posguerra. No es casual entonces que la doctrina de lengua germana de postguerra sostenga que la crisis del derecho, marcada por la sobreacción a Weimar en lo relativo al orden político (Von Beyme), es sobre todo una crisis de los “valores básicos” (Kägi). Probablemente donde con más dramatismo se observa la sobreacción a la crisis de Weimar es en la evolución de Gustav Radbruch, un jurista relativista y socialdemócrata que vive el “exilio interior” en la Alemania de Hitler, quien ya en 1934 se somete a una atormentada crítica a sus posiciones relativistas al defender la democracia, y más tarde en la postguerra a las relaciones que deben existir entre la justicia y las decisiones-medidas del poder, y la “naturaleza de la cosa”; para finalmente concluir que los objetivos de las medidas del poder son relativos mientras que no lo es la justicia misma (Brecht). Para Radbruch los derechos del hombre son de “naturaleza absoluta”^{18,19}.

Este retorno al derecho natural se refleja con distinta intensidad en los juristas germanos más contemporáneos, de los cuales abrevan los neoconstitucionalistas de nuestra América: Kriele, Alexy y Häberle; con o sin mediación de juristas españoles o de juristas angloamericanos, como Dworkin, todos ellos incidentes en la formación y desarrollo del neoconstitucionalismo; en algunos casos con una superlativa caja de resonancia, como ocurre con la ponderación y su método en la doctrina y jurisprudencia colombiana, y en todo caso, en un influjo divorciado de la realidad sociopolítica, histórica y cultural de los países al sur del Río Grande.

El comentario de la sentencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Honduras sigue siendo un buen pretexto para mostrar el verdadero rostro del retorno del derecho natural: el neoconstitucionalismo; dirección teórico-metodológica e ideológica que incurre en cuanto dirección del pensamiento constitucional en tres derivadas, como bien observa García Amado, a saber: en lo ontológico en un objetivismo

¹⁸ Werner KÄGI, *La Constitución como ordenamiento jurídico fundamental del Estado. Investigaciones sobre las tendencias desarrolladas en el moderno derecho constitucional*, p. 71.

¹⁹ Vid. Klaus VON BEYME, “La protección del ordenamiento constitucional y del sistema democrático en la República Federal de Alemania”, p. 73-88; y Arnold BRECHT, *Teoría política: los fundamentos del pensamiento político del siglo XX*. Brecht con la lucidez que le es propia anota sobre el contexto de postguerra y la figura de Radbruch: “La cruel tiranía de Hitler dio lugar a un reconocimiento de las ideas iusnaturalistas enlazado con un renacimiento religioso general” (...). La apelación a la “naturaleza de la cosa” por Radbruch fue la señal de “abandono general del relativismo” (p 336). El propio Radbruch en el “exilio interior”, “Bajo la impresión de las experiencias totalitarias intentó varios modos de superación del relativismo” (p. 245). La sobreacción a la crisis de Weimar puso a “Radbruch contra Radbruch”, primero en defensa de la democracia y sus presupuestos, y más tarde de los derechos (pp. 348-353).

que refunde derecho y moral, en lo epistemológico en un cognitivismo principialista, y en lo político social en un acusado elitismo tecnocrático (de la casta de jueces, abogados, y profesores de derecho)²⁰. Pero además el neoconstitucionalismo es una teoría-método de las contradicciones de ese verdadero oxímoron que es la “democracia constitucional”, y el activismo judicial, de “derecha” o de “izquierda”, una patología que refleja el mal funcionamiento del sistema político democrático.

