



Universidad del Desarrollo
Facultad de Derecho

DERECHO PÚBLICO IBEROAMERICANO
REVISTA DEL CENTRO DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Nº 9
OCTUBRE DE 2016

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

DIRECTOR

Dr. Julio Alvear Téllez

SUBDIRECTOR

Prof. Eduardo Andrades Rivas

SECRETARIA DE REDACCIÓN

Srta. Daniela Cespedes Santis

CONSEJO CIENTÍFICO

Derecho Público Iberoamericano

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

Prof. Dr. Danilo Castellano
Università di Udine
(Italia)

Prof. Dr. Gilles Dumont
Université de Nantes
(Francia)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Prof. Dr. Ignacio Covarrubias
Universidad del Desarrollo
(Chile)

Prof. Dr. Carlos Salinas Araneda
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso
(Chile)

EDITOR

Prof. Hugo Fábrega Vega

REPRESENTANTE LEGAL

Sr. Federico Valdés Lafontaine

VERSIÓN IMPRESA: ISSN 0719-2959

VERSIÓN ONLINE: ISSN 0719-5354

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

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

DERECHO PÚBLICO IBEROAMERICANO
REVISTA DEL CENTRO DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL

AÑO 5 • N° 9 • OCTUBRE DE 2016

ISSN 0719-2959

PRESENTACIÓN

7

ESTUDIOS

ESTUDIOS SOBRE DERECHO ADMINISTRATIVO

Iván Aróstica Maldonado

Sanciones y restricciones administrativas en un entorno de leyes compendiosas

13

ESTUDIOS SOBRE DERECHOS FUNDAMENTALES
E INSTITUCIONALIDAD MEDIOAMBIENTAL

Rodrigo Andrés Poyanco Bugueño

Los derechos sociales y la libertad:

Un análisis problemático

41

Rubén Miranda Gonçalves

La protección del patrimonio cultural subacuático

en la Convención sobre la Protección del Patrimonio Cultural Subacuático de 2001

81

ESTUDIOS SOBRE TEORÍA POLÍTICA:

Miguel Ayuso Torres

Pueblo y populismo: nuevas perspectivas

99

Francisco de Borja Gallego Pérez de Sevilla

Religión secular y utopía política: la búsqueda de una definición

121

Rafael Martín Rivera

Una breve revisión histórica del *Code Napoléon*:
solemne avenencia entre revolución y tradición

149



Universidad del Desarrollo
Facultad de Derecho

ENSAYOS

Mario Correa Bascuñán
Medio ambiente y bien común
181

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

Eduardo Soto Kloss
La pretensión de inaplicabilidad de Curtidos Bas S.A
205

Alejandro Villanueva Turnes
Caso bonificaciones en TC Español
215

RECENSIONES

Jacques Henry
L'Etat islamique, Anatomie du nouveau califat, de Olivier Hanne
223

SIGLAS Y ABREVIATURAS
233

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES
237

PRESENTACIÓN

Ofrecemos a continuación la novena entrega de *Derecho Público Iberoamericano*. Es nuestro quinto año, y al revisar el camino recorrido, podemos decir, con orgullo, que se ha cumplido la meta de integrar aportes científicos de las más diversas naciones hispanoamericanas. Agradecemos a todos los autores que nos han acompañado. Tanto en la versión escrita como en su soporte electrónico, la revista ha logrado ser incluida en Latindex Catálogo, así como en VLex y en Dialnet, con lo que cumplimos el primer paso hacia la indexación en bases internacionales de literatura científica.

En este número distribuimos los estudios científicos en tres áreas: derecho administrativo, derechos fundamentales e institucionalidad medioambiental y teoría política.

En el área del derecho administrativo, damos a conocer un trabajo inédito del profesor Iván Aróstica, ministro del Tribunal Constitucional chileno. Lleva como título “Sanciones y restricciones administrativas en un entorno de leyes compendiosas”. En él se problematiza la utilización legal de conceptos vagos más allá de los límites de los conceptos jurídicos indeterminados.

En el campo de los derechos fundamentales y la institucionalidad medioambiental se publican dos artículos. Uno del profesor Rodrigo Poyanco, donde estudia la relación entre libertad positiva, libertad fáctica y derechos sociales. En segundo lugar, el profesor español Rubén Miranda analiza el régimen jurídico de la Convención del Patrimonio Cultural Subacuático de 2001, con especial atención a los distintos espacios marinos protegidos.

En el ámbito de la teoría política destacan tres estudios. El primero aborda las espinosas relaciones entre pueblo y populismo, con una crítica de fondo a la modernidad política como espectro interpretativo de ambas categorías. El trabajo es de autoría del reconocido catedrático hispano Dr. Miguel Ayuso.

El segundo artículo es del profesor español Francisco de Borja Gallego. Aborda el problema de las utopías políticas en cuanto proyecto moderno de sustituir la religión cristiana por un plan de regeneración colectiva de las naciones. Finalmente, ofrecemos el estudio del también profesor español Dr. Rafael Martín Rivera acerca del papel histórico del Código napoleónico, como paradójico punto de encuentro entre revolución y tradición.

En la sección “Ensayos”, publicamos un trabajo del profesor chileno Dr. Mario Correa en el que se problematiza la relación entre ambiente y bien común.

En la sección dedicada a “Comentarios de jurisprudencia” incluimos un oportuno análisis del profesor Dr. Eduardo Soto Kloss, quien una vez más nos honra con su presencia. Trata de la pretensión de inaplicabilidad de *Curtidos Bas* y sus consecuencias para el derecho de propiedad. Asimismo, destacamos el trabajo del profesor español Alejandro Villanueva sobre una interesante sentencia del Tribunal Constitucional de ese país (caso “Bonificaciones”).

Concluimos con las “Recensiones” donde se revisa el libro *L’Etat islamique, Anatomie du nouveau califat*, de Olivier Hanne.

Dr. Julio Alvear Téllez
Director
Derecho Público Iberoamericano

Estudios

Derecho Público Iberoamericano
Universidad del Desarrollo
N° 9 | 2016

Estudios
sobre Derecho Administrativo

SANCIONES Y RESTRICCIONES ADMINISTRATIVAS EN UN ENTORNO DE LEYES COMPENDIOSAS

ADMINISTRATIVE SANCTIONS AND RESTRICTIONS IN THE CONTEXT OF COMPENDIOUS LAWS

*Iván Aróstica Maldonado**

*Me dan miedo esas grandes palabras
que nos hacen tan infelices.*
James Joyce

Resumen

El presente artículo problematiza una de las falencias de la legislación chilena, cual es la existencia de leyes que establecen conceptos vagos que son utilizados, en ocasiones, por algunos órganos administrativos en desfavor de los derechos de los particulares. Efectúa lo anterior al aclarar las diferencias entre términos ambiguos y conceptos vagos, al dar cuenta del origen del asunto y su eventual solución en la historia de Chile, y al analizar la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Palabras clave: Derecho Administrativo, teoría del derecho, términos ambiguos, conceptos vagos

Abstract

The present article discusses one of the weaknesses of the Chilean legislation, the existence of laws that contains vague notions which are often used, by some administrative agents, in an unfavorable way towards the rights of the people. The article addresses the differences between ambiguous terms and vague notions, discusses the origin of the problem and its possible solution in Chilean history, and analyses the case law of the Constitutional Court.

* Ministro del Tribunal Constitucional de Chile, Magíster en Derecho Público de la Universidad de Chile, profesor de Derecho Administrativo de la Universidad del Desarrollo. Artículo recibido el 22 de mayo de 2016 y aceptado para su publicación el 30 de julio de 2016. Correo electrónico: iarostica@tcchile.cl

Keywords: Administrative law, theory of law, ambiguous terms, vague notions

Introducción

Tratándose de actuaciones administrativas de sanción o gravamen, es indiscutido que –en cuanto a sus motivos– jueces y contralores pueden revisar la existencia material de los hechos en que se fundan, así como la calificación jurídica de los mismos. Esto es, si se justifica que esos hechos vengan subsumidos dentro de la conducta que la ley describe como ilícita o dentro de los supuestos legales susceptibles de desencadenar un desfavor.

Los hechos singulares del caso, una vez acreditados en el expediente administrativo, ¿pueden ser comprendidos dentro de esa conducta o situación abstracta descrita por la ley? He aquí aquello que se pregunta el control sobre su calificación jurídica.

Pero la cuestión no pasaría de ser un silogismo más o menos mecánico, si no fuera por aquellas leyes que establecen de manera vaga e imprecisa esa conducta ilícita o condición de aplicación, amoldándose a interpretaciones extremadamente holgadas y extensivas. Si todas las leyes deben ser nítidas al describir, a modo de antecedente, la situación cuya ocurrencia conlleva una determinada consecuencia jurídica, como advertía San Isidoro de Sevilla, al señalar que la ley ha de ser clara y nunca oscura (*manifesta quoque*) para que a nadie induzca a error (*ne aliquid per obscuritatem in captione contineat*)¹, el caso es que aun más *chiare e precise* –decía Beccaria– debería serlo cuando refiere conductas o sucesos que, de tener lugar, acarrear sanciones u otra clase de consecuencias adversas, justamente para evitar su aplicación abusiva por parte del órgano de ejecución.

Es que, a despecho de la certeza jurídica exigida en el epígrafe del artículo 19 de la Constitución, cuando dice que “asegura” el catálogo de derechos reconocidos por ella, hoy abundan esas inciertas leyes que –al emplear conceptos indeterminados²– abren paso a la arbitrariedad e indefensión cuando quienes las aplican son órganos de la Administración³.

¹ *Etymologiae* v, XXI, 1 citado por Julio ALVEAR TÉLLEZ, en *Actualidad Jurídica*, pp. 16-17.

² Un clásico sobre la temática: Fernando, SÁINZ MORENO, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, p. 364.

³ Respecto a los rótulos de que enseguida hablaremos, o “valores indeterminados o en blanco” (orden público, interés general, etc.) en su aplicación por los jueces, donde “a falta de precisión por la ley éstos deben poner literalmente todo”: Fernando, FUEYO LANERI, *Interpretación y juez*, pp. 117-125.

Palabras ambiguas, conceptos vagos

1. Para partir, convendría distinguir la ambigüedad que puede afectar a las palabras, de la vaguedad que puede afectar a los conceptos, expresados con tales palabras⁴.

La ambigüedad se presenta cuando un mismo término o palabra, en cuanto enunciado lingüístico, expresa varios significados distintos e incompatibles entre sí. Mientras que la vaguedad o indeterminación obedece a la inexistencia de aquellos elementos esenciales o notas inteligibles que connotan un concepto, circunstancia que impide delimitar con precisión si un sujeto u objeto cae dentro o fuera de su denotación o ámbito de aplicación⁵.

De manera que al hacerse presentes en una ley, en tanto la ambigüedad se agota a menudo en un problema de interpretación, solucionable a través de los métodos de hermenéutica legal, la vaguedad suele originar un problema de integración, que radica en completar cuáles son esas propiedades necesarias y suficientes que permiten connotar el concepto.

Por supuesto, no hay problema cuando la ley ocupa los llamados conceptos “jurídicos” indeterminados, propiamente tales, en tanto reconocibles dentro del acervo de una comunidad jurídica dada. Acaso no le daríamos muchas vueltas si se nos pide, en un caso, concretar cuánto ha de durar un “plazo razonable”, o cuál es el monto a que asciende el “justo precio” demandado.

Pero el asunto en cuestión asume relevancia cuando la ley emplea conceptos indeterminados, ajenos a lo jurídico, como condición para que la autoridad pueda ejercer una atribución o potestad. Sea que la ley no los delimite (conceptos totalmente indeterminados⁶), o sea que los deslinde de manera extensa o muy holgada (conceptos parcialmente indeterminados⁷).

⁴ Un ejemplo sencillo servirá para ilustrarlo: mientras la palabra *hombre, man, homme, uomo*, etc. puede variar según el lenguaje que se use, el concepto que expresa –“animal racional mortal”– es uno e invariable (al menos para los estoicos).

⁵ David MARTÍNEZ ZORRILLA, *Metodología jurídica y argumentación*, pp. 57-62, 198 y 205-206.

⁶ En lógica, concepto-juicio-razonamiento son las tres operaciones que forman el pensamiento. Por concepto se entiende la aprehensión –dentro de una fórmula abstracta y general– de aquellas características esenciales o relevantes de un objeto, indispensables para que éste sea lo que es. La ausencia total de dichas propiedades en la ley hace entonces que no exista concepto sino hasta que la autoridad administrativa llene ese vacío legal.

⁷ Aunque ajena al campo de las competencias administrativas, pongamos por caso la Ley N° 19.733 sobre libertades de opinión e información, cuando indica los hechos comprensivos del “interés público” que puede revestir una persona, a los efectos de ser alcanzada por los medios de comunicación social: los referentes al desempeño de funciones

2. Desde luego, a raíz de los desdibujados linderos que presentan estos conceptos o términos indeterminados (peligro inminente, interés público, daños de consideración, etc.), siempre habrá casos típicos de inclusión, frente a los cuales nadie con sentido común vacilaría en aplicar la locución o el concepto de marras, y otros eventos claros de exclusión, ante los cuales nadie dudaría en no aplicarla. A resultas de lo cual la cuestión se presenta en el medio, en esa zona más o menos extendida donde quedan los casos dudosos, o sea, aquellos que hacen mayoría:

“entre el área de los casos claros y la de los inequívocamente excluidos se extiende una imprecisa zona de fronteras, no susceptible de deslinde, como no sea por una decisión arbitraria”⁸.

Lo que nos hace recordar que cada concepto tiene un aspecto cualitativo, que se llama comprensión, y otro aspecto cuantitativo, que se denomina extensión. La comprensión o connotación es el conjunto de características o propiedades que lo definen. En tanto que la extensión o denotación son los entes u objetos que el concepto alcanza y engloba⁹.

Siendo, lógicamente, ambos aspectos inversamente proporcionales (a menor comprensión, mayor extensión y viceversa), es fácil darse cuenta que si se aumenta el número de propiedades características o notas de un concepto (connotación o comprensión), se encontrarán menos sujetos u objetos a quienes aplicar el concepto (denotación o extensión). Y que, en razón inversa, si un concepto se extiende a más es porque posee menos notas características¹⁰.

3. He ahí, entonces, el campo meramente potestativo con que contaría la autoridad administrativa, receptora de competencias indeterminadas de esta clase y supuestamente circunscrita en su actuación por ese legislador. Pues si el legislador no connota, es la autoridad administrativa quien libremente denota. Significando ello que el flexible concepto de que se trate, se expande o retrae según el parecer del órgano administrativo de

públicas; los realizados en el ejercicio de una profesión u oficio y cuyo conocimiento tenga interés público real; los que se traduzcan en la comisión de delitos o participación culpable en los mismos; los que consistieren en actividades a las cuales se haya tenido libre acceso por el público, y otros que la norma enumera (artículo 30).

⁸ Genaro R. CARRIÓ, *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, p. 33.

⁹ Siguiendo con nuestro ejemplo, el concepto “hombre” tiene propiedades o contenidos esenciales que lo connotan (como animal-racional-mortal) además de otras accidentales (joven-viejo; alto-bajo, etc.). Dicho concepto denota o se extiende a todas las personas (hombre americano, hombre europeo, hombre asiático, etc.) en tanto calificables como hombres.

¹⁰ Juan Carlos OSSANDÓN VALDÉS, *Aprendiendo a pensar*, pp. 15-19.

aplicación, con la correlativa contracción o incremento del campo de acción legítima dejada a los privados, según veremos a continuación.

Situación que se torna aun más riesgosa cuando a veces se malcree que –como en el sacramental derecho romano arcaico– el solo pronunciamiento de estas dúctiles fórmulas, por su propia virtud intrínseca, ahorrarían la necesidad de justificar mayormente las decisiones administrativas tomadas a su amparo, haciéndolas inmune a toda revisión contralora o judicial.

Competencias genéricas y atribuciones difusas

1. De partida, convenir que han sido –y son– muchas las leyes que confieren poderes genéricos e ilimitados a órganos de la Administración, carentes de pautas estrictas u objetivas y que les permiten hacer lo que estimen conveniente en las circunstancias que ellos mismos consideren apropiadas.

¿Son, por ello, todas esas leyes idénticamente cuestionables?

Creemos que un primer distingo aquí se impone, consustancial a cualquier régimen que se base en el principio *pro cives*, en cuya virtud para la utilidad de las personas es que existe el Derecho (Modestino)¹¹. Pues si se quiere asegurar a los particulares las condiciones necesarias para su mayor desarrollo, y no imponerles otras cortapisas que las estrictamente necesarias para la acción legítima del Estado, acaso tales potestades amplias podrían tener eficacia *in bonus*, es decir, cuando se otorgan con miras a beneficiar directamente intereses generales o a favorecer el disfrute legítimo de derechos fundamentales¹². Resultando –en cambio– cuestionables *in pejus*, esto es cuando se prestan para abusos o amenazan perjudicar el ejercicio válido de esos derechos esenciales.

Dado que el Estado “está al servicio de la persona humana”, promoviendo el bien común “con pleno respeto a los derechos y garantías que

¹¹ Una aplicación del mismo en STC Rol 2793, considerando 20°. Afín, asimismo, al principio pro-persona: *odia restringi et favores convenit ampliari*.

¹² Un ejemplo es la Ley 16.282 que, en caso de “sismos y catástrofes”, permite al Estado atender a los “damnificados”, entendiéndose por tales a quienes hayan sufrido “daños de consideración” en su persona o en sus bienes. Consecuentemente, la cuantía, calidad y condiciones de la ayuda dependerán de los recursos extraordinarios disponibles y de la prudencia de la autoridad.

Otro caso se encuentra en la Ley 20.500, que define las organizaciones de “interés público” como aquellas personas jurídicas sin fines de lucro cuya finalidad es “la promoción del interés social, en materia de derechos ciudadanos, asistencia social, educación, salud, medio ambiente, o cualquiera otra de bien común” (art. 15), a los efectos de recibir subvenciones o subsidios del Estado.

esta Constitución establece” (art. 1° inc. 4°), por ende, igual que todo aquel cuya función es procurar un provecho ajeno, habrá de contar con poderes muy claros y explícitos –superiores a los de administración ordinaria– cada vez que sus decisiones puedan revertir contra los beneficiarios, a quienes precisamente debe servir¹³.

2. El tema es que no son pocas las normas constitucionales y legales que prodigan estas vastas potestades administrativas y que, muchas veces, menos que servir de límite al poder o como garantía normativa a los derechos involucrados, parecen cernirse sobre ellos cual permanente amenaza: al emplear vocablos elásticos o conceptos indeterminados como condición de ejercicio (el “porqué” puede emplearse tal poder), así como al dispensar un ilimitado abanico de decisiones administrativas susceptibles de adoptar en su contra (el “qué” determinación puede discrecionalmente el órgano tomar), dejan hacer a la autoridad prácticamente lo que guste.

Además de que en esos casos de indeterminación el legislador no esté asignando competencias “expresas” a la autoridad, como manda la Constitución (art. 7°), resulta todavía más cuestionable la situación de indefensión que podría acarrear para el afectado por su ejercicio, al embarazar el control de juridicidad de los actos de esa autoridad, que implica hacerse cargo en plenitud de su adecuación a derecho. ¿Con cargo a qué criterio objetivo podrían resolver los jueces los reclamos contra la aplicación administrativa de estas leyes, en circunstancias que –se dice– su tarea ha de ajustarse a dichas normas sin sustituirse en las estimaciones que haga la autoridad?

Atendido el carácter subjetivo de la apreciación a que darían lugar tales enunciados abiertos o aplicaciones discrecionales, y –enseña la cátedra– comoquiera que cuanto menos precisa es la ley, tanto más convenientemente crece el margen de interpretación “plausible” concedido a la Administración, entonces a los jueces no les quedaría más remedio que declarar –salvo casos muy groseros– que el acto administrativo reclamado ante ellos se inscribe dentro de ese amplio campo de lo “legal”.

¹³ Por eso, según el art. 19 N° 26 de la Constitución las garantías que ésta establece sólo pueden ser objeto de preceptos legales que las limiten o restrinjan “en los casos que ella lo autoriza”. Es decir, en los casos que la Carta indica y el legislador connota (fijando “condiciones y requisitos” de aplicación), ya que sólo por excepción –en esos casos taxativamente autorizados– el ejercicio de la soberanía puede afectar los derechos esenciales (art. 5° inc. 2° CPR).

De donde deriva que los fundamentos de hecho y de derecho deberán siempre expresarse en aquellos actos administrativos que afectaren el legítimo ejercicio de los derechos de los particulares, sea que los limiten, restrinjan o perturben (art. 11 inc. 2° de la Ley 19.880 sobre procedimientos administrativos). V. nuestro “La motivación de los actos administrativos en el derecho chileno”, pp. 518-519.

¿Acaso ir más allá no expondría al juez por intervenir en una mera discrepancia de “percepciones”?

3. Aunque tampoco son escasas las ocasiones en que los tribunales se han sentido capaces de sostener que una decisión se adoptó *ultra vires*, desoyendo el alegato de la autoridad administrativa de haber actuado de manera legalmente irrefutable.

Como un ejemplo de cátedra citase aquel caso en que un decreto pretendía dejar sin efecto anticipadamente cierto convenio administrativo invocando el “interés general”. La Corte de Santiago (1994), después de estimar que los hechos aducidos por la autoridad carecían de fuerza suficiente para configurar esa causal de “interés general”, sentó la correcta doctrina:

“Que las cláusulas abiertas que incluye el legislador mediante fórmulas elásticas más o menos vagas –interés general, utilidad pública, bienestar general, salud pública– otorgan al administrador un flexible arbitrio interpretativo, pero en todas las situaciones, las causales que determinan la creación del acto deben ser razonables y acreditadas si el asunto se ventila en sede jurisdiccional” (considerando 7°)¹⁴.

4. Mas, la prosaica realidad también nos dice que muchas de estas leyes potencialmente peligrosas se revelan funcionales a los dictados de la autoridad, dado que la sola traslación de uno de estos maleables conceptos –desde la norma general al acto administrativo– en la práctica ahorra toda justificación, pues casi cualquier hecho que se invoque podría eventualmente caber dentro de su elástica formulación.

En este sentido, nos fue dado censurar –otro ejemplo– la Ley 20.800 (art. 6°), que permite la intervención administrativa de cualquier universidad por circunstancias que impliquen un “riesgo serio de no garantizar la viabilidad administrativa o financiera de la institución” o por incumplimientos graves “de los compromisos académicos asumidos por la institución con sus estudiantes”¹⁵.

Independientemente del uso equilibrado que pueda darle la autoridad, la invocación de ciertas “irregularidades” cometidas por una universidad, ¿podrían ser desafiadas por ésta como insuficientes en sede judicial?

Por descontado que la respuesta a esta interrogante exige aceptar que el derecho a reclamo no puede ser meramente nominal, y que los justiciables han de contar con legítimas posibilidades de éxito si acuden a la vía jurisdiccional.

¹⁴ SCAA de Santiago (1994) Rol 3029-93, redacción del abogado integrante Mario VERDUGO M. SCS (1994) Rol 22.607, en *Gaceta Jurídica*, N° 166 p. 165-167.

¹⁵ STC Rol 2732-14, voto de minoría.

Justicia administrativa y recurso de inaplicabilidad

1. El caso es que la preocupación por este problema tiene su historia en Chile. Tiene que ver con los artículos 86 y 87 de la Carta de 1925, o sea con el control de constitucionalidad de las leyes y con el control de juridicidad de los actos administrativos.

1.1) El primero (artículo 86) introdujo el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en manos de la Corte Suprema. Una explicación perceptiva nos dice que ello se produjo ante el temor que despertó el posible abuso del legislador, ya que dicha Carta le permitió por primera vez establecer limitaciones al dominio, por conceptos tan amplios como “el mantenimiento y el progreso del orden social”, e imponerle obligaciones por un motivo tan extenso como son “los intereses generales el Estado” (art. 10 N° 10)¹⁶. A un tiempo que el texto constitucional permitía expropiar por razón de “utilidad pública” calificada por la ley¹⁷.

Recordemos además que por aquellos años ya asomaba el llamado “Estado Moderno”, con su mayor injerencia en la economía, y que en esa Carta de 1925 la libertad de industria también se reconocía a los particulares, pero con una delimitación análogamente ancha: “a menos que se oponga a las buenas costumbres, a la seguridad o a la salubridad pública, o que lo exija el interés nacional y una ley lo declare así” (art. 10 N° 14)¹⁸.

1.2) El segundo precepto (artículo 87) anunciaba la creación de unos futuros Tribunales Administrativos donde impugnar los actos o disposiciones “arbitrarias” de las autoridades políticas o administrativas. No insistiremos en el originario error de entender recreado en Chile, por eso, el modelo contencioso administrativo francés, en circunstancias que

¹⁶ Raúl BERTELSEN R., *El derecho de propiedad en la Constitución de 1925*, introducción a la obra de Enrique BRAHM “Propiedad sin libertad: Chile 1925-1973” pp. 56-57. Tesis asumida (2014) por Elizabeth LIRA-BRIAN LOVEMAN en *Poder Judicial y conflictos políticos (Chile: 1925-1958)* N° 16.

¹⁷ Aunque por esa época sólo era impugnabile ante tribunales el monto de la indemnización, hubo casos en que se objetó –infructuosamente– la validez del acto expropiatorio y la constitucionalidad de la ley aplicada, por no cuadrar con aquella “utilidad pública”, como pasó con la Ley 7.200 (art. 19) en inaplicabilidad Corte Suprema 10.6.1949 “Compañía de Cervecerías Unidas”, pp. 518-525.

La posibilidad de reclamar en sede judicial la nulidad del acto administrativo expropiatorio, entre otras objeciones por “la no concurrencia de la causa legal invocada en el acto expropiatorio” recién aparece en el Acta Constitucional N° 3 de 1976 (art. 1 N° 16), y la regula así el DL 2.186 de 1978 (art. 9 letra a).

¹⁸ Adolfo IBÁÑEZ SM., *Historia de Chile (1860-1973)*, pp. 225-264. También nuestro *Derecho Administrativo Económico*, pp. 13-30.

no cabía sino reconocer que la nulidad de derecho público de los actos administrativos era una materia propia del Poder Judicial¹⁹.

Sí es de vislumbrar el propósito insinuado por algunos redactores de la Constitución de 1925, en orden a que ni el Legislativo ni el Poder Ejecutivo quedaran sin control jurisdiccional²⁰. Conscientes de que “cada día se están aumentando las atribuciones del Estado”, percibieron nítidamente que “los particulares pueden sufrir perjuicios por algunas resoluciones arbitrarias de las autoridades administrativas o políticas”, de suerte que así se trató de protegerlos “contra los abusos de las autoridades administrativas que deban ejecutarse de acuerdo con las leyes”²¹.

1.3) Advertimos pues una íntima relación entre ambos preceptos debutantes en aquella Constitución de 1925 (artículos 86 y 87), al venir puestos en sugestiva sucesión: uno para hacer frente al “abuso” del legislador y el otro para oponerse al “arbitrio” del administrador. De donde se entrevé que estos dos dispositivos fueron concebidos –principalmente– para impedir la extensión inmoderada de aquellas expresiones globales empleadas por la Constitución para delimitar, restringir o imponer prohibiciones a los señalados derechos esenciales: la Corte Suprema controlando los actos del Legislador y los Tribunales Administrativos controlando las concreciones de la Administración²².

En el papel, por lo menos, ambas acciones compaginaban perfectamente: si el reclamo contra un acto administrativo (en virtud del artículo 87) daba origen a un “juicio que se siguiere ante otro tribunal” (en los términos exigidos por el artículo 86), la Corte Suprema podía declarar inaplicable por inconstitucional la ley en que se basaba aquel acto de la autoridad²³.

¹⁹ Eduardo SOTO KLOSS, “Lo contencioso administrativo y los tribunales ordinarios de justicia”, p. 233-250.

²⁰ Criterio esbozado tempranamente por don Carlos FERNÁNDEZ PEÑA, en 1ª. Sesión de la Comisión Consultiva, *Actas Oficiales de las Sesiones celebradas por la Comisión y Subcomisiones encargadas del estudio del Proyecto de Nueva Constitución Política de la República* (1926).

²¹ *Actas Oficiales* citadas, pp. 368 y 518-520.

²² Respecto de las leyes que no se descuelgan de un precepto constitucional así de amplio, igualmente regía la exigencia del art. 4º CPR de 1925: sólo les es dable otorgar competencias “expresas” a la Administración. Requisito que mantiene la CPR de 1980 (ahora como art. 7º).

Sobre los indicadores que “expresan” la concesión de una competencia (quién-cómo-cuándo-por qué-para qué-qué decide), E. SOTO KLOSS, *Derecho Administrativo. Bases fundamentales*, pp. 54-55.

²³ Lo que daría pábulo para traer a Chile el artificio de la “inconstitucionalidad indirecta”: se entendía que si un decreto o resolución conceptuado como inconstitucional se había producido en ejecución de una ley, el vicio era imputable al legislador, materia

1.4) Todos sabemos que ambas salvaguardias fracasaron recién inauguradas, en el caso quizás más emblemático: el DL 520 de 1932, dictado durante el breve gobierno socialista de Carlos Dávila, que de un simple mecanismo de control de precios (limitación a la facultad de disposición inherente al dominio), derivó en un sistema global de regulación económica (restrictivo a la libertad de industria).

A cargo del Comisariato de Subsistencias y Precios (después llamado Dirección de Industria y Comercio), ese decreto ley le encomendaba funciones tan abultadas como asegurar a la población “las más convenientes condiciones económicas de vida” (art. 2°), a cuyos efectos le otorgó poderes para realizar “el control de la calidad y precio de los artículos de primera necesidad y de uso y consumo habitual”, considerando, además de los costos de producción, los “gastos inevitables y utilidades legítimas” (art. 3°).

La cuestión es que la Corte Suprema se negó a revisar la constitucionalidad de los decretos leyes, a pesar de conformar una normativa irregular no prevista por la Carta Fundamental, por entender que ello no cabía dentro de sus competencias al conocer de un recurso de inaplicabilidad²⁴. La Contraloría General –a su turno– decía que no tenía facultades para cuestionar la ponderación de las circunstancias que podían enmarcarse dentro de esas anchas causales legales, por corresponder ello al propio Comisariato²⁵. Y si algún reclamo de ilegalidad se intentó contra sus actos administrativos, el Poder Judicial se restó aduciendo que no podía quebrantar el principio de separación de poderes, por carecer de jurisdicción en materias contencioso administrativas²⁶.

2. Aunque no sólo en el campo económico se hizo uso y abuso de estas nociones confusas²⁷. Otros conceptos genéricos y expresiones inde-

que correspondía a la Corte Suprema a través del recurso de inaplicabilidad, y no a los órganos de control de validez de los actos de la Administración. Nuestra crítica a esta postura, en “La Constitución en riesgo”, pp. 57-72.

²⁴ Alejandro SILVA B., *Tratado de derecho constitucional*, pp. 440-441.

²⁵ A título meramente ejemplificativo en este sentido, v. Dictamen 70.768 de 1972.

²⁶ Véase el emblemático caso “Montero con Comisariato Departamental de La Serena”, SCS 14.10.1947, en *RDJ* tomo 45 (1947) 2.1, p. 248-250.

²⁷ Chaïm PERELMAN, “El uso y abuso de las nociones confusas”, pp. 11-23. Recordemos que, según algunos, la “noción” (con que se opera en el campo del derecho) es una idea vaga e imprecisa sobre algún aspecto de la realidad, que se diferencia del “concepto” (usado en las ciencias exactas), en cuanto éste supone la existencia de ciertas definiciones concretas e invariables, que describen claramente las características del respectivo objeto: Juan Abelardo HERNÁNDEZ FRANCO, *La mente jurídica. El razonamiento jurídico y sus formas de expresión argumentativa*, pp. 58-70.

terminadas, puestos como requisito para ejercer potestades administrativas, tuvieron incidencia en la adopción de sendas decisiones políticas, que asimismo quedaron fuera de todo control jurídico.

2.1) En efecto, la Carta de 1925 contemplaba la posibilidad de adoptar una serie de medidas restrictivas de derechos durante los periodos extraordinarios que por “la necesidad imperiosa de la defensa del Estado” podía autorizar la ley (art. 44 N° 13), así como durante los estados de sitio que se podía disponer por decreto si el Congreso se encontraba en receso para el evento de verificarse una “conmoción interior” (art. 72 N° 17).

Paralelamente, la Ley 7.200 de 1942 (art. 23) y después la Ley 12.927 de 1958, sobre Seguridad del Estado (art. 31) permitieron al Presidente de la República decretar por sí y ante sí -sin anuencia alguna del Congreso- zonas de emergencia, a través de las cuales se permitía asimismo coartar derechos fundamentales, entre otras causales por haberse configurado una “calamidad pública”²⁸.

2.2) Así operaba la cadena Constitución-ley-acto administrativo: la Carta permitía establecer estos estados de excepción por esas razones genéricas e indeterminadas. Luego venía la ley que, sin siquiera connotar o dar por establecidas dichas causales, a veces reproduciendo las mismas palabras sacramentales de la Constitución (“Por exigirlo la necesidad imperiosa de la defensa del Estado...”), enseguida facultaba detener y trasladar personas o suspender y restringir otros derechos fundamentales. Finalmente, el decreto de ejecución que concretaba tal o cual medida lesiva, respecto de una persona determinada, volvía a calcar idéntico motivo a modo de justificación²⁹.

2.3) ¿Inconstitucionalidad de esas leyes? A propósito de un recurso de amparo que se encontraba pendiente, en una ocasión se dedujo recurso de inaplicabilidad contra la Ley 8.940, que confería al Ejecutivo facultades extraordinarias por “conmoción interior”. La Corte Suprema, por sentencia de 1.4.1948 se marginó de una vez y para siempre diciendo así:

“no procede entrar a considerar si esa ley ha tenido o no por objeto atender a los fines que han debido inspirarla, y que son los únicos en que puede dictarse una ley restrictiva de la libertad personal, a lo que se agrega que

²⁸ Causal introducida por la Ley 13.959 de 1960, a raíz del terremoto ocurrido aquel año (hechos de la naturaleza), pero que no obstante fue utilizada para justificar decretos que aludían a conflictos laborales y gremiales o, incluso, a atentados terroristas (hechos del hombre).

²⁹ Carlos ANDRADE GEYWITZ, *Elementos de derecho constitucional chileno*, pp. 264-288 (en p. 266 la cita hecha a la ley “5.613”, debe entenderse efectuada a la ley “5.163”).

la necesidad o conveniencia de dictar semejante ley para cumplir los propósitos de la Constitución, es facultad privativa del Poder Legislativo”³⁰.

Y el mismo recurso de amparo estatuido en la Carta de 1925 (art. 16), aun siendo el remedio procesal de mayor alcurnia que el derecho público chileno podía concebir para la protección jurisdiccional de la libertad personal, en la práctica se reveló completamente inútil para hacer frente a las detenciones y traslados ordenados por el Presidente de la República durante tales estados de excepción: se rechazaron sistemáticamente todos los amparos con que se pretendía poner atajo a algunos actos represivos del gobierno, por considerar nuestros tribunales que no podían calificar las circunstancias que justificaban tales medidas³¹.

2.4) No sólo los tribunales desecharon inaplicabilidades y amparos. También se excluyó la Contraloría General de la República, al no objetar aquellos decretos supremos que declaraban algún estado de excepción constitucional³².

Se recuerda que, a raíz de una consulta formulada por la Asociación de Abogados de Santiago, en Dictamen 58.643 de 1973, Contraloría entendió que la configuración de un estado de “calamidad pública” (que podía gatillar un estado de emergencia directamente por el Ejecutivo) o de “conmoción interior” (que podía dar lugar a un estado de sitio por el Congreso Nacional) importaban una cuestión sobre apreciación de los hechos, por parte del Presidente de la República, cuya calificación correspondía exclusivamente a él, de donde extrajo que a ella no le competía analizar ni ponderar el criterio que inspiró la decisión del Jefe de Estado³³.

2.5) Todo lo cual se inscribe dentro de un contexto evanescente más amplio, en que, desde comienzos del siglo 20, la ley va perdiendo paulatinamente el carácter de norma sistemática y lógica, que reposa en

³⁰ Sentencia de 1.4.1948 (cons. 8°) en Gaceta de los Tribunales (1948 Primer Semestre) pp. 230-233.

³¹ Elena CAFFARENA, *El recurso de amparo frente a los regímenes de emergencia*, p. 221.

³² Gustavo FIAMMA OLIVARES, “¿Apreciación de los hechos o interpretación del derecho?”, pp. 191-202.

³³ Para la consolidación de este punto de vista, en esta y otras materias: Dictámenes 30.692 de 1952; 17.785 y 43.315 de 1971; 13.481 de 1973; 40.756 de 1976; 23.377 de 1985; 5.830 de 1992, 9.269 de 1994, 25.403 de 1995, etc.

Un matiz, en Dictamen 27.756 de 2005: los “cambios de consideración” constituyen un *término jurídico indeterminado* que debe determinar la autoridad competente a efectos de fijar la normativa ambiental aplicable a un caso. Pero ello no obsta a la Contraloría pronunciarse acerca de la juridicidad de su aplicación: si los criterios fijados por la autoridad para determinar cuándo ocurre esa circunstancia son concordantes, o no, con la normativa imperante. Y si la aplicación de los referidos criterios a cada situación particular ha sido razonada y debidamente fundada, o no.

una larga meditación parlamentaria y que es escrita de manera concisa y accesible al público en general. La precisión, univocidad, coherencia y completitud que se predicaban como perfiles de la ley, ceden frente a la dinámica de los asuntos contingentes que ahora pretende abordar. Dando origen a ese torrente incontenible de normas que Carl Schmitt bautizó como “legislación motorizada”, cuya incoherencia y precariedad van de la mano con la babélica redacción de tales leyes³⁴.

Problemática que la doctrina germana denunciaría después con el nombre de “leyes medida” (*Massnahmegesetze*), para identificar la proliferación de normas en donde la generalidad y abstracción de las clásicas leyes formales (*Rechtsgesetze*) se ven suplantadas por la particularidad y la concreción. O la “contaminación legislativa” de que hablan en el mundo anglosajón (*legal pollution*), para describir el actual aluvión normativo y en continua modificación, pero en grado no menor de complejidad y equivoicidad del lenguaje en el que son expresadas las disposiciones legales. Cuya secuela es que ya no son sólo los ciudadanos, sino que incluso los mismos legisladores, a más de jueces, abogados y funcionarios, los que se ven enfrentados a graves dificultades a la hora de conocer y aplicar el Derecho³⁵.

Y lo propio también se diagnosticó tempranamente en Chile, en cuanto a que desde los años 30 del siglo pasado, el orden administrativo comenzó a atiborrarse de leyes dictadas sin orden ni concierto, con escasa técnica legislativa, en la premura de atender apremiantes necesidades públicas³⁶. Y, por consiguiente, abiertas a las más elásticas interpretaciones administrativas, poniendo así en entredicho la idea de una nación regida por la ley y no por la voluntad o discreción de quienes detentan el poder de turno³⁷.

El que muchas de estas leyes no respondieran más que al afán de superar una coyuntura, cuando no de buscar soluciones a hechos específicos (*ad hoc*) o para abarcar sólo a determinadas personas (*ad hominem*), con vocación de permanencia calculable en cero, desmienten que tal indeterminación de esos conceptos, usados en las normas, constituya una exigencia al tratar de regular situaciones futuras e imprevisibles, que no cabría sino describir en forma así de moldeable.

2.6) Sabemos que parte de la doctrina comparada enseña que estas espaciales condiciones de aplicación o conceptos indeterminados poseen

³⁴ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbordadas*, p. 110.

³⁵ Antonio E. PÉREZ LUÑO, *El desbordamiento de las fuentes del Derecho*, pp. 74-79.

³⁶ Eduardo NOVOA MONREAL, “La crisis del sistema legal chileno”, pp. 227-243. Jorge TAPIA VALDÉS, *La técnica legislativa*, pp. 46-49. Bernardino BRAVO LIRA, “Seguridad jurídica y legalidad”, pp. 69-90.

³⁷ Nicolás ENTEICHE ROSALES, “Normas ‘circunstanciales’”, pp. 217-235.

una clara finalidad delimitadora para la acción del Estado³⁸. Aunque somos igualmente conscientes de que en la realidad ellos son propensos a la manipulación y se suelen barajar como implementos cuya sola invocación –cual franquicia– sirve para justificar cualquier decisión administrativa, eludiendo mayores fundamentaciones y haciéndola inasequible a toda revisión externa, contralora o judicial.

O sea, que gran parte de las veces han servido para legitimar a priori la hegemonía administrativa sobre el ejercicio de los derechos esenciales. Y esto, porque en tales casos la ley no ha oficiado como garantía normativa, al extender las posibilidades de afectación arbitraria de esos derechos, a un tiempo de reducirles la debida garantía jurisdiccional que asegure una tutela judicial efectiva a quienes resulten afectados.

Jurisprudencia constitucional

1. Si es que hemos de mencionar aquellos casos en que la presencia de estas cláusulas equívocas no ha inhibido a los órganos de control, cabría citar la célebre sentencia de 8 de noviembre 1973, donde la Corte Suprema declaró inaplicable una ley expropiatoria por no ajustarse a la Constitución, que, a la sazón, autorizaba esta forma de privación del dominio sólo en casos de “utilidad pública o de interés social” (art. 10 N° 10 inc. 7° CPR 1925):

“Aunque la ley declare o manifieste la existencia de cualquiera de estos motivos, si de su contexto aparece que no existe ni utilidad pública ni interés social, vulnera o infringe el precepto a que se ha hecho referencia, y cae bajo la fiscalización del recurso de inaplicabilidad”,

dijo en esa oportunidad la Suprema Corte.

Añadiendo que

“La Constitución no ha exigido de la ley la mera afirmación de la existencia de aquellos requisitos, sino el cumplimiento estricto de ellos y su formal declaración”,

y que

“no basta la aseveración de que existe interés social o utilidad pública, para que este requisito de la expropiación adquiera vida y consistencia

³⁸ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Democracia, jueces y control de la Administración*, pp. 146-154.

si la causa de ella no es otra que el beneficio exclusivo de una persona determinada”³⁹.

2. El Tribunal Constitucional de Chile, por su parte, ejerciendo el control preventivo de constitucionalidad sobre los proyectos de ley que le confía la propia Carta Fundamental, en varias oportunidades se ha pronunciado acerca de la invalidez que representan aquellas normas en cuya vastedad se incubaba el despotismo o la iniquidad.

Un anticipo se encuentra en sentencia Rol N° 43-1987, al revisar la Ley Orgánica Constitucional de Partidos Políticos, que los sancionaba cuando

“no propendan a la defensa de la soberanía, independencia y unidad de la nación o no contribuyan a preservar la seguridad nacional, los valores esenciales de la tradición chilena y la paz social”.

Objetó allí dicho Tribunal que

“los conceptos señalados precedentemente son esenciales, pero para sancionar las conductas que los infrinjan debe la ley describirlas expresamente”,

según manda el principio constitucional de tipicidad (considerando 60°).

3. Igual aconteció con su sentencia Rol N° 176-1993, recaída en una modificación que se pretendía introducir a la Ley General de Telecomunicaciones, y que facultaba a la Subsecretaría del ramo para suspender el funcionamiento de un servicio por “razones de conveniencia o utilidad pública” (considerando 17°).

La que fue declarada contraria al artículo 19 N° 12 constitucional, al amagar la libertad allí asegurada de emitir opinión y la de informar, ya que el proyecto de ley examinado en dicha ocasión venía confiriendo una facultad al subsecretario “para decretarla discrecionalmente” por unas causales “que él mismo determina” (considerando 20°).

³⁹ *Fallos del Mes* N° 187 (1974) pp. 84-88. El art. 3° de la ley 17.151, declarado inaplicable, autorizaba a la Corporación de Mejoramiento Urbano para expropiar un inmueble específico “para lo cual se declara que existe utilidad pública” (inc. 1°). Enseguida, le ordenaba traspasar dicho inmueble, por el valor de la expropiación, a una persona determinada (inc. 3°).

Tal fallo desmiente que, al ser “calificada por el legislador”, la valoración de la causal de “utilidad pública” corresponda exclusiva y soberanamente al Poder Legislativo, lo que impediría su revisión a través de un recurso de inaplicabilidad, como postulaba por esos años Enrique EVANS DE LA CUADRA, *Estatuto Constitucional del derecho de propiedad en Chile*, p. 408.

4. En sentencia Rol N° 286-1999 censuró un proyecto de ley donde se sancionaba la obstrucción a las investigaciones practicadas por la Fiscalía Nacional Económica, después de apremio con arresto, con penas de presidio a aquel que “continuare entorpeciendo la investigación o se rehusare a proporcionar antecedentes que conozca o que obren en su poder” (considerando 4°).

El que se estimó contrario al artículo 19 N° 3 inciso final de la Constitución, porque

“la vaguedad e imprecisión con que se encuentra redactado el precepto no se compadece en forma alguna con el principio de certeza jurídica que inspiró al constituyente al disponer la exigencia de tipificar las figuras delictivas y, por el contrario, abre un peligroso espacio al subjetivismo para el intérprete de la norma” (considerando 6°)⁴⁰.

5. Más clara, todavía, fue la sentencia Rol N° 389-2003, que objetó un proyecto de ley que le concedía a la Unidad de Análisis Financiero la competencia para requerir de cualquier persona “los antecedentes que estime necesarios” a fin de poder investigar los ilícitos económicos que caen dentro de su órbita fiscalizadora (considerando 9°).

Y que fue declarada inconstitucional, porque

“dicha habilitación se confiere sin trazar en la ley las pautas o parámetros, objetivos y controlables, que garanticen que el órgano administrativo pertinente se ha circunscrito a ellos, asumiendo la responsabilidad consecuente cuando los ha transgredido” (considerando 25°).