Así, el neoconstitucionalismo no sólo supone la “constitucionalización del sistema jurídico” (Guastini), sino la rematerialización (reconstruyendo y reinterpretaando sus normas de principio *ad infinitum*) de la Constitución en las decisiones judiciales, transformando el Estado de Derecho en Estado Judicial. La ductilidad (“*mitteza*”) del derecho según Zagrebelsky es la bancarrota de la ley como fuente primaria del derecho, sustituida por la Constitución y por quienes hablan por ella, transformando la “*scientia iuris*” en “*iuris prudentia*”. En el fondo, los neoconstitucionalistas “remoralizan” el derecho, son iusmoralistas conservadores (neoconservadores o neoliberales, o progresistas), y con una fe desafiante cuales profetas o Savonarolas modernos. Se produce así una paradoja, la democracia contemporánea avanza en controles del poder, de los poderes democráticos, para trasladar más poder a sus castas de funcionarios, togados (jueces) o no (tecnoburócratas); reforzando unas variopintas “autonomías constitucionales”.

2. DEL NEOCONSTITUCIONALISMO AL “CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO”

El análisis de Landau acerca de las cortes constitucionales o supremas de Colombia, Hungría y Sudáfrica, no sólo consigna los grados de activismo judicial, en relación al contexto institucional y contexto legislativo (incluso del sistema de partidos); sino que aborda el ethos decisional de dichas judicaturas y la orientación dominante (“legislocracia”), en especial de la más poderosa de las cortes constitucionales del mundo: la colombiana, y su nexa con un deteriorado sistema político democrático, con una institución parlamentaria en permanente crisis de legitimidad y eficiencia²¹.

La investigación de Landau nos permite establecer un nexa entre el neoconstitucionalismo-activismo judicial y el sistema político democrático (diríamos una relación inversa: a menos legitimidad y eficiencia del

²⁰ Vid. Juan Antonio GARCÍA AMADO, “Sobre el neoconstitucionalismo y sus precursores”.

²¹ David LANDAU, “Instituciones políticas y función judicial en Derecho Constitucional Comparado”, pp. 13-83.

sistema político democrático del Parlamento, más activismo), por una parte; y un nexo entre el “constitucionalismo abusivo” y el servicio de las ideologías (el neoconstitucionalismo) al poder político. Fuerza en este punto, para sintetizar nuestra aproximación crítica al neoconstitucionalismo y al renacimiento del derecho natural, aproximación crítica en la que usamos como pretexto el fallo comentado de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Honduras, es citar un temprano texto de Kelsen titulado “Igualdad ante la Ley” (1907):

“La pregunta a la cual tiende el derecho natural es la eterna pregunta por aquello que se esconde tras el derecho positivo. Y quien busque la respuesta no encontrará, me temo, ni la verdad absoluta de una metafísica, ni la justicia absoluta de un derecho natural. Quien sin cerrar sus ojos levante el velo, verá venir a su encuentro la mirada fija de la cabeza de la Gorgona del poder”²².

Más tarde, en su defensa del modelo de tribunal constitucional (1928) observó críticamente la justiciabilidad de normas de principio (valores, principios, derechos), normas de textura abierta, plurisignificativas, enderezadas al desarrollo legislativo; pero que en manos del poder de los jueces o un tribunal “habría que considerarlo simplemente insoportable”²³.

Para arropar ese poder insoportable está el “constitucionalismo abusivo”; que encuentra en el neoconstitucionalismo el aliado ideal.

En definitiva puestos ante una sentencia-pretexto como la comentada, nos queda sólo compartir el juicio crítico acerca de su abrevadero: el neoconstitucionalismo formulado por García Amado:

“[M]uchas de las tesis del llamado neoconstitucionalismo o constitucionalismo de los derechos resultan sumamente funcionales a una jurisprudencia muy propensa a la extralimitación, la demagogia y la política más descarada, y a una casta profesoral ansiosa por legislar sin pasar por las urnas y muy dada a los juegos de manos que transmutan preferencias personales en postulados pseudocientíficos, como tan perspicazmente vio Kelsen, siempre tan denostado por sus colegas más ambiciosos”²⁴.

²² Citado por Rudolf ALADÁR MÉTALL, *Hans Kelsen: Vida y obra*, p. 48.

²³ Hans KELSEN, “La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)”, p. 143.

²⁴ Juan Antonio GARCÍA AMADO, “Derechos y pretextos”, p. 264.

Bibliografía

- BRECHT, Arnold, *Teoría política: los fundamentos del pensamiento político del siglo XX*, traducción de Juan Manuel Mauri, Barcelona, Editorial Depalma-Ariel, 1963.
- DWORKIN, Ronald, "Igualdad, democracia y constitución: Nosotros, el pueblo, en los tribunales", en Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo (editores), *El canon neoconstitucional*, Madrid, Editorial Trotta e Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2010.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio, "Sobre el neoconstitucionalismo y sus precursores", Fabricio MANTILLA ESPINOZA (ed.), *Controversias constitucionales*, Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2008.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio, "Derechos y pretextos", en Miguel CARBONELL (editor), *Teoría del neoconstitucionalismo*, México, Editorial Trotta e Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2007.
- GUASTINI, Riccardo, *Estudios de teoría constitucional*, edición y presentación de Miguel Carbonell, 2ª reimp., México, Distribuciones Fontamara, 2007.
- KÄGI, Werner, *La Constitución como ordenamiento jurídico fundamental del Estado. Investigaciones sobre las tendencias desarrolladas en el moderno derecho constitucional*, estudio de F. Fernández Segado y traducción de Sergio Díaz Ricci, Madrid, Editorial Dykinson, 2005.
- KELSEN, Hans, "La garantía jurisdiccional de la Constitución (La Justicia Constitucional)", en su *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Madrid, Editorial Debate, 1988.
- LANDAU, David, "Abusive constitutionalism", en *University of California Davis Law Review*, vol. 47, N° 1, Davis, 2013, pp. 189-260.
- MÉTALL, Rudolf Aladár, *Hans Kelsen: Vida y obra*, traducción de Javier Esquivel, México, Ediciones Coyoacán, 2009.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Trayectorias contemporáneas de la filosofía y la teoría del Derecho*, 5ª ed., Madrid, Editorial Tebar, 2007.
- ROMMEN, Enrique, *Derecho natural. Historia-Doctrina*, traducción francesa del alemán de E. Marny de 1945 y versión castellana de Héctor González, México, Editorial Jus, 1950.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, "El constitucionalismo de los derechos", en Miguel CARBONELL (editor), *Teoría del neoconstitucionalismo*, México, Editorial Trotta e Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2007.
- VON BEYME, Klaus, "La protección del ordenamiento constitucional y del sistema democrático en la República Federal de Alemania", en *Revista de Estudios Políticos*, N° 35, Madrid, 1983, pp. 73-88.

JURISPRUDENCIA

Corte Suprema de Justicia de Nicaragua, 2009, rol 602-09. Disponible en: http://www.geneva-academy.ch/RULAC/pdf_state/sentencia-de-la-CSJ-para-la-reeleccion-de-presidentes-y-alcaldes.pdf. Consultada el 22 de mayo de 2015.

Corte Constitucional de la República de Colombia, 2010, rol C-141/10. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/C-141-10.htm>. Consultada el 20 de mayo de 2015.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Honduras, 2015, rol 1343-2014. Disponible en: <http://www.poderjudicial.gob.hn/Documents/FalloSCONS23042015.pdf>. Consultada el 20 de mayo de 2015.

Recensiones

Derecho Público Iberoamericano
Universidad del Desarrollo
N° 7 | 2015

DALMACIO NEGRO, *II DIO MORTALE*, PIOMBINO, II FOGLIO, 2014, 110 PÁGS.

Juan Cayón

Dalmacio Negro (1931), que fue catedrático de Historia de las Ideas Políticas en la Universidad Complutense de Madrid y es numerario de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, es un pensador original e insobornable. Colaborador de estas páginas, nuestros lectores han podido gustar con frecuencia de sus bien sazonados textos, siempre agudos y llenos de sugerencias. Entre su obra, además de la edición de clásicos del pensamiento político, figuran sus libros *La tradición liberal y el Estado* (1995), *Lo que Europa debe al cristianismo* (2006), *El mito del hombre nuevo* (2008) y, por último, *Historia de las formas de Estado* (2010).