Agregó el Tribunal Constitucional en este veredicto que

“la disposición en examen merece ser calificada como discrecional, es decir, abierta, por la indeterminación que contiene, con respecto a las decisiones que el Director del órgano pertinente juzgue necesario llevar a la práctica” (considerando 26°),

circunstancia que reviste gravedad singular si se advierte que los derechos de las personas a la vida privada y a la reserva de sus comunicaciones quedan en potencial “situación de ser afectados”, sin que la iniciativa contemplara “los resguardos heterónomos indispensables, sobre todo de

⁴⁰ Si bien la imposición de la sanción se entregaba al competente juez del crimen, el proceso sólo podía abrirse a requerimiento del Fiscal Nacional Económico, previa autorización de la Comisión Resolutiva creada por el DL 211 de 1973.

naturaleza judicial, que eviten o rectifiquen tal eventualidad” (considerando 27°).

6. En sentencia Rol N° 433-2005 repitió esta doctrina, a propósito de una norma que permitía al Ministerio Público requerir a los bancos e instituciones financieras la entrega de cualquier antecedente sobre personas “que sean objeto de investigación” (considerando 12°). Objetando, nuevamente, que “dicha habilitación se concede sin trazar en la ley las pautas objetivas y sujetas a control que aseguren que dicho órgano estatal se ha sometido a ellas” (considerando 30°) y

“no contemplándose en el precepto los controles heterónomos indispensables de carácter jurisdiccional para que, ante una norma de carácter tan genérico como la que se analiza, los derechos del afectado sean debidamente respetados por el órgano investigador” (considerando 31°).

Constata el fallo que se trata de una facultad de

“carácter discrecional por la indeterminación que conlleva en relación con las diligencias que el Ministerio Público juzgue necesarias llevar a la práctica”,

lo que deja los derechos a la vida personal y a la reserva de las comunicaciones privadas “en situación de ser afectados en su esencia”, tornando inconstitucional la norma que confería dicha potestad (considerando 34°).

7. Hay otros dos casos, dignos de mención. En la sentencia Rol N° 2299-2012, el Tribunal Constitucional se pronunció sobre una ley que impedía construir en un terreno, que quedó enclavado dentro de una zona típica declarada como tal después de su adquisición, si las obras proyectadas no se avienen con el “estilo arquitectónico general” a juicio del Consejo de Monumentos Nacionales (art. 30 de la Ley 17.288).

La otra es la sentencia Rol N° 2684-2014, respecto a la improcedencia de que una industria legalmente instalada fuera erradicada por el alcalde local, por haber quedado a posteriori dentro de una zona residencial y por causar inespecíficas “molestias” al vecindario, según permite la dilatada Ley de Urbanismo y Construcciones (art. 62 inc. 2°)⁴¹.

⁴¹ Sobre limitaciones o restricciones a derechos y la improcedencia de que la ley acuda a disposiciones abiertas o enunciados globales, sin precisar los parámetros objetivos y controlables que hacen procedente su imposición: STC Rol 198-1994, considerando 10°, STC Rol 226-1995 considerando 47°, STC Rol 280-1998, considerando 29°, STC Rol 370-2003, considerando 31°, STC Rol 389-2003 considerando 25°, y STC Rol 433-2005, considerandos 30°, 31° y 34°.

Potestades administrativas expresas y salvaguarda jurisdiccional efectiva

El buen sentido jurídico y el derecho constitucional dicen que los órganos del Estado sólo pueden hacer lo que les permite “expresamente” la ley. Acorde con el léxico, entonces, las competencias o poderes del Estado deben venir legalmente dados de un modo claro, patente o especificado.

1. La premisa normativa que valida una actuación estatal ha de ser pues una ley “expresa”, regla general y abstracta que –por de pronto– debe asumir la forma de un enunciado condicional compuesto por dos proposiciones: un antecedente, donde se describe el supuesto genérico o las circunstancias fácticas que permiten su aplicación (ser “exonerado político” o haber hecho “uso de información privilegiada”), seguido de un consecuente, donde se establece el efecto jurídico atribuido en caso de darse en la práctica lo anterior (la concesión de una “pensión” o la imposición de un castigo o “sanción”, oscilantes dentro de los respectivos márgenes legales).

El antecedente es el “porqué” puede ejercitarse la potestad. El consecuente es “qué” decisión puede adoptar la autoridad (si p , entonces q ⁴²).

2. Y la precisión en ese “porqué” puede ejercerse una potestad, en la ley y en el acto administrativo dictado en su virtud, resulta determinante cuando se tocan derechos o intereses legítimos, al punto de poder obstruir el control jurídico cuando esa condición se hace consistir en motivos genéricos o conceptos indeterminados, hasta llegar a consumir una situación de indefensión para el afectado.

La Constitución (art. 19 N° 11) dice que la libertad de enseñanza que poseen las universidades no puede contrariar “la moral, las buenas costumbres, el orden público y la seguridad nacional”. La Ley General de Educación repite a la letra –sin precisar nada más– que el Estado puede revocar el reconocimiento oficial de una universidad si realizare actividades contrarias a “la moral, al orden público, a las buenas costumbres y a la seguridad nacional” (art. 64 letra b)⁴³.

Y vuelta a la pregunta inicial: un acto administrativo de revocación, que por un hecho cualquiera apelara a uno de estos conceptos, sin duda sería potencialmente justificable (en teoría); pero ¿podría ser efectivamente justificado (en la práctica)?

⁴² Manuel ATIENZA, *Curso de argumentación jurídica*, pp. 171, 183, 301 ss.

⁴³ Sobre la necesidad de que el legislador aborde la concreción de este tipo de prohibiciones constitucionales genéricas, la forma en que pueden ser aplicadas y los mecanismos de intervención jurisdiccional que eviten la ilegalidad o el abuso, v. Enrique EVANS DE LA CUADRA, *Los derechos constitucionales*, tomo I p. 300 y tomo II pp. 351, 372-375 y 377.

3. Se suele acusar del problema a las limitaciones que a la hora de describir pautas generales presenta el lenguaje común, en que deben ser escritas las normas:

“Por el solo hecho de que al formular las normas jurídicas se debe recurrir al lenguaje natural como el castellano, las normas jurídicas adquieren toda la imprecisión del lenguaje ordinario. Por más que el legislador, por ejemplo, se esfuerce en definir las palabras que usa en sus normas, sólo puede atenuar la vaguedad de las mismas, pero no eliminarla del todo, pues en su definición debe usar palabras que invariablemente tienen cierto grado de vaguedad”.

Señalándose que

“por otra parte, las normas jurídicas más importantes son generales. Cuando se formula una norma general, se tienen en cuenta ciertas propiedades relevantes de las situaciones consideradas como objeto de la regulación. Pero como los legisladores no son omniscientes, obviamente no prevén todas las combinaciones posibles de propiedades que pueden presentar en el futuro distintos casos. De este modo, quedan casos sin regular y casos en los que se da una solución diferente de la que se le hubiera asignado de haberlos tenido presentes”⁴⁴.

4. En esta línea se inscribe la sentencia Rol N° 2541-2013, cuando el Tribunal Constitucional examinó preventivamente la Ley N° 20.750, sobre introducción de la televisión digital en Chile. Al revisar uno de sus preceptos –nuevo artículo 12 letra m) de la Ley que creó el Consejo Nacional de Televisión– se produjo discrepancia en torno a la facultad que se otorgaba a la autoridad para disponer obligatoriamente la transmisión televisiva de campañas “de utilidad o interés público”.

De una, la ley decía que se entenderá por campaña de “interés público” aquellas transmisiones diseñadas por el gobierno y que se debe transmitir “con el objeto de proteger a la población y difundir el respeto y promoción de los derechos de las personas”. De otra, no acotaba de manera alguna qué elementos componían una eventual campaña de “utilidad pública”.

El Tribunal, esta vez, fue menos estricto que en ocasiones anteriores, tratándose de leyes que imponen coacciones o cargas a las personas, y admitió la introducción de estas laxas nociones, por tratarse –dijo– de

⁴⁴ Carlos Santiago NINO, *Introducción al análisis del Derecho*, p. 45.

“conceptos jurídicos indeterminados, que buscan atrapar bajo ciertos estándares o fórmulas verbales, realidades variables” (considerando 50°)⁴⁵.

Eso sí, con cuatro votos disidentes, por la extrema elasticidad con que estas y otras normas aluden a este tipo de conceptos, o por ni siquiera intentar connotar otras nociones de igual vaguedad, dando pábulo para que en la práctica pueda abusarse de la nueva atribución gubernamental, en desmedro de la libertad de expresión⁴⁶.

Recuento final

1. La interrogante acerca de la suficiencia y transparencia de la ley sigue vigente, al observar textos donde los motivos que componen ese “porqué” puede la autoridad afectar derechos fundamentales se hacen consistir en conceptos vagos o jurídicamente irreconocibles, así como en expresiones cuyos límites se presentan extremadamente borrosos y difusos⁴⁷.

Nos hemos detenido aquí en esas leyes –potencialmente abusivas– donde se utiliza una terminología sin sustancia y coloidal, en que apenas se insinúa algo real o en las que ni siquiera se intenta darles alguna especificidad. Vale decir, cuando una norma constitucional o legal se vale de los llamados “conceptos indeterminados” con vistas a justificar una sanción o restricción de derechos por parte de la Administración.

2. Y llamamos la atención de que esta situación de intrínseco vacío, al envolver un consentimiento para que la Administración complete o integre la norma legal⁴⁸, puede dar pie a un abuso al momento de rematar la obra inconclusa del Legislador, con el consiguiente detrimento del derecho a una tutela judicial efectiva.

Hemos hablado pues de aquellas leyes resolutas que pueden propiciar, y de hecho propician, la injusticia y la arbitrariedad.

⁴⁵ STC 1295-2009 ya había señalado que no le cabe revisar la “precisión y completitud” de una ley que impone cargas públicas, por constituir una cuestión de “mérito” legislativo, ajena a las competencias del Tribunal Constitucional.

⁴⁶ Retomó vigencia el tema –si cabía o no dentro del variable concepto de “utilidad pública”– cuando se impuso la cadena obligatoria de televisión para un espacio publicitario elaborado por el gobierno, incentivando el “proceso constituyente”: *El Mercurio* (Santiago) martes 12.4.2016 cuerpo C p. 2.

⁴⁷ Lo mismo que cuando el contenido de la decisión a adoptar por la autoridad –“qué” objeto puede tener– no aparece acotado por la ley de un modo preciso y determinado.

⁴⁸ Lo que algunos estimarán de suyo irregular, ya que en nuestro derecho patrio no cabe la delegación de potestades legislativas en la Administración, en materias relativas a las garantías constitucionales, por prohibición del art. 64 inc. 2° CPR.

3. Ciertamente, no existen áreas o zonas vedadas al control de juridicidad, desde que los tribunales pueden revisar la plena conformidad a derecho de cualquier acto de la autoridad⁴⁹. Acorde con el principio *bonum ex integra causa*⁵⁰, en el sentido de que todo acto estatal ha de ser conforme a derecho en su completa integridad, en todas sus circunstancias, requisitos y exigencias, la Ley 18.575, orgánica constitucional sobre bases generales de la Administración del Estado, luego de reiterar la sujeción que sus órganos deben al ordenamiento jurídico, salvaguarda que “*Todo abuso o exceso en el ejercicio de sus potestades dará lugar a las acciones y recursos correspondientes*” (art. 2, énfasis agregado).

El problema no está, pues, en la imposibilidad nominal de controlar la calificación jurídica de los hechos que justifican una decisión administrativa desfavorable a los derechos de las personas, sino en la dificultad real que significa realizar el mismo⁵¹. Tarea ímproba –hemos visto– cuando se trata de subsumir los hechos del caso individual en el supuesto genérico descrito por la premisa legal, debido a la indeterminación o vaguedad lingüística en que suele incurrir el legislador, al emplear estos conceptos difícilmente aprehensibles.

¿Serán capaces los jueces de atender un reclamo de ilegalidad que cuestione una calificación jurídica efectuada por la autoridad, en estas condiciones de plasticidad legal? El afectado, en sede judicial, ¿tiene una chance efectiva de éxito, si alega que los hechos del caso no configuran la “utilidad pública”, las “convenientes condiciones económicas de vida”, las “razones de conveniencia”, el “estilo arquitectónico general” o las “molestias al vecindario”, que la ley permite invocar para afectar su derecho fundamental?

4. El legislador no debe omitir redondear los conceptos de que se trata, con sus propiedades objetivas, comoquiera que la certeza jurídica se resiente gravemente si no se indica en qué casos contrastables pueden

⁴⁹ Eduardo SOTO KLOSS, *Derecho Administrativo. Temas fundamentales*, pp. 607-608.

⁵⁰ SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, 1-2, 19, 6 ad. 1.

⁵¹ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, ya desde 1974 en *La lucha contra las inmunidades del poder* rescataba uno de los mayores aportes de la ciencia jurídica alemana, al diferenciar la discrecionalidad (que admite varias soluciones posibles) de los conceptos jurídicos indeterminados (cuya calificación en una circunstancia concreta no puede ser más que una: o se da o no se da el concepto en ese evento dado), pp. 32-42.

Sobre la “discrecionalidad interpretativa” a que darían lugar los conceptos indeterminados, que por generar propuestas interpretativas lógicamente excluyentes sólo admiten una solución (no necesariamente correcta): Juan IGARTUA SALAVERRÍA, “Principio de legalidad, conceptos indeterminados y discrecionalidad administrativa”, pp. 535-554 [El que alguien diga que va a “Santiago”: ¿se refiere a Santiago de Compostela, Santiago de Chile o a Santiago de Cuba?].

ser afectados los derechos de las personas, al dejárselas abandonadas a la eventual arbitrariedad administrativa y en situación de virtual desamparo judicial.

Justamente para asegurar la consecución del bien común general con pleno respeto a los derechos y garantías que establece la Constitución (art. 1° inc. 4°), es que la ley debe fungir como garantía normativa, connotando precisamente los supuestos claros y conocidos que hacen procedente afectarlos. De modo que si en la práctica no se dan esas condiciones, pueda el perjudicado impugnar la ilegalidad del acto administrativo de restricción o sanción, en ejercicio de la garantía jurisdiccional que, a una tutela efectiva, debe serle reconocida.

Lo contrario es una ley apta para el abuso, pues al no acotar esas circunstancias justificantes y ceder su determinación al órgano administrativo de ejecución, en tanto susceptibles de ser ampliadas sin medida ni contención, ello estrecha las reales posibilidades de control que tienen los tribunales requeridos al efecto por las personas aquejadas. ¿Cómo sentenciar que un hecho o antecedente fáctico, invocado por la autoridad, no encaja dentro de aquel concepto cuyo alcance es definido por la misma autoridad?

Punto menos que imposible, si ese control se reduce a la mera legalidad y no se encamina a indagar la arbitrariedad.

5. Ya Aristóteles decía –empero– que

“Es sumamente importante que las leyes que estén bien establecidas determinen, hasta donde sea posible, por sí mismas todo, y que dejen cuanto menos mejor al arbitrio de los que juzgan”⁵².

Sí, “hasta donde sea posible”: si la consagración de estos conceptos indeterminados no obedece a la falta de prolijidad ni llevan por designio amagar innecesariamente derechos fundamentales, sino que son menester para comprender un conjunto de complejas situaciones imposibles de acotar a priori, acaso las leyes que los recogen no serían de suyo inconstitucionales⁵³.

⁵² ARISTÓTELES, *Retórica* 1354^a 32 [164].

⁵³ *Mutatis mutanda*, como pasa con los Estados de Excepción que proceden en casos de “conmoción interior”, “calamidad pública” o “grave daño para la seguridad de la Nación”, durante cuya vigencia cabe incluso suspender o restringir determinados derechos asegurados por la Constitución (arts. 39-45): si bien la ley orgánica que los regula (N° 18.415) no entra a precisar estos conceptos, la propia Carta contempla y refuerza –como contrapeso– la correspondiente garantía judicial.

El texto original de la Carta de 1980, a propósito de los recursos de amparo y protección durante tales estados de excepción decía que “los tribunales de justicia no

Si y solo si tales leyes compendiosas establecen a la par una robusta garantía jurisdiccional. Que considere especialmente la posibilidad de reclamar la no concurrencia de la causa legal invocada en el acto de restricción o sanción administrativa, con más la obligación procesal del órgano requerido de explicitar, conforme al principio de transparencia recogido en el artículo 8° de la Carta Fundamental, cuáles fueron las razones generales y objetivas, previamente determinadas en antecedentes comprobables, que llevaron a deslindar el concepto indeterminado de que se trate, de forma tal que los hechos materia del juicio puedan caber en él⁵⁴.

Y todo esto, naturalmente, bajo apercibimiento de operar una presunción judicial en su contra, si la autoridad no logra descartar toda sombra de abuso; de que no ha intentado una racionalización *post hoc* ni ha efectuado una postrera apreciación acomodaticia de aquel concepto indeterminado, con el designio de menoscabar arbitrariamente a los particulares.

Bibliografía

- ALVEAR TÉLLEZ, Julio, "El programa de Bachelet y el deterioro del Estado de Derecho. Derechos humanos, Estado Social y seguridad jurídica" en *Actualidad Jurídica*, Universidad del Desarrollo, N° 31, Santiago-Chile, 2015, pp. 16-17.
- ANDRADE GEYWITZ, Carlos, *Elementos de derecho constitucional chileno*, 2ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1971.
- ATIENZA, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Trotta, 2013.
- BERTELSEN, Raúl, *El derecho de propiedad en la Constitución de 1925*, Santiago, Universidad de Los Andes, 1999.
- BRAVO LIRA, Bernardino, "Seguridad jurídica y legalidad" en *Derecho y Seguridad Jurídica*, Colección Seminarios N° 6 Universidad de Chile, Santiago, 1983, pp. 69-90.

podrán, en caso alguno, entrar a calificar los fundamentos de hecho de las medidas que haya adoptado la autoridad en el ejercicio de sus facultades" (art. 41 N° 3 inc. 3°). Norma que fue atenuada con la reforma constitucional de 1989 (LRC N° 18.825), al sólo restringir que "los tribunales de justicia no podrán calificar los fundamentos ni las circunstancias de hecho invocadas por la autoridad para decretar los estados de excepción" (art. 45), dejando a salvo la plena procedencia de dichas acciones contra las medidas particulares de suspensión y restricción que agraven directamente a personas determinadas.

⁵⁴ Algo así como hace la Ley 19.886 sobre contratos administrativos, que a objeto de precisar la oferta "más ventajosa" prevé que ello debe acotarse por anticipado en las respectivas bases de licitación (art. 6°), además de la posibilidad de reclamar contra la ilegalidad o arbitrariedad de la adjudicación ante el tribunal especial que dicho cuerpo legislativo establece (art. 24).

- CAFFARENA, Elena, *El recurso de amparo frente a los regímenes de emergencia*, Santiago, Impresores San Francisco, 1957.
- CARRIÓ, Genaro R., *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, 4ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998.
- ENTEICHE ROSALES, Nicolás, “Normas ‘circunstanciales’”, en *Revista Actualidad Jurídica*, Universidad del Desarrollo, N° 25, Santiago, 2012, pp. 217-235.
- EVANS DE LA CUADRA, Enrique, *Los derechos constitucionales*, 3ª ed., Santiago Editorial Jurídica de Chile, 2004, tomo I y tomo II.
- EVANS DE LA CUADRA, Enrique, *Estatuto Constitucional del derecho de propiedad en Chile*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1967.
- FERNÁNDEZ PEÑA, Carlos, en 1ª Sesión de la Comisión Consultiva, *Actas Oficiales de las Sesiones celebradas por la Comisión y Subcomisiones encargadas del estudio del Proyecto de Nueva Constitución Política de la República*, Imprenta Universitaria, Santiago, 1926.
- FIAMMA OLIVARES, Gustavo, *¿Apreciación de los hechos o interpretación del derecho?* en Libro Homenaje “La Contraloría General de la República, 50 años de vida institucional (1927-1977)”, Santiago, Universidad de Chile, 1977, pp. 191-202.
- FUEYO LANERI, Fernando, *Interpretación y juez*, Universidad de Chile-Centro de Estudios Ratio Iuris, Santiago, 1976.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Democracia, jueces y control de la Administración*, 6ª ed., Madrid, Cívitas, 2009.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Madrid, Cívitas, 1999.
- HERNÁNDEZ FRANCO, Juan Abelardo, *La mente jurídica. El razonamiento jurídico y sus formas de expresión argumentativa*, México, Editorial Novum, 2014.
- IBÁÑEZ Adolfo, *Historia de Chile (1860-1973)*, Santiago, Centro de Estudios Bicentenario, 2013, tomo I.
- IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, “Principio de legalidad, conceptos indeterminados y discrecionalidad administrativa”, en *Revista Española de Derecho Administrativo Civitas*, N° 92, Madrid, 1996, pp. 535-554.
- MARTÍNEZ ZORRILLA, David, *Metodología jurídica y argumentación*, Madrid, Marcial Pons, 2010.
- NINO, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del Derecho*, Barcelona, Editorial Ariel-Planeta, 2013.
- NOVOA MONREAL, Eduardo, “La crisis del sistema legal chileno”, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, N° 62, Santiago-Chile, 1965, pp. 227-243.
- OSSANDÓN VALDÉS, Juan Carlos, *Aprendiendo a pensar*, 2ª ed., Santiago, Editorial Monasterio, 2011.
- PERELMAN, Chaïm, “El uso y abuso de las nociones confusas”, en *Revista de Derecho Público Universidad de Chile*, N° 31/32, Santiago, 1982, pp. 11-23.

- PÉREZ LUÑO, Antonio E., *El desbordamiento de las fuentes del Derecho*, Madrid, La Ley, 2011.
- SÁINZ MORENO, Fernando, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Madrid, Civitas, 1976.
- SILVA, Alejandro, *Tratado de derecho constitucional*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1963, tomo II.
- SOTO KLOSS, Eduardo, *Derecho Administrativo. Bases fundamentales*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1996.
- SOTO KLOSS, Eduardo "Lo contencioso administrativo y los tribunales ordinarios de justicia", en *Revista de Derecho Público*, Universidad de Chile, N° 21/22, Santiago, 1977, pp. 233-250.
- SOTO KLOSS, Eduardo, *Derecho Administrativo. Temas fundamentales*, 3ª ed., Santiago, Legal Publishing Chile, 2012.
- TAPIA VALDÉS, Jorge, *La técnica legislativa*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1960.

JURISPRUDENCIA

- SCA de Santiago (1994): Rol 3029-93, 31 de enero de 1994.
- SCS (1994): Rol 22.607-94, 10 marzo de 1994.
- STC (1994): Rol 198-94, 04 de octubre de 1994, considerando 10°.
- STC (1995): Rol 226-95, 02 de octubre de 1995, considerando 47°.
- STC (1998): Rol 280-98, 16 de septiembre de 1998, considerando 29°.
- STC (2003): Rol 370-03, 28 de febrero de 2003, considerando 31°.
- STC (2003): Rol 389-03, 09 de septiembre de 2003, considerando 25°.
- STC (2005): Rol 433-05, 07 de enero de 2005, considerando 30°, 31° y 34°.
- STC (2014): Rol 2732-14, 27 de octubre de 2014.

Estudios
sobre derechos fundamentales
e institucionalidad medioambiental

LOS DERECHOS SOCIALES Y LA LIBERTAD: UN ANÁLISIS PROBLEMÁTICO

SOCIAL AND ECONOMIC RIGHTS AND LIBERTY: A PROBLEMATIC ANALYSIS*

*Rodrigo Andrés Poyanco Bugueño***

*"Hemos decidido derribar, en un grado cada vez mayor,
las barreras que impiden que las personas desarrollen
sus facultades y alcancen lo que justamente merecen.
Estamos firmemente decididos a construir un estado social
que debe ser y será modelo de perfección
en todas las esferas de la vida...". Adolf Hitler¹.*

Resumen

En este artículo abordaremos las críticas que se formulan a la libertad política o clásica del derecho constitucional liberal y las contrastaremos con el concepto de "libertad fáctica o real", funcional a los derechos sociales, que asegura un mínimo de condiciones materiales de subsistencia. Estudiaremos hasta qué punto el juez constitucional puede intervenir de manera directa en estas cuestiones y cuáles son las consecuencias de minusvalorar los postulados del constitucionalismo clásico.

Palabras claves: derechos sociales; libertad positiva; derecho constitucional.

* Trabajo realizado en el marco de los estudios conducentes al grado de doctor en derecho por la Universidad de Santiago de Compostela, bajo la dirección del profesor Antonio Carlos Pereira Menaut.

** Profesor de la Universidad de Los Andes, Chile. Abogado y Licenciado en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Magíster en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Artículo recibido el 22 de junio de 2016 y aceptado para su publicación el 30 de agosto de 2016. Correo electrónico: rodrigopoyanco@gmail.com.

¹ Discurso a los trabajadores de la fábrica Rheinmetall-Borsig. Berlín, 10 de diciembre de 1940.

Abstract

In this article, we will address legal doctrine's criticism against the relationship between classical liberal constitutionalism, social justice, and positive liberty. We will try to determine to what extent a constitutional judge can intervene directly in these issues and what are the consequences of underestimating the assumptions of classic constitutionalism.

Keywords: positive rights; positive liberty; constitutional law.

1. Introducción

Una de las más poderosas y citadas justificaciones de la necesidad de justiciar los derechos sociales de forma directa por el juez constitucional reside en la idea de que las libertades negativas y la igualdad ante el derecho y el poder político –garantías típicas del constitucionalismo clásico o liberal, representado en la figura del estado de derecho²–, no resultan funcionales en la práctica si no existen, al mismo tiempo, un mínimo de precondiciones materiales que permitan a los ciudadanos una libertad “fáctica” o “real”, que les otorgue la posibilidad de ejercer aquellos derechos de forma adecuada.

El segundo supuesto de esta perspectiva, consecuencia del anterior, es que ese conjunto de precondiciones materiales debe ser satisfecho primariamente por el Estado o, cada vez más a menudo, a medida que se extiende la idea de efecto horizontal de los derechos sociales, por otros particulares en mejor situación material para otorgar esa ayuda³. En este trabajo nos limitaremos al primer supuesto.

Nuestro objetivo es, en primer término, cuestionar hasta qué punto puede utilizarse el derecho constitucional, a través de su aplicación directa por el juez constitucional, como herramienta para intervenir en cuestiones de justicia social, como lo es, a nuestro juicio, la arriba expuesta, eliminando la

² En el mundo del Common Law una expresión semejante – aunque no equivalente— es la de *Rule of Law* o “imperio del derecho”. Se trata de una diferencia significativa: las expresiones de “estado de derecho” o “estado social” imponen la idea de que los derechos dependen de la autolimitación del Estado, mientras que la idea de *Rule of Law* enfatiza la autonomía del derecho y de “los derechos” frente al poder político. Ver al respecto Antonio Carlos PEREIRA MENAUT, *Rule of Law o Estado de derecho*, pp. 38-39.

³ Supuesto acogido, por ejemplo, en las sentencias roles N°s 976, 1218, 1273, 1287 y 1770, del Tribunal Constitucional de Chile. Ver análisis en detalle en José Ignacio MARTÍNEZ ESTAY, “Los derechos sociales de prestación en la jurisprudencia chilena”, pp. 149-150.

consideración previa de una serie de factores cuyo contenido y significado parecen difíciles de precisar con herramientas propiamente jurídicas.

En segundo lugar, nos referiremos también, al final de este trabajo, al peligro que implica subestimar la finalidad autónoma de los derechos civiles y políticos y su importancia para el constitucionalismo.

Antes de continuar, aclaremos desde ya que, con “justiciabilidad directa de los derechos sociales” aludiremos a la posibilidad de que sea el juez, y no el legislador, quien tome las decisiones de fondo en cuanto al reconocimiento y adjudicación directa de esos derechos⁴. En otras palabras, nos referiremos a un juez que no se limita a adjudicar derechos sociales, ya desarrollados a nivel legal o reglamentario, sino que, directamente, legisla al respecto, creando y regulando uno o más beneficios sociales e ignorando la normativa de los poderes político-representativos⁵.

2. *La crítica a la libertad formal, política, clásica o liberal en la doctrina*

Como es sabido, el que hoy conocemos como constitucionalismo liberal tuvo como objetivo principal limitar el poder político, consagrando un conjunto de derechos consustanciales a la naturaleza humana, destinados a proclamar la libertad e igualdad esencial de todos los hombres frente a aquél. Tanto estos derechos, como aquellos que aparecen durante el siglo XIX con la expansión de la democracia y las libertades, supusieron un importante avance en la dignificación de la persona⁶.

Sin embargo, dadas las condiciones sociales y económicas que se imponen en el mismo siglo XIX –nos referimos fundamentalmente al triunfo de la burguesía, como clase social dominante, y el auge del capitalismo liberal–, los derechos y garantías que otorgaba el constitucionalismo clásico terminaron teniendo un importante efecto colateral, cual es la limitación del poder estatal, ya no sólo en favor de la generalidad de las

⁴ Nos referimos a los derechos sociales prestacionales, es decir, los que implican transferencia de dinero o bienes desde el Estado a las personas, con el objeto de mejorar su calidad material de vida. Ver al respecto José Ignacio MARTÍNEZ ESTAY, “Los derechos sociales de prestación en la jurisprudencia chilena”, pp. 126-134 y Luis PRIETO SANCHÍS, “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, p. 15.

⁵ Esto porque, desde luego, la aplicación judicial de derechos sociales emanados de legislación o reglamentación administrativa es cuestión inobjetable. Frank B. CROSS, “The Error of Positive Rights”, p. 861.

⁶ José Ignacio MARTÍNEZ ESTAY, *Jurisprudencia Constitucional Española sobre Derechos Sociales*, pp. 24 y ss.

personas, sino de la mantención de condiciones sociales y económicas abusivas respecto de las capas menos favorecidas de la población. Éstas, privadas de medios económicos, no pudieron tampoco utilizar las garantías constitucionales clásicas como herramientas para cambiar su desfavorable situación política y social⁷.

A partir de esto, es usual que en la doctrina se critique lo que se considera como un abuso del constitucionalismo liberal, que resultó en el empobrecimiento de las masas y, sobre todo, en la pérdida de sentido de las mencionadas igualdades y libertades para quien sufre hambre, frío y enfermedades. Ese abuso es señalado como la causa de origen del cambio del constitucionalismo liberal al constitucionalismo social.

Loewenstein presenta este enfoque cuando afirma que las libertades humanas, pensadas contra las intervenciones del Estado, terminaron sirviendo en la época del constitucionalismo liberal a los intereses de la clase media burguesa, convirtiéndose en “abstracciones sin valor para las masas [...]” El autor puntualiza que “[e]n realidad, las clases plutocráticas dominaban el proceso del poder”⁸.

Böckenförde, por su parte, se refiere al Estado de Derecho formal que dominó en Alemania hasta el final de la República de Weimar, caracterizado por la creación de garantías formales y procedimentales para asegurar la libertad legal y la propiedad. Se trata de un estado “burgués”, que confirma la distribución de bienes en vez de transformarla, que abre camino a los fines de lucro. Ello, al mismo tiempo que, a través de sus formas y procedimientos, impide la intervención directa sobre la propiedad con fines de redistribución social⁹. El movimiento histórico que se puso en marcha con ello condujo, necesariamente, no sólo a la desigualdad social basada en la posesión, sino que, con su estabilización y agudización, llevó también al antagonismo clasista de la sociedad y con ello “a una nueva falta de libertad, ahora social, sobre la base de la igualdad jurídica”¹⁰.

Para Grossi, en tanto, uno de los objetivos del proceso político que termina con la Revolución Francesa es la conquista del Estado, como herramienta para controlar el terreno económico. El modelo teórico del liberalismo iusnaturalista –la igualdad teórica y abstracta entre todos los hombres– se reduce, para este autor, a

⁷ *Ibid.*, p. 26.

⁸ Karl LOEWENSTEIN, *Teoría de la constitución*, pp. 398–399.

⁹ Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE, *Estudios sobre el estado de derecho y la democracia*, pp. 31–35.

¹⁰ *Ibid.*

“[...] un catálogo que es convincente por su hablar sonoro de libertad, de igualdad, de derechos y –¿por qué no?– de felicidad (término ingenuo que recurre a menudo en las ‘cartas’ del siglo XVIII), pero que no puede consolar al indigente del cuarto estado, que ni siquiera es rozado, en la miseria de su vida cotidiana, por un despilfarro de decoraciones irrelevantes –cuando no grotescas– para el que se enfrenta al hambre [...]”¹¹.

Incluso en América Latina existían fuertes voces contra la situación provocada por el capitalismo del siglo XIX, como se aprecia del siguiente comentario del jurista chileno Valentín Letelier:

“¿Qué es lo que necesitan los grandes para explotar a los chicos, los fuertes a los débiles, los empresarios a los obreros, los hacendados a los inquilinos, los ricos a los pobres? Sólo una cosa: libertad, o sea la garantía de que el Estado no intervendrá en la lucha por la existencia para alterar el resultado final en favor de los desvalidos. Eso es lo que el sistema de libre mercado da a los más poderosos”¹².

Ya en épocas más recientes, la comprensión de la libertad fáctica como requisito de la libertad jurídica frente al poder político aparece también en las ideas detrás de la conocida política del Presidente Roosevelt, conocida como *New Deal*. Manifestaba dicho mandatario en 1944 que

“Esta República tuvo sus inicios y creció hasta su presente desarrollo bajo la protección de ciertos derechos políticos inalienables [...]. Ellos fueron nuestros derechos a la vida y la libertad. En tanto nuestra nación ha crecido en tamaño y estatura y nuestra economía industrial se ha expandido, esos derechos políticos han probado ser inadecuados para asegurar nuestra igualdad en la consecución de la felicidad. Hemos llegado a una comprensión clara del hecho de que la verdadera libertad individual no puede existir sin seguridad e independencia económica. Los hombres necesitados no son hombres libres. La gente que está hambrienta y sin trabajo es el material del que están hechas las dictaduras”¹³.

Una perspectiva semejante es la que se refiere a la interdependencia entre los derechos civiles y políticos, y los derechos sociales, económicos y culturales, mantenida por Abramovic y Courtis, y que se basa, parcialmente, en la idea de que los derechos sociales son necesarios para el ejercicio de los derechos civiles¹⁴.

¹¹ Paolo GROSSI, *Europa y el derecho*, pp. 101-104.

¹² Valentín LETELIER, “Los Pobres”, p. 143.

¹³ Franklin D. ROOSEVELT, “State of the Union Address”, p. 7.

¹⁴ Aunque estos autores aluden más bien al argumento de que los derechos civiles implican, tal como los derechos sociales, acciones estatales que permitan llevarlos a cabo.

3. *La necesidad de la intervención del Estado para superar la falta de libertad fáctica*

Expuesto lo anterior, los autores explican o justifican el paso, desde el Estado de derecho al Estado social, en la necesidad de que sea la entidad política estatal la que asegure un mínimo de condiciones materiales que corrijan las constricciones materiales provocadas por el liberalismo extremo. Antes de seguir adelante, sin embargo, estimamos necesario examinar los factores que, en nuestra perspectiva, explican a su vez la forma específica que adopta el combate a la pobreza en la tradición europeo-continental.

A) *LA IDEA DE SOLIDARIDAD EN LA CULTURA EUROPEA*

Desde luego, cabe observar la presencia de un factor de orden cultural, que explica la naturalidad con la cual la doctrina concernida en el tema concluye que es el poder público el que debe asumir estas obligaciones. Nos referimos a la presencia de la idea de solidaridad en el patrimonio histórico y cultural de Europa, idea que constituye el sustrato sobre el que se desarrolla la idea del constitucionalismo social.

Casper estima en este sentido que, frente al desarrollo histórico norteamericano, una de las más prominentes características de Europa es la temprana emergencia del Estado Social en aquélla. Lo anterior redundaba en que, mientras que en el constitucionalismo norteamericano prima el lenguaje de los derechos, y el concepto de Estado tiene una significación escasa, en el pensamiento constitucional europeo, en cambio, el Estado y sus deberes hacia el ciudadano son tan importantes como los derechos de éste. Esta deriva se presenta, de manera transversal, tanto en las tendencias autoritarias como en las democráticas del pensamiento político constitucional europeo, desde finales del siglo XVIII¹⁵. Es así como junto con la constitucionalización del Estado Social y la intensa regulación de algunos aspectos sociales, en Europa las cuestiones de orden social fueron traducidas, progresivamente, en cuestiones constitucionales, mediante la formulación de principios ordenadores sustantivos¹⁶.

Pisarello, por su parte, afirma que, antes de las revoluciones sociales del siglo XIX, existía en Europa “una rica prehistoria” de políticas insti-

Sin embargo, nos basamos en la nota al pie n° 25, de las pp. 28 y 29 de su libro *Los derechos sociales como derechos exigibles*, citado en la bibliografía de este artículo.

¹⁵ Gerhard CASPER, “Changing Concepts of Constitutionalism: 18th to 20th Century”, p. 312.

¹⁶ *Ibid.*

tucionales dirigidas a resolver situaciones de pobreza y exclusión social, “aunque no necesariamente estatales”. Expresiones de esto serían por ejemplo, en el Medioevo, las leyes de pobres, los socorros a los desfavorecidos y los talleres de reeducación para el trabajo. Se trataría de ayudas que, a diferencia de lo que acontecerá con el constitucionalismo social, estaban configuradas no como derechos, sino como expresiones de caridad, sujetas a la discrecionalidad de las autoridades públicas¹⁷.

Stolleis, en tanto, sostiene que todas las formas de protección social que se conocen y practican contemporáneamente, pueden ser asignadas a etapas históricas específicas. Algunas de estas instituciones se remontan a la Edad Media temprana; otras –como los hospitales urbanos, fundaciones caritativas, o proyectos de vivienda social– pueden ser asignadas a la época de las ciudades emergentes, a los inicios del comercio, y la formación de las primeras grandes fortunas en los siglos xv y xvi. Otras son el producto de la influencia de poderes sociales tales como las iglesias de la época moderna y, sobre todo, el Estado territorial temprano-moderno, que implementó un nuevo concepto de “trabajo”, combatió la “ociosidad”, y creó centros penitenciarios y casas de trabajo¹⁸.

Recordemos además que, en términos de legislación preocupada del tema de la pobreza, ya en el siglo xvi se encuentran manifestaciones de lo que se ha conocido como “leyes de pobres” o *Poor Laws*, que fueron establecidas por la reina Isabel en 1601, y que fijaban un impuesto permanente a propietarios y arrendatarios de tierras que era recaudado por las parroquias, la cual debía disponer de las medidas necesarias para socorrer a mendigos y vagabundos, y cuidar de ancianos y enfermos¹⁹.

De cualquier manera, lo cierto es que la mentalidad europeo continental se muestra mucho más favorable a la inclusión de deberes positivos a cargo del Estado, y en favor de los ciudadanos. El sustrato cultural evidenciado en las anteriores citas explicaría, a nuestro juicio, la “naturalidad” con la que el constitucionalista europeo continental –a diferencia de su par norteamericano– ha estimado al Estado Social y a los derechos sociales no sólo como un deber moral o político del Estado, sino como parte integrante del constitucionalismo contemporáneo y, por tanto, como un deber jurídico constitucional de aquel.

¹⁷ Gerardo PISARELLO, *Los derechos sociales y sus garantías*, 20 y ss.

¹⁸ Michael STOLLEIS, *Origins of the German welfare state*, p. 24.

¹⁹ Un resumen de la historia de esas leyes en Alexis DE TOCQUEVILLE, *Democracia y pobreza*, p. 62.

B) *EL PAPEL DEL ESTADO COMO DEFENSOR
DE LOS MENOS FAVORECIDOS*

Sin embargo, con el correr del tiempo la preocupación por los pobres en nuestra cultura asumió un cariz específico, cuando se le entendió como una responsabilidad primaria ya no de la sociedad, sino del Estado, que es lo que origina la idea del Estado social de derecho.

En un análisis comparado del derecho norteamericano con el derecho constitucional europeo, Currie alude al irónico comentario de Anatole France, en 1894, respecto de una ley que prohibía tanto a los ricos como a los pobres el dormir bajo los puentes, como representativa de una creciente convicción de que los gobiernos deberían comenzar a adoptar más medidas afirmativas para beneficiar al pueblo. El autor recuerda además las palabras de Montesquieu, quien argumentaba en *El Espíritu de las Leyes* que el Estado “debía a todos los ciudadanos”, entre otras cosas, alimentación, vestido y la oportunidad de una vida saludable. Finalmente, también son citadas las palabras del filósofo inglés Thomas Hill Green, quien negaba enfáticamente que la libertad consistiese sólo en la ausencia de restricciones legales, insistiendo en cambio que la libertad era “el poder positivo o la capacidad de hacer o disfrutar algo”, de manera que las acciones gubernamentales afirmativas eran esenciales a la libertad²⁰.

Las críticas señaladas no sólo se producían en Europa. En Chile, Letelier, a continuación del texto antes citado, afirma:

“¿Y qué es lo que necesitan los desvalidos para no sucumbir en esa contienda despiadada: donde el egoísmo prevalece contra la caridad, la inteligencia contra el corazón, la fuerza contra el derecho? Sólo protección, o sea, la garantía de que el Estado igualará las condiciones de los combatientes dando armas a los débiles para luchar con los fuertes. Eso es lo que el individualismo niega a los desvalidos”²¹.

Poco a poco, estas ideas dieron un cariz específico a la cultura europea de asistencia social²². Así, por ejemplo, para Moderne, el constitucionalismo social implica *una vinculación social del Estado* que comprende la obligación de éste de atender a las necesidades de sus ciudadanos. Ello supone la responsabilidad del Estado por el funcionamiento de la economía en su conjunto, de la cual depende a su vez el financiamiento de las necesidades sociales. A diferencia de la ideología del Estado liberal, el

²⁰ David P. CURRIE “Positive and Negative Constitutional Rights”, pp. 867-868.

²¹ LETELIER, *op. cit.*

²² Por extensión, con “cultura europea” nos referimos a su área de influencia, en la que ciertamente se encuentra Latinoamérica.

constitucionalismo social se proclama intervencionista. No puede confiarse en la justicia inherente a las relaciones interindividuales; el nuevo Estado social debe adoptar un papel activo en la regulación de la economía²³.

Glendon afirma, en tanto, que las diferencias entre los modelos norteamericano y europeo son manifestaciones legales de actitudes culturales divergentes y profundamente arraigadas hacia el Estado y sus funciones. La idea de un gobierno subyacente a los “derechos positivos” en las Constituciones europeas tiene una historia compleja que representa en parte una transposición, al Estado moderno, de la noción feudal que un soberano debía cierta protección a sus dependientes a cambio de su servicio y lealtad. Más cerca, refleja los programas de los principales partidos políticos europeos, un gran grupo animado por el pensamiento social cristiano y otro, por principios socialistas o socialdemócratas²⁴.

Ello sería la razón de por qué, según sostiene Glendon, los constitucionalistas continentales posteriores a la segunda guerra mundial, de todas las tendencias políticas, suplieron las tradicionales libertades negativas con ciertas obligaciones o derechos sociales y económicos afirmativos. Agrega la autora que mientras los políticos estadounidenses de izquierda y derecha profesan similar desconfianza a la intervención estatal en cuestiones sociales –amén de la ausencia de garantías positivas en la Constitución norteamericana–,

“[I]os principales partidos conservadores europeos, por ejemplo, aceptan el subsidio de crianza de familias y la financiación de la salud, el empleo y el seguro de vejez, en niveles que para la mayoría de los estadounidenses resultarían apenas creíbles”²⁵.

Además, la autora recuerda la estructura inusual del Estado de bienestar norteamericano, que, mucho más que en otros lugares, deja las pensiones, seguros y otros beneficios a la organización privada, principalmente a través de los lugares de trabajo, y no directamente a través del sector público²⁶.

En resumen, Loewenstein también hace notar este giro señalando que, si en el individualismo clásico, el Estado era el enemigo contra el que había que defender las zonas protegidas de la autonomía privada,

²³ Franck MODERNE, “¿Cuál es el futuro del constitucionalismo social en la Europa contemporánea?”, p. 504.

²⁴ Mary Ann GLENDON, “Rights in Twentieth-Century Constitutions, pp. 524-525. Ver también, de la misma autora, “El Lenguaje de los Derechos” p. 121.

²⁵ *Ibid.*

²⁶ *Ibid.*

bajo la nueva filosofía social el Estado se ha convertido en el amigo que está obligado a satisfacer las necesidades colectivas de la comunidad. El colectivismo ha dejado de ser el monopolio de la doctrina socialista y ha dejado también de ser incompatible con el individualismo²⁷. De esta manera se generaliza un nuevo concepto, el Estado Social de derecho, que se caracteriza, de acuerdo a Martínez Estay, por una intervención del Estado en la economía, enfoque que reemplaza al abstencionismo propio del Estado liberal²⁸.

4. La aparente simplificación del problema social y su consecuente reducción a un tema jurídico

Como ya hemos dicho en otra oportunidad²⁹, el razonamiento jurídico se caracteriza y diferencia de la Política precisamente por su carácter reduccionista, por lo que no es difícil que, consciente o inconscientemente, un juez o autor de nuestra disciplina jibarize un problema de la envergadura de la pobreza y lo justo social, a dos términos enfrentados, ignorando una serie de matices que resultan esenciales en esta cuestiones.

Así las cosas, no es extraño que una parte de la doctrina partidaria de la justiciabilidad directa de los derechos sociales estime que el problema de lo social se encuentra perfectamente claro, incluso en términos jurídicos. Dado que la verdadera libertad depende de ciertos mínimos materiales, el asunto de la pobreza y la justicia social se reduce a la elección entre dos extremos: por una parte, las necesidades de una persona o un grupo, llevados al estrado judicial; y por la otra, un Estado que, obligado a ello, se niega a satisfacer dichas demandas, sea por razones presupuestarias o de otro orden. Así planteada la cuestión, sólo se ajustaría a derecho aquel comportamiento estatal que consiente en atender dichas demandas, entendidas como derechos humanos o fundamentales –es decir, como prerrogativas innegociables– de la persona. Y si el Estado no lo hace, será compelido a ello con la fuerza del derecho. Desde luego, la posibilidad de aplicar otras alternativas de solución, o de permitir intervención, en el combate contra la pobreza, de entidades distintas del Estado, está fuera de la ecuación.

²⁷ Karl LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, p. 400.

²⁸ José Ignacio MARTÍNEZ ESTAY, *Jurisprudencia Constitucional Española sobre Derechos Sociales*, pp. 27 y ss.

²⁹ Rodrigo A. POYANCO BUGUEÑO, “Los jueces constitucionales la política y la deferencia judicial”, pp. 67-101.

Obsérvese, por ejemplo, la clásica formulación de Alexy respecto de la justiciabilidad de los derechos sociales, quien en un muy citado párrafo declara que:

“El argumento principal a favor de los derechos sociales fundamentales es un argumento de la libertad. Su punto de partida son dos tesis. La primera es: la libertad jurídica para hacer u omitir algo, sin la libertad fáctica (real), es decir, sin la posibilidad fáctica de elegir entre lo permitido, carece de todo valor [...]”³⁰.

En el mismo lugar, este influyente autor alude a la necesidad de la actuación estatal. Es lo que denomina como la “segunda tesis” que fundamenta los derechos sociales:

“[...] bajo las condiciones de la sociedad industrial moderna, la libertad fáctica de un gran número de titulares de derechos fundamentales no encuentra su sustrato material en un ‘ámbito vital dominado por ellos’, sino que depende esencialmente de actividades estatales. También, con la reserva de algunas especificaciones, es posible estar de acuerdo con esta tesis”³¹.

En estas condiciones, no es extraño que en la doctrina concernida abunden las opiniones que impulsan una juridificación completa de estos temas, con el objeto de extraerlos del debate político y consagrar así, a través de los jueces constitucionales, un determinado entendimiento de esta cuestión³². Así, por ejemplo, en el derecho constitucional brasileño, uno de los que registra más activismo judicial en esta materia, Piovesan y Stanziola Vieira concluyen que la Constitución de ese país de 1988 –que reconoce como fundamentales a los derechos sociales enumerados en su artículo 6º– acabó por extender las tareas del Estado, incorporando fines económicos sociales positivamente vinculantes de naturaleza jurídica. Agregan que

“[l]a política, en definitiva, dejó de ser concebida como un dominio jurídicamente libre y constitucionalmente desvinculado, una vez que sus dominios pasaron a sufrir límites e imposiciones de acción, por medio de un proyecto material constitucional de orden vinculante. Surgió esto, una verdadera configuración normativa de la actividad política”³³.

³⁰ Robert ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, pp. 446–447.

³¹ *Ibid.*

³² Desde luego, desde el enfoque propuesto en este trabajo, la definición de esta cuestión por los poderes político-representativos, a través de procedimientos democráticos y dictando la normativa pertinente, no nos merece objeción alguna.

³³ Flavia PIOVESAN y Renato STANZIOLA VIEIRA, “Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos no Brasil: desafios e perspectivas”, p. 132.

En el mismo sentido, Abramovich y Courtis señalan que, aun en un contexto de relativa escasez económica, la asunción de obligaciones sociales supone una *autolimitación* de la discrecionalidad del Estado en materia de disposición presupuestaria³⁴.

A nivel del derecho internacional de los derechos sociales, Kartashkin señala que, si bien la regulación internacional de los derechos económicos, sociales y culturales no apunta a una estandarización de la legislación o un determinado sistema político o social entre diferentes países, sí los estándares internacionales establecerían un contenido mínimo de los derechos sociales y objetivos de bienestar a ser logrado por los estados, *cualquiera sea su sistema o circunstancias*, aun si –como es el caso del Pacto PIDESC– la plena realización de los derechos es prevista como el resultado del desarrollo progresivo de políticas nacionales, legislación y acción práctica³⁵.

El mismo entendimiento parece haber sido acogido por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, quien afirma, en los numerales 13 y el 14 de su Observación General N° 3, que la obligación estatal de atender las demandas sociales implicadas en los derechos sociales contenidos en el PIDESC persiste *incluso en el caso de que el estado respectivo carezca de recursos para atender las demandas sociales de su población*. En tal supuesto, la solución es la imposición de una obligación internacional de los demás Estados, que están en condiciones de ayudar a los demás, mediante mecanismos de cooperación internacional³⁶.

De esta manera, en definitiva, los Estados seguirían obligados a satisfacer un núcleo de derechos sociales –en la forma y modo en que son entendidos por la doctrina respectiva–, como obligación jurídica fundamental, cualquiera sea la orientación política que adopte dicha sociedad, y cualesquiera sean las circunstancias que usualmente influyen en otras políticas sociales y económicas. Esa obligación subsistiría, incluso ante las situaciones más adversas, incluyendo crisis económicas.

Sin embargo, la libertad fáctica, tal como el resto de elementos y conceptos que componen la idea general de lo que denominaremos “lo justo social” (Estado social, derechos sociales, igualdad efectiva, libertad efectiva, etc.) presenta aspectos filosóficos, políticos e incluso morales –en suma, extrajurídicos–, que también debieran ser considerados, y que

³⁴ Víctor ABRAMOVICH y Christian COURTIS, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, pp. 36–37.

³⁵ Vladimir KARTASHKIN, “Economic, Social and Cultural Rights”, p. 113.

³⁶ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, “Observación General N° 3. La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto, 1990)”.

parecen difíciles de esclarecer, al menos recurriendo sólo a herramientas de interpretación jurídica³⁷.

5. *La libertad fáctica como concepto controvertido y la pobreza como un fenómeno social complejo*

Como puede desprenderse de lo que señalan Waldron³⁸ y Pereira Menaut³⁹, la discrepancia y la parcialidad parecen caracteres esenciales de lo político. Ya Aristóteles consideraba que la comunidad política no puede ser una unidad –es decir, una comunidad sin pluralidad de intereses y aspiraciones–, pues la unidad forzada convertiría a la ciudad en una familia y a ésta en una persona sola, destruyendo la ciudad.

“Lo que se ha considerado como el mayor bien en las ciudades en realidad las destruye. Sin duda, el bien de cada cosa es aquello que la preserva”⁴⁰.

Y, en materia de regímenes políticos, Platón advierte que el pluralismo es la consecuencia más visible de la democracia.

“[P]ienso que los hombres que se desarrollen en este régimen político serán de toda variedad, más que en cualquier otro [...] Además, bien-

³⁷ Por el contrario, muchos autores intentan demostrar que los problemas que nosotros estimamos como indeterminados presentan, por el contrario, un contenido de naturaleza jurídica que está perfectamente claro. Además del libro de los autores Abramovich & Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, citado en este trabajo, véase una buena compilación de doctrina y jurisprudencia en el trabajo del profesor Humberto NOGUERERA ALCALÁ, “Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano”, en *Estudios Constitucionales*, vol. 7, N° 2, 2009, pp. 143-205.

³⁸ WALDRON señala que las leyes son el producto de un complejo proceso deliberativo que toma en serio el desacuerdo, y tienen pretensión de autoridad sin intentar ocultar, por ello, la controversia y la división que envuelve su aplicación. Una asamblea legislativa tiene la función de representar las principales facciones de una sociedad y la de elaborar leyes tomando en serio las diferencias entre ellas, en lugar de pretender minimizarlas o negar su existencia. Jeremy WALDRON, *Derecho y desacuerdos*, pp. 18-36.

³⁹ A diferencia de lo que pasa con el derecho de origen jurisdiccional, dice este autor, la Política, aunque sea altruista, persigue sus metas con criterios partidistas que no todos los afectados comparten, ni es posible que compartan al cien por ciento. El derecho, aunque pueda no tener la misma altura de miras, necesariamente ha de impartirse con imparcialidad, o dejará de ser derecho. En Antonio Carlos PEREIRA MENAUT, *Doce Tesis sobre la Política*, p. 47.

⁴⁰ ARISTÓTELES, *Política*, 1261a-1261b.

aventurado amigo, este régimen es muy apropiado para indagar dentro de él una organización política [...] [p]orque cuenta con todo género de constituciones, debido a la libertad; y es posible que quien quiera organizar un Estado, como nosotros acabamos de hacer, deba dirigirse a un Estado democrático, y allí, como si hubiese llegado a un bazar de constituciones, escoger el tipo que más le agrade, y, una vez escogido, proceder a su Fundación⁴¹.

Por el contrario, Berlin evidencia que, cuando se está de acuerdo en los fines, los únicos problemas que quedan son los de los medios, y éstos no son políticos, sino técnicos; es decir, capaces de ser resueltos por los expertos o por las máquinas, al igual que las discusiones que se producen entre los ingenieros o los médicos⁴².

En este contexto, pareciera que muchos juristas asumen que el tema de la pobreza y la justicia social son asuntos zanjados, desde hace mucho, en un sentido determinado. De lo que se trataría entonces es, simplemente, de demostrar cómo el derecho debe asegurar el cumplimiento de ese determinado modelo de justicia social.

Sin embargo, desde que, a nuestro juicio, existe una separación clarísima entre los campos del Derecho y la Política⁴³, creemos que tanto la propia idea de libertad fáctica, en particular, como el fenómeno de la pobreza, en general, parecen ser justamente parte de aquellos problemas sociales complejos y multicausales que admiten y provocan discusión y polémica no sólo jurídica, sino también política, en cuanto a su causas y efectos.

A continuación nos limitaremos a mencionar algunos de aquellos factores que, al menos desde nuestro punto de vista, plantean cuestiones que no pueden ser determinadas y resueltas por el juez, en tanto juez⁴⁴.

A) LA LIBERTAD FÁCTICA COMO UN PROBLEMA IDEOLÓGICO

A nuestro juicio, una de las cuestiones más discutidas es qué significa realmente la libertad fáctica, asunto que no parece ser pacífico entre la

⁴¹ PLATÓN, *Diálogos*, 557 c-d.

⁴² Isaiah BERLIN, *Cuatro ensayos sobre libertad*, pp. 187-188.

⁴³ Asunto desarrollado en más detalle en nuestro artículo citado anteriormente (ver nota al pie N° 36, *supra*).

⁴⁴ El autor es apenas un jurista, y en tal calidad escribe este artículo, por lo que no pretendemos competir en este ámbito con los que estimamos verdaderos especialistas en estas materias (fundamentalmente, sociólogos, economistas y cientistas políticos). Sólo queremos enumerar, de forma en absoluto exhaustiva, factores que a nuestro juicio muestran lo complejo del problema en examen, al menos desde la perspectiva del simple razonamiento jurídico.

propia doctrina jurídica, las demás ciencias sociales que se ocupan del tema y *–last but not least–* entre los ideólogos que han planteado sus opiniones al respecto.

Para limitarnos a esto último, recordemos la clásica formulación de Berlin respecto de los distintos sentidos de la palabra libertad. Allí, Berlin se refiere a uno de los aspectos de la libertad política, en los siguientes términos.

“[n]ormalmente se dice que soy libre en la medida en que ningún hombre ni grupo de hombres interfieren en mi actividad. En este aspecto, la libertad política es, simplemente, el espacio en el que un hombre puede actuar sin ser obstaculizado por otros. Si otros me impiden hacer algo que antes podía hacer, entonces soy en esa medida menos libre; pero si ese espacio es recortado por otros hombres más allá de lo admisible, entonces puede decirse que estoy siendo coaccionado o hasta esclavizado [...] La coacción implica la interferencia deliberada de otros seres humanos dentro de un espacio en el que, si ésta no se diera, yo actuaría. Sólo se carece de libertad política cuando son seres humanos los que me impiden alcanzar un fin. La impotencia para alcanzar un fin no indica falta de libertad política⁴⁵.

Sin embargo, a diferencia del sentido anterior, en otro significado la libertad puede relacionarse con las ideas de autorrealización y desarrollo personal. Berlin se refiere al supuesto en el cual la incapacidad para conseguir una determinada cosa se atribuye a la acción o mala voluntad de otros seres humanos. Para llegar a esa conclusión, sostiene ese autor, hay primero que haber adherido a una determinada teoría social o económica:

“[...] Sólo porque creo que mi incapacidad de conseguir una determinada cosa se debe al hecho de que otros seres humanos han actuado de tal manera que a mí, a diferencia de lo que pasa con otros, se me impide tener suficiente dinero para poder pagarla, es por lo que me considero víctima de coacción u opresión. *En otras palabras, este uso del término depende de una especial teoría social y económica acerca de las causas de mi pobreza o debilidad.* Si mi falta de medios materiales se debe a mi falta de capacidad mental o física, diré que me han quitado la libertad (y no hablaré meramente de pobreza) sólo en el caso de que acepte esta teoría [...]”⁴⁶.

Como puede verse, el autor alude directamente a cómo el sentido de libertad puede cambiar cuando se adhiere o no a una determinada

⁴⁵ Isaiah BERLIN, *Dos conceptos...*, op. cit., pp. 191-192.

⁴⁶ *Ibid.*, pp. 192-193.

teoría social y económica. Por eso es que, a partir de la formulación del referido autor, sostiene Heywood que, al igualarse con la capacidad de los seres humanos de actuar y realizarse a sí, esta concepción de la libertad mismos –es decir, en el lenguaje ocupado en nuestro artículo, la libertad “fáctica”– se ocupa más de la distribución de recursos materiales o económicos y se vincula al bienestar. La noción de libertad positiva por tanto

“comprende una amplia serie de teorías y principios cuyas consecuencias políticas son distintas y a veces contradictorias. En efecto, la libertad puede ser positiva por cuanto está a favor del poder efectivo, la autorrealización, el autodomínio o autonomía o la filosofía moral o “interior””⁴⁷.

En consecuencia, parece existir más de un enfoque y más de una solución al problema de la falta de requisitos materiales mínimos –es decir, la pobreza–, o al menos así lo piensa, de manera completamente legítima, un significativo número de personas. En el mismo sentido, Rosenkrantz se refiere a lo que denomina la “objección epistémica” a la justiciabilidad de los derechos sociales:

“Como cuestión de hecho, nosotros no coincidimos en lo que requiere la justicia distributiva. Nuestras sociedades están caracterizadas por el pluralismo no sólo acerca de las concepciones del bien sino también acerca de las exigencias de lo correcto. Ninguna teoría de la justicia distributiva ha ganado suficiente apoyo en las democracias constitucionales modernas. No hay ninguna distribución de recursos que se haya convertido en una verdad política incontrastable. Consecuentemente, desde el punto de vista colectivo y político, no sabemos qué es lo que es de cada uno en el contexto de una cooperación justa entre individuos que participan de la empresa de la vida social [...]”⁴⁸.

A mayor abundamiento, citemos al respecto una muy conocida afirmación del jurista chileno Fernando Atria, quien ejemplifica con el derecho a la educación, consagrado en el art. 19 N° 10 de la Constitución chilena de 1980⁴⁹, el hecho de que personas de diferentes sensibilidades

⁴⁷ Andrew HEYWOOD, *Introducción a la teoría política*, p. 296.

⁴⁸ C.F ROSENKRANTZ, “La pobreza, la ley y la constitución”, pp. 8-9.

⁴⁹ Art. 19 n°. 10°. El derecho a la educación:

“La educación tiene por objeto el pleno desarrollo de la persona en las distintas etapas de su vida.

Los padres tienen el derecho preferente y el deber de educar a sus hijos. Corresponderá al Estado otorgar especial protección al ejercicio de este derecho.

Para el Estado es obligatorio promover la educación parvularia, para lo que financiará un sistema gratuito a partir del nivel medio menor, destinado a asegurar el

ideológicas elegirían concretizar, de forma muy distinta, una misma norma sobre un derecho social. Señala:

“Yo no creo que el artículo [antes referido] sea “indeterminado”: él exige un sistema público de educación no sólo mínimamente decente, sino aproximadamente igual en calidad al sistema privado. Otros chilenos piensan (también sin ver mayor “indeterminación” en el artículo 19 N° 10) lo contrario”⁵⁰.

A partir de lo anterior, el autor concluye que:

“[...] [E]s incorrecto entender que lo problemático de los derechos sociales, en esta lectura, sea su “indeterminación” [...]. No se trata de que esos derechos sean, a diferencia de los de primera generación, “indeterminados” en cuanto a su contenido. Se trata de que una norma que constitucionaliza un derecho social no contiene decisión política alguna que pueda ser entendida y aplicada por un juez en tanto juez [...] La tesis defendida aquí [...] es que no es una forma de razonamiento jurídico, sino político [...]”⁵¹.

Cabe agregar que incluso las propias y tradicionales opciones “izquierda-derecha”, que son las que se han disputado la solución al tema en examen durante el siglo XX, parecen estar quedando atrás. En el mismo ejemplo de la educación, Heywood da cuenta de cómo desde la década de los ‘80 del siglo XX, la alternativa socialismo-liberalismo empezó a quedar superada por nuevos desarrollos. Manifiesta este autor que

“[...] [La] preocupación por la erosión del compromiso cívico a causa de la importancia que se concede a los derechos antes que a las obligaciones ha atraído un apoyo creciente y más amplio desde el decenio de 1980. Lo

acceso a éste y sus niveles superiores. El segundo nivel de transición es obligatorio, siendo requisito para el ingreso a la educación básica.

La educación básica y la educación media son obligatorias, debiendo el Estado financiar un sistema gratuito con tal objeto, destinado a asegurar el acceso a ellas de toda la población. En el caso de la educación media este sistema, en conformidad a la ley, se extenderá hasta cumplir los 21 años de edad.

Corresponderá al Estado, asimismo, fomentar 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.

Es deber de la comunidad contribuir al desarrollo y perfeccionamiento de la educación”

⁵⁰ Fernando ATRIA, “Réplica. Derecho y Política a propósito de los derechos sociales”, pp. 151-152.

⁵¹ *Ibid.*

han adoptado los pensadores comunitaristas y ha alentado a los políticos de la llamada “tercera vía” a adoptar una agenda hecha de “derechos y responsabilidades”. Por este motivo se han sustituido las subvenciones de la educación superior con un sistema de préstamos a estudiantes que ahora se emplea en un número creciente de países, incluidos los Estados Unidos, Australia y el Reino Unido. [La] implantación de costes de docencia también demuestra el deseo de fortalecer las obligaciones civiles. Los estudiantes tienen el deber de pagar por su educación; no se limitan a tener el derecho de acceso a ella [...]”⁵².

Podría incluso darse el caso de que el cuestionamiento alcance a la propia procedencia de considerar el tema de la pobreza como un tema político⁵³, o de elevar los deberes del Estado frente a la desigualdad social, a un problema de derecho constitucional.

Así por ejemplo, limitándonos a un autor clásico en nuestra disciplina, Tocqueville⁵⁴ criticaba el sometimiento del combate a la pobreza a un régimen de derechos, por cuanto privaba al asistencialismo de sus virtudes morales, pero mantenía la limosna:

“[...] El rico, a quien, sin consultarle, la ley despoja de una parte de su superfluo, no ve en el pobre más que a un ávido extraño llamado por el legislador a compartir sus bienes. El pobre, de su parte, no siente gratitud alguna ante una buena acción que no puede serle refutada, y que por otro lado no podría satisfacer; y es que la limosna pública, que asegura la existencia, no la vuelve más feliz o más cómoda de lo que lo haría la limosna individual; la asistencia legal en absoluto impide, pues,

⁵² Andrew HEYWOOD, *Introducción a la teoría política*, p. 244.

⁵³ Recordemos que importantes pensadores de la corriente liberal del constitucionalismo clásico eran indiferentes o directamente refractarios a la idea de tratar la pobreza en un marco jurídico. Así, por ejemplo, TOCQUEVILLE se oponía a la integración del tema social en un régimen de derechos, pues de esa manera, estimaba, se profundizaría el antagonismo entre ricos y pobres, se mantendría la limosna –y, en definitiva, la desigualdad–, pero ahora a cargo del Estado, y se perderían de esta forma todas las virtudes asociadas a la asistencia privada, en particular la voluntariedad y la gratitud. Ver al respecto Alexis de TOCQUEVILLE, *Democracia y pobreza*, pp. 68-69. En tanto, David CURRIE, al referirse a la ausencia de derechos positivos en la Constitución norteamericana, señala que no obstante sus numerosas virtudes, James MADISON y sus amigos “sólo difícilmente podrían ser descritos como socialdemócratas modernos” en *The Constitution of the Federal Republic of Germany*, citado en la bibliografía, pp. 15-16). Finalmente, recordemos también a autores contemporáneos, juristas y economistas, que son frecuentemente citados en estas cuestiones, y que sostienen diversas perspectivas sobre el tema de la justicia social: RAWLS, NOZICK, HAYEK, SENY, últimamente, PIKETTY.

⁵⁴ Recordemos también a otros autores contemporáneos, juristas y economistas, que son frecuentemente citados en estas cuestiones, y que sostienen diversas perspectivas sobre el tema de la justicia social: RAWLS, NOZICK, HAYEK, SEN y, últimamente, PIKETTY.

que siga habiendo en la sociedad pobres y ricos, que aquéllos lancen a su alrededor miradas llenas de odio y de temor, que éstos no piensen en sus males con desesperación y envidia. Lejos de tender a unir en un mismo pueblo a estas dos naciones rivales que existen desde el comienzo del mundo y que se llaman ricos y pobres, quiebra el único vínculo que podía establecerse entre ellas, alinea a cada una bajo su propio pabellón, las cuenta y, poniéndolas frente a frente, las prepara para el combate”⁵⁵.

En cuanto a lo segundo, recuérdese al efecto la conocida formulación de Fortshoff, para quien el Estado liberal de derecho y el Estado social son dos componentes concretos de la vida política alemana, pero que se han desarrollado en planos diferentes de las formas jurídicas. Por ello la pregunta que intenta responder este autor es si es posible la fusión de los elementos social y liberal en la unidad de una Constitución. Posteriormente este autor concluye que el Estado de Derecho y el Estado social son, en el sentido intencional, completamente diversos, por no decir antagónicos. El Estado de Derecho tiene sus propias instituciones, formas y conceptos referidos a la libertad. El Estado social, consecuente en su realización práctica, establece también sus propias instituciones, formas y nociones que han de estar configuradas de modo sustancialmente distinto⁵⁶.

Los aspectos mencionados nos muestran que estamos ante una cuestión poliédrica y compleja. Evidentemente, un análisis a fondo de estas tendencias y sus contrarias, así como su pertinencia o utilidad para resolver el tema de la pobreza, escapa por completo a las posibilidades del autor y de un trabajo como éste. Simplemente, nos limitamos a evidenciar dicha complejidad. Asumida ésta, la cuestión es si cualquiera de las visiones que inciden en este asunto puede ser escogida o excluida del debate público a golpe de sentencias judiciales.

B) ¿EL ESTADO COMO ENTE ENCARGADO DE LA LUCHA CONTRA LA POBREZA?

Como vimos antes, cierto es que la tendencia cultural de nuestra tradición cultural europeo-continental ha entregado a la sociedad la preocupación por sus miembros más débiles. Sin embargo, “sociedad” no es lo mismo que “Estado”.

⁵⁵ Alexis DE TOCQUEVILLE, *Democracia y pobreza*, pp. 68-69.

⁵⁶ Ernst FORSTHOFF, “Concepto y Esencia del Estado social de Derecho”, pp. 80-86. ABENDROTH, crítico de esta idea, reconoce que, en definitiva, la mayoría de la doctrina alemana terminó por inclinarse ante esta formulación respecto de los efectos de la cláusula del Estado social en la Ley Fundamental alemana de 1949 (art. 20.1). En Wolfgang ABENDROTH, “El Estado de Derecho Democrático y Social como proyecto político”, pp. 28-30.

Desde un punto de vista contemporáneo, una de las justificaciones más influyentes a la labor del estado en el combate de la pobreza es la teoría de la “procura existencial”, de origen alemán. El concepto de la “procura existencial” fue acuñado por Forsthoff en un trabajo publicado en 1938 con el título *Die Verwaltung als Leistungsträger*, relativo a una serie de bienes necesarios para una existencia humana plena. Con él se pretende designar una función estatal esencial en un Estado social de derecho; una función, ante todo, de la Administración, que es quien debe suministrar tales prestaciones, pero también del legislador, obligado a elaborar la regulación correspondiente⁵⁷.

En términos generales, a partir de esa teoría, se sostiene que la supervivencia de las personas en las sociedades modernas es tarea del estado, como resultado de la pérdida de un supuesto “espacio vital dominado”, pre-social, que era lo que antes de nuestras actuales formas de organización política, habría garantizado la subsistencia de las personas. Al no contar con esa fuente de sustento, el individuo depende para su diario vivir de la actividad estatal.

Así por ejemplo, Hesse sostiene que la libertad de los ciudadanos bajo las relaciones actuales no estriba sólo en una liberación de la intervención estatal, sino que depende mucho más de una serie de condiciones que no están a disposición del individuo. Hoy día la dotación y el mantenimiento de tales condiciones constituye una clara tarea del Estado, que ha llegado a ser quien planifica, guía y configura, esto es, el Estado de la procura existencial y del aseguramiento social. [...] Si se observa la libertad tanto desde el punto de vista del Estado como desde el de los poderes sociales, la libertad que garantizan los derechos fundamentales no puede entenderse como una esfera del individuo libre de la influencia estatal, que el Estado simplemente haya de respetar. La procura *por* el Estado de la efectividad de los derechos fundamentales deviene presupuesto de que llegue a haber una real libertad. El Estado ya no aparece sólo como el enemigo potencial de la libertad, sino que tiene que ser también su defensor y protector⁵⁸.

Sin embargo, aunque asumiéramos el supuesto teórico de la procura existencial⁵⁹ y su consecuencia, esto es, la obligación primaria del Estado

⁵⁷ Hartmut MAURER, *Derecho administrativo alemán*, p. 8. De ahí se derivan conceptos tales como el mínimo vital o *Dasein*. En Antonio Carlos PEREIRA MENAUT, *Sistema político y constitucional de Alemania*, p. 35. Para un desarrollo del concepto en la literatura jurídica española, véase el clásico de Manuel GARCÍA PELAYO, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, pp. 26 y ss.

⁵⁸ Konrad HESSE, “Capítulo III. Significado de los derechos Fundamentales”, pp. 94-95.

⁵⁹ Excluyendo, desde luego, la situación de las personas en estado de indigencia, cabría preguntarse, parafraseando a TOCQUEVILLE, si un “orgullosa barón de la Edad Media”

en este campo, estimamos que un entendimiento demasiado rígido de esta cuestión podría excluir la necesidad de considerar matices que relativizan bastante las conclusiones que emanan de estos postulados.

Es así como pocas veces parece repararse en que, muy probablemente, la primacía del Estado en estas cuestiones es el resultado de la eliminación, por el propio Estado, de otras entidades sociales que hasta antes de la aparición de aquél, en la época moderna, enfrentaban el tema de la pobreza de manera complementaria o incluso, en determinados casos, de forma más eficiente que el propio poder político.

Consideremos, al respecto, que Grossi señala como nota característica de la Edad Media la ausencia de una vocación totalizadora en dicho poder –que por el contrario será, precisamente, la característica del Estado moderno–, lo que permitió no sólo la existencia de un verdadero pluralismo jurídico, esto es, en primer término

“la posibilidad de convivencia de distintos ordenamientos jurídicos producidos por grupos sociales que actúan en un territorio sujeto a la misma autoridad política”,

sino también, la existencia de un pluralismo social. La precariedad de la vida en la Edad Media y el carácter incompleto del poder político abrieron paso a la asociatividad y al triunfo de los cuerpos intermedios, atendida la insuficiencia del sujeto individual para procurar su subsistencia. Así, proliferan en esa etapa histórica asociaciones intermedias –grupos pluri-familiares, corporaciones de naturaleza religiosa, asistencia, profesional, micropolítica–, formaciones comunitarias

“que se proponen como sustitutos de una fuerza general superior ausente o carente, y como organizaciones necesarias en una realidad política sin cohesión y por lo tanto incapaz de mantener la paz social; el ofrecerse por parte de estas sociedades intermedias como nichos que le permiten al individuo sobrevivir y disfrutar de un mínimo de presencia social”.

La realidad sociopolítica medieval se presenta como una comunidad compleja y muy fragmentada, una sociedad de sociedades, con una estructura de larga duración y

–o aún un monarca–, con sus cotos de caza y numerosas personas sujetas a su autoridad, gozaban de mejores condiciones de salud, vivienda, educación y cultura que algunos de los más modestos habitantes promedio de nuestras superpobladas urbes del siglo XXI (de Alexis DE TOCQUEVILLE, *Democracia y pobreza*, pp. 54-55, haciendo la misma comparación entre los habitantes acomodados de su época y los nobles de dicha etapa histórica).

“que se demostraría aún viva, a pesar de la existencia de estructuras políticas auténticamente estatales, hasta el final del Antiguo Régimen, en el umbral de la Revolución Francesa”⁶⁰.

Sin embargo, la revolución de 1789 tiene enormes consecuencias en la organización social del Antiguo Régimen, al eliminar y reemplazar la compleja sociedad estamentaria medieval por una estructura simple y compacta, “rigurosa e inescindiblemente unitaria”, lo que Grossi denomina “la hoz de la igualdad”. Se borran de golpe las estratificaciones y diferenciaciones seculares, y se realiza un paisaje jurídico radicalmente nuevo, marcado “por dos rasgos que invertirán el orden del Antiguo Régimen: homogeneidad y simplicidad”. De ahora en adelante, lo que existe es

“un pueblo compuesto de sujetos perfectamente iguales en el plano del derecho [...] sujetos individuales [...] concebidos y realizados como sujetos solitarios dentro de una única macro-comunidad nacional, y libres de las micro-comunidades (religiosas, sociales, profesionales)—ya suprimidas definitivamente— del Antiguo Régimen”⁶¹.

El autor concluye que

“[...] De esta manera, si se nos permite la expresión, la superficie del reino (y luego, de la República) de Francia se hace completamente lisa, para que el poder se proyecte en ella sin obstáculos: no hay formaciones sociales que puedan atenuar su homogeneidad, con excepción de la familia natural, y tampoco debe haber particularismos jurídicos que puedan fragmentar su unidad. Dicho de otra manera: —unidad perfecta de la nación, y unidad perfecta del derecho”⁶².

En el mismo sentido, D’ors señala que

“[e]l liberalismo, enarbolando la bandera de la libertad individual contra las ataduras tradicionales de la sociedad, fue disolviendo todos aquellos grupos sociales naturales que, de un modo u otro, agrupan orgánicamente a las personas, y dejó así, frente a frente [...] al individuo desarmado contra el poder creciente y absorbente del Estado, ya que aquellos grupos naturales disueltos por el liberalismo como presuntas trabas de la libertad

⁶⁰ Paolo GROSSI, *Europa y el derecho*, pp. 19-24 y 32-33.

⁶¹ El autor recuerda la famosa ley *Le Chapelier* —así llamada por el nombre de su proponente— promulgada en junio de 1791, que proclamaba el *anéantissement*, la aniquilación, la absoluta cancelación de toda estructura corporativa. *Ibid.*, pp. 114-116.

⁶² *Ibid.*, pp. 115-116.

eran precisamente los que, limitando la omnipotencia de un único poder político, podían defender al individuo contra la prepotencia estatal, y garantizar la libertad social [...]”⁶³.

Finalmente, Böckenförde alude también a la influencia mutua que tuvieron la exacerbación del capitalismo y la supresión de los antiguos vínculos feudal-estamentales y corporativos, en la aparición de la desigualdad entre los individuos⁶⁴.

Lo anterior debe servirnos para relativizar el supuesto de que es el Estado –y sólo el Estado– el que debe salvar al individuo de la menesterosidad y que, por tanto, es la entidad que debe asumir de forma excluyente determinadas funciones de asistencia social. Hasta cierto punto llevada al extremo esta idea podría dificultar seriamente una participación de la sociedad en materias de ayuda y asistencia social.

En ese sentido, Montoro Romero estima al término *Estado de Bienestar* como confuso y engañoso porque es reduccionista: limita la existencia del Bienestar a la única acción del Gobierno o del Estado, de manera que no existe Bienestar fuera de esa acción o intervención [...] La asociación *Estado y Bienestar* tiene una clara legitimidad histórica, es cierto [...]”. Este autor llega a postular que

“cuestiones características del Bienestar, como pueden ser la pobreza, el desempleo, la educación o la salud, no surgieron como tales de forma socialmente espontánea, de manera que el Estado se las encontró en su camino y decidió actuar sobre ellas. Formaron parte constituyente del mismo proceso de formación del Estado moderno y, en definitiva, del Estado de Bienestar. [...] Con otras palabras, el Estado no encontró frente a la sociedad civil y decidió actuar sobre ella, sino que la subsumió en buena parte en su mismo proceso de conformación [...]. En este largo proceso, el Estado se ha apropiado del Bienestar hasta hacerlo consustancial a sí mismo, hasta impedir ver la posibilidad de Bienestar sin la presencia (total o parcial) del Estado”⁶⁵.

En sentido similar, Rosanvallon sugiere que no es el capitalismo, con sus contradicciones y la lucha de clases que le acompaña, el que da la clave del Estado-providencia, sino la propia evolución del Estado-nación moderno que, de asegurar la vida y propiedad de las personas –de acuerdo

⁶³ Álvaro D’ORS, “La Libertad”, p. 216.

⁶⁴ Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE, *Estudios sobre el estado de derecho y la democracia*, pp. 31-35.

⁶⁵ Ricardo MONTORO ROMERO, “La Reforma del Estado de Bienestar: Derechos, Deberes e Igualdad de Oportunidades”, p. 11.

a la formulación clásica de Locke y Hobbes–, pasa a asegurar la propia existencia de sus súbditos, gracias a la influencia del movimiento democrático e igualitario. El autor concluye que

“[s]in duda, ambas formas de organización [el “estado protector” y el “estado benefactor”] se apoyan en las mismas instituciones: pero ello se debe a que se fundamentan en una misma concepción del individuo y de sus relaciones con el Estado”⁶⁶.

Lo anterior tiene una importancia no menor, desde que un entendimiento rígido de los deberes y potestades del Estado en materia social excluyen la posibilidad de permitir que la sociedad –como término alternativo a los extremos “estado” e “individuo”– pueda efectuar un aporte no menor a la cuestión de la asistencia social.

De ahí la importancia del principio de subsidiariedad, con el que, de acuerdo a D’ors, se alude no “a las irreales pretensiones del primer liberalismo”, sino de la defensa de los grupos menores, de los grupos naturales intermedios entre el individuo, teóricamente defendido por el liberalismo, y el Estado, eficazmente encumbrado por el socialismo”⁶⁷.

Lo anterior resulta particularmente significativo en ordenamientos constitucionales como el chileno, donde el principio de subsidiariedad está claramente consagrado en la constitución de 1980⁶⁸. En nuestra opinión, ese principio de subsidiariedad es una potente base para fundar y consolidar un sistema en donde la sociedad pueda asumir –como de

⁶⁶ Pierre ROSANVALLON, *La crisis del Estado Providencia*, pp. 37-40. El autor menciona, respecto de Francia, los informes del Comité de Mendicidad de la Convención Constituyente, establecido por LA Rochefoucauld Liancourt en 1790, que preconizaban un programa que buscaba a la vez multiplicar la masa de propietarios, por medio del trabajo y sobre todo de la venta de propiedades nacionales, y poner en marcha mecanismos de asistencia pública para indigentes. Alude también al informe BARRERÉ del 11 de mayo de 1794, según el cual:

“En una República bien ordenada, cada ciudadano tiene alguna propiedad, la dignidad no se ve corrompida por la limosna; la aristocracia no puede usar el disfraz de la caridad pública para exigir una servidumbre, la palabra mendigo es desconocida, y la República se basta para ejecutar la gran ley de la beneficencia universal, por medio de regulaciones sabias y de una economía razonada. Sí, hablo de sus derechos porque, en una democracia que se organiza, todo tiene que tender a elevar a cada ciudadano por encima de las primeras necesidades, por medio del trabajo si no se trata de un inválido; de la educación si se trata de un niño, y del auxilio social si se trata de un anciano o un inválido. No olvidemos que el ciudadano de una República no puede dar un paso sin pisar su territorio, su propiedad”.

⁶⁷ Álvaro D’ORS, “La libertad”, pp. 216-219.

⁶⁸ Art. 1º, inciso 3º de nuestra Constitución.

hecho ha asumido, en Chile— importantes tareas de beneficencia y ayuda social, cubriendo aquellos sectores que el Estado no ha considerado o no puede abarcar⁶⁹. A nivel internacional, en tanto, Glendon propone un complemento entre el sistema de bienestar norteamericano y el sistema de bienestar europeo, para superar las debilidades de cada uno: en el primero, el descuido por los miembros más débiles de la sociedad; en el segundo, la sobrecarga fiscal y, a largo plazo, la insostenibilidad presupuestaria del régimen⁷⁰.

Con lo expuesto esperamos dejar claro que no queremos hacer apologías o filípicas a favor o en contra de la intervención de la sociedad o del Estado en materia de bienestar social. Simplemente, queremos evidenciar lo complejo del tema y nuestras dudas de que a través de una determinada teoría de la interpretación jurídica un juez constitucional en particular, y los juristas en general, puedan reemplazar y, en definitiva, eliminar el papel de la discusión democrática respecto de cuál es el mejor sistema que debe adoptar la sociedad, en un momento determinado, para enfrentar lo social.

⁶⁹ Por esto consideramos un gravísimo error el utilizar al principio de subsidiariedad como arma arrojadiza, reduciendo su utilidad a un argumento partisano, sea para justificar el libre mercado y una visión economicista de la sociedad, sea para estimular la ocupación de lo social por el Estado. El principio de subsidiariedad nace específicamente para librar a la sociedad tanto del liberalismo extremo, como del socialismo estatista. Ver al respecto Alejandro SAN FRANCISCO REYES, “Jaime Guzmán y el principio de subsidiariedad educacional en la Constitución de 1980”, pp. 527–548.

⁷⁰ Mary Ann GLENDON, “Rights in Twentieth-Century Constitutions”, pp. 520-521. La posibilidad de que parte del sistema de bienestar de un país esté en manos privadas, como ocurre en EE.UU., es un supuesto aceptado y estudiado por los especialistas en el tema, como un tipo de Estado de bienestar. De hecho, HEYWOOD señala que el término estado de bienestar puede aludir tanto a una tarea predominante o exclusiva y excluyente del Estado en la provisión de prestaciones sociales (sentido clásico del término), como a las políticas e instituciones que proporcionan prestaciones de esa naturaleza. Sin embargo, en este segundo sentido, un país como EE.UU. también se considera un “Estado de bienestar”. En Andrew HEYWOOD, *Introducción a la teoría política*, pp. 342-343. Por otra parte, un clásico en esta materia, ESPING-ANDERSEN, *Gøsta, The three worlds of welfare capitalism*, señala a EE.UU. como parte de uno de los tres sistemas de bienestar que detecta a nivel mundial. Incluso la OCDE considera que, cuando se considera el papel de las prestaciones sociales privadas y el impacto del sistema tributario, los niveles de gasto social se vuelven similares en todos los países de la OCDE, y mientras que Francia sigue siendo el país de mayor gasto social, *los Estados Unidos se mueve en la clasificación a la segunda posición*. OCDE, “Social spending is falling in some countries, but in many others it remains at historically high levels”, 2014, p. 1. Traducción y destacado nuestro.

6. *La propiedad de utilizar al derecho y a su operador, el juez, para solucionar los problemas sociales*⁷¹

De aquí nuestras prevenciones frente a las teorías de exigibilidad directa de los derechos sociales. Nuestros cuestionamientos y observaciones respecto de los problemas del constitucionalismo social no se refieren a la pertinencia o no de las ideas de libertad o igualdad positiva. Tampoco a la necesidad de igualar o no las condiciones de vida de los ciudadanos menos favorecidos. Asimismo, tampoco queremos pronunciarnos sobre la elección de los sistemas e ideologías que reconocen o niegan la necesidad de justicia social, o al papel que debe reservarse al Estado y a la sociedad en estas cuestiones.

Nuestras suspicacias, por el contrario, se dirigen a la cuestión de

- a) si son *los juristas* –y no los políticos– los encargados de determinar si ha de reconocerse o no la libertad fáctica como un problema político, y en qué sentido y medida;
- b) *si puede el derecho, en particular el derecho constitucional*, aplicado de forma directa, imponer una determinada forma de lidiar con lo social; y
- c) si todo ello ha de ser tarea del juez constitucional, a golpe de sentencias.

Si, como sostenemos aquí, la pobreza y lo justo social son temas complejos y debatibles, y en consecuencia, necesitamos un análisis complejo para un problema complejo, parece difícil aceptar como correcta la idea de que el derecho sea utilizado para imponer, de forma directa, una determinada forma de lidiar contra la pobreza. No es el jurista el que debe elegir si han de atenderse o no determinadas demandas sociales. No es el juez constitucional el que debe determinar si ha de involucrarse o no al Estado, y en qué medida, en el combate contra la pobreza. No es la doctrina jurídica la que debe determinar cuál es el sistema político que atienda de mejor o peor manera las necesidades sociales en el campo de la justicia social. Todo ello es labor de la Política. Lo contrario no es ni más ni menos que utilizar al juez, consciente o inconscientemente, como

⁷¹ Basada en nuestras ideas expuestas en: No se nos escapa que, precisamente por este problema, las doctrinas sobre los derechos sociales intentan demostrar que los problemas que nosotros estimaremos como indeterminados presentan, por el contrario, un contenido de naturaleza jurídica que está perfectamente claro. Al respecto, nos remitimos a nuestro trabajo del año 2013 “Los Jueces Constitucionales, la Política y la Deferencia Judicial”, publicado en el N° 2 de esta Revista, pp. 67-101, en relación a la incidencia de las teorías de interpretación judicial en el crecimiento del fenómeno del activismo judicial en general.

agente de determinadas opciones político sociales –no jurídicas–, sin pasar por el proceso democrático.

El respaldo jurisprudencial más notorio a nuestra posición deriva precisamente del Tribunal Constitucional cuya jurisprudencia ha acogido las ideas de libertad fáctica y procura existencial. El *Bundesverfassungsgericht*, que en la sentencia *Numerus Clausus*, de 1972⁷² reconoció la necesidad de presupuestos materiales mínimos para el ejercicio de los derechos civiles y políticos⁷³, y que en la sentencia *Hartz IV*⁷⁴, de 2010, junto a lo anterior, declaró como derecho subjetivo de origen constitucional el derecho a un mínimo vital, ha sido clarísimo en señalar que el principio del estado social del art. 20.1 de la Ley Fundamental de 1949, aunque con un importante valor interpretativo, no produce efectos directos⁷⁵; que la exigencia de los derechos sociales está sujeta a la “reserva de lo posible”⁷⁶; y, finalmente,

⁷² BVerfGE 33, 303.

⁷³ De acuerdo a la transcripción de SCHAWABE, en lo que interesa a este trabajo, el tribunal señala que “[...] la libertad de ejercer una profesión se realiza actualmente –sin perjuicio de las reglas especiales del servicio público que se encuentran en el Art. 33 de la Ley Fundamental [...]– de manera prevalente en el ámbito del derecho laboral y de las profesiones privadas, y se orienta básicamente a la protección de la personalidad, la autodeterminación de la vida y a garantizar la libertad frente a la coerción o las prohibiciones relacionadas con la elección y ejercicio de una profesión. Por el contrario, la libre elección de la educación tiene por naturaleza como objetivo el libre acceso a las instituciones; la libertad, sin el presupuesto efectivo de poder ejercerla, carecería de valor. Por esta razón, el proyecto de una ley marco para las universidades, parte del derecho que tiene todo alemán de poder ingresar a la universidad que elija, cuando está en capacidad de certificar las calificaciones requeridas para ese estudio...”. Tribunal Constitucional Federal Alemán, *Numerus Clausus*, BVerfGE 33, 303. (De acuerdo a la transcripción al castellano de Jürgen SCHWABE, *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen SCHWABE*, p. 353. Destacado nuestro). En tanto, asimismo, en *Hartz IV* también se encuentra, a nuestro juicio, una afirmación semejante en relación al mínimo vital, cuando el tribunal constitucional alemán señala que el derecho fundamental a la garantía de un mínimo de subsistencia [...] *asegura a cada persona en necesidad de asistencia, los prerrequisitos materiales que resultan indispensables para su existencia física y por un mínimo de participación en la vida social, cultural y política. Standard Benefit (“Hartz IV legislation”)* (Headnotes, §1. Traducción y destacado nuestro)

⁷⁴ BVerfGE 125, 175.

⁷⁵ Véanse al respecto Javier PÉREZ ROYO, “La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el Estado social”, p. 166; Pierre BON, “La protección constitucional de los derechos fundamentales: aspectos de derecho comparado europeo”, p. 50; Hartmut MAURER, *Derecho administrativo alemán*, p. 8; Wolfgang ABENDROTH, “El Estado de Derecho Democrático y Social como proyecto político”, pp. 28-30; y Antonio Carlos PEREIRA MENAUT, *Sistema político y constitucional de Alemania*, p. 34

⁷⁶ El concepto de la “reserva de lo posible” aparece en la sentencia *Numerus Clausus*, formulado en las siguientes palabras: “En tanto que los derechos de participación tampoco se encuentran restringidos de antemano a lo existente, se encuentran, sin embargo, bajo la reserva de lo posible en el sentido de lo que el particular puede exigir en forma

que la configuración de los derechos sociales, incluyendo el derecho al mínimo vital, corresponde al legislador, y no al juez⁷⁷. En otras palabras, el tribunal constitucional alemán defiende el tema de lo justo social al proceso político legislativo.

Por el contrario, la muestra más expresiva de los errores de judicializar estas materias, se advierte en la jurisprudencia de países como Brasil, Colombia e incluso Chile⁷⁸. Aunque una decisión activista no necesariamente equivale a una decisión errada⁷⁹, la litigación de derechos sociales en estos países de América Latina ha mostrado efectos nefastos en términos presupuestarios y sociales. Al reducir los litigios de derechos sociales a una cuestión que debe dirimirse entre dos intereses contrapuestos –por un lado, el estado y sus alegaciones presupuestarias; por otro, el interesado y sus necesidades sociales–, la litigación basada en el discurso de los “de-

razonable de la sociedad. Esto lo ha valorado el legislador en primer término como una responsabilidad propia, cuando para la elaboración de su presupuesto tiene que atender también a otros intereses sociales y cuando de acuerdo con la prescripción expresa del Art. 109, párrafo 2 de la Ley Fundamental tiene que tener en cuenta los requisitos del equilibrio económico [...]”. Parágrafo I.I, 2. (De acuerdo a la traducción contenida en Jürgen SCHWABE, *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*, pp. 354-355).