Este libro, que lleva por subtítulo «El mito del Estado entre la crisis europea y la crisis de la política», es la versión italiana del volumen *Gobierno y Estado*, publicado en la colección *Prudentia iuris* de la editorial Marcial Pons en 2002, que a su vez traía causa de una ponencia presentada por el autor a uno de los congresos anuales del *Instituí International d'Etudes Européennes Antonio Rosmini* de Bolzano. Y que hubiera podido titularse, quizá con más razón pero también contundencia, *Gobierno o Estado*. El uso de la conjunción copulativa en vez de la disyuntiva no dejaba de implicar una cierta limitación de las consecuencias de una tesis cuando menos provocadora. Es una pena que el editor italiano haya omitido estas referencias, que primeramente son de justicia, pues hubieran permitido cerrar un arco que une tantas referencias del pensamiento italiano y el español. Texto que, en la propia colección *Prudentia iuris*, fue seguido por un jugoso complemento en sede ya estrictamente hispánica: *Sobre el Estado en España* (2007).

Es afortunado el uso de la famosa expresión hobbesiana «dios mortal» para evocar la temática a que se contrae el ensayo. Cuyo punto de partida es claro: aunque puede existir un Gobierno sin Estado, no puede

existir un Estado sin Gobierno. Lo que ocurre es que el uso ambiguo de la palabra Gobierno facilita la confusión. En efecto, hoy tendemos a pensar que el Gobierno es una parte del Estado, cuando en realidad aquél no sólo lo precedió, sino que (en cierto modo) lo sustituyó. De ahí que en la crisis del Estado tienda a rebrotar el Gobierno, aunque sea –lo ha escrito nuestro director en distintas ocasiones– bajo la forma desnaturalizada de “gobernanza”, esto es, desgobierno de la globalización posmoderna.

Esta edición italiana del texto del profesor Negro, que conserva la estructura de la española, la revisa, amplía y pone al día. Se organiza en catorce breves capítulos: «La confusión entre Estado y Gobierno», «Causas principales de la confusión», «Del derecho a la legislación», «La mezcla de Gobierno y Estado», «Diferencias entre Gobierno y Estado», «Del Gobierno al Estado», «La soberanía define Gobierno y Estado», «La nostalgia de la comunidad y el Estado-nación», «El Estado-Iglesia nacional», «La superación del Gobierno por parte del Estado», «La despolitización», «El Estado de derecho», «Europa entre Gobierno y Estado» y «La apoliticidad de la Unión Europea».

Como todas las obras de Dalmacio Negro, está llena de ideas e intuiciones fecundas, no pocas veces discutibles. Agradecemos al sociólogo Carlo Gambescia y al profesor Jerónimo Molina que hayan contribuido, al insertar este libro en la colección «Biblioteca de Ciencias Políticas y Sociales» que dirigen, a difundir en el medio cultural italiano el pensamiento de nuestro querido amigo y colaborador.

DANTE FIGUEROA, *TRADITIONAL NATURAL LAW AS THE SOURCE OF WESTERN CONSTITUTIONAL LAW, PARTICULARLY IN THE UNITED STATES*, PANAMÁ, EDITORIAL JURÍDICA VENEZOLANA INTERNACIONAL, 2014, 164 PÁGS.

Manuel Anaut

Dante Figueroa, profesor asociado en el Centro de Derecho de la Universidad de Georgetown, en Washington, ha escrito un libro cuyo título expresa a la perfección (o quizá no tanto) la tesis que sustenta. Se trata de demostrar –escribe uno de los prologuistas, el profesor chileno Carlos Errázuriz, de la Universidad Pontificia de la Santa Cruz–

«que el derecho natural tradicional y el derecho constitucional occidental no son, como a veces se cree, dos mundos separados, de los que el primero pertenece a filósofos, teólogos e historiadores, mientras que el segundo es propio de los juristas».