⁷⁷ En el caso de la sentencia *Hartz IV*, el párrafo de la sentencia más claro al respecto es, a nuestro juicio, el N° 138, según el cual, si bien el beneficio del mínimo de subsistencia ha sido fundamentalmente establecido en la Constitución, su alcance en términos del tipo de necesidades a satisfacer, y los medios necesarios para ello, no pueden ser derivados directamente de la Carta Fundamental. Esos factores dependen de los puntos de vista de la sociedad acerca de lo que es necesario para una existencia que se encuentre en línea con la dignidad humana, de las circunstancias concretas de las personas en necesidad de asistencia, y, finalmente, de las respectivas circunstancias económicas y técnicas de la sociedad. La evaluación respecto de qué es lo que es necesario aquí corresponde a la legislatura parlamentaria. Ella se encuentra obligada a dar forma concreta a los beneficios reclamados, tanto en los supuestos de hecho como en las consecuencias legales. La legislatura tiene margen de apreciación en determinar el alcance y contenido de los beneficios necesarios para asegurar el sustento individual, aunque ese margen será más estrecho en la evaluación de lo necesario para la existencia física, y más amplio cuando se trata del alcance y la posibilidad de participar en la vida social. Sentencia *Standard Benefit (“Hartz IV legislation”)*, § 138.

⁷⁸ En Chile, las sentencias roles N°s. 976, 1218, 1273, 1287 y 1770, del Tribunal Constitucional chileno, relativas al derecho a la salud y al derecho a la seguridad social, han favorecido al 16% más rico de la población chilena, que es el que puede utilizar el sistema privado de seguros de salud vigente en Chile (el sistema de ISAPRES). El porcentaje de usuarios del sistema de salud citado puede encontrarse en LARRAÍN, L., “Financiamiento del Sistema de Salud, Análisis de las Propuestas. Superintendencia de Salud. Propuestas de la Comisión Presidencial de Salud: Un análisis desde las Universidades y Centros de Estudios, Santiago de Chile”. y UNGER, J.-P., PAEPE, P. de, SOLIMANO CANTUARIAS, G., & ARTEAGA HERRERA, O., *Chile’s Neoliberal Health Reform: An Assessment and a Critique*, doi:10.1371/journal.pmed.0050079.

⁷⁹ K. D. KMIEC, “The Origin and Current Meanings of Judicial Activism”, p. 1473.

rechos sociales” ha favorecido de forma masiva a las capas medias y altas de la población, que son las que tienen el capital material y cultural para litigar. El dinero que paga las sentencias que les favorecen, en tanto, sale de los presupuestos destinados a pagar las políticas públicas que estaban destinadas a atender las necesidades de la clase más desfavorecidas⁸⁰.

Sin embargo, los problemas de reputar a la libertad fáctica como requisito necesario para la libertad política, no terminan aquí.

7. *El preocupante oscurecimiento del sentido libertario del constitucionalismo.*

Como hemos visto, parte importante en la justificación de los derechos sociales se encuentra en las revisadas críticas a la igualdad y libertad clásicas o formales, por considerarlas una especie de garantías de papel respecto de las personas económicamente vulnerables. Heywood resume esta idea de la siguiente manera:

“Los partidarios de la igualdad de resultados, tanto en el sentido moderado como en el radical, argumentan habitualmente que se trata de la forma más importante de la igualdad puesto que, sin ella, todas las demás formas de igualdad son una farsa. Los derechos jurídicos y civiles, por ejemplo, son de escaso beneficio a los ciudadanos que no tienen un empleo seguro, un salario decente, un techo sobre su cabeza, etc.⁸¹.”

Sin embargo, una cosa es reconocer las insuficiencias de la libertad e igualdad formales en términos prácticos –justamente, el tipo de reflexión que está a la base del nacimiento del Estado social, y que busca complementar aquellas con los derechos de segunda generación⁸²–, y otra muy distinta es ignorar el valor de las garantías constitucionales clásicas para la libertad política de las personas, y, en definitiva, para la existencia del propio constitucionalismo.

En este sentido, aunque estamos convencidos de que una inmensa mayoría de los estudiosos dedicados a estos temas tienen claro el peligro

⁸⁰ En el caso brasileño, véase, por ejemplo, Octavio MOTTA FERRAZ, “Harming the Poor Through Social Rights Litigation: Lessons from Brazil”, pp. 1643–1668. En el caso colombiano, véase Oscar PARRA VERA, “Derecho a la salud: elementos preliminares para una aproximación comparada”, pp. 85-145.

⁸¹ Andrew HEYWOOD, *Introducción a la teoría política*, pp. 330-331.

⁸² Que es lo que se explica en José Ignacio MARTINEZ ESTAY, *Jurisprudencia Constitucional Española sobre Derechos Sociales*, p. 26.

ya no sólo de criticar, sino de minusvalorar el contenido del constitucionalismo liberal, quisiéramos hacer notar algunas cuestiones en beneficio de la preservación del sentido original de nuestra disciplina.

Así por ejemplo, no deja de llamar la atención el que muchos de los hitos que se presentan como ejemplos preclaros de constitucionalismo social han sido, en realidad, ejemplos *catastróficos*, desde el punto de vista no ya sólo del liberalismo del siglo XIX, sino incluso desde el punto de vista del constitucionalismo de la segunda postguerra del siglo XX.

Conocida es, por ejemplo, la tendencia antiliberal de Bismarck, quien creó en Alemania, en la década de los '80 del siglo XIX, el primer Estado de bienestar moderno, que incluía un sistema de seguros médicos y de accidente, subsidio de enfermedad y pensiones.

“Desde el principio de su gobierno Bismarck se tuvo que enfrentar a la fuerza creciente del partido socialdemócrata. Primero llevó a cabo una vigorosa política de represión, prohibiendo el partido en 1878, expropiando sus periódicos y encarcelando a sus líderes. Para compensar la represión, decidió desarrollar una política social activa. «Los señores demócratas –escribió en sus memorias– tocaron la flauta en vano una vez que el pueblo se dio cuenta de que su bienestar estaba entre las preocupaciones de los príncipes”⁸³.

Por otro lado, todas aquellas reformas sociales fueron precedidas de profundas medidas no sólo antisocialistas, sino antiliberales, como son las promulgadas en 1878 que suprimen, entre otras cosas, los derechos de reunión y de asociación⁸⁴.

En cuanto a las Constituciones de comienzos del siglo XX que abrieron el camino de lo que hoy día conocemos como el constitucionalismo social, debe recordarse que la Constitución mexicana de 1917 amparó una dictadura de partido único durante más de 70 años⁸⁵.

⁸³ Pierre ROSANVALLON, *La crisis del Estado Providencia*, pp. 145-146. En el mismo sentido, Andrew HEYWOOD, *Introducción a la teoría política*, p. 345, quien critica que las razones históricas primeras del bienestar social, lejos de responder a los principios de justicia e igualdad, tuvieron relación con el interés de las grandes potencias de la época de construir una economía próspera y ejércitos poderosos, así como alejar a las masas del socialismo. Sin embargo, se trataba de un bienestar paternalista, que “[...] se ocupa de mitigar la necesidad material, pero solamente hasta el punto en que las masas trabajadoras dejan de plantear una amenaza para la minoría próspera. Además esta forma del bienestar es enteramente compatible con la supervivencia de la jerarquía”.

⁸⁴ Alonso FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, “El estado social”, p. 145.

⁸⁵ “Yo no creo que se pueda exonerar a México de esa tradición de dictaduras latinoamericanas. Creo que el caso de México, cuya democratización actual soy el primero en aplaudir, como todos los que creemos en la democracia, encaja en esa tradición con

Por su parte, la Ley Fundamental alemana de 1949 carece de derechos sociales, entre otras razones, precisamente por la desastrosa experiencia constitucional de Weimar⁸⁶. La dilución de los compromisos constitucionales sociales en normas programáticas⁸⁷, la sucesión de reivindicaciones de grupos diversos y contrapuestos que, consagradas como derechos, no lograron dar un rumbo claro a la acción estatal⁸⁸ y, en definitiva, la incapacidad de la constitución de Weimar para permitir el funcionamiento del sistema político y detener el ascenso de los nazis al poder⁸⁹, son causas directas de la opción del constituyente alemán de 1949 en este aspecto.

Finalmente, respecto de la Constitución española de 1931, y sin perjuicio de su fracaso en términos políticos, Araujo constata la introducción de medidas que no sólo se limitaron a proclamar la separación Iglesia-Estado, sino que fueron directamente en contra del derecho constitucional de libertad de conciencia, en su aspecto de libertad religiosa, politizando esta cuestión y agregando un factor más a lo que después concluiría en la cruenta guerra civil española⁹⁰.

Por otro lado, debe advertirse la perfecta compatibilidad de generosos regímenes estatales de bienestar con dictaduras y aun regímenes totalita-

un matiz que es más bien el de un agravante [...] México es la dictadura perfecta. La dictadura perfecta no es el comunismo. No es la URSS. No es Fidel Castro. La dictadura perfecta es México [...] Tiene las características de la dictadura: la permanencia, no de un hombre, pero sí de un partido. Y de un partido que es inamovible". VARGAS LLOSA, "México es la dictadura perfecta. Españoles, y latinoamericanos intervienen en la polémica sobre el compromiso y la libertad".

⁸⁶ Aunque ABENDROTH sostiene que ello fue producto de la presión de las fuerzas aliadas de ocupación. Véase Wolfgang ABENDROTH, "El Estado de Derecho Democrático y Social como proyecto político", pp. 27-29. En contra, David P. CURRIE, *The Constitution of the Federal Republic of Germany*, pp. 9-10.

⁸⁷ Wolfgang ABENDROTH, "El Estado...", *op. cit.*, p. 19, y Ernst FORSTHOFF, "Concepto y Esencia del Estado social de Derecho", p. 75.

⁸⁸ Reinhard RÜRUP, "Génesis y Fundamentos de la Constitución de Weimar", pp. 154-155.

⁸⁹ *Ibid.* pp. 126-127.

⁹⁰ El autor señala que si bien, dentro de ciertos límites, la declaración de aconfesionalidad del Estado, la no discriminación por razón de credo religioso, la libertad de cultos, la enseñanza laica y el divorcio vincular eran razonables, "aunque pudieran provocar una profunda conmoción en amplios estratos de la sociedad española", la Carta española incluyó otras normas "inspiradas en el rencor y la revancha" (dando lugar a un "laicismo negativo"). Entre esas medidas se encontraban, de acuerdo al autor, la disolución de la Compañía de Jesús, la supresión del presupuesto del clero, la prohibición de ejercer la enseñanza a las órdenes religiosas, el draconiano régimen económico y fiscal que se les impuso, y la "amplia y amenazante" posibilidad de nacionalizar sus bienes. Joan Oliver ARAUJO, "La Constitución Republicana de 1931", pp. 111-112.

rios de diverso signo⁹¹. En ese sentido, Fernández-Miranda Campoamor recuerda las acciones de bienestar estatal de regímenes conservadores, autoritarios, reaccionarios y, aun, claramente fascistas, como ocurrió con las políticas sociales de Mussolini, de Salazar o de Franco e, incluso, las del propio Hitler⁹².

Pisarello, por su parte, reconoce igualmente que las dictaduras fascistas y nacional-socialistas que siguieron a las experiencias republicanas de comienzos del siglo XX no renunciaron al lenguaje de las políticas sociales y de los derechos de los trabajadores. Muchas de las “leyes fundamentales” dictadas por estos regímenes –desde la Carta del Lavoro fascista hasta el Fuero del Trabajo franquista o la corporativa Constitución portuguesa de 1933– contemplaron la puesta en marcha de políticas sociales ambiciosas, pero racistas y discriminatorias, que sólo beneficiaban a los partidarios del régimen y venían acompañadas de una abierta negación de los derechos civiles, políticos y sindicales del resto de la población⁹³.

Bonavides señala, por su parte que

“la Alemania nazista, la Italia fascista, la España franquista, el Portugal salazarista fueron [...] Estados sociales. De la misma forma, Estado social la Inglaterra de Churchill y Attlee; los Estados Unidos, en parte, desde Roosevelt; Francia, con la Cuarta República, principalmente; y el Brasil, desde la Revolución del 30... Todo esto evidencia que el Estado social se compadece con regímenes políticos antagónicos, como son la democracia, el fascismo y el nacional-socialismo. Y asimismo, en cierto sentido, fuera del orden capitalista, con el bolchevismo”⁹⁴.

En tanto, Cranston estima que la inclusión de los derechos sociales en la DUDH representó una considerable victoria de los países socialistas en su momento, pues les permitió exhibir el cumplimiento de “derechos humanos” al tiempo que negaban a sus poblaciones los derechos civiles y políticos clásicos⁹⁵.

⁹¹ Aunque, por supuesto, la experiencia de la China contemporánea plantea la misma paradoja respecto del peor neoliberalismo, lo que debe ser una alerta para aquellos que piensan que la libertad económica y la apertura a los mercados son, por sí mismos, factores catalizadores de la libertad política.

⁹² Alonso FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, “El Estado Social”, p. 145. Al respecto, véase también ALY, Götz, *Hitler's beneficiaries, Plunder, race war, and the Nazi welfare state*, New York, Metropolitan, 2006, libro en el cual se sostiene que la adhesión del pueblo alemán a la dictadura hitleriana se explica no tanto por la represión política como por el generoso estado de bienestar que el régimen nazi ofreció a cambio.

⁹³ Gerardo PISARELLO, *Los derechos sociales y sus garantías*, p. 28.

⁹⁴ Paulo BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, pp. 545-546.

⁹⁵ Maurice CRANSTON, *What are human rights?*, p. 54.

Por lo anterior, estimamos de suma relevancia no confundir los conceptos, ni devaluar el valor del constitucionalismo liberal. Libertad real, fáctica o positiva, y libertad negativa son cosas distintas, y así han de ser consideradas y tratadas, en beneficio de un correcto entendimiento del constitucionalismo. Presentar, en cambio, ambos conceptos como inescindibles y convertir la libertad material en un contenido de importancia “igual o mayor” a la libertad negativa, constituye *una peligrosa deriva hacia la consagración de un contenido de fondo superior a la libertad política*.

En este sentido, Berlin advierte que, en nuestra época, el ascenso de la retórica de la libertad “positiva”, por lo menos en su versión deformada, es mucho más manifiesta, y continúa haciendo su papel histórico de excusa para el despotismo, en nombre de una mayor libertad (tanto en las sociedades capitalistas como en las anticapitalistas). La libertad “positiva”, concebida como respuesta a la pregunta “por quien he de ser gobernado”, es un fin universal válido. Agrega este autor que,

“Por las razones o causas que sean, la idea de libertad ‘negativa’ (concebida como respuesta a la pregunta ‘en qué medida he de ser gobernado’), por muy desastrosas que hayan sido las consecuencias de sus formas desenfadadas, no ha sido retorcida en la historia por sus teóricos con tanta frecuencia y eficacia, ni ha sido convertida en algo tan oscuramente metafísico y socialmente siniestro, como su idea paralela de libertad ‘positiva’. La primera puede transformarse en su contrario y seguir explotando las favorables asociaciones que llevan consigo sus inocentes orígenes. La segunda ha sido considerada mucho más frecuentemente tal como era, para bien o para mal; en los últimos cien años no han dejado de recalcarse sus implicaciones, que son más desastrosas. De aquí que a mí me parezca más necesario sacar a relucir las aberraciones de la libertad positiva que las de su hermana la libertad negativa”⁹⁶.

Es por eso que Böckenförde recuerda que no es correcto infravalorar las garantías jurídico formales y los procedimientos regulados propios del Estado de Derecho en su sentido formal; dichas garantías y los procedimientos formales, señala este autor, son precisamente lo que ampara y protege la libertad individual y social, en tanto son un medio de defensa frente a los ataques que se dirigen directamente contra individuos y grupos sociales en nombre de contenidos materiales, o de supuestos valores, establecidos o interiorizados como algo absoluto; “se revelan, pues, como instituciones de la libertad, que tiene poco que ver con el formalismo o incluso el positivismo”. Agrega que

⁹⁶ Isaiah BERLIN, *Cuatro ensayos sobre libertad*, pp. 48-49.

“la supresión de la libertad en los regímenes totalitarios no comienza nunca con un respeto escrupuloso a las garantías formales y los procedimientos, sino más bien con su quebrantamiento en nombre de un derecho material y pre-positivo superior, ya sea este el de la “religión verdadera”,

el de la “comunidad popular de miembros de la misma especie” o el del “proletariado [...]”⁹⁷.

En un sentido similar, ahora en el derecho norteamericano, recuérdese una conocida formulación del juez Posner en el asunto *Jackson v. City of Joliet*. Allí, afirma éste que

“Los hombres que escribieron el *Bill of Rights* no estaban preocupados de que el gobierno hiciera por el pueblo demasiado poco, sino de que *hiciera demasiado*. La enmienda XIV, adoptada en 1868 en plena vigencia del pensamiento de *laissez faire*, apuntaba a la protección del pueblo norteamericano de la opresión del Estado, no al aseguramiento de servicios gubernamentales básicos. Por supuesto, incluso en la era del *laissez faire*, sólo los anarquistas pensaban que el Estado no debía proporcionar el tipo de servicios de protección que se trata en este caso. Pero nadie pensó en las garantías constitucionales federales o el recurso de agravio federal [*federal tort remedies*] como medios para espolear a los Estados a proporcionar los servicios que cualquiera pudiese demandar”⁹⁸.

En otras palabras, agregamos nosotros, el constitucionalismo desaparece no cuando faltan garantías sociales o sistemas de bienestar. El constitucionalismo desaparece cuando desaparecen los derechos civiles y políticos. Por ello, Canosa Usera sostiene que

“La grandeza mayor del Estado social consiste precisamente en armonizar [...] fines potencialmente antagónicos, ya que no cabe invocar el principio democrático y el principio social contra la libertad. Por eso las políticas sociales del Estado para satisfacer las exigencias constitucionales de justicia social, encuentran su límite, impreciso pero insoslayable, en respetar, en lo esencial, el ámbito de las libertades negativas de estirpe liberal. En definitiva, el Estado social no puede dejar de ser Estado de Derecho porque si así fuera ya no sería en rigor Estado constitucional”⁹⁹.

⁹⁷ Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE, *Estudios sobre el estado de derecho y la democracia*, p. 42.

⁹⁸ Corte de Apelaciones de los EE.UU., 7° Circuito, 1983, *Jackson v. City of Joliet*, 23 de agosto, párrafo 8. Cursivas nuestras.

⁹⁹ Raúl CANOSA USERA, “Epílogo. Una reivindicación del Estado de Derecho”, p. 174.

8. Conclusiones

La concepción de libertad fáctica, así como en general las cuestiones relativas a la justicia social, lejos de representar cuestiones de sentido unívoco, son problemas complejos y de profundas connotaciones ideológicas. Por ello, cabe duda de si el juez constitucional tiene la competencia y capacidades suficientes para actuar de forma directa en este campo, efectuando elecciones de orden ideológico que ignoren, en la práctica, las decisiones que se tomen al respecto, en el marco del juego democrático, por los poderes político representativos.

En consecuencia, el derecho constitucional debería mantener una relativa neutralidad frente a las distintas posturas ideológicas que intentan enfrentar el tema de lo justo social, sea frente a la necesidad de otorgar o no esa ayuda, sea respecto de quien debe otorgarla. Las opciones legítimamente adoptadas por la comunidad política, en el juego democrático, dentro de los límites de lo constitucional, no debiera ser objeto de cuestionamiento jurídico. Las sociedades no pueden ser obligadas a seguir un determinado camino ideológico a través de la utilización partisana de nuestra disciplina. Son los gobiernos y las sociedades las que determinan libremente el cómo y cuándo han de afrontarse los problemas que aquejan a cada comunidad política.

Si ello es así, es necesario resguardar el papel que corresponde a la Política en la determinación de estas cuestiones. El legado del derecho constitucional clásico, de acuerdo a su historia, es tan simple como trascendente: el poder debe ser limitado; esa limitación se hace necesaria cualquiera sea el titular de dicho poder —en la democracia, la mayoría del pueblo— y el juez está a cargo de cuidar ese aparataje, en beneficio de la libertad y derechos de las personas. Estos fines no pueden ser minusvalorados en nombre de la justicia social o del combate a la pobreza, por urgentes que sean estos objetivos. Lo contrario desnaturalizaría la esencia del derecho constitucional y podría poner en riesgo la misma libertad política de las personas que los teóricos de los derechos sociales dicen defender.

Bibliografía

ABENDROTH, Wolfgang, "El Estado de Derecho Democrático y Social como proyecto político", en Wolfgang ABENDROTH, Ernst FORSTHOFF, & Karl DOEHRING (Eds.). *El Estado social*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, Colección Estudios Sociales, 1986, pp. 9-42.

- ABRAMOVICH, Víctor, y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Editorial Trotta, Serie Colección Estructuras y Procesos, Serie Derecho, 2002.
- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª ed., traducción de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Serie El Derecho y la justicia, 2007.
- ARAUJO, Joan O., “La Constitución Republicana de 1931”, en *Dereito*, Vol. 6, N° 1, 1997, pp. 107-119.
- ARISTÓTELES, *Política*, Buenos Aires, Losada, Serie Colección Griegos y Latinos, 2005, Vol. 1.
- ATRIA, Fernando, “Réplica. Derecho y Política a propósito de los derechos sociales”, en *Discusiones: derechos sociales*, Vol. IV, Alicante, España, 2004, pp. 145-176. Disponible en: <http://bib.cervantesvirtual.com/FichaObra.html?Ref=15574>. Consultada el 28 de diciembre de 2013.
- BERLIN, Isaiah, *Cuatro ensayos sobre la libertad*, traducción de Belén Urrutia, Madrid, Alianza Editorial, 2001.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, *Estudios sobre el estado de derecho y la democracia*, Madrid, Editorial Trotta, Serie Colección Estructuras y Procesos, Serie Derecho, 2000.
- BON, Pierre, “La protección constitucional de los derechos fundamentales: aspectos de derecho comparado europeo”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, N° 11, 1992, p.
- BONAVIDES, Paulo, *Curso de Direito Constitucional*, 15ª ed., Sao Paulo, Malheiros, 2004.
- CANOSA USERA, Raúl, “Epílogo. Una reivindicación del Estado de Derecho”, en Raúl CANOSA USERA & Jaime RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ (Eds.), *Jurisdicción de la libertad en Europa e Iberoamérica*, 2ª ed., Madrid, Reus, Colección de derecho constitucional, 2014, p. 165-175.
- CASPER, Gerhard, “Changing Concepts of Constitutionalism: 18th to 20th Century”, en *The Supreme Court Review*, Vol. 1989, 1989, pp. 311-332, doi: 10.2307/3109639
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, *Observación General N° 3. La índole de las obligaciones de los Estados Partes, párrafo 1 del artículo 2 del Pacto* 1-13. 1990.
- CRANSTON, Maurice, *What are human rights?* New York, Taplinger Pub. Co., 1973.
- CROSS, Frank B., “The Error of Positive Rights”, en *UCLA Law Review*, Vol. 48, 2001, pp. 857-924.
- CURRIE, David P., “Positive and Negative Constitutional Rights”, en *The University of Chicago Law Review*, Vol. 53, N° 3, 1986, pp. 864-890, doi:10.2307/1599586
- CURRIE, David P., *The Constitution of the Federal Republic of Germany*, Chicago, University of Chicago Press, 1994.
- D’ORS, Álvaro, “La libertad”, en: *Ensayos de teoría política*, Vol. 74, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1979, pp. 201-222.

- FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, Alonso, "El Estado Social", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Vol. 23, N° 69, 2003, pp. 139-180.
- FORSTHOFF, Ernst, "Concepto y Esencia del Estado social de Derecho", en Wolfgang ABENDROTH, Ernst FORSTHOFF, & Karl DOEHRING (Eds.), *El Estado social*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, Colección Estudios Sociales, 1986, pp. 69-107.
- GARCÍA-PELAYO, Manuel, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, 3ª ed., Madrid, Alianza, Serie Alianza universidad, 1977, Vol. 196.
- GLENDON, Mary A., "Rights in Twentieth-Century Constitutions", en *The University of Chicago Law Review*, N° 59, 1992, pp. 519-538.
- GLENDON, Mary A., "El Lenguaje de los Derechos", en *Revista Estudios Públicos*, N° 70, 1998, pp. 77-150.
- GROSSI, Paolo, *Europa y el derecho*, Barcelona, Crítica, Serie La construcción de Europa, 2008.
- HESSE, Konrad, "Capítulo III": Significado de los derechos Fundamentales, en Ernst BENDA, Werner MAIHOFFER, H. VOGEL, Konrad HESSE, & HEYDE (Eds.), *Manual de derecho constitucional*, Traducción de Antonio López Pina, 2ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2001, pp. 83-115.
- HEYWOOD, Andrew, *Introducción a la teoría política*, Valencia, Tirant lo Blanch, Serie Ciencia política, 2010, Vol. 32.
- KARTASHKIN, Vladimir, "Economic, Social and Cultural Rights", en Karel VASAK & Philip ALSTON (Eds.), *The International dimensions of human rights* Westport, Conn, Paris, France, Greenwood Press; Unesco, 1982, pp. 111-133.
- KMIEC, K. D., "The Origin and Current Meanings of Judicial Activism", en *California Law Review*, Vol. 92, N° 5, 2004, pp. 1441-1477.
- LETÉLIER, Valentín, "Los Pobres", *Anales de la Universidad de Chile*, 1896, pp. 137-144, doi:10.5354/0717-8883.1957.18979
- LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la constitución*, 2ª ed., traducción de Alfredo Gallego Anabitarte, Barcelona, Ariel, 1976, reimpresión 1986, Serie Ariel Derecho.
- MARTÍNEZ ESTAY, José I., *Jurisprudencia Constitucional Española sobre Derechos Sociales*, Barcelona, Cedecs, 1997, Vol. 1.
- MARTÍNEZ ESTAY, José I., "Los Derechos Sociales de Prestación en la Jurisprudencia Chilena", *Estudios Constitucionales*, Vol. 8, N° 2, 2010, pp. 125-166, doi: 10.4067/S0718-52002010000200006
- MAURER, Hartmut, *Derecho administrativo alemán*, traducción de Mª José Bobes Sanchez et al., México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie doctrina jurídica /Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, Vol. 637.
- MODERNE, Franck, "¿Cuál es el futuro del constitucionalismo social en la Europa contemporánea?", en Miguel CARBONELL (Ed.), *Derechos fundamentales y estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, 1ª ed.,

- México, D.F, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina jurídica, Vol. 96, 2002, pp. 493-527.
- MONTORO ROMERO, Ricardo, “La Reforma del Estado de Bienestar: Derechos, Deberes e Igualdad de Oportunidades”, en *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, N° 79, 1997, pp. 9-41.
- PEREIRA MENAUT, Antonio Carlos, *Rule of law o Estado de derecho*, Madrid, Marcial Pons - Ediciones Jurídicas y Sociales, Serie Prudentia iuris, 2003.
- PEREIRA MENAUT, Antonio Carlos, *Sistema político y constitucional de Alemania: Una introducción* (1ª ed.), Santiago de Compostela, España, Tórculo Edicions, 2003.
- PEREIRA MENAUT, Antonio Carlos, *Doce Tesis sobre la Política*, México D.F, Universidad Nacional Autónoma de México, 2008, Vol. 1.
- PÉREZ ROYO, Javier, “La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el Estado social”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Vol. 4, N° 10, 1984, pp. 157-181.
- PIOVESAN, Flavia, & STANZIOLA VIEIRA, Renato, “Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos no Brasil: desafios e perspectivas”, en *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, N° 15, 2006, pp. 128-146.
- PISARELLO, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías: Elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2007, Serie Colección Estructuras y Procesos, Serie Derecho.
- POYANCO BUGUEÑO, Rodrigo A. , “Los jueces constitucionales la política y la deferencia judicial”, en *Derecho Público Iberoamericano*, N° 2, Santiago, 2013, pp. 67-101.
- PLATÓN, *Diálogos*, 1ª ed., Madrid, Editorial Gredos, 1981-1988 (Reimpresión), Serie Biblioteca clásica Gredos.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, en Miguel CARBONELL, Juan A. CRUZ PARCERO, & Rodolfo VÁSQUEZ (Eds.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Serie Doctrina jurídica, Vol. 28, 2000, pp. 15-65.
- ROOSEVELT, F. D., “State of the Union Address (First Principles)”, 1944. Disponible en: https://thf_media.s3.amazonaws.com/2011/pdf/FP_PS27.pdf. Consultada el 29 de julio de 2014.
- ROSANVALLON, Pierre, *La crisis del Estado Providencia*, 1ª ed., traducción de Alejandro Estruch Manión, Madrid, Civitas, Serie Biblioteca Civitas Economía y Empresa. Colección Economía. Estudios y monografías, 1995.
- ROSENKRANTZ, C., *La pobreza, la ley y la constitución* (SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers núm. 15). Disponible en: http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1014&context=yls_sela. Consultada el 13 de enero de 2014.
- RÜRUP, Reinhard, “Génesis y Fundamentos de la Constitución de Weimar”, en J. J. CARRERAS ARES (Ed.), *El Estado alemán (1870-1992)*, Madrid, Marcial Pons, 1992, Ayer, Vol. 5, pp. 125-158.

- SCHWABE, Jürgen (ed.), *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán: Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe*, México, D.F., Konrad Adenauer Stiftung, Serie Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, 2009. Disponible en: http://www.kas.de/wf/doc/kas_16817-1522-4-30.pdf?090716233852. Consultada el 22 de diciembre de 2013.
- STOLLEIS, Michael, *Origins of the German welfare state: Social policy in Germany to 1945*, Berlin, New York, Springer, Serie German social policy, 2013, Vol. 2.
- TOCQUEVILLE, Alexis d., *Democracia y pobreza: Memorias sobre el pauperismo*, Madrid, Trotta, Serie Clásicos de la cultura, 2003, Vol. 21.
- WALDRON, Jeremy, *Derecho y desacuerdos*, Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Serie Colección Filosofía y Derecho, 2005.

JURISPRUDENCIA CITADA

Tribunal Constitucional alemán:

- 1972, BVerfGE 33, 303 (*Numerus Clausus*)
- 2010, BVerfGE 125, 175 (*Hartz IV*)

Corte de Apelaciones de los Estados Unidos, Séptimo Circuito, 1983, *Jackson v City of Joliet*, No. 715 F.2d 1200 (7th Cir 1983), 23 de agosto de 1983.

LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL SUBACUÁTICO EN LA CONVENCIÓN SOBRE LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL SUBACUÁTICO DE 2001

THE PROTECTION OF THE UNDERWATER CULTURAL HERITAGE IN THE CONVENTION ON THE PROTECTION OF THE UNDERWATER CULTURAL HERITAGE 2001

*Rubén Miranda Gonçalves**

Resumen

Este artículo aborda el desarrollo de la norma que llenó un vacío jurídico existente en la materia objeto de análisis. A lo largo de este estudio analizaremos el régimen jurídico de la Convención del Patrimonio Cultural Subacuático de 2001, estudiando su nacimiento, los objetivos y principios generales que establece y la protección del patrimonio cultural subacuático en los distintos espacios marinos. Por último, se hará referencia a la entrada en vigor de la misma y terminaremos con la relación de Estados que la han ratificado o aprobado.

El objeto de análisis es especialmente relevante, ya que debe tenerse en cuenta que hasta el año 2001 no existía ningún texto internacional que protegiese esta materia de manera específica.

Palabras clave: patrimonio cultural subacuático, Convención sobre la Protección del Patrimonio Cultural Subacuático, Derecho Público, explotación, Derecho del Mar.

Abstract

This article discusses the development of the rule that filled a legal vacuum on the matter to be analyzed. Throughout this study we will discuss the legal status of the Underwater Cultural Heritage Convention 2001,

* Doctorando en Derecho Administrativo en la Universidad de Santiago de Compostela. Profesor de Derecho Administrativo en el Máster de Abogacía de la Universidad Europea de Madrid y profesor en el Postgrado en Seguridad Internacional de la Universidad de Santiago de Compostela. Artículo recibido el 18 de mayo de 2016 y aceptado para su publicación el 30 de julio de 2016. Correo electrónico: Ruben.miranda@usc.es

studying its birth, objectives and the general principles that establishes and the protection of the underwater cultural heritage in various marine areas. Finally, it highlights its entry into force will and ends with the relation of states that have ratified or approved it.

The object of analysis is especially relevant since it should be noted that until 2001 there wasn't international text that would protect this area specifically.

Key words: underwater cultural heritage, Convention on the Protection of the Underwater Cultural Heritage, Public Law, spoliation, Law of the Sea .

1. *Nacimiento y creación*

Antes de entrar de lleno en el análisis de la Convención de 2001, parece necesario explicar cómo se llegó hasta ella y el porqué de su nacimiento y creación.

Hasta la entrada en vigor de la Convención que vamos a estudiar, no había ninguna norma en el ámbito internacional que protegiese esta materia, aunque fueron varias las ocasiones en que se intentó hacerlo, sin que se llegase a formalizar nada en concreto. Sí existían algunas recomendaciones, pero, como bien apunta Castillo Belinchón, “se carecía de un instrumento jurídico internacional que regulara esta materia”¹.

Sin duda alguna, el Patrimonio Cultural Subacuático es un claro atractivo para el saqueo y el expolio, ya que en el fondo marino se pueden encontrar piezas de valor incalculable que, de no existir una normativa que lo proteja, incentivaría a mucha gente e incluso a muchas a empresas a buscar provecho de las mismas. Como dato curioso, Fuentes Camacho indica que el perfil del expoliador no es igual en todos los casos y señala que pueden distinguirse tres grandes grupos de sujetos: expoliadores, intermediarios y adquirentes finales².

Ello condujo a una realidad incuestionable y es que, como bien apunta Bou Franch, “todo el patrimonio cultural subacuático se encuentra en la actualidad [...] amenazado de muerte”³. Esto se debe a numerosos factores, entre los que se pueden destacar: el saqueo y la expoliación por parte de la población y también

¹ Rocío CASTILLO BELINCHÓN, *ARQVA, Museo Nacional de Arqueología Subacuática: catálogo*, p. 40.

² Víctor FUENTES CAMACHO, *El tráfico ilícito internacional de bienes culturales*, pp. 33 y ss.

³ Valentín BOU FRANCH, *La protección jurídico internacional del patrimonio cultural. Especial referencia a España*, p. 192.

“la difusión generalizada de las bombonas de oxígeno comprimido y de las escafandras autónomas entre los submarinistas (...) y la utilización y difusión de instrumentos de detección remota, sobre todo el uso de detectores de objetos metálicos”⁴,

que llevan al propio saqueo y expolio de los bienes que se encuentran sumergidos⁵.

Como consecuencia de todo lo anterior, la UNESCO fue consciente de que tenía que buscar una solución. Todo el patrimonio cultural sumergido se encontraba en un verdadero peligro y, aunque existían normas internacionales que hacían ciertas referencias, como puede ser la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar –que no es un instrumento que proteja al patrimonio cultural subacuático–, desde la UNESCO se acordó que había que crear una norma concreta que regulase la materia.

El origen de esta Convención hay que buscarlo, según indica Aznar Gómez, en un foro de la International Law Association

“que en 1988 ya había establecido en su seno un Comité sobre el derecho del patrimonio cultural y que un año más tarde nombre a los profesores Patrick O’Keefe y James Nafziger como presidente y relator, respectivamente, del comité que empezaría a redactar un Proyecto de convención sobre el patrimonio cultural subacuático”⁶.

Se presentó a la UNESCO para que ésta lo sometiese a su análisis y, tras la adopción de la Decisión 5.5.1 que aprobó el Consejo Ejecutivo en la 146ª sesión, se decidió nombrar a un grupo de expertos sobre la materia para estudiarlo. Después de varias reuniones de expertos –se llegaron a hacer hasta cuatro reuniones de expertos gubernamentales⁷–, no se llegó a ningún acuerdo en concreto, debido a que había puntos con consenso y otros con discrepancias.

⁴ *Ibid.*

⁵ Puede traerse a colación el caso Odyssey y la fragata de guerra española “Nuestra Señora de las Mercedes”, que supuso uno de los mayores expolios de patrimonio cultural subacuático. Esta empresa, Odyssey, expolió 17 toneladas de plata acuñada en 594.000 monedas, entre otras reliquias. Tras el correspondiente litigio, se reconoció que todo lo sustraído correspondía a España y fue devuelto al Estado español todo el patrimonio. Puede consultarse más información en Pablo ÁLVAREZ RUBIAL, “Proceso judicial del caso Odyssey en Estados Unidos” (<http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4745-el-proceso-judicial-del-caso-odyssey-en-estados-unidos/>) Consultado el día 20 de marzo de 2016).

⁶ Mariano José AZNAR GÓMEZ, *La protección Internacional del Patrimonio Cultural Subacuático con especial referencia al caso de España*, p. 209.

⁷ *Ibid.* p. 196.

El asunto sobre el que no hubo discrepancias fue el relativo a la protección de todo el patrimonio cultural subacuático sin entrar en cuestiones de título o derechos de propiedad⁸.

Caso contrario, y objeto de duras discrepancias, fueron

“la exclusión o no de los precios de los buques de guerra [...], los asuntos jurisdiccionales, es decir, sobre todo el régimen jurídico de los objetos arqueológicos e históricos que se encontrasen más allá de la zona contigua pero antes de entrar en la zona internacional de fondos marinos, [...] y el reconocimiento o no de competencias o derechos al Estado ribereño y, en su caso, si ello suponía o no una derogación del régimen de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982”⁹,

entre otras.

Como ya hemos señalado, tras varias reuniones de expertos gubernamentales durante los años 1996, 1998, 1999 y 2001, finalmente, en esta última, y en el seno de la 31ª Conferencia General, se aprobó la Convención el día 2 de noviembre de 2001 recibiendo 87 votos a favor, 4 en contra y 22 abstenciones¹⁰, aunque, como veremos, ésta sólo entró en vigor el día 2 de enero de 2009¹¹.

Por lo que afecta a España, hay que destacar que fue uno de los primeros países que la ratificó, concretamente el día 6 de junio de 2005, y con ello, como señala Aznar Gómez, “lanzaba un mensaje político «queremos proteger el patrimonio cultural subacuático en el marco cooperativo de la Convención» al resto de Estados”¹².

⁸ *Ibid.* Nota al pie n°. 13.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ Puede verse el acta en el siguiente enlace, concretamente en lo que nos afecta, p. 561 *in fine*, cuando interviene la Secretaria: <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001289/128966m.pdf>. Consultado el 4 de abril de 2016. Los cuatro votos negativos se corresponden a Rusia, Noruega, Turquía y Venezuela. Las abstenciones corresponden a Alemania, Brasil, Colombia, Francia, Grecia, Gineá-Bissau, Islandia, Israel, Países Bajos, Paraguay, Reino Unido, República Checa, Suecia, Suiza y Uruguay.

¹¹ Puede complementarse la información al respecto en Tulio SCOVAZZI, *The 2001 UNESCO Convention on the protection of the underwater cultural heritage*, p. 9 y ss. Y también: Craig FORREST, *A Nes International Regime for the Protection of Underwater Cultural Heritage*, pp. 511 y ss.

¹² Mariano José AZNAR GÓMEZ, *La UNESCO y la protección internacional de la cultura en el espacio iberoamericano*, p. 139.

2. Objetivos y principios generales de la Convención del 2001

La Convención de 2001 se compone de 35 artículos y un anexo con 36 normas que el artículo 33 de la Convención califica como “parte integrante de ella”¹³.

En el artículo 2 de la misma nos encontramos con los objetivos, entre los que se destacan “garantizar y fortalecer la protección del patrimonio cultural subacuático” y preservarlo en “beneficio de la humanidad”.

Los principios generales que aparecen en el artículo 2 de la Convención están desarrollados, a su vez, en las normas que se encuentran en el anexo de la misma. La primera norma nos indica que la prioridad para proteger el patrimonio cultural será la conservación *in situ*¹⁴. Además, en este principio se hace referencia a las “actividades dirigidas al patrimonio cultural subacuático”, que a su vez son definidas en el artículo 1.6 de la Convención como aquellas

“cuyo objeto primordial sea el patrimonio cultural subacuático y que puedan, directa o indirectamente, alterarlo materialmente o causarle cualquier otro daño”.

En relación con estas actividades, la norma tres de la Convención nos indica que “no deberán perjudicarlo más de lo que sea necesario para los objetivos del proyecto”. Esta norma tiene sentido, ya que, como bien apunta Luna Erreguerena, cuando se realiza cualquier trabajo arqueológico en un sitio, es inevitable causar algún tipo de daño¹⁵. En la norma cuatro se prevé que las actividades dirigidas al patrimonio cultural subacuático “deberán servirse de técnicas y métodos de exploración no destructivos”. Como dice la autora citada anteriormente,

“esto, evidentemente, permitirá que el sitio conserve el contenido cultural original que mantuvo celosamente guardado durante tanto tiempo e incrementará las posibilidades de investigarlo de manera científica”¹⁶.

¹³ Artículo 33 Convención de 2001.

¹⁴ “La conservación *in situ* será considerada la opción prioritaria para proteger el patrimonio cultural subacuático. En consecuencia, las actividades dirigidas al patrimonio cultural subacuático se autorizarán únicamente si se realizan de una manera compatible con su protección y, a reserva de esa condición, podrán autorizarse cuando constituyan una contribución significativa a la protección, el conocimiento o el realce de ese patrimonio”.

¹⁵ Pilar LUNA ERREGUERENA, *Patrimônio Cultural e Ambiental. Questões legais e conceituais*, Annablume, p. 50.

¹⁶ *Ibid.* p. 51.

En el caso de que fuese necesario la realización de ciertos estudios científicos o la protección definitiva del patrimonio cultural subacuático, la misma norma cuatro nos indica que “las técnicas y los métodos empleados deberán ser lo menos dañinos posible y contribuir a la preservación de los vestigios”. En relación con ella estaría la norma número cinco, que indirectamente nos remite a las anteriores y nos indica que dichas actividades “evitarán perturbar innecesariamente los restos humanos o los sitios venerados”.

Al mismo tiempo, el artículo 2, apartado séptimo, establece que el patrimonio cultural subacuático no será objeto de explotación comercial y la norma número dos lo desarrolla estipulando que no está permitida la “explotación comercial de patrimonio cultural subacuático que tenga por fin la realización de transacciones, la especulación o su dispersión irremediable”. Respecto a esta cuestión, Bou Franch apunta que

“sin embargo, esta afirmación de principio no prohíbe la prestación de servicios arqueológicos profesionales o de servicios conexos necesarios cuya índole y finalidad sean plenamente conformes con la Convención de la UNESCO, y tengan la autorización de las autoridades competentes. Tampoco prohíbe el depósito del patrimonio cultural subacuático recuperado en el marco de un proyecto de investigación ejecutado de conformidad con esta Convención, siempre que dicho depósito cumpla una amplia serie de condiciones”¹⁷.

Para finalizar, conviene hacer mención al artículo 2 en su apartado segundo, que nos indica que “los Estados Partes cooperarán en la protección del patrimonio cultural subacuático”.

3. Protección del patrimonio cultural subacuático en los distintos espacios marinos según la Convención de 2001

3.1. LA DIVISIÓN JURÍDICA DEL ESPACIO MARINO

Antes de entrar en el análisis de la protección del patrimonio cultural subacuático en los distintos espacios marinos que aparece en la Convención de 2001, conviene hacer unas anotaciones previas para aclarar algunos conceptos que pueden resultar complejos si no se tiene un conocimiento sobre la materia. No explicaremos con profundidad la clasificación del

¹⁷ Valentín BOU FRANCH, *La protección jurídico...*, op. cit., p. 200.

espacio marítimo, porque no es objeto de nuestro estudio, pero sí daremos unas pinceladas muy breves para poder ubicarse.

En el espacio marino se pueden encontrar varias partes: aguas interiores, mar territorial, zona contigua, plataforma continental, zona económica exclusiva y alta mar.

Las aguas interiores, según el artículo 8.1 de la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar (CNUDM) y el artículo 5 de la Convención de Ginebra sobre mar territorial y zona contigua, son aquellas que están situadas “en el interior de la línea de base del mar territorial”¹⁸. Su límite exterior coincide con el límite interior del mar territorial y su límite interior coincide con tierra firme.

Por su parte, el mar territorial, cuya anchura aparece recogida en el artículo 3 de la CNUDM, es aquel que se extiende hasta un máximo de doce millas marinas contadas desde las líneas de base. Además, al igual que en las aguas interiores, el Estado ejerce plena soberanía en él¹⁹. En el caso español, nuestra ley 10/1977, de 4 de enero, sobre mar territorial, cumple con lo dispuesto en la normativa internacional y fija una anchura de 12 millas náuticas desde las líneas de base.

Posteriormente se encuentra la zona contigua, que es el espacio marino que sigue inmediatamente al mar territorial y abarca otras doce millas marinas desde el mar territorial y veinticuatro desde las líneas de base, institución recogida en el artículo 33 de la CNUDM y el artículo 24 de la Convención de Ginebra citada anteriormente, que la define como la “zona de alta mar contigua a su mar territorial”.

Otra de las partes del espacio marítimo es la plataforma continental, que aparece regulada en el artículo 76 de la CNUDM a cuyo tenor

“la plataforma continental de un Estado ribereño comprende el lecho y el subsuelo de las áreas submarinas que se extienden más allá de su mar territorial y a todo lo largo de la prolongación natural de su territorio hasta el borde exterior del margen continental, o bien hasta una distancia de 200 millas marinas contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial”.

También forma parte del espacio marino la Zona Económica Exclusiva (ZEE) que, según el artículo 55 de la CNUDM, “es un área situada

¹⁸ Las líneas de base son aquellas desde las cuales se mide el mar territorial y las demás zonas marítimas. (Artículo 3 de la Convención de Ginebra sobre mar territorial y zona contigua). La línea de base normal, “es la línea de bajamar a lo largo de la costa”, (artículo 5 CNUDM).

¹⁹ Carlos JIMÉNEZ PIERNAS, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, p. 490.

más allá del mar territorial y adyacente a éste”. Además, el artículo 57 del mismo texto legal nos indica que su anchura es de “200 millas marinas contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial”.

Por último, se encontraría la alta mar, cuya definición podemos encontrar en el artículo 1 de la Convención de Ginebra sobre Alta Mar, de 29 de abril de 1958, a cuyo tenor “se entenderá por ‘alta mar’ la parte del mar no perteneciente al mar territorial ni a las aguas interiores de un Estado”, concepto que fue ampliado en la Tercera Conferencia sobre el Derecho del Mar excluyéndose además del mar territorial y las aguas interiores, la zona económica exclusiva y las aguas archipelágicas.

Explicados estos conceptos básicos, procedemos a continuación al análisis de la protección del patrimonio cultural subacuático que se recoge en la Convención de 2001.

3.2. *EL PATRIMONIO CULTURAL SUBACUÁTICO SITUADO EN LAS AGUAS INTERIORES, ARCHIPELÁGICAS Y MAR TERRITORIAL*

La Convención de 2001, siguiendo lo recogido en los textos internacionales sobre Derecho del Mar, nos indica en su artículo 7 que los Estados, en base a su soberanía,

“tienen derecho exclusivo de reglamentar y autorizar las actividades dirigidas al patrimonio cultural subacuático en sus aguas interiores, archipelágicas²⁰ y mar territorial”.

Es tan importante la soberanía de los Estados que la propia Convención establece en su artículo 29 que

“al ratificar, aceptar, aprobar la presente Convención o adherirse a ella, un Estado o territorio podrá declarar ante el depositario que la presente Convención no se aplicará a determinadas partes de su territorio, sus aguas interiores, aguas archipelágicas o mar territorial e indicará en esa declaración las razones que la motivan”.

Cualquier objeto arqueológico que forme parte del patrimonio cultural subacuático situado tanto en las aguas interiores, archipelágicas o

²⁰ Según el artículo 49.1 de la CNUDM, “la soberanía de un Estado archipelágico se extiende a las aguas encerradas por las líneas de base archipelágicas trazadas de conformidad con el artículo 47, denominadas aguas archipelágicas, independientemente de su profundidad o de su distancia de la costa”.

mar territorial español estará bajo soberanía del Estado Parte, en nuestro caso, el Estado español. En este sentido, sería España quien reglamentaría y autorizaría las actividades dirigidas a su patrimonio cultural subacuático para protegerlo, impidiendo cualquier tipo de intromisión por parte de otro Estado.

Además, el artículo 18 de la Convención indica que cada Estado Parte tiene la obligación de adoptar

“medidas destinadas a la incautación de elementos del patrimonio cultural subacuático situado en su territorio, que haya sido recuperado de una manera no conforme”

a la Convención de 2001. En este sentido, España estaría legitimada para interceptar a un buque en su mar territorial si le constasen indicios racionales de que lleva, abordado del mismo, objetos que formen parte del patrimonio cultural subacuático español y hacerse con ellos. Aunque en un principio podría colisionar con lo dispuesto en la CNUDM en cuanto al derecho de paso inocente²¹ del que gozan los buques en el mar territorial, la Convención de 2001 lo permite en su artículo 18 apartado primero, ya que ese objeto sería “recuperado de una manera no conforme con la presente Convención”. Ese patrimonio cultural incautado deberá ser registrado y protegido por el Estado Parte según el artículo 18.2. Asimismo, para seguir protegiéndolo, el Estado Parte, además de velar por darle una disposición acorde con el bien general (artículo 18.4), tiene que notificar la incautación del patrimonio cultural subacuático al Director General de la UNESCO y

“a cualquier otro Estado que tenga un vínculo verificable, en especial de índole cultural, histórica o arqueológica con el patrimonio cultural subacuático de que se trate” (artículo 18.3).

Se establece, además, la obligación a los Estados Partes de velar por la aplicación de las normas contenidas en el anexo de la Convención en sus aguas interiores, archipelágicas y el mar territorial²². Estas últimas disposiciones serían aplicables a todo el patrimonio cultural subacuático, independientemente de la zona en la que se hallare.

²¹ Derecho que gozan los buques en el mar territorial. Según la CNUDM, ese paso inocente debe reunir una serie de características (arts. 17 y ss. de la CNUDM). Para considerar que hay paso inocente, éste deberá ser rápido e ininterrumpido. El paso es inocente mientras no sea perjudicial para la paz, el buen orden o la seguridad del Estado ribereño.

²² Guido CARDUCCI, *The protection of the Underwater Cultural Heritage*, p. 188.

3.3. *EL PATRIMONIO CULTURAL SUBACUÁTICO SITUADO EN LA ZONA CONTIGUA*

Al igual que en las aguas interiores, archipelágicas o mar territorial, la Convención de 2001 también prevé que el patrimonio hallado en la Zona Contigua sea protegido. Esta referencia aparece recogida en el artículo 8 de la misma, cuando dispone que

“sin perjuicio de lo dispuesto en los Artículos 9 y 10 y con carácter adicional a lo dispuesto en los mismos y de conformidad con el párrafo 2 del Artículo 303²³ de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, los Estados Partes podrán reglamentar y autorizar las actividades dirigidas al patrimonio cultural subacuático en su zona contigua. Al hacerlo, exigirán que se apliquen las Normas”.

Lo que nos quiere decir el artículo 303.2 de la CNUDM es que cualquiera eliminación del patrimonio cultural subacuático que se realice en la Zona Contigua y no lleve aparejada la autorización del Estado ribereño, puede entenderse como una infracción²⁴. Los Estados Partes pueden proclamar una Zona Contigua a su mar territorial, siempre que ésta no supere las 24 millas náuticas desde las líneas de base y, por tanto, tendrían potestad para sancionar²⁵.

Resulta curioso cómo en este precepto se hace uso del término “*podrán*”, de carácter potestativo, mientras que cuando nos referíamos a las aguas interiores, aguas archipelágicas y mar territorial, hablábamos de un derecho exclusivo (artículo 7). En base a esa potestad, el Estado Parte podrá reglamentar y autorizar las actividades dirigidas al patrimonio cultural subacuático en su Zona Contigua de forma similar a las aguas interiores, archipelágicas y mar territorial, aunque como bien se desprende del tenor literal de este artículo 8, esa reglamentación y autorización tiene que ser acorde con el artículo 303.2 de la CNUDM y, en consecuencia, con los artículos 9 y 10 de la Convención. En este artículo, apunta Bou Franch,

²³ Según el artículo 303.2 CNUDM, “a fin de fiscalizar el tráfico de tales objetos, el Estado ribereño, al aplicar el artículo 33, podrá presumir que la remoción de aquellos de los fondos marinos de la zona a que se refiere ese artículo sin su autorización constituye una infracción, cometida en su territorio o en su mar territorial, de las leyes y reglamentos mencionados en dicho artículo”.

²⁴ Así lo considera también Anastasia STRATI, *The protection of the Underwater Cultural Heritage: An Emerging Objecting of the Contemporary Law of the Sea*, p. 165.

²⁵ Markus RAU, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, p. 413.

“está implícita la idea de que la autorización de la remoción de los objetos arqueológicos e históricos en la Zona Contigua es una competencia exclusiva del Estado ribereño, siempre que este Estado haya previsto tal posibilidad en su legislación interna”²⁶.

Por tanto, vemos que hay cierta similitud con lo que indicamos en relación con las aguas interiores, archipelágicas y mar territorial, salvando el verbo, teniendo en cuenta que en un caso hablamos de una obligación y, en este caso, de una potestad, siempre que se incluya en la legislación interna del Estado en cuestión.

3.4. *EL PATRIMONIO CULTURAL SUBACUÁTICO SITUADO EN LA ZONA ECONÓMICA EXCLUSIVA Y PLATAFORMA CONTINENTAL*

La Convención de 2001 también quiere proteger el patrimonio cultural subacuático que se encuentre en la Zona Económica Exclusiva y en la Plataforma Continental (PC), siendo las dos zonas en donde más cantidad de patrimonio cultural sumergido se puede encontrar y en donde los derechos y obligaciones no estaban resueltos claramente por el derecho en vigor²⁷, y lo hace en sus artículos 9 y 10. En ellos se establece la obligación que tienen todos los Estados Partes de proteger el patrimonio cultural subacuático en dichas zonas. El artículo 9 se centra en la información y notificación del patrimonio cultural subacuático hallado en la ZEE y en la PC y el artículo 10 se centra más en la protección del mismo.

En este último se establece que

“no se concederá autorización alguna para una actividad dirigida al patrimonio cultural subacuático situado en la Zona Económica Exclusiva o en la Plataforma Continental”,

a lo que sigue “salvo lo dispuesto en el presente artículo”. Lo que a primera vista parece una prohibición no lo es, porque en su apartado segundo se señala que ese Estado parte “tiene derecho a prohibir o a autorizar cualquier actividad dirigida a este patrimonio”, cuando con ello se impida cualquier intromisión en sus derechos soberanos o de jurisdicción en la ZEE o la PC.

El único derecho que se le reconoce al Estado Parte o ribereño es el de prohibir o autorizar esas actividades sobre su patrimonio cultural su-

²⁶ Valentín BOU FRANCH, *La protección jurídico...*, op. cit., p. 213.

²⁷ Mariano José AZNAR GÓMEZ, *La protección Internacional del Patrimonio Cultural Subacuático con especial referencia al caso de España*, p. 249.

mergido, siempre que se dé el requisito de “impedir cualquier intromisión en sus derechos soberanos o jurisdicción”.

Otra manera de proteger el patrimonio cultural subacuático en la Zona Económica Exclusiva y en la Plataforma Continental es prohibiendo o autorizando cualquier actividad dirigida a él para impedir cualquier intromisión en sus derechos soberanos o jurisdicción, tal como consta en el artículo 10.2 de la Convención.

Continúa señalando el artículo 10 en su apartado tercero que, en el caso de descubrirse patrimonio cultural subacuático en la Zona Económica Exclusiva o en la Plataforma Continental de un Estado Parte, o bien cuando se tenga intención de llevar a cabo una actividad dirigida a ese patrimonio cultural sumergido, el Estado Parte tiene que consultar a los demás Estados Partes que hubiesen mostrado interés en consultar cómo asegurar esa protección. Además, este Estado Parte en donde se halla el patrimonio cultural sumergido en cuestión, salvo que renuncie a ello, será el que va a coordinar las consultas.

Como Estado coordinador, indica el artículo 10 en su apartado 4 que para proteger el patrimonio cultural sumergido puede adoptar todas las medidas viables conformes al derecho internacional y/o conceder cualquier autorización para impedir todo peligro inmediato para el patrimonio cultural subacuático, incluido el saqueo. Juste Ruíz apunta que es una de las disposiciones clave del convenio, ya que “sería ilusorio esperar que dichas medidas fueran adoptadas por el Estado del pabellón”²⁸. Además, al Estado coordinador se le encomienda que ponga en práctica las medidas de protección acordadas por los Estados que participen en la consulta, expedirá todas las autorizaciones necesarias con respecto a las medidas que se acuerden y realizará toda investigación preliminar que resulte necesaria en el patrimonio cultural subacuático (artículo 10.5).

Como hemos podido observar, en aguas interiores, archipelágicas o mar territorial la protección del patrimonio cultural sumergido no plantea mayores problemas. Cuando se trata de objetos que se encuentran en la Zona Económica Exclusiva o en la Plataforma Continental ya no resulta tan sencillo. Se necesita negociación y colaboración entre todos los Estados que resultan afectados, aunque con la coordinación del Estado ribereño en cuestión²⁹.

²⁸ José JUSTE RUIZ, “La protección internacional de los hallazgos marítimos de interés histórico y cultural”, p. 63.

²⁹ Pueden consultarse, para mayor información, Umberto LEANZA, *La zona archeologica marina e la protezione dei beni culturali subacquei*

3.5. *EL PATRIMONIO CULTURAL SUBACUÁTICO SITUADO EN LA ZONA DE FONDOS MARINOS Y OCEÁNICOS*

Aunque nada se dice en la Convención de 2001 sobre la alta mar, sí aparecen referencias a la Zona, entendida ésta como los fondos marinos y oceánicos y su subsuelo fuera de los límites de la jurisdicción nacional³⁰, en los artículos 11 y 12.

El régimen es similar al que hemos explicado en el apartado anterior. Una vez más, todos los Estados Partes tienen que proteger el patrimonio cultural subacuático en la Zona, pero ahora ciñéndose a la Convención y al artículo 149 de la CNUDM, según el cual esos bienes culturales sumergidos que fueron localizados en la Zona van a pertenecer y deberán ser aprovechados en beneficio de la humanidad en su conjunto. Cuando se encuentre patrimonio cultural sumergido o cuando se quiera efectuar una actividad dirigida al mismo, habrá que informar al Director General y al Secretario de la UNESCO del descubrimiento o de las actividades dirigidas al patrimonio cultural subacuático, mientras que en la ZEE y en la PC no era así, porque había que notificarlo al Estado ribereño (artículo 11.2 Convención).

Una vez que se ha informado de la existencia de ese patrimonio cultural subacuático, el Estado Parte pondrá en marcha todos los mecanismos para garantizar su protección. Mientras en la ZEE y la PC era el Estado ribereño quien invitaba a los Estados con vínculos a efectuar consultas y a designar al Estado coordinador, aquí será el Director General de la UNESCO quien asuma esa función (artículo 12.2).

Se vuelve a establecer que no se concederán autorizaciones para actividades dirigidas al patrimonio cultural subacuático situado en la Zona, salvo que dicha autorización sea el resultado del mecanismo previsto de consultas, tal y como se desprende del mismo artículo 12.

Para concluir, debemos señalar que también se ha previsto, al igual que en la ZEE y en la PC, la adopción de medidas viables, de ser necesario, antes de efectuar consultas, con el fin de impedir todo peligro inmediato para el patrimonio cultural subacuático. Ahora bien, mientras en la ZEE y la PC las adoptaba el Estado coordinador, aquí se produce un cambio de gran calado y las pueden adoptar todos los Estados (artículo 12.3).

En caso de no cumplirse lo dispuesto en la Convención de 2001, la misma regula en su artículo 17 que los Estados Partes impondrán sanciones en relación a las infracciones que puedan cometerse. No nos detalla ningún elenco de sanciones, sino que se indica que deberán ser lo “suficientemen-

³⁰ Artículo 1.5 Convención de 2001.

te severas” para hacer efectivo el cumplimiento de la Convención y que éstas deberán privar a los infractores de los beneficios derivados de las actividades ilícitas, para así evitar que se cometan infracciones.

4. *Entrada en vigor de la Convención de 2001*

Tal y como apuntamos al inicio de este capítulo, debemos destacar que aunque la Convención fue aprobada por 87 votos a favor, no todos los Estados que votaron favorablemente el día en que se adoptó la han ratificado³¹, aprobado³² o aceptado³³.

El artículo 26 de la Convención de 2001 dispone, por un lado, que debe ser ratificada, aceptada o aprobada por los Estados miembros de la UNESCO y, por otro, que estará sujeta a la adhesión³⁴

“(a) de los Estados que no sean miembros de la UNESCO pero que sean miembros de las Naciones Unidas o de un organismo especializado del sistema de las Naciones Unidas o del Organismo Internacional de Energía Atómica, así como de los Estados Partes en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, y de cualquier otro Estado al que la Conferencia General de la UNESCO haya invitado a adherirse a la presente Convención”

y

“(b) de los territorios que gocen de plena autonomía interna reconocida como tal por las Naciones Unidas, pero que no hayan alcanzado la plena independencia de conformidad con la Resolución 1514 (XV) de la Asamblea General, y que tengan competencia sobre las materias regidas por esta Convención, incluida la de celebrar tratados en relación con ellas”.

³¹ La ratificación aparece reflejada en los artículos 2.1b, 14.1 y 16 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 y por la misma se puede entender que designa el acto internacional a través del cual un Estado manifiesta su consentimiento en obligarse por un Tratado.

³² La aprobación, según el artículo 2.1b y 14.2 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (1969), expresa el consentimiento de un Estado en obligarse por un Tratado. Tiene el mismo efecto jurídico que la ratificación.

³³ Al igual que la aprobación, con la aceptación un Estado se obliga por un Tratado.

³⁴ Debe entenderse que la adhesión es un acto mediante el cual un Estado acepta la posibilidad de formar parte de un tratado que ya fue negociado y firmado por otros Estados. Además posee los mismos efectos jurídicos que la ratificación. NACIONES UNIDAS, *Manual de Tratados*, p. 9.

En todo caso, esos instrumentos de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión tienen que ser depositados ante el Director General.

Asimismo, en consonancia con lo anterior, la Convención comenzó a surtir efectos el día 2 de enero de 2009, ya que en el artículo 27 se hacía mención a que la misma entraría en vigor pasados tres meses desde que se depositase el “vigésimo instrumento a que se refiere el Artículo 26”. Es decir, hubo que esperar a que 20 Estados depositasen su instrumento de ratificación o aceptación.

Aun aprobándose en el año 2001, tuvieron que pasar casi dos años más para que el primer país, Panamá, ratificase dicho instrumento el día 20 de mayo de 2003. Según pasaba el tiempo y no se llegaba al mínimo de 20 Estados, algunos autores no se mostraban muy partidarios de que entrase en vigor, al menos a corto plazo³⁵. A día de hoy siguen sumándose nuevos Estados, tales como Baréin, Hungría y la República Cooperativa de Guyana. Hasta la fecha, sólo 48 Estados forman parte de esta Convención. 44 de ellos la han ratificado³⁶ y otros 4 la han aceptado³⁷.

5. Bibliografía

ÁLVAREZ RUBIAL, Pablo, “Proceso judicial del caso Odyssey en Estados Unidos”, 2012, Disponible en: <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4745-el-proceso-judicial-del-caso-odyssey-en-estados-unidos/> Consultada el 20 de marzo de 2016.

AZNAR GÓMEZ, Mariano José, *La protección Internacional del Patrimonio Cultural Subacuático con especial referencia al caso de España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.

AZNAR GÓMEZ, Mariano José, “Protección en el espacio iberoamericano del patrimonio subacuático y convenios de la UNESCO”, *La UNESCO y la protección internacional de la cultura en el espacio iberoamericano*, Madrid, Thomson Reuters, 2011.

³⁵ FRANCISCO JESÚS CARRERA HERNÁNDEZ, *Protección internacional del patrimonio cultural submarino*, p. 80.

³⁶ Panamá, Bulgaria, Croacia, España, Libia, Nigeria, Lituania, México, Paraguay, Portugal, Ecuador, Ucrania, Santa Lucía, Camboya, Cuba, Montenegro, Eslovenia, Granada, Túnez, Eslovaquia, Albania, Bosnia y Herzegovina, Irán, Haití, Jordania, Saint Kitts y Nevis, Italia, Argentina, Honduras, Trinidad y Tobago, República Democrática del Congo, San Vicente y las Granadinas, Namibia, Marruecos, Benin, Jamaica, Palestina, Francia, Antigua y Barbuda, Togo, Bélgica, Bahrein, Hungría, Guyana, Madagascar, Argelia, Guatemala, Arabia Saudita y Ghana.

³⁷ Líbano, Rumanía, Barbados y Gabón. Consultado en la página web oficial de la UNESCO: <http://www.unesco.org/eri/la/convention.asp?KO=13520&language=S> el día 20 de mayo de 2014.

- BOU FRANCH, Valentín, "La Convención de la UNESCO sobre la protección cultural subacuática", *La protección jurídico internacional del patrimonio cultural. Especial referencia a España*, Madrid, Colex, 2009.
- CARRERA HERNÁNDEZ, Francisco Jesús, *Protección internacional del patrimonio cultural submarino*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 2005.
- CARDUCCI, Guido, "The expanding protection of the underwater cultural heritage: The new UNESCO Convention versus existing international law", *The protection of the Underwater Cultural Heritage*, Milán, Giuffrè, 2002.
- CASTILLO BELINCHÓN, Rocío, "El patrimonio cultural subacuático", ARQVA, *Museo Nacional de Arqueología Subacuática: catálogo*, Madrid, Ministerio de Cultura-Secretaría General Técnica, 2008.
- FORREST, Craig, *A Nes International Regime for the Protection of Underwater Cultural Heritage*, 34 ICLQ, 2002.
- FUENTES CAMACHO, Víctor, *El tráfico ilícito internacional de bienes culturales*, Madrid, Beramar, 1993.
- JIMÉNEZ PIERNAS, Carlos, "Régimen jurídico de los espacios marinos (I): aguas interiores, mar territorial y zona contigua", en Díez de Velasco, Manuel (dir.) *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Madrid, Tecnos, 2013, p. 490.
- JUSTE RUIZ, José, "La protección internacional de los hallazgos marítimos de interés histórico y cultural", *Anuario de Derecho Marítimo*, Vol. XX, 2003, p. 63.
- LEANZA, Umberto, "La zona archeologica marina e la protezione dei beni culturali subacquei" en *La protezione internazionale e la circolazione comunitaria del beni culturali mobili*, ed. PAONE Pascuale, Nápoli, 1998, p. 91.
- LUNA ERREGUERENA, Pilar, "A importância do anexo da convenção do patrimonio cultural subaquático", En *Patrimônio Cultural e Ambiental. Questões legais e conceituais*, São Paulo: Annablume, 2009, p. 51.
- NACIONES UNIDAS (2001) *Manual de Tratado*. Preparado por la Sección de Tratados de la Oficina de Asuntos Jurídicos.
- RAU, Markus, "The UNESCO Convention on Underwater Cultural Heritage and the International Law of the Sea". *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol. 6, Max Planck Netherlands: Foundation, 2002, p. 413.
- SCOVAZZI, Tulio, *The 2001 UNESCO Convention on the protection of the underwater cultural heritage*, 11 IYIL, 2001.
- STRATI, Anastasia, *The protection of the Underwater Cultural Heritage: An Emerging Objecting of the Contemporary Law of the Sea*, La Haya: Kluwer Law International, 1995.

Estudios
sobre teoría política

PUEBLO Y POPULISMO: NUEVAS PERSPECTIVAS

PEOPLE AND POPULISM: NEW PERSPECTIVES

*Miguel Ayuso Torres**

Resumen

Para comprender el significado del populismo contemporáneo se hace preciso repasar primero el significado del ‘pueblo’, a veces confundido en el pensamiento moderno con la nación o con el tercer Estado, a diferencia del pensamiento clásico, caracterizado por la organicidad. El populismo no deja de ser una cierta reacción contra el liberalismo político, pero tocada del mismo liberalismo filosófico más que por el veteromarxismo.

Palabras claves: Pueblo, nación, tercer Estado, “popularismo”, populismo, postmodernidad

Abstract

For understanding contemporary populism it is necessary to consider first the meaning of the ‘people’, sometimes mistaken in modern thinking for nation or third state, differently from classic thinking, characterized by organicity. Populism therefore is not other than a reaction against political liberalism, but influenced more by the same (philosophical) liberalism more than by old marxism.

Keywords: People, Nation, Third State, “Popularism”, Populism, Post-modernity

1. Ideología y lenguaje ideológico

No se puede negar la importancia y la actualidad de la cuestión que afronta este trabajo. Nos hallamos, respecto de la primera, ante un asun-

* Doctor en Derecho, catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Pontificia de Comillas (España). Doctor honoris causa de la Facultad de Derecho de la Universidad de Udine (Italia). Artículo recibido el 10 de mayo de 2016 y aprobado para su publicación el 30 de julio de 2016, correo electrónico: mayuso@icade.comillas.edu

to central en muchos terrenos, aunque principalmente en el político. La relevancia, en segundo lugar, se presenta sin embargo acrecida en nuestros días, en los que es de advertir una notable confusión a propósito del “pueblo” y el “populismo”. No son ciertamente sólo de nuestro tiempo los malentendidos e incluso las instrumentalizaciones del “pueblo”. Pero hoy la cuestión, debido al uso ideológico del lenguaje, se presenta con particular gravedad. Y es que si la ideología obstaculiza la penetración de la sustancia de las cosas y de sus problemas, el uso ideológico del lenguaje impide consiguientemente la comunicación.

La ideología, que no es simple doctrina u orden de principios, es un sistema cerrado de ideas que se constituye en fuente de toda verdad, fundiendo en una sola las funciones especulativa y práctica de la inteligencia, para volcarla entera a una tarea taumatúrgica que ha de realizarse sobre el hombre (para transformarlo radicalmente) y sobre la sociedad (única y definitiva dimensión real del hombre nuevo que, de resultas, debe ser absolutamente cambiada a fin de que sea expresión fiel y crisol del cambio del individuo)¹. La ideología es simple y unitaria. En efecto, aunque presenta distintas caras (intelectual, moral, psicológica y sociológica), es la fusión de todas en algo simple, elemental y monolítico. Y, aunque se han dado diversas encarnaciones de ella, a veces además en lucha, no han sido ni son independientes, sino que subyace a todas una actitud fundamental².

Deriva de ahí otro fenómeno, cual es el de degradación lógica del uso del lenguaje³, que pierde su riqueza analógica, aprisionado entre las rigideces del univocismo y el piélagos de la equivocidad. Aristóteles, de quien la recibieron los pensadores de la Escolástica, acuñó una norma sobre la utilización lógicamente correcta del lenguaje: “Al dar nombre a las cosas sígase el uso de la multitud”⁴. De manera que uno de los síntomas más alarmantes de la confusión de nuestro tiempo es la imposibilidad

¹ Dalmacio NEGRO, *El mito del hombre nuevo*.

² Juan Antonio WIDOW, *El hombre, animal político. Orden social, principios e ideologías*, pp. 173 y ss. Podríamos remitir también a la extensa obra de Juan VALLET DE GOYTISOLO, que el propio Widow ha sintetizado muy acertadamente: “Las ideologías vistas por Vallet”, *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisoló*, pp. 763 y ss. De aquél véase Juan VALLET DE GOYTISOLO, *Ideología, praxis y mito de la tecnocracia*. Véase también, finalmente, José Pedro GALVÃO DE SOUSA, *O Estado tecnocrático*. Sobre el asunto del “fin” o el “crepúsculo de las ideologías”, hay un sintético *status questionis* en mis “¿Terminaron las ideologías? Ideología, realidad y verdad”, pp. 767 y ss., y “Tecnocracia como gobierno. Reflexiones sobre la teoría y la praxis en la España contemporánea”, pp. 647 y ss.

³ Juan Antonio WIDOW “La revolución en el lenguaje político”, pp. 773 y ss.

⁴ ARISTÓTELES, *Tópica*, II, 2, 110a 15-18; SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Summa contra gentes*, I, 82, 2; *De veritate*, 4, 2. Josef PIEPER, *Werke*, pp. 200 y ss. El texto se llama “El filósofo y el lenguaje. Observaciones de un lector de Santo Tomás”.

práctica de su aplicación en muchas cuestiones, como si no hubiese uso común de algunas palabras. Lo que es particularmente palmario en el lenguaje político:

“El lenguaje político, concretamente, está lleno de significaciones equívocas, que imposibilitan la coherencia en el planteamiento de los problemas. Y se dan también en él frecuentemente rigideces, por las que se toma en estricta significación unívoca términos que en otros tiempos estaban llenos con un sentido de rica analogía, que posibilitaban un empleo coherente a la vez que amplio y flexible en su referencia a la múltiple y armónica realidad social. Y en esta situación de rigidez y de equivocidad, los términos se convierten en armas al servicio de la dialéctica revolucionaria”⁵.

Finalmente, ese abuso del lenguaje, de matriz ideológica, supone a su vez el abuso de poder. La relación entre la corrupción de la palabra y la degeneración del poder político ha sido indagada desde bien antiguo, pero acecha en todo momento. Pues el peligro denunciado, por ejemplo, por Platón contra los sofistas, acompaña en todo momento la vida del espíritu y de la sociedad. Y es que en la corrupción de la palabra –ha explicado Pieper– radica la malignidad de toda sofística. En efecto, aquélla adviene cuando se hace un arte del lenguaje, poniendo entre paréntesis su naturaleza de elemento mediador de toda existencia espiritual. Y, como quiera que la conquista de la palabra es ambivalente, su corrupción puede llegar también por dos vías que, aunque distinguibles, no son finalmente separables: en primer término, el valor de la palabra consiste en que en ella se hace patente la realidad –se habla para dar a conocer, al nombrarlo, algo real–, por lo que la llamada “emancipación respecto del objeto” sólo puede entenderse como indiferencia respecto de la verdad; en segundo lugar, resalta el carácter comunicativo de la palabra –pues es un signo objetivo, sí, pero para alguien–, de manera que ese lenguaje liberado de lo real, deja de tener por finalidad la comunicación, descubriéndose en cambio la sombra torva de la dominación⁶.

Es comprensible, pues, que la contraposición sin argumentos conduzca a encontrar la solución de las dificultades en el poder más que en la razón. La contraposición, en otras palabras, no logra transformarse en controversia, que no es conflicto sino medida dialéctica⁷. Y, así, regresando

⁵ Francisco CANALS, “Patrias, naciones y Estados en nuestro proceso histórico”, pp. 733 y ss.

⁶ Josef PIEPER, *Über die Schwierigkeit heute zu glauben*, pp. 213 y ss.

⁷ FRANCESCO GENTILE, *Ordinamento giuridico tra virtualità e realtà*, p. 46, donde escribe a propósito del problema jurídico: “Ahora bien, la controversia no es conflicto sino

a la política, la democracia entendida como forma de gobierno sufre una radical transformación en (pseudo) fundamento del gobierno: más que la forma a través de la cual se busca alcanzar la verdad y dar solución a los problemas conforme a ella con el concurso de muchos⁸, se torna instrumento para imponer la fuerza bruta que –para afirmarse– se sirve ciertamente de la razón, pero no como guía de la voluntad, sino como su instrumento ciego⁹. Volveremos sobre ello.

2. El concepto de “pueblo” y su complejidad

Debe considerarse en primer término, por más que brevemente, la cuestión del “pueblo”, respecto de la que en el curso de la historia se ha dado un debate complejo y articulado. De pueblo, en efecto, se han ofrecido distintas definiciones. Si algunas de ellas se han elaborado al objeto de legitimar regímenes, otras se han “construido” con la intención de reforzar poderes constituidos o incluso para favorecer otros que luchan por constituirse.

Piénsese por ejemplo en las teorías de Marsilio de Padua (1275-1342) o en la doctrina del abate Emmanuel-Joseph Sieyès (1748-1836). El primero fue “consejero” de Luis de Baviera, que no por casualidad fue coronado Emperador por el “pueblo romano” en vez de por el Papa, inaugurando la etapa del Imperio sustancial y formalmente “laico” que después se impuso en 1356 con la llamada “Bula de Oro” de Carlos IV de Bohemia¹⁰. El segundo fue el teórico del “tercer Estado” al tiempo de la Revolución Francesa y su doctrina, como es sabido, se encuentra en los orígenes del “poder constituyente” tal y como lo entendió, lo entiende, lo aplicó y lo aplica el derecho público postrevolucionario. Pero sobre todo propuso la teoría de la legitimación del Estado por la Nación, más precisamente por el “tercer Estado”, que ha caracterizado la historia política de

medida dialéctica. No es conflicto: porque el objeto de conflicto es inmediatamente el dominio sobre la cosa o sobre la persona reducida a cosa. Esto, en efecto, es lo que persigue quien se encuentra en guerra [...]. Es más bien medida dialéctica: porque el objeto de la controversia es el reconocimiento del derecho sobre la cosa que cada una de las partes reivindica como propia y persigue dialécticamente”.

⁸ Según el sentido, por ejemplo, de la afirmación de Sinibaldo de Fieschi, elegido posteriormente papa con el nombre de Inocencio IV: “*Per plures melius veritas inquiritur*”.

⁹ Danilo CASTELLANO, *Constitución y constitucionalismo*, pp. 91 y ss.

¹⁰ Véase, respecto de las doctrinas de Marsilio, José Pedro GALVÃO DE SOUSA, *O totalitarismo nas origens da moderna teoria do Estado. Um estudo sobre o Defensor pacis de Marsilio de Pádua*, Y, en relación con las vicisitudes de su protector, Ricardo GARCÍA VILLOSLADA, S. J., y Bernardino LLORCA, S. J., *Historia de la Iglesia Católica*, pp. 77 y ss.

los Estados en los últimos dos siglos. Sieyès fue, por tanto, el padre de la Nación como “pueblo”, aunque para él el “pueblo” fuese sólo la “burguesía”.

Conviene aclarar, para empezar, que la nación –en sentido clásico, esto es, hasta la víspera de 1789– no era una realidad política, esto es, no estaba ordenada al bien común temporal, sino una agregación humana por factores no políticos. De ahí que, aunque la nación en sentido clásico fuese también una realidad natural, no se confundía formalmente con la comunidad política, por más que en algunos de sus usos pudiera aproximarse a la causa material de ésta, vale decir, como pueblo o multitud¹¹. De manera que aparecía como una comunidad de valores espirituales, morales y culturales, sin confundirse con una organización jurídica de familias que miran al bien común bajo la autoridad de un gobierno¹².

No interesan aquí, sin embargo, a continuación, las distinciones (contradictorias) de Sieyès entre un pueblo “activo” y otro “pasivo”, o el reconocimiento del derecho de voto sobre la base de un censo que permitía a quien no pertenecía a la burguesía, como por ejemplo a los pertenecientes al “primer Estado”, participar en la vida “democrática” de la Nación. Lo que, en todo caso, debe señalarse es que la noción de pueblo se elaboró de un modo “operativo”, esto es, para permitir al “tercer Estado” en tiempos de la Revolución Francesa imponerse y ver satisfechas sus pretensiones.

Pero incluso prescindiendo de las teorías elaboradas con finalidad estrictamente “operativa” no pueden ignorarse las múltiples definiciones de “pueblo” expresadas a lo largo de los siglos. Para lo que aquí nos interesa bastará con recordar tan sólo algunas, que tuvieron y aún tienen un papel importante y de las que, por lo mismo, no se puede prescindir.

3. *El concepto clásico de “pueblo”*

Para empezar se hace preciso recordar la concepción orgánica clásica, la que –como recuerda Tito Livio– acuñó el cónsul y senador Menenio

¹¹ Véase la explicación, aguerriada, de José Antonio ULLATE, “El nacionalismo y la metamorfosis de la nación”, pp. 87 y ss. Si bien se cuida el autor de precisar que “ese uso [el de la nación como causa material de la comunidad] no es el primario ni el principal y más bien resulta una ampliación moderna en la línea del uso clásico” (pp. 90-91).

¹² Marcel CLÉMENT, *Enquête sur le nationalisme*, p. 23. Es también muy interesante, aunque apunta a otras cuestiones, el trabajo de Danilo CASTELLANO, “La nazione legittima lo Stato e il diritto pubblico? Appunti sulla identità come presupposto fondativo del potere politico”, en Vanda FIORILLO y Gianluca DIONI, *Patria e nazione. Problemi di identità e di appartenenza*, pp. 59 y ss. También contiene algunos elementos útiles a este propósito el capítulo 1 de mi *El Estado en su laberinto. Las metamorfosis de la política contemporánea*.

Agripa en el 494 a. C. cuando, hablando a los plebeyos de la antigua Roma que se habían rebelado, observó que “*senatus et populus quasi unum corpus discordia perunt concordia valent*”, esto es, que “senado y pueblo, como si fueran un único cuerpo, perecen con la discordia y conservan la salud con la concordia”¹³. No debe llevarnos a engaño, sin embargo, esa distinción entre *senatus* y *populus* que hace Menenio Agripa, como si el pueblo se identificase con los brazos, esto es, con una parte del cuerpo, la que por ejemplo Platón (427-347 a. C.) identificaba con la categoría de los productores. Para Menenio Agripa el “pueblo” es el cuerpo, hablando metafóricamente, y no una de sus partes. Está formado ciertamente por partes que cooperan entre sí, desempeñando cada una su función específica para el bien del todo. No es, sin embargo, la simple suma de las partes, sino que hay en él algo distinto y mayor, que requiere cuidado y dedicación por parte de todos. En este sentido –y no, por tanto, según los criterios de la moderna razón de Estado– muchos años después Cicerón (106-43 a. C.) podrá amonestar que “*salus Rei publicae suprema lex esto*”. No se niega con ello que *populus* haya asumido en la larga historia de la Roma antigua, de modo contingente y aun institucionalmente, otros significados. En primer término el de *plebs*, en contraposición a *nobilitas*. De modo que cuando ésta perdió parte de su significado originario y su papel social e institucional se debilitó, *populus* pasó a significar órgano político a la par y al lado del Senado (*Senatus Populusque Romanus*). Lo que, sin embargo, no llevó consigo la pérdida de su significado político profundo, tanto que tras la “Res publica”, y sobre todo después de Constantino (274-337 d. C.), distintas constituciones imperiales se dirigieron “ad populum”, esto es, a la comunidad política entera, y no a una categoría o clase de ciudadanos. El jurista Gayo (120?-180 d. C.) confirma esta “lectura” al definir el pueblo como la universalidad de los ciudadanos: “*Populi appellatione universi cives significantur*”¹⁴.

Quizá la mejor expresión de esta concepción clásica sea la de Cicerón¹⁵, para el que el pueblo precisa dos condiciones: *consensus iuris* y *communio utilitatis*. La primera (*consensus iuris*) no guarda relación con la premisa “privatista” del contractualismo moderno¹⁶, sino con

¹³ Tito LIVIO, *Ab Urbe condita libri II*, pp. 16, 32, 33.

¹⁴ GAYO, *Institutiones*, I, pp. 4-7.

¹⁵ CICERÓN, *De re publica*, I, pp. 25-39, así como I, pp. 26, 41-42.

¹⁶ Esa distinción entre el *consensus iuris* y el “contrato social” recibe una singular prolongación en la oposición entre el pactismo histórico de la Edad Media y el contractualismo racionalista moderno. Véase AA.VV., *El pactismo en la historia de España*, Madrid, Instituto de España, 1980, en particular la contribución de Juan VALLET DE GOYTISOLO. Y también mi “Derecho y derechos. De la Carta Magna al

“el reconocimiento necesario y previo por todos y, por tanto, de todos, de lo que es auténticamente jurídico, esto es, de la justicia, que no es creada por las normas positivas sino que al contrario es la condición de éstas”.

La segunda (*communio utilitatis*) no consiste en el cálculo utilitario que lleva a la vida en sociedad, sino que representa la necesidad de la *res publica* para que los hombres puedan vivir como tales, esto es, “en el respeto de las *rectae rationes* naturales, que son instrumentos y condiciones de la vida humanamente buena”¹⁷. Esta definición convierte al “pueblo” en señor de la *res publica*, pero no en su soberano: lo que significa que

“la *res publica* es un bien que puede y debe ser usado por el pueblo y para el pueblo, pero que es y permanece un bien indisponible del pueblo. No es instrumento que pueda ser utilizado para una finalidad cualquiera, ya que la *res publica* tiene un fin natural que es el mismo bien del hombre individuo, como [...] había observado Aristóteles”.

Lo que significa que “la *res publica* no es la fuente del derecho, porque está fundada sobre el derecho, que constituye su elemento ordenador”. Así pues,

“la justicia, cuya existencia y cuya naturaleza debe reconocer previamente todo ciudadano para serlo, es anterior a la comunidad política; mejor, debería decirse que es condición de la comunidad política”¹⁸.

La que hemos llamado concepción clásica orgánica tiene continuidad en el Medievo¹⁹, si bien con algunas vacilaciones que en ocasiones apuntan ya *ante litteram* la soberanía y hasta la democracia moderna, producto de las vetas voluntaristas de algunas Escuelas medievales. Ya se ha mentado a este propósito el nombre de Marsilio de Padua, que sostuvo la doctrina del “gobierno ascendente”, sentando las bases de una legitimación exclusivamente inmanentista²⁰, esto es, del “pueblo” acéfalo, privado de su

postconstitucionalismo”, pp. 247 y ss. No se olvide la ausencia de “Estado” (moderno) en Roma, según la explicación de Álvaro D’ORS, *Ensayos de teoría política*, pp. 57 y ss.

¹⁷ La explicación, que seguimos, es de Danilo CASTELLANO, “Il “popolo” tra realtà e definizioni”, pp. 59-67.

¹⁸ *Ibid.*, p. 68.

¹⁹ Un excelente telón de fondo es el de Juan VALLET DE GOYTISOLO, “El derecho romano como derecho común de la Cristiandad”, pp. 93 y ss.

²⁰ Se trata, en efecto, de la construcción de un Estado erigido solamente sobre sí mismo. Véase Manuel GARCÍA-PELAYO, *El reino de Dios, arquetipo político (Estudio sobre las formas políticas de la Alta Edad Media)*, p. 224. Aunque se ha discutido mucho sobre la modernidad de Marsilio, sigue pareciendo más fundada la tesis que la afirma. Bernardo

constitutivo formal. En la primera mitad del siglo XII la Escuela de Bolonia definió el “pueblo” como “*collectio multorum ad iure vivendum quae nisi iure vivat, non est populus*”²¹. Irnerio (1060-1130?), por su parte, subrayó que el “pueblo” es una “estructura jurídica” que tiene por fin disponer a los individuos, como el cuerpo a sus miembros. No se trata, como quiera que sea, del “Estado providencia” contemporáneo, ni del que pretende “distribuir” ventajas y servicios según criterios que elabora autónomamente, ni del basado en la doctrina del personalismo contemporáneo, esto es, del Estado instrumento de la voluntad –de cualquier voluntad– del individuo. La “estructura jurídica” de Irnerio apunta a legislar y gobernar, así como a juzgar, primeramente según el orden jurídico natural, independiente de la voluntad de cualquiera. Baldo de Ubaldis (1327-1400) insistió más adelante, al decir que “*omnes populi sunt de iure gentium, ergo regimen populi est de iure gentium*”, como si quisiera prevenir la posibilidad de interpretaciones voluntaristas: el pueblo –concluyó significativamente– “*habet per consequens regimen in suo esse, sicut omne animal regitur a suo proprio spiritu et anima*”²².

4. La concepción moderna del “pueblo”

Esa concepción clásica orgánica del “pueblo” no debe confundirse con la *organicista* moderna, que en puridad puede ser calificada más correctamente de *mecanicista*²³, y que tiende a la reducción “ad unum”, pero no como “orden” de la multiplicidad, sino como su eliminación. El orden que brota de esta reducción signa, pues, la desaparición de toda realidad distinta del Estado. Es, pues, un orden “solipsista”. No es casual que para esta concepción el orden coincida con el ordenamiento “jurídico” positivo: el ordenamiento, en efecto, constituye la única condición del orden.

BAYONA, “El periplo de la teoría política de Marsilio de Padua por la historiografía moderna”, pp. 113 y ss., donde describe y valora las distintas posiciones.

²¹ CASTELLANO, “Il “popolo” tra...”, *op. cit.*, pp. 68-69.

²² *In Primam Digesti Veteris Partem Commentaria*, Venetii, 1599, D. 1. 1. 7, f. 12 vb, n. 4.

²³ FRANCISCO ELÍAS DE TEJADA, “Premisas generales para una historia de la literatura política española”, pp. 71-72. El texto, preliminar de una *Historia de la literatura política en las Españas*, lo terminó el autor entre 1951 y 1952, y sólo se publicó póstumamente (por la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, en tres volúmenes, el año 1991) porque el autor no admitió algunas mutilaciones impuestas por la censura de la época. Tanto ese texto como el de Juan VALLET DE GOYTISOLO en que –en cabeza de la edición de la obra– lo explica, “Los inéditos de Francisco Elías de Tejada”, pp. 37 y ss, se publicaron anticipadamente en las páginas de *Verbo*. Por eso hemos citamos por esa edición.

De ahí que el “pueblo”, según la definición positivista, se convierta en el conjunto de los ciudadanos, “reconocidos” como tales por el Estado²⁴.

El Estado crea y destruye a su antojo la ciudadanía, pues todo depende de él. Rousseau (1712-1778) y Hegel (1770-1831), dos autores que se deben considerar necesariamente en el seno de la concepción organicista moderna, aun por caminos diversos, sólo pueden hablar de “pueblo” como elemento del Estado, dependiente de él y, por lo mismo, constituido por su voluntad y a ella subordinado. Para Rousseau el pueblo es la población que sirve al Estado para medir su grandeza, para hacerlo poderoso²⁵. El “pueblo”, por tanto, es el conjunto de los ciudadanos como elemento de fuerza del Estado, un mero instrumento de la voluntad de poder del Estado (la finalidad por ejemplo, de los ocho millones de bayonetas del régimen fascista italiano, o la ironía sobre las divisiones del papa respondían a esta *ratio*), que es tanto más “libre” cuanto más poderoso. Esta tesis será sostenida con mayor coherencia y llevada hasta sus últimas consecuencias por Hegel, para quien la existencia de un pueblo requiere siempre y necesariamente la del Estado. Hegel, en efecto, escribe textual y claramente que “la finalidad sustancial en la existencia de un pueblo es la de ser un Estado y mantenerse como tal”²⁶. El “pueblo”, por eso, lo es en virtud del Estado y con él se identifica, pues el Estado es la única realidad y el único “lugar” en el que y en virtud del cual se “expresa” el “pueblo”. Sólo en el Estado el “pueblo”, como espíritu, se eleva por encima de sí mismo y se manifiesta éticamente en el ordenamiento jurídico positivo, en lo que Hegel llamaba el sistema de las leyes y las costumbres y que Santi Romano llamará más tarde instituciones²⁷.

Con la Revolución francesa el “pueblo” deja de ser comprendido como realidad orgánica, perdiendo también en parte el significado de realidad *organicista* (mecanicista). Afirmación que podría parecer extraña, puesto que –como hemos dicho– la concepción organicista del “pueblo” desarrolla las premisas de las teorías políticas de la Revolución Francesa. Y es que con ésta, en efecto, “pueblo” y “tercer Estado” vienen a ser considerados

²⁴ Los iuspositivistas contemporáneos también definen el “pueblo” como el conjunto de los ciudadanos. Definición que parece la misma que la de Gayo, pero que no guarda en verdad proximidad alguna puesto que el romano no hacía depender la ciudadanía de la soberanía del Estado

²⁵ Jean Jacques ROUSSEAU, *Du contrat social*, I, II, c. X.

²⁶ Jorge Federico Guillermo HEGEL, *Enzyklopädie des philosophischen Wissenschaften im Grundrisse*, p. 549.

²⁷ HEGEL, *Enzyklopädie...*, *op. cit.*, p. 549. Santi ROMANO, *L'ordinamento giuridico* (1917). El autor francés Maurice Hauriou, precedente de Romano, expone una concepción más amplia y menos ceñida de la institución.

la misma cosa. El “pueblo” es, pues, la nación, la nación burguesa²⁸. El “pueblo” es, en resumidas cuentas, una clase: al principio burguesa, más tarde proletaria. Lo que en todo caso debe retenerse es el paso al pueblo como fracción social, premisa de un cambio más significativo aún que caracterizará la historia contemporánea: el paso del “pueblo” a lo que podríamos llamar (y perdón por el neologismo) “popularrismo”.