«Muestra así –sigue– que la tradición del derecho natural es hoy relevante para el derecho constitucional de Occidente y especialmente en los Estados Unidos. Planteamiento que rompe con todos los modelos preconcebidos».

El segundo prologuista, profesor Allan Brewer-Carías, por su parte, y entre otras cosas, señala que

«a comienzos del siglo XIX, los padres fundadores de las nuevas repúblicas surgidas de la desaparición de las antiguas colonias españolas estuvieron, sin ninguna duda, inspirados por los mismos principios que dieron forma al constitucionalismo de Norteamérica, incluidos los derivados de la misma revolución americana».

«[Pero] los padres fundadores en Hispanoamérica no sólo tuvieron la enorme tarea de diseñar y construir el entramado constitucional de las nuevas repúblicas, basadas en los principios del constitucionalismo

moderno derivado de las revoluciones americana y francesa, sino que tuvieron que luchar también para refutar los falsos argumentos religiosos [de la Iglesia Católica] favorables a la monarquía absoluta y contrarios a los principios de la democracia representativa, gobierno democrático, soberanía popular, separación entre la Iglesia y el Estado y afirmación de los derechos individuales inalienables».

Si hubiéramos de dar razón a los prologuistas, la conclusión no podría ser sino la de que la tesis del libro es equivocada. Y no sólo por las afirmaciones disparatadas del profesor Brewer-Carías. Sino por las igualmente erróneas del profesor Errázuriz. Ambas yerran tanto desde el ángulo histórico como el teórico. La pretensión de fundir la tradición del derecho natural con el constitucionalismo es un error, principalmente anglosajón, que carece del menor sostén más allá del voluntarismo de quienes lo afirman y que constituye –eso sí– un modelo preconcebido. Los fautores de la Constitución de los Estados y su inspirador John Locke se separan de modo impresionante de la tradición del derecho natural clásico. Lo acaba de explicar el profesor argentino Juan Fernando Segovia en un reciente libro imprescindible (*La ley natural en la telaraña de la razón. Ética, derecho y política en John Locke, Madrid, Marcial Pons, 2014*). Y lo ha expuesto por activa y por pasiva en sus publicaciones el profesor John Rao, auténtico debelador del «americanismo», entendiendo por tal la ideología que sacraliza los Estados Unidos de América y, más estrictamente, llega a sostener que el régimen ideal de las relaciones Iglesia-Estado es el de ese país. Ahora bien, el libro no sostiene de modo tan tajante las tesis que le atribuyen sus prologuistas. En primer lugar, contiene una presentación correcta del derecho natural clásico (capítulo I) y de la oposición que respecto del mismo representa el derecho natural moderno o racionalista (capítulo II). Igualmente, a los efectos de trazar una historia del derecho natural, resultan en lo principal acertados los capítulos III (sobre el historicismo, el positivismo kelseniano y el totalitarismo marxista) y IV (sobre el retorno al derecho natural en el siglo XIX, con referencia a los papas Pío IX y León XIII, y con excesivo entusiasmo respecto del ambiguo Rosmini). El mismo capítulo V, en el que critica la sustitución de la doctrina del derecho natural por la teoría (mejor ideología) de los derechos humanos, acierta cuando sitúa en Locke y los contractualistas el punto de partida de muchos errores. A partir del capítulo VI, en que entra a examinar la experiencia constitucional de los Estados Unidos, el autor cede a algo de lo que (mucho más groseramente) han visto los prologuistas.

Esto es, si lo que el autor quiere es rehabilitar la tesis tradicional del derecho natural, el que podríamos llamar derecho natural clásico o

católico, frente al moderno o protestante, eso lo consigue en parte. Y es meritorio. Lástima que lo anterior se entreviera con el constitucionalismo y el americanismo.