5. El “popularrismo”

A comienzos del siglo xx la doctrina del “popularrismo” sustituirá a la del “pueblo” (moderno). El término no es de uso común en las distintas culturas lingüísticas europeas y aunque se relaciona en buena medida con la experiencia italiana de la democracia cristiana, pues no acaso la primera formación política demócrata-cristiana se llamó *Partito Popolare*, admite fácil extensión a otros lugares. Y, sobre todo, es útil a nuestro propósito. Ya que, en su fondo, va a corresponderse con la afirmación del consenso social-demócrata instaurado tras la II Guerra Mundial²⁹, caracterizado por el supercapitalismo dirigista y tecnocratizado en la producción, la socialización en la distribución y el liberalismo integral en las costumbres. He ahí el Estado del bienestar que ha entrado en quiebra en nuestros días³⁰.

Se trata en primer lugar de una consecuencia de la teoría política que identifica al “pueblo” con lo que alguno ha llamado el “pueblo de los menores”³¹. Pero refleja a continuación otros muchos rasgos dignos de ser reseñados: abandona, por el efecto combinado de la Nación y la clase, el universalismo de los pueblos para afirmar las particularidades comunitaristas; se presenta como democrático por ir al encuentro de las masas y,

²⁸ Emmanuel- Joseph de SIEYÈS, *Qu'est-ce que le Tiers-Etat? Essai sur les privileges*. Entre la concepción estatal-positivista y la democrática se dan, pues, algunos contrastes. Piénsese, si no, en la observación de Carl Schmitt de que el poder constituyente del “pueblo” está por encima de cualquier norma constitucional. De ahí debería lógicamente seguirse el rechazo de la tesis hegeliana y luego positivista de “pueblo”, y a contraponer éste con el Estado. Por donde volveríamos a Sieyès. Véase Carl SCHMITT, *Verfassungslehre*, p. 111. Danilo CASTELLANO, *Racionalismo y derechos humanos. Sobre la anti-filosofía político-jurídica de la modernidad*, pp. 47 y ss.

²⁹ La expresión la ha difundido el profesor Dalmacio NEGRO. por ejemplo, “La democracia partidocrática: ideologías e instituciones”, en Miguel AYUSO (ed.), *Política católica e ideologías. Monarquía, tecnocracia y democracias*, pp. 40 y ss.

³⁰ Louis SALLERON, *Le cancer socialiste*; Juan VALLET DE GOYTISOLO, “La socialdemocracia”, pp. 141 y ss.

³¹ Véase, entre otros, para una caracterización del pueblo como clase social, Francesco MERCADANTE, *Eguaglianza e diritto di voto. Il popolo dei minori*.

en particular, de las clases sociales “abandonadas” por el Estado burgués; propone una teoría del Estado y de la sociedad más liberal y más laica; se inclina en general hacia el progresismo moderado, combatiendo de resultas el conservadurismo; favorece en el terreno económico la “economía social”, que a veces puede resentirse de socialismo, y que corrige –al menos en apariencia– la economía de mercado; y propugna un Estado social que, en nombre de la promoción de las clases débiles, realiza la igualdad ilustrada. En lo que respecta a la cuestión del “pueblo” debe observarse que viene a identificarse con lo que en otros tiempos se llamó el “pueblo llano”.

Para el “populismo” el pueblo es siempre, en último término, una clase o un conjunto de clases, pero no una unidad orgánica. Lo pone en evidencia la legislación aprobada por los parlamentos “populares” o con mayoría “popular”. De modo que la historia de los distintos países europeos occidentales en la segunda mitad del siglo XX demuestra ampliamente que el “populismo” ha exiliado al “pueblo”.

6. Intermedio

Al comienzo de estas páginas, y a propósito del uso ideológico del lenguaje, nos las veíamos con la afirmación del poder desnudo.

Encontramos el ejemplo más significativo de esta transformación en la doctrina llamada “politológica”, elaborada formalmente (aunque, como no es extraño que ocurra en este terreno, practicada antes de su formalización teórica) en los Estados Unidos de América a fines del siglo XIX e impuesta gradualmente en Europa, por lo menos en la Europa occidental, tras la II Guerra Mundial³². La doctrina politológica, en efecto, sostiene en último término que el orden político coincide con la afirmación de la voluntad de quien ostenta (*rectius*, con frecuencia, detenta) el poder de modo contingente. Pero el poder no es la política. Puede ser, a veces, instrumento de la política y ejercitarse –cuando es necesario– según los criterios de ésta, pero es extraño a la misma. Aunque no es el caso de

³² La teorización de la política como “ciencia” (entendida, claro está, en el sentido moderno), como la teorización de la disolución del Estado (moderno) en tal proceso se deben a Arthur F. BENTLEY, *The process of Government*. La política sería su “devenir”, su hacerse efectivo tal y como viene determinado por los grupos de presión y los intereses concretos. Sobre la concepción moderna de ciencia, aplicada a la política, pueden verse los estudios de Danilo CASTELLANO, *La naturaleza de la política*, pp. 12-13, y Frederick D. WILHELMSSEN, *Los saberes políticos. Ciencia, filosofía y teología políticas*, pp. 33 y ss. Sobre la doctrina politológica siguen resultando interesantes las páginas pocas aunque claras de Alessandro PASSERIN D'ENTRÈVES, *La dottrina dello Stato*, pp. 91 y ss.

insistir aquí sobre el significado de esta doctrina politológica del Estado como proceso, baste con indicar que ha contribuido a la transformación de la política en los últimos decenios, revolucionando también las teorías modernas del Estado. Pues para los que partían del voluntarismo (absurdo) del estado de naturaleza, y concluían con la “construcción” del Estado sobre bases contractuales, éste se afirmaba como “institución”, no como “proceso”, según hace en cambio la politología³³.

De ahí se desprende que la “ideología de la política” y sobre todo la “politología” se ven forzadas a negar la misma existencia del bien y, por tanto, del bien común³⁴. A este respecto resulta patente la desorientación contemporánea, debida al acercamiento ideológico a la realidad del bien común, identificado erróneamente según los casos con las condiciones de desarrollo voluntarista de la persona (personalismo), con la igualdad ilustrada (igualitarismo), con el bienestar animalesco (consumismo)³⁵. La doctrina politológica, por su parte, supone una negación aun más radical del bien común, pues el bien se identifica con la elección, con cualquier elección que efectúe quien tiene el poder. El bien dejaría así de ser condición de la elección, invirtiéndose su relación, ya que aquélla intervendría no sólo en la determinación del bien sino incluso en su constitución. Y es que la legitimidad de la elección viene a fincar sólo en la voluntad de la mayoría, una voluntad no cualificada sino convertida por el contrario en elemento cualificante de la “política”. Con la doctrina politológica, en otras palabras, desaparece el bien común tanto como sus subrogados³⁶.

³³ Véanse de nuevo las consideraciones de Danilo CASTELLANO, “La (nueva) democracia “corporativa”, pp. 61 y ss.

³⁴ Miguel AYUSO (ed.), *El bien común. Cuestiones actuales e implicaciones político-jurídicas*. La noción de bien común pertenece al acervo de la filosofía clásica y, en concreto, constituye la piedra angular de la llamada filosofía de las cosas humanas. Como perfección última de un todo, puede ser trascendente o immanente respecto del mismo y, aunque en rigor sólo Dios es el bien común trascendente, todos los demás bienes comunes finitos son participación de la bondad absoluta del Bien en sí. El bien común temporal, por su parte, consiste en la vida social perfecta. De la noción que se tenga, pues, del bien común deriva necesariamente el concepto de política: principalmente, en primer término, si estamos ante un *facere* (la política como técnica de servicios) o un *agere* (la vida virtuosa del bien común) y, en segundo lugar, si el bien común tiene primacía de intención o por el contrario está subordinado respecto de los bienes particulares. Sólo, pues, con una visión correcta del bien común alcanzamos la política digna de tal nombre (en sentido clásico), mientras que con sus versiones desnaturalizadas (defectuosas, excesivas o simplemente retóricas) hoy corrientes sólo se alcanza una inevitable despolitización de los pueblos. Félix A. LAMAS, “El bien común político”, pp. 305 y ss.

³⁵ Danilo CASTELLANO, “¿Qué es el bien común?”, pp. 13 y ss.

³⁶ Miguel AYUSO, “Una introducción a la postmodernidad político-jurídica desde el derecho constitucional”, pp. 5 y ss.

La *modernidad débil*, al sustituir a la *fuerte*, arrumba incluso la “nostalgia” del bien que todavía era dado hallar en ésta³⁷. Pues la modernidad fuerte, en efecto, no llegó a la negación absoluta del bien. Trocó, aunque erróneamente, el bien común con el bien público, que en realidad no es sino el bien privado de la *persona civitatis*, esto es, del Estado; mientras que la modernidad débil, en cambio, afirma que todos tienen derecho a identificar el bien con lo que cada uno entiende como tal, *rectius*, con lo que define como “su” bien³⁸. Según algún autor contemporáneo, secuaz quizá inconsciente de Locke, todo individuo y todo grupo tendrían el derecho de elegir y perseguir la propia concepción del bien³⁹. Todas las libertades, por tanto, tendrían “derecho de ciudadanía”, pues todas las opiniones valdrían lo mismo. Por donde se llega a proponer como “positivo” el nihilismo político.

Se trata evidentemente de un absurdo, que asumen acríticamente no sólo quienes sostienen ciertas definiciones de “pueblo” (como las de ciertas doctrinas de derecho público estadounidenses) sino también, y quizá sobre todo, los teóricos de los “populismos” de nuestro tiempo.

7. El “populismo”

El “popularismo” ha sido también la premisa del “populismo”. Aquél, en efecto, abandonó la exigencia y características fundamentales del pueblo:

³⁷ En ese cuadro cultural he ubicado el análisis de los fenómenos políticos, y en particular del Estado y la Constitución. Puede verse, respecto del primero: *¿Después del Leviathan? Sobre el Estado y su signo*, Madrid, Speiro, 1996; *¿Ocaso o eclipse del Estado? Las transformaciones del derecho público en la era de la globalización*, Madrid, Marcial Pons, 2005; *El Estado en su laberinto. Las transformaciones de la política contemporánea*, cit. Y en cuanto a la segunda: *El ágora y la pirámide. Una visión problemática de la Constitución española*, Madrid, Criterio, 2000, y *Constitución. El problema y los problemas*, Marcial Pons, Madrid, 2016.

³⁸ Hace años el profesor Danilo Castellano ilustró los términos de la cuestión en su ponencia a la XXXV Reunión de Amigos de la Ciudad Católica (1996). El texto, publicado en el número 349-350 (1996) de la revista *Verbo*, ha sido después recogido en los volúmenes del autor *L'ordine della politica*, pp. 43 y ss. y el ya citado *La naturaleza de la política*, pp. 65 y ss.

³⁹ Piénsese en Marcello PERA, *Perché dobbiamo dirci cristiani*, p. 7. Libro encabezado por una carta que dirige al autor Josef Ratzinger, no claro está en su condición de Papa, ni probablemente de doctor privado, pero igualmente inconveniente en su sostén de una tesis errónea, como es la de que “el liberalismo tiene raíces cristianas”. Por desgracia, no es la única vez en que la sombra de Locke se ha hecho presente tras la figura doctoral, purpurada o aun pontifical del papa alemán. Véase Miguel AYUSO (ed.), *El pensamiento político de la Ilustración ante los problemas actuales*, pp. 35 y ss., en particular el capítulo I, dedicado a Locke.

la de su esencial e intrínseca cualificación jurídica. Y no de una “juridicidad” cualquiera, sino de la auténtica, de la requerida por la justicia. El “populismo”, pues, ha acogido la “libertad negativa”⁴⁰ como libertad; ha entendido que la justicia era sólo la distributiva; ha adoptado una política económica que iba a conducir a los Estados al desequilibrio presupuestario: la deuda pública –así– creció constantemente para que los “gobernantes” pidieran satisfacer (en lo posible) todas las exigencias y reclamaciones de los gobernados; ha presentado el consumismo como modelo de vida, permitiendo a los regímenes alcanzar una doble finalidad: la de combatir el comunismo y la de obtener el consenso de la mayoría para la conquista del poder como poder; ha llevado a una de las mayores crisis institucionales de la historia; ha causado una crisis moral difundida no sólo a causa del laxismo de las costumbres (impulsado con frecuencia por las legislaciones), pero también y sobre todo por la falta de formación de las generaciones en el sentido del deber; ha practicado políticas inflacionistas al inicio y fiscales sucesivamente que violan la justicia, castigan a los ciudadanos virtuosos, premian el vicio e inducen al uso incorrecto de los bienes y recursos.

La realidad no ha tardado en pasar factura. La crisis moral ha llevado a la crisis económica y social que el mundo está viviendo actualmente. Hay quien se engaña creyendo que se puede poner remedio a esta crisis adoptando las mismas líneas de acción y transitando los mismos caminos que el populismo. Se ha jugado con la moneda y las divisas, con la especulación financiera, con las estafas del Estado (no pagando las deudas y no reembolsando las obligaciones). Se ha teorizado el recurso a la doctrina económica keynesiana, incentivando la inversión pública (con frecuencia inútil). Se ha creído (y se cree) resolver la crisis, por lo menos la socio-económica, tanto aumentando la deuda pública como aplicando una “economía de mercado” que habría debido crear (pero no lo creó) un nuevo bienestar, recurriendo a artificios normativos inmorales para pagar a los acreedores las deudas de los deudores (piénsese, por ejemplo, en las novaciones de la normativa bancaria y, en particular, el llamado *bail in* o rescate interno).

En pocas palabras, el “populismo” ha deseducado al pueblo, o mejor, ha contribuido a construir una *forma mentis* popular para la que sólo habría derechos (identificados erróneamente con las “pretensiones”), pero no deberes. Pero en el momento en que la realidad no permite satisfacer

⁴⁰ Se trata de la libertad que no tiene otro criterio que la misma libertad, esto es, que no tiene ningún criterio. Se trata de una categoría difundida en los últimos decenios por el profesor Danilo Castellano. Puede verse sobre el mismo, Miguel AYUSO (ed.), *La inteligencia de la política. Un primer homenaje hispánico al profesor Danilo Castellano*.

todas las pretensiones, nace el descontento individual, premisa del social. El descontento social se “recoge” por distintos movimientos que, diversos en el nombre pero parecidos si no idénticos en la sustancia, “encauzan” la protesta, prometiendo de palabra soluciones fáciles (e incluso milagrosas) en continuidad con la doctrina del “populismo”: mantenimiento del Estado de bienestar (animalesco), garantía del consumismo, conservación del Estado providencia, etc. Hasta las reformas se proponen en función “conservadora” de una condición, una costumbre o una mentalidad. Pero las reformas no producen un cambio efectivo de la crisis y de la situación creada por la teoría del “populismo”, sino que, antes al contrario, la agravan. En este sentido, hay cambio pero no en el surco de la discontinuidad: el cambio se traduce generalmente en empeoramiento de la situación económica y social, pero sobre todo de la moral. Las reformas “bandera”, en efecto, son las ligadas al desorden ético, propugnado por el laicismo y la “libertad negativa”: piénsese, por ejemplo, en la normativa positiva sobre el derecho de familia, el “matrimonio” entre personas del mismo sexo, los “derechos” de los animales codificados en algunos países de la Europa septentrional.

El “populismo” no se sitúa contra el “populismo”, sino en relación de continuidad con él. Esto no significa que no presente también características nuevas, tanto de método como de sustancia.

En lo que respecta al método el “populismo” se distingue del “populismo” sobre todo por su –si puede llamarse así– desentendimiento (al menos aparente) doctrinal. Su programa de acción no se presenta de manera positiva sino vagamente. Se deja a sus seguidores la determinación del contenido: todos pueden “creer” compartidas sus protestas y, sobre todo, buscados sus deseos e intereses. La misma adopción del nombre adoptado por los movimientos populistas responde a tal mentalidad. No se dice, en efecto, lo que se quiere o se puede. Y lo genérico del nombre no comunica nada, sirve sólo para capturar y dominar a la opinión pública. Pensemos en “Podemos”: el nombre nos dice solamente que se puede pero no qué se puede. La finalidad del poder, que por su naturaleza es instrumental, puede determinarse libremente por la fantasía de cada uno. Esto es, la tal finalidad se deja deliberadamente en penumbra, y así todos pueden imaginar que el programa (que es necesariamente la propuesta de realización de una teoría) es precisamente el “querido” por quien se adhiere al movimiento para protestar contra la falta de acogida de sus pretensiones y de realización de sus deseos y proyectos.

El método escogido no se halla en contradicción respecto a la sustancia. El “populismo”, como ya se ha apuntado, es el intento de realización radical del populismo. Debe por tanto dejar espacio a la “libertad nega-

tiva” que, coherentemente, reclama no ser limitada: cualquier indicación programática (dependiente de una doctrina que está en su base) sería una elección en positivo, esto es, un “vínculo” tanto para el movimiento como para el individuo que lo sostiene. La acción, también la acción “política”, por eso, no debe tener –se dice– una finalidad apriorística: la acción no debe (absurdamente) ser guiada por el pensamiento ni en su obrar debe considerarse su naturaleza. La acción, a la luz de la doctrina de la “libertad negativa”, gozaría o debería siempre gozar de primacía sobre el pensamiento: el obrar precede y determina al pensamiento. Se trata de la nueva teoría del nihilismo, para la que –según palabras de Rorty⁴¹– la democracia (entendida como fundamento del gobierno) debería primar siempre sobre la filosofía, o lo que es lo mismo, sobre la verdad y la justicia.

El nihilismo del “populismo” es, por tanto, verdaderamente radical incluso si los movimientos que pueden ser definidos propiamente como tales presentan algunos aspectos distintos. “Podemos” en España, el “Movimiento 5 Stelle” en Italia o “Syriza” en Grecia, por mencionar sólo algunos y todos europeos, al estar ligados a situaciones contingentes, no son absolutamente idénticos. Pero tienen un mínimo común denominador que, en verdad, caracteriza también a las demás fuerzas políticas contemporáneas, oscilantes entre el “popularismo” y el “populismo”. Es cierto que se pueden señalar aspectos concretos que permiten legitimar algunas “lecturas” particulares. Así, por ejemplo, se puede advertir una caracterización mayormente “radical” en el “Movimiento 5 Stelle” y vagamente marxista en “Syriza”. Como se puede discutir si “Podemos” tiene más bien raíces vetero-marxistas que liberales (aun de masa). “Lecturas” similares aparecen a veces como instrumentales y parecen utilizadas a fin de hacer parecer a algunos partidos como más coherentes (y por tanto preferibles) que los neonatos movimientos populistas. Así, por ejemplo, el diario *El País* puede exhibir las raíces marxistas de “Podemos” para destacar la caracterización radical del PSOE⁴².

Es cierto que también han surgido otras interpretaciones conservadoras del “populismo”, al que augura “el destino de una democracia verdadera en el espacio europeo”⁴³. El argumento es ingenioso, pero ciertamente maniqueo⁴⁴: la historia política de los últimos siglos, a partir de la Ilustración,

⁴¹ Richard RORTY, “La primacía de la democracia sobre la filosofía”, pp. 31 y ss. Véase el original, “The priority of democracy to philosophy”, en el libro del autor *Objectivity, relativism and truth. Philosophical papers*, pp. 175 y ss.

⁴² *El País* (Madrid), 1 de febrero de 2016.

⁴³ Chantal DELSOL, *Populisme. Les demeures de l'histoire, Perpignan*, p. 259.

⁴⁴ Juan Fernando SEGOVIA, “recensión” al libro recién citado de Chantal Delsol, p. 547-549.

se entiende como el conflicto de lo universal contra lo particular, de las elites contra el pueblo, de la razón contra los idiotas (en el sentido griego del término), de la mundialización contra el arraigo, en fin, de la democracia universal contra las democracias nacionales, de las oligarquías contra el populismo. Se comprende, pues, que éste sea hoy un insulto: insulto a la inteligencia, a la igualdad abstracta, a la emancipación o liberación, a las clases ilustradas. Para la interpretación conservadora se trata, pues, de levantar la injuria y demostrar que la ideología universalista emancipadora acarrea la destrucción de las raíces temporo-espaciales de la convivencia; de establecer, en el imperio de la democracia, la necesidad y la posibilidad de formas políticas que rescatan lo particular, el arraigo, el “comunitarismo”⁴⁵. Así pues, el populismo no sería una ideología, ni constituiría un sistema: las corrientes populistas que aparecen doquier no son sino una “aglutinación de inconexos descontentos”⁴⁶, sin un evidente hilo conductor, con un discurso que se vale de un lenguaje provocador, descarnado, directo, incluso violento, como respuesta a la hipocresía reinante. La redefinición del populismo se impone por tanto como revalorización de un discurso que rechaza el individualismo y defiende los valores comunitarios de la familia, la empresa y la vida cívica; que, contra la expansión del Estado de bienestar o providencia, sostiene el trabajo como valor y la solidaridad cara a cara; que, en oposición al uniformismo de la mundialización, se apega a la identidad nacional, al nosotros contra los “otros”, con un lenguaje moralizador de la política y de las costumbres. Entendido de esta manera, el “populismo” se confunde con el “comunitarismo”, con la defensa del bien común universal-particular que es el arraigo, bien único de un común-concreto, bien común plural y discutible⁴⁷. En tal sentido, el “populismo” es democrático, porque la democracia (el régimen que separa la política de la religión y de toda verdad dogmática) entroniza la conciencia y el juicio individuales y, por tanto, deja a la voluntad de todo el mundo la cuestión del bien. La democracia es así Aristóteles contra Platón, en la medida que cada pueblo y cada individuo es capaz de juzgar cuál sea su bien.

“Lecturas” como todas las anteriores no aciertan a captar sin embargo la esencia del “populismo”. Vienen tocadas por un análisis superficial y están viciadas por finalidades “operativas”.

En cuanto a las primeras no van al fondo y por lo mismo no identifican el común denominador del liberalismo, del radicalismo y del marxismo.

⁴⁵ Danilo CASTELLANO, “De la comunidad al comunitarismo”, pp. 489 y ss.; Miguel AYUSO, “El comunitarismo frente a la comunidad”, pp. 115 y ss.

⁴⁶ Chantal DELSOL, *op. cit.*, pp. 95 y 181-182.

⁴⁷ *Ibid.*, pp. 103-135.

Doctrinas todas que tienen en su base la “libertad negativa”, tanto como reivindicar la libertad a la autodeterminación absoluta del querer individual (liberalismo y radicalismo) como cuando lo hacen de la libertad como liberación en virtud del colectivismo (marxismo). Es cierto que todas estas doctrinas han sufrido una evolución hacia una forma de “animalismo” que invoca la liberación incluso respecto del instinto en nombre del “vitalismo”, que representaría una liberación total de la “naturaleza”, también de la “animal”, dominada como es notorio por el instinto.

Respecto de las segundas no sólo distorsionan el pensamiento aristotélico, sino que desembocan en un individualismo/comunitarismo relativista. En primer término, su método maniqueo-dialéctico, a fuerza de simplificar exageradamente los conceptos y los procesos históricos, olvida los matices que tienen la importancia de aportar las diferencias. Reduce, además, los casos de “populismo” a la experiencia europea hodierna. Toda crítica de la democracia formalista, universalista, ilustrada (la crítica de los valores en boga) se convierte consiguientemente en “populismo”, concepto que acaba siendo desfigurado y difuminado. Las buenas intenciones naufragan en un “populismo” sin contornos ni límites, que se confunde con expresiones democráticas comunitaristas y una pseudofilosofía del arraigo, confuso cóctel de Michael Walzer, Edmund Burke, Simone Weil, Ralph Dahrendorf y Jean-Marie y Marine Le Pen⁴⁸.

El populismo constituye la conclusión coherente de las doctrinas políticas modernas, no su alejamiento de ellas o su traición. Pongamos otro ejemplo para probarlo: la “democracia virtual”, que algunos de estos movimientos postulan, es la exaltación de la nación como “comunidad virtual”⁴⁹, que reclama la superación del individualismo y la renuncia a las preferencias personales a fin de realizar una integración en la colectividad. Es, pues, el camino que el radicalismo se ve forzado a recorrer para legitimar el poder y el derecho público. ¿No se trata de un nuevo descubrimiento y una actualización del “pueblo” como tercer Estado según la definición del abate de Sieyès? En otras palabras: si el tercer Estado lo es todo⁵⁰, si la nación es la única realidad que tiene todo el poder (pues sólo de ella deriva), si el individuo no cuenta en sí mismo sino tan sólo como miembro de la nación (de la “nación cultural” propia de las ideologías contemporáneas), se hace difícil ver en movimientos

⁴⁸ Juan Fernando SEGOVIA, *op. cit.*

⁴⁹ Como, a propósito de “Podemos”, escribe Guy SORMAN, “Populismo”, ABC (Madrid), 8 de febrero de 2016.

⁵⁰ Emmanuel- Joseph de SIEYÈS, *Qu'est-ce que le Tiers-Etat? Essai sur les privileges*, pp. 85 y 90.

como “Podemos” raíces distintas de las de la Revolución Francesa. El “conservadurismo” de nuestro tiempo, al carecer de categorías adecuadas para “leer” la experiencia con profundidad, se niega a ver la evidencia, y presenta el “colectivismo” como el enemigo que combatir. Un enemigo (aparentemente) nuevo y presentado como tal al objeto de confrontar la difusión y el avance del “populismo”. Sin alcanzar a identificar en sus mismas premisas las razones de éste. Lo que le impide una oposición auténtica al “populismo”.

8. Conclusión

Lo anterior no constituye sino un intento de lectura de un fenómeno “político” que se ha hecho evidente en los últimos años y que contiene modestamente sea una hermenéutica de nuestro tiempo, sea una diagnosis de la situación en que se encuentran los actualmente distintos países (y en particular los europeos).

El “pueblo”, interpretado ideológicamente, ha conducido al “populismo”. Pero éste no puede gobernar tanto porque se limita a recoger una serie de protestas que no tienen motivaciones homogéneas, como porque vuelve a poner erróneamente el bien común en la “libertad negativa” (aunque ejercitada de modo colectivo), del mismo modo –aunque con metodología parcialmente distinta– que antes hicieron el liberalismo y la democracia. La utopía y el nihilismo que lo animan constituyen su debilidad intrínseca y han de suponer el factor principal de su disolución. Todavía, sin embargo, es un fenómeno que estudiar y comprender.

Bibliografía

- ARISTÓTELES, *Tópica*, II, 2, 110a 15-18.
- AYUSO, Miguel, “¿Terminaron las ideologías? Ideología, realidad y verdad”, en *Revista Verbo*, N° 439-440, Madrid, 2005, pp. 767-774.
- AYUSO, Miguel, “Tecnocracia como gobierno. Reflexiones sobre la teoría y la praxis en la España contemporánea”, en *Revista Verbo*, N° 517-518, Madrid, 2013, pp. 647-660.
- AYUSO, Miguel, *El bien común. Cuestiones actuales e implicaciones político-jurídicas*, Madrid, Itinerarios, 2013.
- AYUSO, Miguel, “Una introducción a la postmodernidad político-jurídica desde el derecho constitucional”, En *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió y Ceriol*, N° 18-19, Valencia, 1997, pp. 5-20.

- AYUSO, Miguel, *El pensamiento político de la Ilustración ante los problemas actuales*, Santiago de Chile, Editorial Fundación de Ciencias Humanas, 2008.
- BAYONA, Bernardo, “El periplo de la teoría política de Marsilio de Padua por la historiografía moderna”, en *Revista de Estudios Políticos*, N° 137, Madrid, 2007, pp. 113-153.
- BENTLEY, Arthur, *The process of Government*, Chicago, Chicago University Press, 1908.
- CANALS, Francisco, “Patrias, naciones y Estados en nuestro proceso histórico”, en *Revista Verbo*, N° 155-156, Madrid, 1977, pp. 733-738.
- CASTELLANO, Danilo, “De la comunidad al comunitarismo”, en *Revista Verbo*, N° 465-466, Madrid, 2008, pp. 489-494.
- CASTELLANO, Danilo, *Constitución y constitucionalismo*, Madrid, Marcial Pons, 2013.
- CASTELLANO Danilo, “Il “popolo” tra realtà e definizioni”, en *Revista Hermeneutica*, Urbino, 2013, pp. 59- 67.
- CASTELLANO, Danilo, “La (nueva) democracia “corporativa””, en Miguel AYUSO (ed.), *Política católica e ideologías. Monarquía, tecnocracia y democracias*, España, 2015, pp. 61-68.
- CASTELLANO, Danilo, “¿Qué es el bien común?”, en Miguel AYUSO (ed.), *El bien común*, España, 2013, pp. 13-26.
- CASTELLANO, Danilo, *L'ordine della politica*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 1997.
- CASTELLANO, Danilo, *Racionalismo y derechos humanos. Sobre la anti-filosofía político-jurídica de la modernidad*, versión castellana, Madrid, Marcial Pons, 2004.
- CASTELLANO, Danilo, *La naturaleza de la política*, Barcelona, Scire, 2006.
- CLÉMENT, Marcel, *Enquête sur le nationalisme*, París, NEL, Nouvelles Éditions Latines, 1957.
- DE SIEYÈS Emmanuel- Joseph, *Qu'est-ce que le Tiers-Etat? Essai sur les privileges*, versión castellana, Madrid, Alianza Editorial, 1989.
- DELSOL, Chantal, *Populisme. Les demeurés de l'histoire*, Perpiñán, Éditions Du Rocher, 2015.
- D'ORS, Álvaro, *Ensayos de teoría política*, Pamplona, EUNSA, 1979.
- ELÍAS DE TEJADA, Francisco, “Premisas generales para una historia de la literatura política española”, en *Revista Verbo*, N° 261-262, Madrid, 1988, pp. 71-72.
- FIORILLO, Vanda, y DIONI, Gianluca, *Patria e nazione. Problemi di identità e di appartenenza*, Milán, Franco Angeli, 2013.
- GALVÃO DE SOUSA, José Pedro, *O totalitarismo nas origens da moderna teoria do Estado. Um estudo sobre o Defensor pacis de Marsílio de Pádua*, São Paulo, Saraiva, 1970.
- GALVÃO DE SOUSA, José Pedro, *O Estado tecnocrático*, Sao Pãulo, Saraiva, 1973.
- GARCÍA-PELAYO, Manuel, “El reino de Dios, arquetipo político (Estudio sobre las formas políticas de la Alta Edad Media)”, en *Revista de Occidente*, Madrid, 1959, pp. 224-236.

- GARCÍA VILLOSLADA, Ricardo S. J., y LLORCA, Bernardino S. J., *Historia de la Iglesia Católica*, 2ª ed., Madrid, BAC, 1967, tomo III.
- GAYO, *Institutiones*, I, § 4-7.
- GENTILE Francesco, *Ordinamento giuridico tra virtualità e realtà*, Padua, CEDAM, 2000
- LAMAS, Félix A., “El bien común político”, en Miguel AYUSO (ed.), *De la geometría legal-estatal al redescubrimiento del derecho y de la política. Estudios en honor de Francesco Gentile*, Madrid, Marcial Pons, 2006, pp. 305-316.
- LIVIO Tito, *Ab Urbe condita libri II*, 16, 32, 33.
- MERCADANTE, Francesco, *Eguaglianza e diritto di voto. Il popolo dei minori*, Milán, Giuffrè, 2004.
- NEGRO, Dalmacio *El mito del hombre nuevo*, Madrid, Encuentro, 2008.
- PASSERIN D'ENTRÈVES, Alessandro, *La dottrina dello Stato*, 2ª ed., Turín, Giappichelli, 1967.
- PERA, Marcello, *Perché dobbiamo dirci cristiani*, Milán, Mondadori, 2008.
- PIEPER, Josef, *Werke*, versión castellana, Madrid, Encuentro, 2000, vol. III.
- PIEPER, Josef, *Über die Schwierigkeit heute zu glauben*, versión castellana, Madrid, Rialp, 1980.
- ROMANO, Santi, *L'ordinamento giuridico* (1917), versión castellana, Madrid, IEP, 1963.
- RORTY, Richard, “La primacía de la democracia sobre la filosofía”, en Gianni VATTIMO (ed.), *La secularización de la filosofía. Hermenéutica y posmodernidad*, Barcelona, Gedisa, 1992, pp. 31-44.
- SALLERON, Louis, *Le cancer socialiste*, París, DMM, 1983.
- SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Summa contra gentes*, I, 82, 2; *De veritate*, 4, 2.
- SCHMITT, Carl, *Verfassungslehre*, versión castellana, Madrid, Alianza, 1982.
- SEGOVIA, Juan Fernando, “Recensión; Populisme. Les demeures de l’histoire, Perpignan, DELSOL, Chantal”, En *Verbo*, N° 535-536, Madrid, 2015, pp. 547-549.
- ULLATE, José Antonio, “El nacionalismo y la metamorfosis de la nación”, en *Revista Semestral Hispanoamericana de Historia y Política Fuego y Raya*, Córdoba de Tucumán, N° 2, 2010, pp. 87-99.
- VALLET DE GOYTISOLO, Juan, *Ideología, praxis y mito de la tecnocracia*, Madrid, Escelicer, 1971.
- VALLET DE GOYTISOLO, Juan, “El derecho romano como derecho común de la Cristiandad”, en *Verbo*, N° 111-112, Madrid, 1973, pp. 93-137.
- VALLET DE GOYTISOLO, Juan, “La socialdemocracia”, en *Revista Verbo*, N° 212-212, Madrid, 1983, pp. 141-163.
- VALLET DE GOYTISOLO, Juan, “Los inéditos de Francisco Elías de Tejada”, en *Revista Verbo*, N° 261-162, Madrid, pp. 37-55.
- WIDOW, Juan Antonio, *El hombre, animal político. Orden social, principios e ideologías*, 2ª ed., Santiago de Chile, Editorial Universitaria.

WIDOW, Juan Antonio, "La revolución en el lenguaje político", en *Revista Verbo*, N° 177, Madrid, 1979, pp. 773-790.

WILHELMOSEN, Frederick D., *Los saberes políticos. Ciencia, filosofía y teología políticas*, Barcelona, Scire, 2006.

RELIGIÓN SECULAR Y UTOPIA POLÍTICA: LA BÚSQUEDA DE UNA DEFINICIÓN

SECULAR RELIGION AND POLITICAL UTOPIA: SEARCHING A DEFINITION

*Francisco de Borja Gallego Pérez de Sevilla**

Resumen

A medida que la religión tradicional fue siendo apartada del plano de lo político, surgieron nuevas formas de culto hacia lo exclusivamente temporal. La construcción filosófica del Estado mediante las teorías contractualistas y el asalto de las ideologías tras la Revolución Francesa contribuyeron a deificar al hombre, quien hizo de la política el objeto sagrado de su religión. Las ideologías diseñaron una serie de utopías políticas de cuya materialización dependía la erradicación del mal y la producción de un hombre nuevo e inmanente surgido de la razón y del progreso, heredero de un nuevo estadio de civilización. La fe de los hombres en una vida extracorpórea fue definitivamente reemplazada por una fe intramundana en la salvación terrenal dentro de la esfera política y bajo la tuición del Estado.

Palabras clave: Estado, religión secular, utopía, inmanentismo, escatología intramundana, hombre nuevo, gnosticismo, salvación, sacralidad.

Abstract

As long as traditional religion was taking away from the plane of politics, new forms of worship to the only temporary were emerged. The philosophical construction of the State through the contractarian theories and the assault of the ideologies after the French Revolution contributed to deify man, who made politics the sacred object of his religion. The ideologies designed a series of political utopias of whose existence depended

* Licenciado en Ciencias Políticas y de la Administración por la Universidad CEU San Pablo, con Máster en Análisis Político por la Universidad Complutense de Madrid. Actualmente es doctorando en el área de Filosofía de Derecho por la UNED. Artículo recibido el 10 de junio de 2016 y aceptado para su publicación el 30 de agosto de 2016. Correo electrónico: bgsev@hotmail.com

on the eradication of evil and production of a new and immanent man emerged from reason and progress, and heir to a new stage of civilization. The faith of men in an extracorporeal life was finally replaced by a worldly faith in earthly salvation in the political sphere and under the State tuition.

Keywords: State, secular religion, utopia, immanentism, worldly eschatology, new man, Gnosticism, salvation, holiness.

El objeto de este artículo estriba en la necesidad de ofrecer una aproximación conceptual sobre la problemática de la religión secular, al tiempo que tratará de establecer, distinguir e identificar los elementos sustantivos y característicos de la misma, buscando así conformar una definición o esquema que permita al lector comprender de forma rápida y sencilla los rasgos generales de un asunto como éste, ciertamente desconocido, que sin embargo continúa vigente en la actualidad.

En efecto, el meollo de la religión secular pasa por analizar los elementos sustantivos que puedan proporcionarnos una definición de rango, aceptando las limitaciones intrínsecas a toda definición. El tema es demasiado complejo como para tratar de conceptualizarlo en su totalidad y sin que ciertos matices queden excluidos del mismo, no obstante, entendemos que cierta visión esquemática es necesaria para arrojar algo de luz sobre nuestro objeto de estudio, poco prolífico por cierto y bastante oscuro sin embargo. En realidad, y aunque escapa a la mayoría de los análisis y los debates, se halla incardinado de forma ubicua en todas las polémicas de naturaleza política, puesto que todo problema político moderno es, como apuntaba Carl Schmitt, un problema teológico, puesto que lo teológico no solo es relativo tanto a la organización de la vida mundana como a la organización de la vida postrimera, sino que los conceptos centrales de la teología fueron transferidos de ésta a la teoría moderna del Estado. Y es precisamente por esto que el mundo de las ideas políticas se halla impregnado de este eco teológico, a veces para señalar el orden natural de las cosas entre lo civil y lo espiritual y a veces para confundir ambas cosas. Lo que queda fuera de toda duda es que la historia reciente ha sido testigo de una época áurea de las religiones seculares con el advenimiento de los totalitarismos, fenómeno al que parece unido inextricablemente. ¿Pero dónde debemos ubicar el origen de semejante fenómeno? A modo de introducción, nos hacemos eco de las palabras de Emilio Gentile, que sintetizan oportunamente esta cuestión:

“La decadencia de la supremacía de las religiones tradicionales y la laicización de la sociedad y del Estado llevaron, como el racionalismo laico y cientificista preveía y propiciaba, a una paulatina desaparición de lo “sagrado” de la vida colectiva. En cambio, como demuestran numerosas experiencias situadas en todas partes del mundo, hubo una frecuente transfusión de lo “sagrado” desde las religiones tradicionales hacia los movimientos políticos de masas, tanto de derecha como de izquierda, a partir de la cual cobraron vida nuevas religiones seculares. Desde la época de la revolución estadounidense, pero en especial con la Revolución Francesa y el nacimiento de la política de masas, a menudo se confundieron los límites entre la política y la religión, nunca instituidos efectivamente: pero en ese momento la que asumió una dimensión religiosa autónoma propia fue la política, volviéndose uno de los principales terrenos del mundo contemporáneo donde se efectuó la metamorfosis de lo sagrado”¹.

Como vemos el advenimiento de las religiones seculares no es algo exclusivo del siglo xx ni de la época de los totalitarismos, sino que encuentra en los albores del nacimiento del Estado su origen más inmediato, siendo la modernidad la urdimbre filosófica necesaria para su potencial desarrollo y posterior materialización ideológica. No obstante, antes de continuar con esto, resulta conveniente examinar precisamente la clasificación que Emilio Gentile establece en su estudio de la religión secular como un movimiento de masas alrededor de la sacralización de la política y particularmente de la nación. El italiano distingue entre las religiones civiles y las religiones políticas², aceptando que ambas manejan un conjunto de ritos, símbolos y creencias particulares que tienden a sacralizar una entidad colectiva, especialmente el Estado, y en el que se encuentra diluida la nación –que es a su vez religión secular en sí misma– bajo el sintagma Estado-Nación, una entelequia fruto de la modernidad. Por cierto sacralizar significa literalmente transferir sacralidad, y lo sacro, es decir, lo sagrado, es la ubicación física donde se halla lo divino. Destaca el profesor José Enrique Miguens que “lo sagrado es lo inalterable, lo indiscutible y lo incuestionable, cualidad que se transfiere a la ideología política”³. Es decir, Estado y nación aparecen por tanto divinizados, son el dios mortal al que se refería Hobbes, y por ello son los depositarios de la meta escatológica de la sociedad civil. Pero más adelante volveremos sobre esta cuestión.

La gran diferenciación que hace Gentile entre religión civil y religión política es su *grado* de tolerancia hacia las libertades individuales. La re-

¹ Emilio GENTILE, *El culto del Littorio: la sacralización de la política en la Italia fascista*, p. 244.

² Emilio GENTILE, “Politics as religion”, p. 16.

³ José Enrique MIGUENS, *Modernismo y satanismo en la política actual*, p. 301.

ligión civil no aparece intrínsecamente ligada a ningún dogma o teodicea político-religiosa en particular, sino que más bien articula una suerte de clima o atmósfera religiosa de convivencia con otras confesiones incluidas las religiones tradicionales y en general, adopta una forma política democrática. Sería la tipología propia de Estados Unidos⁴, que si bien no escapa a una concepción religiosa de la política –creencia de ser el pueblo escogido por Dios, el nuevo Israel, culto a la democracia misma y a sus presidentes en forma de mito o mártir–, no impone un catequismo de obligado reconocimiento⁵. Precisamente este es el elemento, como el lector seguro habrá intuido, de la religión política, y que es la propia de los totalitarismos⁶, que santifica la violencia como un instrumento moralizador contra el enemigo político, que a menudo deviene en un adversario existencial en términos schmittianos de amigo-enemigo⁷. La religión política por tanto no solo rechaza la convivencia con otras confesiones o ideologías sino que les declara la guerra, o en el mejor de los casos las secuestra e instrumentaliza. El claro ejemplo fue la reacción que los diferentes movimientos totalitarios tuvieron frente al cristianismo, que fue perseguido a muerte por los comunistas, absorbido por los fascistas, y una suerte de ambas cosas por los nacional-socialistas.

Esta distinción de Gentile sin embargo se antoja algo ingenua con respecto a las religiones civiles, puesto que la verdadera diferencia con las religiones políticas no es la tolerancia, sino la violencia. En nombre de las religiones civiles no se han construido campos de muerte sistematizada, ni se han ordenado eugenesias profilácticas, pero igualmente persigue al adversario político en tanto no reconoce su verdad revelada e indiscutible, que en el caso de las religiones civiles, no es otro que el dogma del relativismo, cuyo centro de operaciones es la democracia de masas. Sin violencia física, pero sí de derecho, la religión civil destruye neutralizando políticamente a su enemigo, lo que en términos teológico-políticos vendría a equivaler a un homólogo temporal de la excomunión. Dicho de otra forma, si la excomunión es la muerte del alma y por ende la expulsión

⁴ GENTILE, *Politics as religion... op. cit.*, p. 56.

⁵ Y pese a no imponer directamente un dogma, las pretensiones de la religión civil norteamericana quedan reveladas en su política exterior en tanto propone exportar el modelo democrático como forma política incuestionable. De ahí que John Gray, haciéndose eco de los revolucionarios calvinistas, se refiera a éstos mensajeros de la democracia como “misioneros armados”.

⁶ *Ibid.*, p. 140.

⁷ Schmitt establece un dialogismo de cuya tensión dialéctica se deducía la necesidad de la identificación del propio Yo mediante la existencia de un sujeto radicalmente contrario.

irreversible de la Iglesia como comunidad espiritual, la muerte política es una condena al ostracismo, la marginación absoluta de la sociedad-iglesia. La pena capital también pasaría por ser un remedo de la excomunión en el plano de lo político, en tanto el poder secular goza en exclusiva de la prerrogativa del *ius vitae ac necis*, esto es, el derecho a consentir la vida y a perdonar la muerte. En cualquier caso, Gentile no vacila al afirmar que las religiones civiles aparecen como una forma de sacralización de la democracia:

“La democracia sostuvo la búsqueda suprema de la educación moral que modela la conciencia de los ciudadanos de tal modo que fuesen devotos a la patria y rindiesen culto a la divinidad que se situaba ante ellos”⁸.

Aunque Gentile es pródigo en el uso del término *religión civil*, lo cierto es que el concepto es anterior a las democracias actuales. Aparece ya mencionado por Rousseau como la forma de religión propia de la colectividad moral, heredera de la comunidad santa de los revolucionarios calvinistas y detentora de la voluntad general. Sobre este aspecto, el profesor Julio Alvear apunta:

“Se trata de una nueva fe. La fe democratista acompañada de una moral pública acorde con ella –la futura moralidad republicana del laicismo– que tiene, al modo cristiano, sus propios preceptos inviolables, sus sacerdotes, sus ritos, sus vigilantes, incluso –precuela de la revolución– sus carceleros y sus verdugos”.⁹

Conforme a lo visto, podemos afirmar entonces que la religión secular (incluyendo tanto civiles como políticas) responde a un fenómeno de masas, que genera un sentimiento de culto y fervor religioso hacia un elemento o concepto intrínsecamente no espiritual, generalmente asumido por la política, ya fuere a través de las ideologías, la nación o el propio Estado, al tiempo que maneja un gran espectro de simbología, ritos y liturgias para celebrar la confesión hacia esa nueva deidad. Pero allende del plano meramente cosmético, que efectivamente vendría a encerrar toda esta clase de manifestaciones públicas de culto, y que actúan como canalizadores del entusiasmo colectivo, la religión secular, que podría ser entendida como una mera instrumentalización de ese entusiasmo en virtud de seducir a la masa bajo el irresistible influjo de una ideología o

⁸ *Ibid.*, p. 19.

⁹ Julio ALVEAR TÉLLEZ *La libertad moderna de conciencia y de religión: el problema de su fundamento*, p. 97.

un líder supremo, articula una teleología definida que viene a marcar los fines de la existencia humana, existencia que por cierto es (re) construida *ex-nihilo* por la teología propia de cada religión civil o política. Esto sitúa la problemática de la religión secular en un punto muy delicado donde el debate sobre su auténtica naturaleza no es unánime.

Por un lado, a diferencia de las religiones tradicionales, es cierto que no contempla una metafísica espiritual que apunte a una escatología trascendente. Por otro, es evidente que no se trata un mero instrumento de seducción de las conciencias para fines políticos e ideológicos, a lo que Gentile se refiere como la teoría funcionalista de la religión secular¹⁰. Parece por tanto que en términos relativos, la religión secular se halla en un limbo conceptual, porque al carecer de una ligazón espiritual con el allende, no puede ser considerada estrictamente una religión tradicional, y sin embargo, parece ir más allá de la simple instrumentalización funcional de sus adláteres, puesto que aspira a ser una teología de salvación alrededor de la idea de una escatología intramundana, donde los hombres hallan el paraíso en vida a través de la ideología que emana del Estado-Nación, lugar sagrado. Hete aquí el elemento capital de la religión secular, una soteriología y una escatología temporal a la que se llega exclusivamente a través de la política, que orbita alrededor de la salvación del hombre en términos tanto mundanos como espirituales, puesto que, a la postre, la religión secular construye su propia metafísica en la medida en la que ha generado un tipo de hombre nuevo, el hombre del nuevo milenio, el superhombre gnóstico fruto de la ciencia y la razón, que deviene en redentor de sí mismo.

¿Es por lo tanto la religión secular una auténtica religión? Nada más lejos de la verdad. Es, en todo caso, como decía Voegelin, un sucedáneo, un remedo para el hombre actual que, agostada su creencia en las religiones trascendentes tras la gran revolución, alivia ahora esa inmensa vacuidad interior trasladando sus esperanzas en una nueva deidad construida a su imagen y semejanza, el propio hombre, el hombre-dios, el dios-mortal, que es al mismo tiempo creador y redentor de su propia naturaleza. La transferencia o translación de sacralidad toma forma en este sentido como lo hace en la Iglesia cristiana, tal y como explica en efecto Voegelin. Desde Cristo, la *kephalé* de la *ekklésia*, nacen los *charísmata* que dimana *pneûma* o espíritu, que genera ese *corpus mysticum* que es el cuerpo vivo de Cristo y a la vez comunidad espiritual¹¹. En las religiones intramundanas, el Estado-Nación es ahora ese cuerpo místico, esa nueva *ekklésia*, en la que el dios político supremo derrama su espíritu por los miembros de su cuerpo:

¹⁰ GENTILE, *Politics as religion... op. cit.*, p. 8.

¹¹ ERIC VOEGELIN, *Las religiones de la política*, p. 44.

“(...) Siempre cabe la posibilidad de transformar el símbolo de la comunidad constituida por el *pneûma Christi* en un cuerpo intramundano, una vez que la unidad espiritual previamente realizada vuelva a llenarse de contenidos naturales”¹².

Prosigue Voegelin:

“La Iglesia intramundana reacciona con especial sensibilidad a toda amenaza dirigida contra ese espíritu que configura la comunidad de los iguales (...) e incluso allí donde la *ekklesia* intramundana entra en marcado conflicto con la *ekklesia* cristiana en lo referente a los contenidos religiosos, como ocurre en el nacional socialismo alemán, continúan vivos, en las demandas de conformidad espiritual, el modelo fundamental del *corpus mysticum*, constituido en unidad por el *pneûma*...”¹³.

Ese nuevo cuerpo está formado por la legión de corifeos que a la luz del evangelio ideológico, proclaman a su nueva deidad revelada. El fenómeno de irradiación de sacralidad es muy antiguo y como el propio Voegelin señala apunta a los primeros compases de la teocracia en la historia de civilizaciones pasadas¹⁴ pero lo que ahora nos ocupa asume un grado de gravedad sin parangón al ocupar sobre plano de la trascendencia el plano de lo estrictamente mundano, algo solo posible dentro de una comunidad cerrada dotada de un centro existencial que resuelve todos los problemas humanos, incluida la muerte y la salvación.

Hemos citado la gran revolución como el punto de inflexión entre la derrota final de las religiones tradicionales y la eclosión de las religiones políticas y civiles. La revolución ideológica que prosiguió a la francesa dio lugar a un laboratorio de religiones de lo político que vendrían a enemistarse para siempre con el cristianismo y hacer de sí mismas religiones ateas, algo que sería endémico desde aquel momento en adelante¹⁵. Voegelin se hace eco de la necesaria ánima aversión entre el cristianismo y las nuevas religiones surgidas de lo político:

“La nueva *ekklesia* se halla en lucha contra la antigua, cristiana, y en tanto que querida por Dios debe imponerse sobre cualquiera otras pretensio-

¹² *Ibid.* p. 45.

¹³ *Ibid.* p. 46.

¹⁴ *Ibid.* p. 41.

¹⁵ A partir de aquí nos referiremos a las religiones ateas como un sinónimo de la religión secular en general, que entendemos incluye, siguiendo la clasificación de Gentile, tanto a las religiones políticas (propias de un régimen totalitario) como las religiones civiles (propias de un régimen democrático), pero ambas caracterizadas por rendir un culto necesariamente ateo hacia lo político y reclamar de éste una escatología intramundana.

nes, que solo pueden entenderse como obra del diablo. (...) El intento de mantener o producir una Iglesia cristiana universal como institución con personalidad propia se interpreta como obra de Satán. La Iglesia católica, en su pretensión de ascendente espiritual sobre todos los cristianos, es el reino de las tinieblas, cuyo objetivo es impedir la continuación directa de la idea de <<pueblo de Dios>> (...) El Estado es la Iglesia, y todo aquel que se constituya enemigo de la nueva *ekkleσία*, del Leviatán, es Satán”¹⁶.

Esto encaja muy bien con la definición del mal que, como veremos a continuación, establecen las religiones ateas, siendo el cristianismo su principal Anticristo.

Como decíamos, con la Revolución Francesa la Ilustración ya se había encargado de deificar la razón y construir nuevos mitos alrededor de la nación y de la democracia, imbuyéndola de una suerte de moral colectiva gracias a Rousseau, quien por cierto para Dalmacio Negro jugó un papel más destacado en la virulencia tanto intelectual como material de la Revolución que la propia Ilustración, la cual apareció como movimiento cultural con ciertas tendencias regeneracionistas. Serían los jacobinos y el Terror los que se afanarían en construir un mundo nuevo a través de la erradicación del pretérito. La violencia y la pedagogía eran dos caras de una misma moneda. ¿El objetivo? La utopía del paraíso en la tierra, una vieja idea calvinista¹⁷ que sería reproducida más tarde por los totalitarismos y que vendría a firmar la sentencia de muerte de millones de personas.

Michael Walzer sitúa precisamente la revolución calvinista como germen original de las religiones ateas o seculares, en tanto Calvino y sus adláteres diseñaron una comunidad santa que debía operar como epicentro de todo acontecer humano, y cuya naturaleza no podía ser sino política. Los esfuerzos del calvinismo por construir una comunidad política fueron eminentemente terrenales, incluido la asignación de las magistraturas, la legislación o la preparación para la guerra. En el calvinismo no había espacio para lo supra-mundano pese a manejar un ideal ascético. La búsqueda por restaurar el paraíso caído debía realizarse en la tierra y bajo medios terrenales. “La lucha por una nueva comunidad humana en reemplazo del Edén perdido se convirtió en un asunto de actividad política concreta”¹⁸. La comunidad santa era el espacio definitivo para lo político, reflejo del Reino de Dios en la tierra.

¹⁶ VOEGELIN, *Las religiones... op. cit.*, p. 56.

¹⁷ La máxima puritana aspiraba, según la frase del Apocalipsis “un nuevo Cielo, una nueva Tierra” a hacer de la tierra el nuevo cielo prometido.

¹⁸ Michael WALZER, *La revolución de los santos: estudio sobre los orígenes de la política radical*, p. 43.

Debemos insistir en que la idea de aspirar a un mundo perfecto y nuevo, en constante cambio –por tanto siempre revolucionario- liberado de los atavismos y las rémoras del anterior, se convertiría en la principal obsesión de las religiones ateas, que habían encontrado en la política el modelo de salvación, y en las ideologías una ortodoxia de obligado cumplimiento que dotaba de cierto sentido metafísico a su escatología intramundana. Los jacobinos ya manejaban por la época del Terror una visión apocalíptica de la historia, inspirada en el experimento totalitario de Joaquín de Fiore, probablemente la primera experiencia de una religión política en el sentido estricto del término. El modelo joaquinita dividía la historia en tres etapas: la Antigua Alianza y el reinado de Cristo precedían a una tercera, la del Espíritu Santo, prefacio del Apocalipsis¹⁹. Si a cada fase le correspondía un caudillo, Joaquín debía ser aquel que gobernase la última etapa²⁰, concebida como una aproximación ascética al mundo espiritual, máxima expresión de la perfección humana²¹. Sustituida la escatología supramundana por una escatología intramundana, el tercer estadio joaquinita era el estadio final al que todas las religiones ateas aspiraban²², construyendo una dialéctica de la historia basada en la perfectibilidad del ser humano, que a través del progreso experimentaban ese máximo grado de perfección tanto material como espiritual. Para algunas religiones ateas este estadio final se situaba como una meta a alcanzar, para otras, como era el caso del comunismo, se presenta como una realidad tangible. En cualquier caso, el camino es siempre revolucionario, y la lucha, el motor de la acción del proceso. La violencia siempre ha tenido un protagonismo especial en las religiones ateas. Los jacobinos ensayaron con la violencia pedagógica durante el Terror, y en el caso de los totalitarismos de la primera mitad del siglo XX tuvieron especial relevancia; la violencia hacía las veces de catalizador del proceso revolucionario y al mismo contribuía a la construcción de ese hombre nuevo, hijo de la ciencia, pero también de la lucha. Para la materialización del paraíso utópico revolucionario hacía falta, como ya mencionamos, la definición del bien y el mal en términos absolutos. A diferencia del cristianismo, que busca convertir el mal en bien a través del perdón y el arrepentimiento, para las religiones ateas el mal debía ser abrogado, aunque eso significase, en algunos casos de forma literal, un holocausto en honor y sacrificio del dios ateo.

Por cierto que René Girard explica elocuentemente el fenómeno del sacrificio a través de la idea del *pharmakós*, un proceso catártico que

¹⁹ John GRAY, *Misa Negra*, p. 23.

²⁰ Eric VOEGELIN, *Ciencia, política y gnosticismo. Dos ensayos*, p. 132.

²¹ VOEGELIN, *Las religiones... op. cit.*, p. 50.

²² *Ibid.* p. 58.

descarga toda la violencia acumulada y colectiva sobre una persona que es definida como la culpable de todos los males mediante “la causalidad diabólica”, generada por el deseo mimético, el cual exige retribución por violencia. Conforme a esto, el asesinato colectivo de este chivo expiatorio purgaría las culpas de la sociedad. Esta tesis es desde luego extrapolable a los asesinatos en masa cometidos por los totalitarismos, que encontraban en ciertos individuos, ya fuere por motivos de clase o raza, el origen de todos sus males. Pero también el sacrificio del chivo expiatorio puede devenir no obstante en la sacralización de la víctima. Este sería el caso del cristianismo, que considera a Cristo la víctima inocente y por tanto la víctima definitiva, ya que redime el pecado del mundo y con ello la necesidad del sacrificio y de la retribución. No obstante las ideologías contemporáneas han sabido instrumentalizar con pericia esta dimensión positiva del sacrificio, haciendo del victimismo una herramienta para divinizar ciertos colectivos, como ocurre con el homosexualismo en el mundo occidental o más concretamente la población negra e indígena en Estados Unidos. Nada que no hubiera hecho antes el socialismo con el proletariado.

En fin, como una sociedad perfecta no podía permitirse la existencia del mal, asumieron así las religiones ateas una misión respecto del mundo: debían expandir sus dogmas y convertir a los no creyentes, al mismo tiempo que combatían a los infieles, enemigos de la divinidad política. Era una misión evangelizadora y una cruzada espiritual, puesto que el objetivo estribaba en una doble dimensión: la universalización del bien y la erradicación del mal. Ciertamente, la Iglesia Católica significa la oposición al mal y el Estado, como forma política, es por definición neutral²³. Pero la necesidad de reclamarse una sustancia divina empujaba a las religiones ateas a combatir un anatema. El Estado es neutral, pero la persecución de una escatología intramundana significaba establecer un paraíso, y por ende, identificar aquello que debía quedar excluido del mismo.

Esto casaba muy bien con los intereses expansionistas y nacionalistas de los regímenes totalitarios, que ya fuere en nombre de la raza o la clase, buscaban la universalización de sus dogmas y batalla contra el Anticristo, que era definido como la antítesis política, el anatema espiritual y el enemigo vital por antonomasia. Ya fuere el capitalismo, la democracia parlamentaria, los judíos o el propio cristianismo como antes hemos mencionado, las religiones ateas encontrarían un eje del mal que legitimase su existencia. En el caso nacional-socialista, imbuido de cierta

²³ Dalmacio NEGRO PAVÓN, “La gran Contrarrevolución frente a la gran Revolución”, p. 21.

teología-política católica perversamente interpretada, el Tercer Reich hacía las veces de *Katechon*²⁴ o barrera contra las fuerzas del mal. Y en la misma dirección en la que el mal quedó definido en términos absolutos, el bien también tomaba una forma concreta. La producción de un hombre nuevo, ese superhombre que se erigía triunfante tras la muerte de Dios, significaba también la personificación del bien.

De este modo, las religiones ateas presentaban una suerte de *cris-tificación* de su mitología política: el hombre ario nacional-socialista, el proletario marxista-leninista, el héroe fascista, todas ellas versiones politizadas y ateas de una figura salvífica. Este superhombre tiene para Voegelin un origen cristiano en tanto entraña la degeneración gnóstica de la idea de santificación humana, que aspira a la perfección sobrenatural tras la muerte, por lo tanto estrictamente espiritual, y que secuestrada por el gnosticismo, pretende la perfección absoluta del hombre en el mundo como una teleología en sí misma. Voegelin se refiere así a la tendencia gnóstica hacia la perfección:

“(...) el gnóstico se encuentra insatisfecho con su situación. (...) Sostiene que problemas de su situación se pueden atribuir a que el mundo está intrínsecamente mal organizado. (...) Los gnósticos, sin embargo, no se sienten inclinados a reconocer que el ser humano, y ellos mismos, son imperfectos. Si en una situación dada algo no es como debería ser, la culpa ha de hallarse entonces en la maldad propia del mundo. (...) La tercera característica es la creencia de que es posible la salvación del mal en el mundo”²⁵.

Como vemos, la idea del superhombre cristificado como un redentor de la naturaleza empieza a aparecer. Prosigue el autor:

“A ella le sigue la creencia de que el orden del ser tiene que ser transformado en un proceso histórico; de un mundo desdichado debe históricamente evolucionar a uno bueno”²⁶.

Aquí aparece la lucha, el proceso revolucionario que es el motor del cambio a través de la violencia:

“(...) La creencia de que la acción humana es capaz de modificar el orden del ser, y que este acto redentor es posible al esfuerzo del propio hombre. (...) El conocimiento –la gnosis– del método para transformar el ser es el

²⁴ Carmelo JIMÉNEZ SEGADO, *Contrarrevolución o resistencia, la teoría política de Carl Schmitt (1885-1985)*, p. 201.

²⁵ VOEGELIN, *Ciencia, política y gnosticismo... op. cit.*, pp. 127-128.

²⁶ *Ibid.*

objetivo principal del gnóstico. (...) Reconocemos, además de la elaboración de una fórmula para lograr la autorredención y la redención del mundo, la disposición del gnóstico a presentarse como un profeta que proclama su saber sobre la redención del género humano”²⁷.

Para Javier Barraycoa el sentido del gnosticismo gravita alrededor del rechazo roussoniano del *mundo carnal*, que exigía la restauración de ese *estado de caída* dando lugar a un proceso de igualación, que tanto para la gnosis como para Rousseau deparaba en una *comunidad de iguales*²⁸, la sociedad perfecta y utópica donde el pecado original –la propiedad privada según Rousseau– había sido redimido. De un modo u otro, se estaba allanando el camino para el reflejo del Reino de Dios en este mundo.

Tenemos aquí definidas las ideas principales del superhombre gnóstico y que coincide con el principal catecismo de las religiones seculares: la idea del mal en el mundo, la idea de erradicación de ese mal a través de la revolución, la redención de la humanidad a través del superhombre y la expectativa gnóstica de un estadio de perfección absoluta, perfección de la que, insistimos, no escapa a la violencia. La producción del superhombre no es posible sin violencia; el mismo hecho de la muerte de Dios implica un acto de violencia que se resuelve con un triunfo: el óbito de lo antiguo y el nacimiento de algo inédito, un paráclito inmanente que asume una misión política. No obstante, pese a nacer de la muerte de Dios, superhombre no es un ser irreligioso, sino todo lo contrario. Es un ser profundamente religioso, con los fines de su existencia definidos por una teleología de salvación que él mismo asume. Es un ser que se ha autoproclamado deidad, que se rinde culto a sí mismo y que tiene puesta su esperanza en una escatología inmanente. El inmanentismo aparece como el elemento sustancial del gnosticismo y de las religiones ateas. La destrucción de la metafísica trascendente y su sustitución por una metafísica inmanente depara irremediablemente en la traslación de la sustancia divina de Dios asesinado al *homo novus*, que queda deificado y con capacidad redentora, erigiéndose adalid del mundo nuevo:

“Todos los movimientos gnósticos están comprometidos con el proyecto de abolir la constitución del ser, que tienen origen en lo divino, y buscan reemplazarlo por un orden del ser inmanente al mundo, cuya perfección se sitúa en el ámbito de la acción humana. Se busca, así, alterar la estructura del mundo –que es percibida como inadecuada–, para hacer posible el nacimiento de un nuevo mundo mejor”²⁹.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ Javier BARRAYCOA, *Sobre el poder en la modernidad y la posmodernidad*, p. 64.

²⁹ VOEGELIN, *Ciencia, política y gnosticismo... op. cit.*, p. 135.

En el mismo sentido, subraya Alvear que la misma lógica inmanente que afecta al nuevo tipo de hombre, es al mismo tiempo causa de la dinámica totalizadora del Estado:

“La pretensión de fundarse a sí mismo, sin necesidad de legitimación por parte de una instancia trascendente, es el núcleo del principio de immanencia, que permite al Estado transformarse en el dueño y creador del derecho y en el productor del espacio político”³⁰.

En cierto sentido, este proceso de “inmanentización” tanto de la propia naturaleza del ser como del mundo y de su escatología, está fuertemente ligado con la dimensión palingenésica de las ideologías revolucionarias y utópicas que habitan en el seno de las religiones ateas. La creencia en la inmortalidad del dogma político a través de la reencarnación de la ideología en el tiempo como una constante infinita, dibuja el plano de una escatología immanente, accesible tan solo a través del culto y la comunión en la religión secular y en la ascensión tanto material como espiritual de su evangelio ideológico. Si para el cristianismo el acto de la redención es un milagro perpetuo, para las religiones seculares la redención, que se produce en este mundo y bajo el orden del ser del nuevo hombre, también es un acto ilimitado en el tiempo en tanto forma parte de dialéctica de la historia construida por la ideología: el advenimiento de la dictadura del proletariado –el paraíso socialista en la tierra bajo la tuición del superhombre comunista–, el triunfo de la raza aria y del Reich pangermánico compuesto por una raza de superhombres biológicamente superiores, o la construcción de una nueva Roma imperial, heredera de un pasado glorioso y dueña por derecho de un futuro triunfal donde more el hombre-soldado mitológico, son elementos palingenésicos que describen la confianza de las religiones ateas en una teología intramundana cuya principal misión redentora es asumida por el superhombre conforme a la definición de una teleología salvífica, de un destino místico tangible materialmente.

Podemos observar cómo las religiones ateas que operaron en el corazón de los totalitarismos manejaron todos los elementos litúrgicos de una religión formal, esto es: ceremonias, oraciones, ritos, festividades, así como hagiografías de sus propios héroes, ya fueren soldados, políticos o revolucionarios, muertos y santificados en nombre del Estado-Iglesia. Una de las características de las religiones políticas es, como señala Gentile, la doble obligación de vida y muerte que implica su comunión. Todo acólito de la religión política y del evangelio ideológico debe estar dispuesto a

³⁰ ALVEAR TÉLLEZ, *La libertad moderna... op. cit.*, p. 209.

arrebatar la vida de un no creyente en una suerte de guerra de religión o guerra santa como antes mencionábamos, puesto que el sentido de cruzada subyace bajo sus pretensiones expansionistas, pero sobre todo a morir, a dar la vida, a ofrecer en oblación el cuerpo y el alma por la nación, el Estado y la política. Como vemos, la violencia se hace presente una vez más como un elemento capital de la lógica de las religiones políticas. Sin embargo, la cuestión de la violencia y sus límites en lo relativo a la construcción y diseño de lo político no es ajena a las religiones tradicionales. No obstante la legitimización de esa violencia y su administración difiere entre aquella comunidad política inscrita en el orden universal de las cosas trascendente y aquella inscrita en el orden artificial del Estado como dios intramundano.

Para San Agustín, en el cristianismo la única violencia legítima es la que se comete en nombre de Dios bajo el halo de su autoridad moral³¹. Eso legitimaba en cierto modo la llamada guerra justa que se acometía por derecho a la autodefensa y por ende por derecho a la defensa a Dios, quien, según el teólogo cristiano, inspiraba a los hombres para dar muerte a sus enemigos en la tierra cuando la paz había sido abolida. El concepto de paz agustiniano, definido como “la tranquilidad en el orden” no desechaba por tanto la idea de violencia. Ese sentido de “orden” sugiere la necesidad de emplear la violencia contra aquellos que amenazan la comunidad política, organizada bajo el derecho y detentora de ese orden. La “tranquilidad” es la ausencia de conflicto, que se ajusta a un orden impuesto tras derrotar a sus enemigos. Esto encaja bien con la polémica y aparentemente inefable frase de Cristo: “no he venido a traer la paz sino la guerra. No he venido a traer el cielo sino la espada”³², que proclama un reino de paz espiritual, pero sin rechazar la violencia en el mundo como un elemento ínsito en la naturaleza humana e imprescindible para dibujar los confines de lo político. Ahora bien, como señala Hanna Arendt, la violencia no genera poder, solo lo destruye.³³ En añadido, la violencia solo es posible a través de los instrumentos. Por eso conviene diferenciar entre la violencia que en último término puede tolerar el cristianismo y la violencia ejercida por el Estado.

Precisamente, para el protestante Tomás Hobbes la idea de conflicto y violencia secuestraron la lógica en el diseño de una comunidad política. El temor hacia la guerra civil y la autoaniquilación y por tanto la necesidad de la neutralización del conflicto mediante la política contribuyeron a la construcción artificial del Estado conforme los criterios del iusnaturalismo

³¹ AGUSTÍN SAN, *La Ciudad de Dios*, p. 674.

³² MATEO, 10:34

³³ Hannah ARENDT, *Sobre la violencia*, pp. 62-63.

racionalista. Atrás queda la preocupación sobrenatural y espiritual luterana, para Hobbes todo problema es político y explicable físicamente: lo humano alcanza en Hobbes el grado máximo de mundanización³⁴. Con él la violencia y la paz no aparecen ya como elementos propios de la naturaleza humana organizados por la sociedad civil, sino que debían de ser extirpados de ésta mediante la política técnica, que bajo la ficción del contractualismo, ofrecía una situación de paz absoluta, donde la violencia, neutralizada, se confundía con el derecho haciendo de éste un instrumento exclusivamente fáctico, ajeno a cualquier autoridad moral. Conforme a esta lógica, para las religiones ateas lo legítimo se identifica con el derecho positivo, lo estrictamente legal, y lo legal será todo aquello que determine el poder político mediante el uso de la violencia, puesto que los conceptos de *auctoritas* y *potestas* quedan diluidos cuando no confundidos dentro del Estado. Señala Dalmacio negro que:

“Históricamente, significa que el Estado arrebató a la Iglesia la *auctoritas*, el derecho sin cortapisas a definir la verdad (...) eliminando así la distinción capital entre los dos poderes, el de la Iglesia como institución (derivado de la *auctoritas*) y la *potestas* inherente al poder temporal”³⁵.

Llegados a este punto y considerando los límites de este ensayo, creemos necesario establecer de manera ciertamente esquemática un desglose de todos aquellos elementos de los que nos hemos hecho eco de tal manera que conformen una definición, esperemos aproximada, de las religiones seculares.

1. Un conjunto de ritos, símbolos y liturgias

Se trata del aspecto más cosmético, pero no por ello debe ser obviado. El diseño de todas estas manifestaciones de culto y fervor religioso está puesto al servicio a la construcción de una teología política que ha de determinar los fines de la existencia humana. Los actos públicos son una demostración de fuerza de las religiones ateas, una confirmación del poder que adquieren sobre las masas, que bajo el éxtasis propio de la adoración religiosa, se comprometen tanto material como espiritualmente a servir la causa del Estado y la ideología correspondiente. La repetición sistemática

³⁴ Elio A. GALLEGO, *Autoridad y razón: Hobbes y la quiebra de la tradición occidental*, p. 83.

³⁵ NEGRO PAVÓN, *La gran contrarrevolución... op. cit.*, p. 27.

de consignas, las babélicas campañas proselitistas, el uso de carteles, uniformes, lemas, canciones, homenajes, festividades sagradas y mitología propia; todo ello está prediseñado en virtud de neutralizar la libertad de conciencia del individuo, y lo que es más, instrumentalizar la naturaleza creyente del hombre, de destruir sus antiguos credos y sustituirlos por aquellos que son propios de la modernidad, fruto del progreso técnico o de triunfos y conquistas ideológicas. El empleo de esta simbología religioso-política ha sobrevivido hasta nuestros días, y los regímenes democráticos no están exentos de hacer uso de una teología política revestida de sus liturgias particulares. Prueba de ello es la santificación política de algunas fechas, que celebran el día de la Constitución (convertida en el catecismo por antonomasia de las religiones ateas modernas), el día de la independencia nacional, el día de la mujer trabajadora, etc., o incluso la secularización de algunos ritos estrictamente religioso-espirituales propios del cristianismo como el sacramento del matrimonio o de la primera comunión, ahora convertidos en actos exclusivamente civiles y legales, reconocibles solo ante los ojos del poder estatal, del *deus mortalis*. El secuestro de actos religiosos y su transformación en actos políticos, pese a continuar cargados de una suerte de trasunto religioso, contribuyen a la derogación de la metafísica trascendental y a la deificación de la política, del mundo y del hombre bajo las leyes del racionalismo y el cientificismo ateo, que proclaman la victoria del inmanentismo y la autonomía del hombre por encima de Dios y de la vida misma, hecho que queda demostrado al aprobar leyes de eugenesia profiláctica como el aborto o de muerte selectiva como la eutanasia, a lo que Dalmacio Negro se refiere como “cultura de la muerte”³⁶.

2. *El diseño de una teleología utópica*

Las ideologías revolucionarias se caracterizaron por un sentido prometeico que centraba sus esfuerzos en la construcción material de una utopía, la imagen gnóstica de la perfección política. Precisamente, parte de la influencia gnóstica de las religiones ateas estribaba en la creencia de que el mundo era imperfecto y en la capacidad del hombre para redimirlo a través de la ciencia y el conocimiento. Esto definía las bases de la misión salvífica que asumía el hombre con respecto de la naturaleza. El diseño y posterior construcción de una utopía implicaba la definición del bien y del mal en términos absolutos, puesto que el proyecto exigía la derogación

³⁶ Dalmacio NEGRO PAVÓN, *El mito del hombre nuevo*, p. 260.

del mal. Los teóricos del contractualismo estudiaron las posibilidades de confeccionar un mundo perfecto libre de las rémoras pretéritas, y en términos generales la solución pasaba por la neutralización del conflicto y la búsqueda de la paz perpetua. Ya fuere bajo la sombra del todopoderoso Leviatán ideado por Hobbes o en el seno de esa comunidad igualitaria de moral colectiva imaginada por Rousseau, el destino de la política debía gravitar alrededor de la felicidad plena.

Cuando estalló la Revolución Francesa y la ideología finalmente ecllosionó y tomó forma en la historia, no tardarían en sucederse los primeros ensayos utópicos, que requerían de la depuración de todo aquello que constituía una amenaza contra el nuevo orden del ser y del mundo. El prurito utópico requería sacrificios, y los acólitos de la nueva religión estaban dispuestos a derramar sangre en homenaje a su dios ateo. En este sentido las religiones ateas reclaman una teleología mística en tanto están circunscritas a una dialéctica histórica que avanza inexorablemente hacia una misión soteriológica. La dictadura del proletariado marxista-leninista encarnaba este celo utópico: la construcción de un paraíso en la tierra, construido por y para el hombre-comunista donde éste dotaba de sentido a la historia pasada y futura. Pero el triunfo del Reich pangermánico soñado por Adolfo Hitler no difería del caso comunista en lo relativo a la confección de una teleología que concediese al nazismo un lugar en la historia. El triunfo final del hombre ario sobre todas las razas debía coincidir, con el Tercer Reich, cuyo caudillo era y sería siempre Hitler, no tanto por ser su ideólogo, sino por personificar de un modo cuasiespiritual el evangelio nazi, que se identificaba con la substancia del Estado-Nación. Para los fascistas ese sentido de destino místico descansaba en la construcción de un nuevo imperio romano, que debía triunfar bajo los designios de la nación italiana, que había sido deificada conforme la doctrina sagrada de la voluntad y la acción, elementos sustantivos de la mitología irracionalista del fascismo. La sociedad de masas actual aspira a la construcción de un Estado de Derecho igualitario, basado en la democracia como forma de gobierno omnímoda e infalible³⁷.

3. El proceso revolucionario y la violencia como motor del cambio

La proyección de una teleología utópica está ligada a un proceso revolucionario. Decía Carlos Marx que “la violencia es la partera de la revolución”,

³⁷ VOEGELIN, *Ciencia, política y gnosticismo... op. cit.*, pp. 128-129.

y lo cierto es que, como hemos venido insistiendo, la deriva de las religiones ateas en la historia y su esencia desde el plano de lo ontológico no es comprensible sin violencia. El Estado es por definición revolucionario, pues está en su naturaleza la transformación permanente del orden social. Y la transformación, el cambio, exige violencia. Los regímenes totalitarios instrumentalizaron la violencia para rediseñar al individuo conforme a su moral política y la violencia se volvió una herramienta moralizante. Como ya mencionamos, los jacobinos fueron los primeros en emplear la pedagogía para transformar al individuo, algo que serviría de posterior inspiración para las religiones ateas del siglo XX. Los programas de adoctrinamiento de los nacional-socialistas o las campañas de reeducación forzosa de los regímenes comunistas estaban dispuestos al servicio de transmutar la naturaleza humana, ya fuese en virtud de la clase o de la sangre. Lo cierto es que toda pedagogía estatal es en sí misma, por ideológica e impositiva, una forma de violencia. Pero en el caso de los regímenes totalitarios esto se recrudecía puesto que alternaron la violencia moral con la violencia física. El objetivo era doblegar tanto el alma como la carne. Administraron campos de muerte tanto para el enemigo político como el existencial, que no era otro que aquel que encajaba con la definición de mal absoluto. En las democracias actuales la violencia se ejerce tácitamente revestida de derecho. No es una violencia física, sino política, cuyas principales armas son la pedagogía y el adoctrinamiento moral. La ideología de género, por ejemplo, es un claro ejemplo de la instrumentalización de la ideología para la producción de una moral laica. Esto es especialmente endémico en las religiones civiles:

“El establecimiento de una religión civil presupuso la existencia de un Estado didáctico, que tenía la responsabilidad de la regeneración moral de cada individuo que estaba integrado a través de la educación en la comunidad moral del cuerpo político”³⁸.

La lucha, el movimiento, el cambio, en fin la violencia, era entendida como el motor del proceso revolucionario, el elemento catalizador que catapultaba a las religiones ateas hacia su destino salvífico.

4. *El sentido palingenésico y apocalíptico*

La definición de la teleología estaba directamente unida con un sentido de inmortalidad y de reencarnación en el tiempo. El Tercer Reich era la

³⁸ GENTILE, *Politics as religion... op. cit.*, p. 19.

tercera encarnación del Sacro Imperio Germánico, y bajo la inspiración de la fórmula histórica de Joaquín de Fiore, constituía la tercera y última etapa –que vendría a durar mil años–, y que serviría de prefacio del apocalipsis, el cual se resolvería con el triunfo absoluto de la raza aria sobre las fuerzas del mal. Los nacional-socialistas se consideraban víctimas de los padecimientos obrados por el mal, y al mismo tiempo detentores de una misión redentora al combatirlo. Este pesimismo delata por cierto su origen gnóstico; la creencia de que el mundo está corrompido y la necesidad de redimirlo. El fascismo también se caracterizó por ser una ideología palingenésica en tanto creía asumir por derecho propio la herencia del Imperio Romano, no exclusivamente como un legado, sino como una auténtica reencarnación mística; la Italia fascista de Mussolini significaba la resurrección de la gloria pretérita de la Roma imperial, una gloria que debía prolongarse en el tiempo como una constante inquebrantable. Por su parte, la palingenesia socialista gravitaba alrededor de la dialéctica materialista de la historia.

Ciertamente, la cuestión apocalíptica no se puede separar de sus orígenes cristianos. Los propios seguidores de Jesús creyeron vivir el último estadio previo al fin de los tiempos, tras el que toda violencia, hambre y pecado se extinguirían puesto que todas las fuerzas del mal serían aplastadas en última batalla entre la luz y las tinieblas³⁹. Esta visión apocalíptica del cristianismo primitivo fue revisada por la escolástica medieval cristiana. Con *La Ciudad de Dios*, San Agustín establecería que el reino de Dios que se había prometido al fin de los tiempos era espiritual, al mismo tiempo que debía de servir de inspiración para la ciudad de los hombres, lugar donde habían sido desterrados por el pecado original⁴⁰. Pero el pensamiento medieval cristiano estaba profundamente conmovido por la creencia en la llegada del día del juicio final. El Apocalipsis, que comúnmente se entiende como un acontecimiento catastrófico, significa “revelación”⁴¹, es decir, el día en el que todos los misterios del cristianismo serían revelados y se aguardaría la Parusía o segunda venida de Cristo al mundo, cuyo reino sobre la tierra duraría mil años, el mismo margen de tiempo que establecerían los nacional-socialistas. Esta escatología apocalíptica positiva generó movimientos conocidos como milenaristas⁴², que pese haber sido condenados por el concilio de Éfeso tras aceptar la

³⁹ John GRAY, *Misa Negra*, pp. 14-15.

⁴⁰ AGUSTÍN, SAN, *La ciudad... op. cit.*, p. 674.

⁴¹ GRAY, *Misa... op. cit.*, p. 27.

⁴² También conocidos como *quiliastas* (una quiliada contiene mil partes y los milenaristas cristianos creían que Jesús regresaría a la Tierra y reinaría por un período de mil años).

exégesis agustiniana del reino de Dios intemporal, gozaron de una gran aceptación influyendo en figuras como la de Fiore.

Decíamos antes que la escatología nacional-socialista, pese a asumir una misión soteriológica con respecto del mundo, era de marcado carácter negativo. El apocalipsis vaticinaba el fin de los tiempos sin posibilidad de remisión. Pero para el pensamiento ateológico del siglo XVIII e ideológico del XIX, la promesa apocalíptica en la que el mal sería por fin derrotado cobró especial relevancia en la construcción de la utopía, cuya ulterior objetivo descansaba precisamente en la erradicación del mal y el triunfo del bien absoluto, con la felicidad plena de los hombres como resultado. El proceso de formación del pensamiento utópico revolucionario se aceleraba a medida que el cristianismo era contenido al margen de la sociedad, pero aquel no era sino una proroga de éste, una versión laica de la fe milenarista amparada por la creencia de un nuevo despertar humano bajo los logros de la razón científica. John Gray sigue la división de Norman Cohn para definir los movimientos utópicos y milenaristas. Establece cinco rasgos diferenciales sobre la idea de salvación que ostentaban:

“es colectiva, ya que goza de ella el conjunto de salvación de los fieles; terrenal, porque se materializa en la tierra y no en el cielo o en la otra vida; inminente, puesto que se asegura que vendrá pronto y de forma súbita; total, porque no sólo mejorará la vida terrenal, sino que la transformará y la hará perfecta, y milagrosa, dado que su advenimiento se alcanzará gracias a la acción divina”⁴³.

Evidentemente, el último rasgo que hace referencia a la intervención divina solo es aplicable al pensamiento milenarista aún cristiano, aunque el calvinismo ya apuntase tempranamente a una escatología intramundana bajo el ya mencionado prurito de instaurar el Reino de Dios en la tierra. La utopía ideológica, heredera de este esquema, sustituyó hábilmente la intervención divina por la *gracia* del progreso humano estimulado tanto por el Estado-Nación como por la ciencia, las grandes deidades de las religiones ateas.

5. *La producción de un hombre nuevo*

El camino hacia la transmutación de la naturaleza humana debía pasar por su politización definitiva. La negación de la esencia del hombre como ser

⁴³ *Ibid.* p. 29.

trascendental y la derogación de la metafísica cristiana impuso la devoción por lo exclusivamente mundano, finito. El “buen salvaje” roussoniano encarnaba la dimensión angelical caracterizada por la autoperfección que debía asumir el nuevo hombre. La teoría de la moral colectiva, formada por una comunidad de hombres nuevos, daba paso a la ontologización del Estado-Nación, que devino en sujeto activo de lo político y objeto de culto a través de la entelequia de la voluntad general⁴⁴. El nuevo hombre aparece por tanto bajo la identidad de un Yo subjetivo radical, una forma de solipsismo que presupone una dimensión inmanente del ser. El Yo subjetivo es por tanto depositario de la legitimidad política, cuya suma de voluntades individuales conforma la voluntad del Estado-Nación. La voluntad, el voluntarismo, quedó reconocido como una forma sagrada de expresión política. Neutralizada por tanto la naturaleza universal y objetiva del ser, la nueva esencia del hombre es maleable, puesto que es sometido bajo tabla rasa del polilogismo⁴⁵, que niega la sustancia ontológica del ser en virtud de lo fenoménico, es decir, aquello que es mutable y cambiante tanto a través de la historia como de la ideología. Para el marxismo-leninismo el hombre debía ser transformado mediante el proceso revolucionario articulado por la lucha de clases. La abolición de la propiedad privada y del capitalismo constituiría un nuevo prototipo humano, perfecto, libre del egoísmo y del servilismo de las sociedades capitalistas industrializadas. La clase era por tanto el elemento transformador; el individuo, que experimentaba el ambiente de la sociedad de clases dominado por la desigualdad, debía trascender hacia una forma de existencia superior materializada en la dictadura del proletariado, el paraíso que el socialismo debía construir para el hombre nuevo. El nacional-socialismo era una *bioideología*⁴⁶, es decir, la transformación del ser no era resultado del ambiente sino de la ciencia, de la modificación genética. El hombre nuevo quedaba identificado con el hombre ario, situado en la cúspide de la jerarquía racial, lo que justificaba su teoría del espacio vital o *lebensraum*, que perseguía el pangermanismo mundial. En fin, los métodos de higiene racial y programas de muerte fueron impuestos en nombre del progreso humano y de la ciencia, que debía aspirar a la construcción del ser humano perfecto, libre de taras físicas y moralmente adscritos a mito del *volk* o nación alemana, diluida en el Estado nazi.

Actualmente ciertas prácticas *bioideológicas* continúan vigentes. A los ya citados ejemplos de aborto y eutanasia, habría que sumar la disforia de

⁴⁴ NEGRO PAVÓN, *El mito... op. cit.*, p. 118.

⁴⁵ *Ibid.* p. 206.

⁴⁶ *Ibid.* p. 251.

género como una manifestación radical del Yo subjetivo, del polilogismo y de la tendencia *bioideológica* hacia el diseño de un arquetipo humano inmanente. Las ideologías revolucionarias reclaman el derecho a la identidad sexual como una expresión de libertad, un instrumento por ganar la batalla contra la naturaleza humana. La homosexualidad y la transexualidad suponen la negación absoluta del orden del ser trascendente, la aniquilación de la ontología en virtud de la fenomenología, puesto que lo que importa no es el ser, sino el accidente. La sexualidad deviene objeto del cambio, es extirpada de la naturaleza objetiva y arrojada a la contingencia del convencionalismo social, de la decisión personal. Por eso tiene razón Rafael Gamba cuando afirma que la democracia actual no es ya una religión falsa, sino que sugiere un “antropocentrismo o culto al Hombre”⁴⁷. Al final, la *bioideología* moderna no es sino una expresión más del individualismo llevado al paroxismo, una radicalización de la libertad personal amparada por el derecho político que sirve a la religión atea del Estado.

6. La cristificación del superhombre

Para el nacimiento del nuevo hombre hace falta la muerte de Dios, a lo que sucede una etapa de nihilismo⁴⁸. El contractualismo rechazó la tradición anterior y formuló un estadio previo fundado en la *nada*, en el que la naturaleza humana, antes universal e inmutable, podía ser transformada conforme a las veleidades del historicismo. Para el cristianismo, la *nada* era aquello sobre lo que se producía el milagro de la creación, que es la irrupción del tiempo en la eternidad mediante un acto de voluntad divina. Para el nihilismo, la *nada* es la substancia que subyace en el hombre. El asesinato de Dios implica la revelación de esa *nada*, que engendra un nuevo arquetipo humano, el hombre nuevo creado *ex nihilo* por el propio hombre, el superhombre. Éste ha de asumir la misión soteriológica que ha quedado vacía tras el derrocamiento de Dios; se produce así una *cristificación* del superhombre que nace libre de pecado, inmaculado, angelical. A este respecto, apunta Fernando Segovia:

“sabido es que las ideologías son formas de pensamiento acerca del orden político que irrumpen en la edad moderna barriendo con la antropología cristiana que explicaba los límites de la cristiandad, como de cualquier

⁴⁷ Rafael GAMBRA, *El Exilio y el Reino: la comunidad de los hombres y sus enemigos*, p. 64.

⁴⁸ *Ibid.* p. 141.

otra forma política, por la naturaleza caída del hombre (pecado original) y por la necesidad de la redención (la Encarnación del Verbo divino y la gracia santificante). La modernidad secularizada descarta la idea de una perfección ajena a este mundo y de una salvación del hombre más allá del hombre mismo”⁴⁹.

El nuevo hombre que se autorredime es perfecto, y así debía ser el buen salvaje roussonian, el hombre ario nazi o el hombre-proletario marxista-leninista. El superhombre de la democracia actual es el hombre-ciudadano, que rinde tributo al Estado cumpliendo con sus obligaciones políticas que han devenido en morales, como el acto del voto, cuya significación ha trascendido a una suerte de eucaristía secular. Todos ellos versiones perfectas y sacralizadas del arquetipo humano, destinado a redimir la naturaleza caída de un mundo corrupto a través del progreso, tal y como ocurre en el pensamiento gnóstico. Para el cristianismo, la humanidad ha sido maculada por el pecado original y por lo tanto es necesaria la intervención divina de Cristo en un acto de redención, que implica un sacrificio voluntario de muerte como penitencia. Pero para las religiones ateas el acto de salvación no se produce mediante la sangre, o en todo caso el crúor derramado nunca es el del hombre nuevo puesto que éste surge immaculado tras la muerte de Dios, sino el de sus enemigos mediante la conquista ideológica.

En los altares de lo político se celebra una eucaristía inmanente; los fieles comulgan y depositan su fe en el hombre divinizado. La asunción de este nuevo orden mundano del ser les libra de su ignorancia y les guía bajo la luz del evangelio del progreso hacia el estadio final de la civilización humana, donde la felicidad es absoluta. En las misas ateas no hay sacerdotes, sino comisarios políticos, no hay cruces, sino banderas o consignas, y desde el púlpito se celebra el triunfo definitivo del mundo sobre el espíritu. Voegelin se refiere a este fenómeno de inmanentización del hombre-dios como “parusismo”:

“(…) Se puede comprender ahora la naturaleza de la especulación gnóstica como una expresión simbólica de la anticipación de la salvación, en la que el poder del ser sustituye al poder de Dios y la parusía del ser a la de Cristo (...) hablaremos de <<parusismo>> para referirnos a la actitud que espera la liberación de los demonios en el advenimiento, es decir, en la venida en toda su plenitud, del ser concebido en términos inmanentes”⁵⁰.

⁴⁹ Juan Fernando SEGOVIA, *Habermas y la democracia deliberativa: una “utopía” tardomoderna*, p. 90.

⁵⁰ VOEGELIN, *Ciencia, política y gnosticismo... op. cit.*, p. 104.

7. Una escatología intramundana

A diferencia del cristianismo, cuya escatología es supramundana y por lo tanto sitúa las postrimerías en el plano de lo trascendente en tanto presupone la consubstancialidad de la naturaleza humana, es decir, la dualidad metafísica que define al hombre como un ser compuesto por cuerpo y alma, un sintagma indisoluble, la religión secular dibuja los confines de la existencia bajo una teología inmanente. El acto de redención se produce en este mundo a través de la política, lo exclusivamente temporal y contingente. La redención pasa por el redescubrimiento de la perfección humana a través del conocimiento, que tiene por objeto la construcción de un paraíso terrenal. La política sostiene una misión soteriológica con respecto del mundo, y en este sentido deviene trascendente puesto resuelve todos los problemas humanos: la redención del pecado y la vida más allá de la muerte a través de la palingenesia ideológica, lo que deviene en una suerte de actualización de la vieja herejía del apocatástasis, que originalmente implicaba que tanto pecadores como no pecadores volverían a ser uno con Dios al final de los tiempos. Pero para el pensamiento ideológico y utópico propio de las religiones ateas, la salvación debía producirse en este mundo⁵¹. Afirmo Miguens que

“finalmente, la sacralización de la política en el modernismo secularizado lleva a esta a pretender apropiarse de algo que es inherente y exclusivo de las religiones, la idea de salvación, que junto con la idea de redención siempre se relacionó con algo trascendente, un más allá de la existencia temporal”⁵².

En el mismo sentido, añade Javier Barrycoa:

“la necesidad de poder y el ansia de una redención, deben concretarse en unas determinadas aspiraciones. Hoy por hoy las esperanzas mesiánicas, una vez secularizadas, han quedado traducidas en la función igualadora del Estado”⁵³.

Y el Estado ocupa precisamente el último punto de nuestra definición.