Siglas y abreviaturas

Derecho Público Iberoamericano
Universidad del Desarrollo
N° 7 | 2015

SIGLAS Y ABREVIATURAS

- ALADI Asociación Latinoamericana de Integración
- ALBA Alianza bolivariana para los pueblos de nuestra América
- art. artículo
- arts. artículos
- BOE *Boletín Oficial del Estado*
- c. considerando *a veces* con
- Cap. capítulo
- CC *Código Civil*
- CE Comunidad Europea
- CEDH Convenio Europeo de Derechos Humanos
- CELAC Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños
- Cfr. confróntese
- Cía. compañía
- CIADI Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones
- CIDOB Centro de Información y Documentación Internacional de Barcelona
- Boletín Oficial del Estado cit. citado
- CITMA Ministerio de Ciencias, Tecnología y Medio Ambiente
- CNI Central Nacional de Inteligencia
- coord. coordinador
- COREMA Comisión Regional del Medio Ambiente

Corte IHD	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CP	Constitución Política de la República
CUP	Cambridge University Press
DD.HH	Derechos Humanos
DF	Distrito Federal
DIBAM	Dirección de Bibliotecas, Archivos y Museos
DINA	Dirección de Inteligencia Nacional
DL	Decreto ley
Dr.	doctor
D.S.	decreto supremo
ed.	edición, <i>a veces</i> editor
EDERSA	Editoriales de Derecho Reunidas
EE.UU.	Estados Unidos
EFS	Entidades Fiscalizadoras Superiores
EMAS	Eco-Management and Audit Scheme
ENU	plan de “educación nacional unificada”
Est.	estudios
etc.	etcétera
Excma.	Excelentísima
Fac.	Facultad
FAS <i>a veces</i>	FF.AA. Fuerzas Armadas
	FF.EE. Fuerzas Especiales
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i> (allí, en ese mismo lugar)
IDES	Instituto de Desarrollo Económico y social
ILO	International Labour Organization
inc.	inciso
INTOSAI	International Organization of Supreme Audit Institutions
ISO	International Organization for Standardization
it.	italiano
<i>ivi</i>	en ella
IVA	Impuesto al Valor Agregado
MERCOSUR	Mercado Común del sur
N	New

Nº <i>a veces</i>	núm, Nr.	número
Nros.		números
N.Y.		New York
ob. cit.		obra citada
OEA		Organización de Estados Americanos
OIT		Organización Internacional del Trabajo
OMC		Organización Mundial de Comercio
ONA		Oficina Nacional de Auditoría
ONU		Organización de Naciones Unidas
<i>op. cit.</i>		<i>opus citatis</i> (obra citada)
p.		página
OUP		Oxford University Press
PAR		preferencia arancelaria regional
PNUMA		Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente
pp.		páginas
Prof.		profesor
<i>RDJ</i>		<i>Revista de Derecho y Jurisprudencia</i>
Reimp.		reimpresión
RREE		Relaciones Exteriores
SAIC		Sociedad Anónima Industrial y Comercial
SCAA		Sentencia Corte de Apelaciones
SCS		Sentencia corte Suprema
SDN		Sociedad de Naciones
sec.		sección
SEREMI		Secretaría Regional Ministerial
SII		Servicio de Impuestos Internos
ss.		siguientes
Sra.		señora
SSTEDH		Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STC		Sentencia Tribunal Constitucional español
TC		Tribunal Constitucional
TEDH		Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TLC		Tratado de Libre Comercio
trad.		traducción

U	Universidad
UCN	Universidad Católica del Norte
U.E.	Unión Europea
UNAM	Universidad Nacional Autónoma de México
UNASUR	Unión de Naciones Sudamericanas
UNESCO	Organización Educativa, Científica y Cultural de las Naciones Unidas
Univ.	Universidad
USA	Unites State of America
v. a veces vs. v.gr.	<i>verbi gratia</i> (por ejemplo)
<i>vid.</i>	véase
vol.	volumen
WTO	World Trade Organization

Instrucciones a los autores

Derecho Público Iberoamericano

Universidad del Desarrollo

N° 7 | 2015

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. Daniela Céspedes.

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 2015
en Versión Producciones Gráficas
Santiago de Chile