⁵¹ Dalmacio NEGRO PAVÓN, “Las herejías en España”, pp. 263-268. El principal difusor de la herejía del apocatástasis fue Orígenes.

⁵² José Enrique MIGUENS, *Modernismo y satanismo... op. cit.*, p. 301.

⁵³ Javier BARRYCOA, *Sobre el poder... op. cit.*, p. 62.

8. *El culto al Estado*

El fenómeno de la religión secular no puede desligarse del Estado como forma política revolucionaria, puesto que es necesaria la emancipación de lo político frente a lo espiritual para el arranque de su construcción filosófica. Con el Estado lo político, antaño entendido como aquello que custodia el orden social, devino en política, es decir, en el ejercicio profesionalizado y técnico de concentración del poder, a través de la razón de Estado o ciencia *cratologica*⁵⁴. La burocracia y la administración se convirtieron en los principales instrumentos de poder del Estado, que junto con la ley positiva –subjetiva y por tanto mutable a capricho–, y con el monopolio legítimo de la violencia, armaron de una potestad sin límites a quienes se habían arrogado el poder del Estado. Como ya mencionamos, la legitimidad política supra-convencional de la sociedad tradicional basada en la naturaleza y la razón había sido aniquilada; ahora la legitimidad no era sino fruto del convencionalismo humano, sinónimo del derecho público y por ende, de lo exclusivamente legal. Etimológicamente ambas palabras proceden del término *lex*, y dentro de la Iglesia legitimidad y legalidad son equiparables, pues nada que no sea legítimo podía ser legal. A sensu contrario, en el derecho del Estado, todo lo legal es de facto legítimo⁵⁵.

Ciertamente, durante la fase del absolutismo se había producido un primer episodio de transferencia de sacralidad de Dios al Estado. “El Estado soy yo”, decía el monarca francés. Con estas palabras estaba personificando, en virtud de la fórmula política del derecho divino de los reyes que contemplaba la irradiación de poder sagrado directamente al jefe del Estado, la substancia política estatal. En consecuencia produjo una deificación de lo político, una divinización tanto del Estado como de su máximo representante, que pasaban a formar una consubstancia política, una unión hipostática entre lo sacro y lo profano, lo espiritual y lo temporal. Empero, y pese a la presencia de todos estos elementos que parecen indicar la presencia de una religión secular en sentido estricto, para la consolidación definitiva de las religiones ateas haría falta el asalto y la irrupción de las ideologías revolucionarias, que traerían la utopía salvífica y situarían en el seno del Estado-Nación, ahora devenido en sujeto activo de lo político, el objeto místico de su religión, puesto que, como indica Jerónimo Molina

“la política ideológica sustituye los fines específicos de lo político por fines escatológicos (...) este reduccionismo antinatural y contraproducente

⁵⁴ Dalmacio NEGRO PAVÓN, *El mito... op. cit.*, pp. 60-61.

⁵⁵ Álvaro D’ORS, *La violencia y el orden*, pp. 48-50.

de lo político permite hablar, justamente, de una escatología política del liberalismo o del marxismo, lo mismo que del cristianismo”⁵⁶.

La ontologización del Estado-Nación heredaba la religiosidad entonces arrebatada al cristianismo durante la Revolución. El culto al Estado absolutista viraba hacia el culto a la política de masas; ya no era un hombre el que encarnaba al Estado por designio o voluntad de Dios, sino una masa de hombres que conforman una nación mediante un acto de voluntad política. La sacralización del Estado se proyectaba ahora hacia la masa hombres, detentores de la moral colectiva de la nación política, que es en sí misma una forma de religión secular, en tanto contempla una unidad sociológico-moral inmanente que acoge diferentes ideologías alrededor del culto a la nación como entidad suprema⁵⁷. El objeto de culto, lo sagrado, es decir, aquello donde se ubica espacialmente lo divino, era compartido por el Estado y la nueva y emergente sociedad de masas, compuesta por hombres divinizados autoproclamados dioses y redentores de sí mismos y del mundo. Tal y como señala Julio Alvear:

“La autorredención humana, concebida como un proceso por el cual el hombre es rescatado de las contingencias sensibles de la libertad individual, de la voluntad contingente y del conocimiento particular, opera a través del Estado que es el despliegue de la autoconciencia de la humanidad, de su libertad absoluta y su racionalidad total. No hay posibilidad de que la condición humana se salve sin el Estado...”⁵⁸.

La meta escatológica de la sociedad civil quedaba así definitivamente encerrada dentro de lo político.

Conclusiones

El fenómeno de la religión secular es fruto de, por un lado, la necesidad que el mundo moderno sentía de superar las viejas ideas-creencia que ofrecía el mundo cristiano, y por otro, de la necesidad humana de satisfacer el deseo escatológico que la expulsión de lo religioso de la vida pública había provocado. La fe en una vida extracorpórea había quedado extinta, pero ante el vaciamiento metafísico que resultó de esto, los hombres, lejos de rechazar completamente su dimensión espiritual, se arrojaron al culto de

⁵⁶ Jerónimo MOLINA, *Julien Freund: lo político y la política*, p. 286.

⁵⁷ Emilio GENTILE, *Politics as religion... op. cit.*, p. 30.

⁵⁸ Julio ALVEAR TÉLLEZ, *La libertad moderna... op. cit.*, p. 144.

lo exclusivamente político, cuya esfera había sido irrevocablemente asumida por el Estado. La fe en una salvación intramundana era la respuesta al interrogante existencial que suponía la derrota del espíritu a manos del mundo. La religión secular es por tanto deducible de dialéctica entre la Iglesia y el Estado, que no es otra cosa que la tensión entre el logos juánico y el logos heraclitano, cuya pugna finalmente depara no solo en el derrocamiento del mundo suprasensible, sino en la suplantación de éste, de sus virtudes y de sus conceptos, para trasladarlos una vez secularizados al plano de lo finito y lo contingente, que deviene en objeto místico de culto. Las teorías contractualistas y la irrupción de las ideologías servirían de armazón para la urdimbre filosófico-teológica que las religiones seculares demandarían para la construcción de la utopía.

En fin, tras todo lo dicho resulta complicado ofrecer una definición que encierre todas estas ideas en un solo concepto, sin embargo la empresa se nos antoja necesaria, no solo por dar motivo a la existencia de nuestro estudio, sino porque, como sugeríamos al inicio de este, es necesario exponer de manera sistematizada un asunto que es susceptible de quedar oscurecido entre la infinidad de debates que colman hoy en día la actualidad. Por tanto, con el objeto de cerrar este artículo y sin necesidad de más preámbulos y ambages podríamos definir las religiones ateas o seculares como

“aquellas formas de sacralización de lo temporal, cuya principal característica es ofrecer una dimensión escatológica intramundana solucionada a través de la política y del Estado, al mismo tiempo que se presentan a sí mismas como detentoras de un orden del ser y del mundo inmanente, que sugiere un nuevo arquetipo humano divinizado pero no trascendente, con capacidad autorredentora puesta al servicio de una teleología utópica de perfección que persigue el paraíso secular en la tierra”.

Bibliografía

- AGUSTÍN, SAN, *La Ciudad de Dios*, México, Porrúa, 2008.
- ALVEAR TÉLLEZ, Julio, *La libertad moderna de conciencia y de religión: el problema de su fundamento*, Madrid, Marcial Pons, 2013.
- ARENDRT, Hannah, *Sobre la violencia*, Madrid, Alianza Editorial, 2015.
- BARRAYCOA, Javier, *Sobre el poder en la modernidad y la posmodernidad*, Barcelona, Ensayos Sociales, 2002.
- D'ORS, Álvaro, *La violencia y el orden*, Madrid, Ediciones Dyrsa, 1987.
- GALLEGO, Elio A., *Autoridad y razón: Hobbes y la quiebra de la tradición occidental*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2016.

- GAMBRA, Rafael, *El Exilio y el Reino: la comunidad de los hombres y sus enemigos*, Barcelona, Ediciones Scire, 2010.
- GENTILE, Emilio, *Politics as religion*, Traducción de George Staunton, Princeton, Princeton University Press, 2006.
- GENTILE, Emilio, *El culto del Littorio: la sacralización de la política en la Italia fascista*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2007.
- GIRARD, René, *Veo a Satán caer como el relámpago*, Barcelona, Editorial Anagrama, 2012.
- GRAY, John, *Misa Negra*, Barcelona, Ediciones Paidós Ibérica, 2008.
- JIMÉNEZ SEGADO, Carmelo, *Contrarrevolución o resistencia, la teoría política de Carl Schmitt (1885-1985)*, Madrid, Editorial Tecnos, 2009.
- MIGUENS, José Enrique, *Modernismo y satanismo en la política actual*, Madrid, Ediciones Siruela, 2015.
- MOLINA, Jerónimo, *Julien Freund: lo político y la política*, Madrid, Sequitur, 2000.
- NEGRO PAVÓN, Dalmacio, “La gran Contrarrevolución frente a la gran Revolución”, en *Revista Razón Española*, N° 192, España, 2015, p. 21.
- NEGRO PAVÓN, Dalmacio, *El mito del hombre nuevo*, Madrid, Ediciones Encuentro, 2009.
- NEGRO PAVÓN, Dalmacio, “Las herejías en España”, en *Revista Razón Española* N° 185, España, 2014, pp. 263-268.
- SEGOVIA, Juan Fernando, *Habermas y la democracia deliberativa: una “utopía” tardomoderna*, Madrid, Marcial Pons, 2008.
- VOEGELIN, Eric, *Las religiones de la política*, Madrid, Editorial Trotta, 2014.
- VOEGELIN, Eric, *Ciencia, política y gnosticismo. Dos ensayos*, Madrid, Editorial Trotta, 2014.
- WALZER, Michael, *La revolución de los santos: estudio sobre los orígenes de la política radical*, Madrid, Katz Editores, 2008.

UNA BREVE REVISIÓN HISTÓRICA
DEL CODE NAPOLÉON:
SOLEMNE AVENENCIA
ENTRE REVOLUCIÓN Y TRADICIÓN

A BRIEF HISTORICAL REVIEW
OF CODE NAPOLÉON:
A SOLEMN UNDERSTANDING BETWEEN
REVOLUTION AND TRADITION

*Rafael Martin Rivera**

“Ma gloire n’est pas d’avoir gagné quarante batailles
et d’avoir fait la loi aux rois qui osèrent défendre
au peuple français de changer la forme de son gouvernement.
Waterloo effacera le souvenir de tant de victoires:
c’est comme le dernier acte qui fait oublier les premiers.
Mais ce que rien n’effacera, ce qui vivra éternellement
c’est mon code civil; ce sont les procès verbaux de mon conseil d’État;
ce sont les recueils de ma correspondance avec mes ministres;
c’est enfin tout le bien que j’ai fait comme administrateur,
comme réorganisateur de la grande famille française”.

Charles-Tristan de MONTHOLON,
Récits de la captivité de l’Empereur Napoléon
à Sainte-Hélène, 1847

Resumen

He aquí una pequeña y humilde aportación al conocimiento de parte de este gran legado histórico, político y jurídico, nunca reconocido suficientemente; una de las grandes “*masses de granit*” que hubieran de arrojarse sobre el suelo de Francia de suerte que se diera unión a los dispersos “*grains de sable*” de la República, y que resultara en cimiento de naciones y en testimonio vital de la tradición jurídica europea. Dos siglos después de su promulgación, el Código Napoleón sigue siendo una obra magnífica que invita a la reflexión y al análisis por múltiples razones: sus orígenes históricos, sus fuentes jurídicas, su influencia transnacional

* Doctor en Derecho. Profesor en programas de Master de la Universidad Rey Juan Carlos, España. Artículo recibido el 9 de junio de 2016 y aceptado para su publicación el 30 de agosto de 2016. Correo electrónico: rafael.martin.rivera@urjc.es

y su permanencia. Pero sobre todo como síntesis política clásica entre tradición (“*traditio*”) y revolución y restauración (“*revolutio et renovatio*”), fruto del genio vital e intuitivo de uno de los grandes hacedores de la Historia de Europa: Napoleón Bonaparte.

Palabras claves: Code civil des Français, Bonaparte, Code Napoléon, Revolución, Tradición, Irradiación, Perennidad

Abstract

Here is a small and humble contribution to the knowledge of part of this great historical, political and legal legacy, which has never been sufficiently acknowledged; one of the great “*masses de granit*” that were cast on French soil such that the scattered “*grains de sable*” of the Republic could be amalgamated, resulting in the founding of nations and testimony of European legal tradition. Two centuries after the Napoleon Code was enacted, it continues to be a magnificent and thought-provoking work for a number of reasons: its historical origins, its legal sources, its transnational influence and its permanence. But above all as a classical political synthesis between tradition (“*traditio*”) and revolution and restoration (“*revolutio et renovatio*”); the result of the vital and intuitive genius of one of the great creators of European History: Napoleon Bonaparte.

Key words: Code civil des Français, Bonaparte, Code Napoléon, Revolution, Tradition, Expansion, Permanence

1. A modo de introducción.

Continuidad, perennidad e influencia del Código

El 21 de marzo de 1804, por ley de 30 Ventoso del año XII (“*loi du 30 ventôse an XII*”) con el título: *Sobre la reunión de las leyes civiles en una única recopilación, bajo el título de Código civil de los franceses*¹, se promulgaba y fijaba el contenido y estructura del Código civil en Francia. Dicha Ley constaba de 7 artículos. El artículo 1 de la Ley citaba cada una de las leyes que habían de integrar el Código (36 leyes) aprobadas entre 1803 (año XI) y 1804 (año XII), cuyo título se correspondía con cada uno de

¹ *Loi sur la réunion des lois civiles en un seul corps, sous le titre de Code civil des Français*. Véase *Code civil des Français. Édition originale et seule officielle* de 1804, pp. 559-562. (La traducción al castellano de los textos legales y de las citas que aparecen a lo largo del presente artículo es nuestra).

los Títulos del Código civil. Conforme al artículo 4 de la Ley, el Código estaría estructurado en un Título preliminar y en tres Libros: a) El Título preliminar versaría sobre *la publicación, efectos y aplicación de las leyes* (Ley 1); b) El primer Libro sería relativo a *las personas*, y contendría 11 Títulos (Leyes 2 a 12); c) El segundo Libro sería relativo a *los bienes, y las diferentes modificaciones de la propiedad*, y contendría 4 Títulos (Leyes 13 a 16); d) El tercer Libro regularía *las diferentes formas de adquirir la propiedad*, y contendría 20 Títulos (Leyes 17 a 36).

La denominación original, en su primera edición de 1804, durante la época del Consulado, fue "*Code civil des Français*" (*Código civil de los Franceses*), que casi parece recuperar el viejo principio jurídico clásico de la personalidad sobre el de territorialidad². Bonaparte es entonces Primer Cónsul de la República, auténtico impulsor del proyecto y figura clave en su elaboración y conclusión, de suerte que la Historia, no sin justicia, le haya atribuido la paternidad originaria del Código³. La denominación con la que ha trascendido a lo largo de los siglos: "*Code Napoléon*" (*Código Napoléon*), la adquiere oficialmente en 1807, durante el Imperio, en virtud

² De la propia denominación, en efecto, parece desprenderse una velada primacía del concepto de "ciudadano" (franceses o pueblo francés) sobre el concepto de "Estado" (Francia o República francesa), y, en suma, del principio de personalidad sobre el de territorialidad. Así establece el artículo 8 desde su primera redacción: "*Tout Français jouira des droits civils*". Principio que casi nos retrotrae a ese fantástico vínculo jurídico romano que es la ciudadanía, el *status civitatis*, la *civilitas*, con el que Roma aciudadana a todos los habitantes del extenso suelo romano, para ser *Res publica* a poco que logra reunir lo jurídico y lo político con lo público. La grandeza de Roma, de cuya tradición, se quiera o no, hemos libado nosotros para atisbar lo estatal, resulta de incorporar a lo jurídico y lo público de que es maestra, lo político; armónica conjunción de la que nace la *civitas*, que es idea superior a la ciudadela, al *oppidum* y la *urbs*, simples espejos de la *polis*. En estas, no podemos dejar de recordar las palabras de Álvaro D'ORS: "No hay que olvidar que la *civitas*, a diferencia de la *polis* griega, no es lo primero, y los que lo integran lo segundo (*politai* son los que pertenecen a la *polis*), sino al revés". "La *civitas* no es más que el resultante conjunto de los *cives*: es el término jurídico que expresa su condición de tales. Una concepción, pues, eminentemente personalista y no-territorial, que es precisamente la que hizo posible que el poderío romano rebasara los límites de la urbe de Roma"; véase Álvaro D'ORS, *Derecho Romano y Humanismo*, p. 403.

³ Así lo expresa la exposición de motivos del Código Napoleón: "*Motifs du projet de loi concernant le Code Napoléon*" (Extracto del registro de las deliberaciones del Consejo de Estado. Sesión del sábado 22 de agosto de 1807). Véase *Code Napoléon, édition conforme aux changements adoptés par le corps législatif le III septembre 1807*, p. VIII: "*L'Assemblée constituante avait conçu l'idée, ou plutôt elle avait seulement exprimé le vœu d'un Code civil, mais il était réservé au génie de l'Empereur de l'exécuter. Il a voulu être lui même le témoin et le coopérateur de ce grand ouvrage. La postérité verra le plus célèbre des héros, le plus profond des politiques, être en même temps, au milieu de son Conseil d'Etat, celui qui montra le plus de sagacité, le plus de prévoyance, le plus d'idées neuves, le plus de moyens pour que le monument que l'on se proposait d'élever fût impérissable*".

del proyecto de ley imperial de 24 de agosto, que incorpora una serie de modificaciones y que impulsa la impresión de una segunda edición del Código. Estas modificaciones vienen justificadas por la nueva realidad territorial y constitucional del Estado francés (la instauración del Imperio), que rebasa las fronteras originales del territorio francés y que afecta a la denominación de las instituciones del Estado y a la aplicabilidad de las leyes⁴. Pero al mismo tiempo supone la incorporación definitiva de las ideas de Napoleón que busca, por una parte, el establecimiento de un Derecho común europeo⁵ y, por otra, la revisión de ciertos conceptos liberales (o su sustitución) y la recuperación de principios y valores jurídicos tradicionales⁶. Es de destacar, en este sentido, la defensa que se hace, en la exposición de motivos de la ley, en favor de la familia, la figura del padre (en el sentido del *paterfamilias*), o del propio mayorazgo para casos determinados⁷. También el abandono, ya iniciado en el Consulado,

⁴ *Ibid.*, p. iv: “Depuis la promulgation du Code civil, le Gouvernement impérial a remplacé le Gouvernement consulaire: le Code civil était la loi particulière des Français; elle est devenue la loi commune des peuples d’une partie de l’Empire”; p. xii: “Le titre de Code civil des Français suffisait lorsque son exécution a été bornée aux limites de l’Empire; mais lorsqu’il s’est propagé chez plusieurs autres peuples, il a été nécessaire qu’il portât le titre propre à caractériser la loi de chaque pays. Déjà ce Code a été publié en plusieurs contrées sous un titre dont le choix aurait été inspiré par la seule reconnaissance, si ce n’était pas d’ailleurs un hommage rendu par la vérité à celui à qui ce grand ouvrage doit sa naissance, à celui qui, dans le plan général, comme dans ses principales dispositions, y a imprimé les traits impérissables de son génie prévoyant et créateur. Par tous ces motifs, et par les sentiments qui animent plus particulièrement les Français pour leur Empereur, le Code civil sera pour eux, plus que pour tout autre peuple, le Code Napoléon”.

⁵ *Ibid.*, p. x: “La diversité des lois civiles est, comme la diversité de religion ou de langage, une barrière qui rend étrangers l’un à l’autre les peuples les plus voisins, et qui les empêche de multiplier entre eux les transactions de tout genre, et de concourir ainsi mutuellement à l’accroissement de leur prospérité. Lorsque des lois civiles sont devenues la loi commune de plusieurs peuples, elles sont chez chacun d’eux l’objet de la méditation des sages; s’ils peuvent l’élever à un degré de perfection, les autres peuples sont portés d’inclination comme d’intérêt, à profiter de ces avantages”; p. xii: “Si l’on considère l’étendue des pays où il [le Code] est, où il sera en vigueur, on peut le regarder comme le droit commun de l’Europe”.

⁶ *Ibid.*, p. v: “Mais avant d’entrer à cet égard dans les détails, qu’il me soit permis de jeter un coup d’oeil sur les causes et sur les effets de cette propagation de nos lois civiles dans une partie de l’Europe. Qu’il me soit permis d’admirer avec vous ce mortel extraordinaire qui, destiné par le ciel pour fonder et régénérer des empires, sait employer à la fois et avec un génie également transcendent, les secours de la religion, la force des armes, les profondes conceptions de la politique, le perfectionnement des lois civiles”.

⁷ *Ibid.*, p. ix: “L’Empereur a considéré que les institutions les moins éloignées de l’ordre naturel, seraient aussi, dans l’ordre politique, les moins variables et qu’elles seraient plus difficilement anéanties, même par les bouleversements révolutionnaires. Ne chercher dans l’organisation des familles que leur plus grand bien et l’union la plus intime des membres qui

de la secularidad radical y del laicismo revolucionarios; así, por ejemplo, la recuperación del calendario gregoriano y la abolición del calendario revolucionario, que supone la modificación de varios artículos del Código. Y lo que resultaría aún más sorprendente: la reivindicación de un *iusnaturalismo cristiano*, nominalmente declarado no escolástico, pero que, como queda reflejado en la propia exposición de motivos, antes bien parece abandonar los postulados de un *iusnaturalismo racionalista* epocal:

“El Emperador ha querido que se conserven en su puridad esas reglas de equidad que, en esencia, y, sobre todo, después de haberlas liberado de sus interpretaciones escolásticas, no son sino la expresión de los sentimientos puestos por Dios mismo en el corazón de los hombres, y que, por ese motivo, deben ser inmutables”⁸.

En 1814, con la Restauración (Luis XVIII), pasa a denominarse simplemente “*Code civil*”, y permanece en vigor provisionalmente, a la espera de ser totalmente derogado. La Carta constitucional de 1814 establecía en el artículo 68, así como la Carta constitucional de 1830 (Luis Felipe de Orleáns) en su artículo 59, que

“el Código civil, y las leyes actualmente existentes [leyes que lo hubieran modificado] que no sean contrarias a la presente Carta, permanecerán en vigor, hasta que sea totalmente derogado”⁹.

Sin embargo, el Código nunca llegará a derogarse, como tampoco desaparecerán muchas de las instituciones napoleónicas. El propio Napoleón estaba convencido de que, pese a los deseos de la nueva monarquía restaurada por volver a una situación anterior, el Código permanecería vigente así como tantas otras de sus reformas. Así el 8 de diciembre de 1815, desde su cautiverio, diría al General Montholon, al conocer el retorno de los Borbones a Francia:

la composent; se conformer à l'affection présumée du chef de famille dans les transmissions des biens: tels son les principes naturels auxquels l'Empereur n'a fait éprouver que très peu de modifications”. “Dans le Code Napoléon, l'ordre naturel est la règle commune qui ne reçoit que des modifications indispensables”.

⁸ *Ibid.*, p. ix: “L'Empereur a voulu que l'on conservât dans leur pureté ces règles d'équité qui, de leur nature, et surtout après les avoir dégagées des subtilités scholastiques, ne sont plus que l'expression des sentiments mis par Dieu même dans le cœur des hommes, et doivent, par ce motif, être immutables”.

⁹ Así rezan el artículo 68 de la Charte constitutionnelle du 4 juin 1814, y el artículo 59 de la Charte constitutionnelle du 14 août 1830: “Le Code civil et les lois actuellement existantes qui ne sont pas contraires à la présente Charte, restent en vigueur jusqu'à ce qu'il y soit légalement dérogé”.

“Son incorregibles, siempre los mismos; la oportunidad es magnífica, es cierto, pero no se atreverán a aprovecharla; sólo harán una contra-revolución a medias; tendrían alguna posibilidad de éxito si restablecieran las viejas provincias, los parlamentos, si hicieran añicos el Código civil... Pero, tal y como digo, no se atreverán, y antes o después el pueblo francés terminará por librarse de su yugo”¹⁰.

Efectivamente, lejos de derogarlo o de modificarlo en profundidad, la monarquía restaurada quiso dejar su impronta en la redacción del Código civil, pero de una manera meramente testimonial¹¹. De esta suerte, las menciones al “Emperador” y al “Imperio” de la redacción de 1807 eran sustituidas, en virtud del Real Decreto de 1816, por los términos “Rey” y “Reino”. Así el Título preliminar vino a establecer en su artículo primero que “las leyes serán obligatorias en todo el territorio francés, tras de su promulgación por el Rey”¹²; redacción que curiosamente hubo de mantenerse desde entonces, sobreviviendo a cuatro repúblicas y a un segundo imperio, hasta el reciente Decreto legislativo 2004-164 relativo a las modalidades y efectos de la publicación de las leyes y de ciertos actos

¹⁰ Charles-Tristan de MONTHOLON, *Récits de la captivité de l'Empereur Napoléon à Sainte-Hélène, par M. le général Montholon, compagnon de sa captivité et son premier exécuteur testamentaire*, p. 185: “L'Empereur dit en apprenant la marche du gouvernement royal en France: ‘Ils sont incorrigibles, toujours les mêmes; l'occasion est belle, il est vrai, mais ils n'oseront pas en profiter; ils font à demi la contre-révolution; ils auraient une chance de succès s'ils rétablissaient les anciennes provinces, les parlements, s'ils déchiraient le Code civil... Mais, je le répète, ils ne l'oseront pas, et tôt ou tard le peuple français brisera leur joug’”.

¹¹ En la exposición de motivos del Real Decreto de 17 de julio de 1816 (*Préambule de l'Ordonnance du Roi, du 17 juillet 1816, qui supprime, dans les différents Codes, les dénominations, expressions et formules qui ne sont plus en harmonie avec les principes du Gouvernement établi par la Charte constitutionnelle, et porte qu'il sera fait une édition nouvelle de ces Codes*), Luis XVIII justificaba así dicha reforma y descartaba una revisión total del Código o su derogación con demostrada harta prudencia: “Nous sommes trop convaincus des maux que l'instabilité de la législation peut causer dans un État pour songer à la révision générale des cinq codes qui étaient en vigueur..., et nous nous réservons seulement de proposer des lois particulières pour réformer les dispositions susceptibles d'être modifiées ou dans lesquelles le temps ou l'expérience nous aurait fait apercevoir des imperfections; (...) mais de pareilles réformes ne peuvent être que l'ouvrage du temps ou le fruit de longues méditations”. Véase, por ejemplo, *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements, et avis du Conseil d'État*, t. xx, París, Imprimerie Nationale, t. xx, 1827. Sabias palabras que deberían siempre inspirar el proceder del legislador moderno, y a las que recurriría recientemente la Commission Supérieure de Codification en relación con la improbable recodificación del Código civil en su *Dix-neuvième Rapport annuel*, p. 35.

¹² “Les lois sont exécutoires dans tout le territoire français, en vertu de la promulgation qui en est faite par le Roi”. “Elles seront exécutées dans chaque partie du Royaume, du moment où la promulgation en pourra être connue”. Véase el *Code civil* en su redacción vigente hasta el año 2004.

administrativos, por el que finalmente se ha modificado en 2004 el citado artículo 1 del Código civil¹³.

A modo de aclaración, aunque casi huelga por su obviedad, baste señalar que dichas menciones al “Rey” y al “Reino”, introducidas por la monarquía de la Restauración, han venido sustituyéndose desde 1848 hasta 2004 por los términos “Presidente de la República” y “República” como resulta evidente, pero por vía de la interpretación –he ahí lo digno de admiración– sin que se haya visto preciso modificar expresamente la redacción que le fuera dada al Código civil en 1816. Así, por ejemplo, bastaba la simple aplicación del espíritu del artículo 10 de la Constitución de 1958, correspondiente a la instauración de la V República, para garantizar la correcta interpretación del mencionado texto del artículo 1 del Código civil sin que nadie considerara oportuno declararlo inconstitucional por entrar en contradicción directa con la misma Constitución.

Con todo, a los presuntos ojos rupturistas del hombre moderno, resulta sorprendente que ni en las cuatro Repúblicas posteriores, ni durante el Segundo Imperio, ningún legislador sintiera ese ferviente deseo, tan común en los cambios de régimen, de modificar expresamente aquella provocadora redacción del Código civil que seguía apelando a “Rey” y “Reino” pese a la desaparición formal de la monarquía. Quizá ese “*sentido histórico de continuidad nacional*” que ha caracterizado secularmente a Francia sea la causa; a saber, ese “*orgullo nacional*” que Gierke envidiaba y que hubiera gustado de transmitir a los alemanes en la redacción del BGB¹⁴.

Continuidad que se manifiesta igualmente en el respeto a la denominación “*Code Napoléon*” que permanecerá tácita o expresamente inalterada a lo largo de sus dos siglos de existencia, pese a las vicisitudes políticas por las que atravesaría Francia. Su vinculación con la autoría y su identificación con el mismo código, nunca serían realmente discutidas, ni siquiera por los primeros decretos de la Restauración. Con todo, por decreto de 27 de marzo de 1852, bajo el Segundo Imperio, Napoleón III restablece formalmente la denominación de “Código Napoleón” para “rendir homenaje a la verdad histórica y al sentimiento nacional”¹⁵. Este decreto imperial nunca sería derogado expresamente, luego dicha de-

¹³ Ordonnance N° 2004-164 du 20 février 2004 relative aux modalités et effets de la publication des lois et de certains actes administratifs.

¹⁴ Jean-Louis HALPÉRIN, *L'histoire de la fabrication du Code: le Code Napoléon?*, p. 20.

¹⁵ Jean-Louis HALPÉRIN, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, p. 48: “Dans sa proclamation du 14 janvier 1852, quelques jours après le coup d’État, Louis-Napoléon Bonaparte fait ostensiblement l’éloge du Code civil qui redevient le Code Napoléon en vertu du décret du 27 mars 1852 pour ‘rendre hommage à la vérité historique’. C’est le Second Empire qui pousse le plus loin la vénération du Code (‘la plus belle conquête des temps modernes’)”.

nominación seguiría aún hoy en vigor¹⁶, aun cuando el uso del término “*Code civil*” se haya ido extendiendo, fundamentalmente por el reenvío de aquellas leyes que, desarrollando su articulado, recurren a la denominación expresa de “Código civil”.

Hoy la denominación “*Code Napoléon*” –aunque más académica y doctrinal que real– se reserva a aquellas partes que no han sido modificadas desde 1807. A fecha actual, se conservan íntegros, la mayoría de los artículos de los Libros II y III (1.200 de los 2.281 artículos originales)¹⁷. Es decir, los títulos relativos a derechos reales (de los bienes, de la propiedad y de sus modificaciones), y aquellos relativos a contratos y obligaciones (de los diferentes modos de adquirir la propiedad), que han permanecido prácticamente inalterados, bien que, como es lógico, hayan sido objeto de una adaptación constante a lo largo de dos siglos a través de la jurisprudencia.

Esto no es óbice, sin embargo, para reconocer, sin ningún género de duda, la perennidad del Código que, lejos de pretender ser una obra cerrada, simple recopilación de leyes, ha constituido, como se deseó en origen, una obra práctica receptora de reglas de Derecho común, abierta a la evolución cambiante de las cosas, teniendo presente el vetusto principio clásico según el cual “las leyes positivas no pueden reemplazar el uso de la razón natural en los usos de la vida”¹⁸, tal y como lo expresaba Jean-Étienne-Marie Portalis en su famoso *Discurso preliminar al proyecto del Código civil*:

“La misión de la ley es la de fijar, a grandes rasgos, las máximas generales del Derecho; establecer principios fecundos en consecuencias, y no descender al detalle de las cuestiones particulares que puedan surgir en cada materia. Serán el magistrado y el jurista, imbuidos por el espíritu general de las leyes, quienes hayan de gobernar su aplicación”¹⁹.

Pues, en sus palabras, es dado que son misiones diversas la que atañe al legislador y la que corresponde al magistrado, y es la conciencia del espíritu de ambas, presente en la redacción del Código, la que habría de facilitar su permanencia y continuidad:

¹⁶ Véanse las observaciones de la Commission Supérieure de Codification en su *Dix-neuvième Rapport annuel 2008*, p. 35.

¹⁷ Véase Jean-Louis HALPÉRIN, *Le Code civil*, p. 123.

¹⁸ Véase *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, p. 469.

¹⁹ *Ibid.*, p. 470: “L’office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit; d’établir des principes féconds en conséquences, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière. C’est au magistrat et au jurisconsulte, pénétrés de l’esprit général des lois, à en diriger l’application”.

“Hay una ciencia para los legisladores, como existe otra para los magistrados; y la una y la otra no son cosas parejas. El quehacer del legislador consiste en encontrar en cada materia los principios más favorables al bien común; la labor del magistrado consiste en hacer que dichos principios entren en acción, se ramifiquen y extiendan a cada caso concreto, mediante una aplicación prudente y razonada”²⁰.

A esta excepcional perennidad del Código Napoleón como código nacional, se añaden su vinculación atemporal con ciertas de sus emulaciones en otros países y la vitalidad de unas ideas que se le identifican como propias, resultando, se quiera o no, en una cierta universalización del Derecho francés. En efecto, primer código auténticamente *nacional*, por la preeminencia que confiere a la *condición de francés*, y producto específico de la historia de la Nación francesa, el Código Napoleón, sin embargo, ha sido paradójicamente presentado y utilizado como un nuevo Derecho común –véase, como un *código europeo*– susceptible de ser aplicado a los demás pueblos²¹.

La expansión innegable del Código a lo largo de todo el siglo XIX, y aun del siglo XX, responde a un conjunto de fenómenos complejos donde se mezclan tanto la fuerza de las armas como la de las ideas, una cultura jurídica común y una nacional; y donde confluyen casos de *profunda* recepción *ne varietur* con otros de adopción *superficial*.

Desde 1804 el Código civil francés se aplicaba ya en los territorios alemanes de la orilla izquierda del Rin, al pasar a ser departamentos franceses tras la paz de Lunéville. Más tarde se introduce en la orilla derecha del Rin: Gran Ducado de Berg y el Gran Ducado de Baden, en el reino de Westfalia y otros estados de la Confederación del Rin. En 1804, Bélgica también forma parte integrante del territorio francés, como Luxemburgo (*departamento des Forêts*) y el *departamento de Léman* (Ginebra, Suiza) donde se aplica el Código desde 1804. Por último Italia queda totalmente incorporada desde 1805: por una parte, los departamentos franceses (Piamonte), y, por otra, el Reino de Italia (Lombardía y Véneto) junto con el Reino de Nápoles (Dos Sicilias), pasan a adoptar el Código Napoleón.

²⁰ *Ibid.*, pp. 475-476: “Il y a une science pour les législateurs, comme il y en a une pour les magistrats; et l'une ne ressemble pas à l'autre. La science du législateur consiste à trouver dans chaque matière, les principes les plus favorables au bien commun; la science du magistrat est de mettre ces principes en action, de les ramifier, de les étendre, par une application sage et raisonnée, aux hypothèses privées”.

²¹ Véase Jean-Louis HALPÉRIN, *Deux cent ans de rayonnement du Code civil des Français?*, pp. 231 ss.

Tras la caída del Imperio, el Código Napoleón conserva una gran influencia en Europa, manteniéndose íntegro en algunos casos como Holanda, Bélgica y Luxemburgo, e inspirando, en otros, como Italia, Suiza y Polonia, a los redactores de legislaciones civiles nacionales que siguen el mismo modelo de codificación, terminología y estructura, con modificaciones que afectan casi exclusivamente al Derecho de familia y sucesiones. “*Inspiración*” que servirá igualmente de guía en aquellos países donde nunca llegó a aplicarse el Código Napoleón, como Portugal y España²².

Pero dicha influencia sobrepasará el continente europeo y se extenderá más allá del propio siglo XIX. Por ejemplo, en América: Antillas (Haití y República Dominicana), Estado de Luisiana (Estados Unidos de América), Provincia de Quebec (Canadá), Bolivia, Perú y Chile, redactarán códigos similares. Asimismo Japón, Turquía y Egipto elaborarán códigos propios siguiendo los principios y estructura del Código civil francés.

2. Antecedentes y fuentes. *La figura de Cambacérès*

La idea de un código civil general que unificara las reglas de Derecho común en Francia es proyecto que se concreta como una realidad urgente e inmediata con la Revolución de 1789. Antes de esa fecha, el Derecho francés no estaba unificado ni había una única tradición jurídica, distinguiéndose tradicionalmente en el antiguo Derecho francés entre las regiones de Derecho escrito y las regiones de Derecho consuetudinario²³. Así escribía aun Voltaire en 1751:

“¿No resulta absurdo y horrible que lo que es verdadero en un lugar, se considere falso en otro? ¿A causa de qué extraña barbarie sucede que

²² Con independencia de aquellas tradiciones jurídicas nacionales bien consolidadas, la recepción de los Libros II y III gozó de un enorme éxito en las emulaciones del Código Napoleón, en detrimento del Libro I cuyo contenido era más controvertido políticamente (disfrute de los derechos civiles, estado civil y derecho de familia). A *contrario sensu*, resulta interesante la recepción literal y permanencia del tríptico compuesto por los artículos 544 (propiedad), 1134 (autonomía de la voluntad) y 1382 (responsabilidad por daños) que refleja la permeabilidad sin resistencia a las corrientes ideológicas liberales consagradas por el Código civil francés. Asimismo, existen también ejemplos notables de recepción literal del Libro I; piénsese, por ejemplo, en el artículo 371 del Código Napoleón (aún vigente en Francia) según el cual los hijos deben respetar siempre a sus padres, y que ha sido reproducido en diversos códigos civiles nacionales.

²³ Sobre este punto véase, por ejemplo, la obra ya clásica de Jean-Joseph DELSOL, *Explication élémentaire du Code Napoléon: mise en rapport avec la doctrine et la jurisprudence*, pp. 3 ss.

haya compatriotas que no vivan bajo la misma ley? Así ocurre de posta en posta del reino: se cambia de jurisprudencia como se cambia de caballo”²⁴.

Las regiones de Derecho escrito se encontraban al sur de la línea que transcurre desde Rochefort hasta Ginebra, es decir, las regiones del Ródano, la Dordoña y la Garona, además de Alsacia, donde se aplicaban las leyes civiles inspiradas en el Derecho romano resultantes de la codificación ordenada por el emperador Justiniano conocida como el *Corpus iuris civilis*. Por el contrario, al norte de esta línea, en las regiones del Loira, del Saona y del Sena, regía el Derecho consuetudinario, que había encontrado reflejo escrito a resultas de la Ordenanza Real de Montils-les-Tours de 1454, bajo Carlos VII de Francia, logrando reunir 60 costumbres generales y 300 costumbres locales. Pero la más importante recopilación del Derecho consuetudinario francés, por su influencia posterior e irradiación de sus reglas a partir de su inclusión en el Código civil, fue la denominada Costumbre de París²⁵

²⁴ VOLTAIRE, “Dialogue entre un plaideur et un avocat”, p. 382: “*Et n'est-ce pas chose absurde et affreuse que ce qui est vrai dans un village se trouve faux dans un autre? Par quelle étrange barbarie se peut-il que des compatriotes ne vivent pas sous la même loi? (...) Il en est ainsi de poste en poste dans le royaume; vous changez de jurisprudence en changeant de chevaux*”.

²⁵ Resulta de gran importancia para conocer con exactitud los efectos de la irradiación del Derecho francés a través del Código Napoleón, la influencia que tuvo la recepción del derecho consuetudinario en su redacción. En efecto, el Código de 1804 incorporaba en gran parte esta compilación de la Costumbre de París; en particular, casi la totalidad de sus artículos en materia de derechos reales, así como ciertas disposiciones sobre derecho de familia y derecho de sucesiones. Un ejemplo excepcionalmente notable por su trascendencia doctrinal hasta nuestros días, sería la clasificación que de los bienes inmuebles se hace, y que habría de encontrar acogida en todas las codificaciones contemporáneas de Derecho civil. Así los artículos 518 y siguientes del Código Napoleón, que son coincidentes con los artículos 88 y siguientes del Capítulo II “*Des immeubles*” del Título III “*Quels biens sont meubles et quels immeubles*” de la Costumbre de París. Véase, en particular, el tratamiento que la Costumbre de París hace de los árboles, plantas y frutos pendientes (art. 92) mientras estuvieren unidos a la tierra; las estatuas y objetos de ornamentación (art. 90) unidos de forma permanente a un inmueble; los palomares, colmenas de abejas y estanques de peces (art. 91) que formen parte de una finca. Véase, por ejemplo, la edición de Pierre LE MAISTRE, pp. 115 ss. Coincidencia que queda patente en los debates de una curiosa sesión parlamentaria de 2 de junio de 1851 sobre la interpretación de los artículos 520 y 521 del Código civil; véase *Compte rendu des séances de l'Assemblée nationale législative, Exposés de motif et projets de lois présentés par le Gouvernement*, t. XIV, p. 374. Bien puede decirse que muchas de estas disposiciones provenían a su vez del Derecho romano, convirtiéndose la Costumbre de París en un sorprendente nexo de unión entre la tradición jurídica romana y las modernas codificaciones nacionales a través de la recepción del Código Napoleón, pero en otras escapaban a la tradición jurídica estrictamente romana para entrar en el Derecho medieval francés. Véanse, a este respecto, las obras ya clásicas de François OLIVIER-MARTIN, *Histoire de la coutume de la prévôté et vicomté de Paris*, 2 vols., 1922-1930 y *La coutume de Paris, trait d'union entre le droit romain et les législations modernes*, 1925.

(“*La Coutume de Paris*”) de 1510, revisada en 1580, con 362 artículos repartidos en dieciséis títulos, completados con numerosa jurisprudencia. Ya andado aquel siglo XVI, el que fuera, con sus estudios y comentarios al derecho consuetudinario francés, inspirador de aquella revisión, con preclaro juicio la calificaría como la primera de entre todas, destinada a suplir a las demás: “*Consuetudo Parisiensium est caput omnium hujus regni et totius etiam Belgicae Galliae consuetudinum*”²⁶.

Aquella tradición jurídica había sufrido importantes transformaciones tras la “*Gran Revolución*”: baste con recordar las profundas mutaciones jurídicas en el orden civil engendradas por la supresión de los privilegios feudales y del antiguo régimen; la institución del divorcio y la supresión de la separación de hecho (vulgarmente denominada, *divorcio católico*); la asimilación entre *hijos naturales* e *hijos legítimos* (habidos fuera y dentro del matrimonio); la creación de la adopción; la secularización del matrimonio (matrimonio civil) y del estado civil; la publicidad de las hipotecas y de las cargas y gravámenes sobre bienes inmuebles; la supresión de las *corporaciones*, en particular, las asociaciones profesionales (la República niega la libertad de asociación así como la existencia de cualquier *entidad intermedia* entre el Estado francés y el ciudadano), y la proclamación del principio de libertad contractual o autonomía de la voluntad. El legislador, no obstante, era consciente de la necesidad de elaborar un único cuerpo jurídico general que incorporara a la tradición jurídica romana y consuetudinaria la totalidad de las reformas alcanzadas, y cuyas disposiciones fueran aplicables en todo el territorio nacional.

La orden de redactar un código civil había sido ya dada por la Asamblea Constituyente, quedando reflejada en la Constitución de 1791, pero los acontecimientos históricos impidieron el comienzo del proyecto: la monarquía constitucional era abolida por el advenimiento de la República entre el 21 y el 25 de septiembre de 1792. En estas condiciones, en julio de 1793, la Convención encarga al que sería luego duque de Parma y príncipe-archicanciller del Imperio, Jean-Jacques Régis de Cambacérès y al Comité de Legislación, preparar, en el plazo récord de un mes, un proyecto de código civil. El 9 de agosto, Cambacérès, daba lectura a su proyecto. Su Código, que constaba de 695 artículos, estaba dividido en dos grandes partes: Personas y Bienes²⁷.

²⁶ Charles DU MOULIN, *Commentarii in consuetudines parisienses (1539-1558)*, pp. 124-125, nota 380.

²⁷ Sobre la figura de Cambacérès y su participación en la redacción del Código civil véase Marc ALLÉGRET, Cambacérès, “Jean-Jacques-Régis, (1753-1824), consul, parlementaire, archichancelier”, p. 2-20, cuyas líneas maestras resumen, en esencia, la obra de Pierre VIALLES, *L'archichancelier Cambacérès (1753-1824), d'après des documents inédits*.

Tras un examen parcial, la Convención decide concluir los debates sobre el proyecto. Como explica Pierre Vialles en su biografía sobre el Archicanciller Cambacérès:

“la Convención había encontrado el proyecto de Cambacérès demasiado impregnado de olor a Palacio y demasiado marcado por los prejuicios de los hombres de leyes”²⁸.

Así, la Convención decidirá el 3 de noviembre de 1793 que el proyecto fuera revisado por “seis filósofos, que no sean hombres de leyes, y que designe el Comité de Salud Pública”²⁹, esto es, el temible comité revolucionario encargado de velar por los principios de la Revolución. Tal decisión arruinó el primer proyecto de código civil de Cambacérès.

El 27 de julio de 1794, por el *Golpe de Termidor*, se produce la caída de Robespierre y el dominio de la Convención por el ala conservadora de los *Girondinos*, poniendo fin al período denominado de *Terror*. Cambacérès es uno de los promotores del cambio y apoya claramente esta evolución política. Así pronuncia un gran discurso en la Convención sobre la dirección que debe tomar a partir de ahora la República: “ni reaccionarios, ni terroristas”³⁰. Poco después presenta a la Convención, desde una posición de preeminencia política, su segundo proyecto, breve y sucinto, de 287 artículos, conforme a una división tripartita: Personas, Bienes, y Obligaciones; y cuyo objeto pretendía únicamente fijar los grandes principios generales del Derecho civil que habrían de ser desarrollados posteriormente en leyes particulares³¹. La impronta de las tendencias liberales queda no obstante patente en la exposición de su informe ante el Comité de Legislación: “Todos los derechos civiles se reducen al derecho a la libertad, la propiedad y la contratación”³². Tras la discusión de algunos artículos, y la aprobación de los nueve primeros, el proyecto es reenviado a una comisión donde queda paralizado³³.

En agosto de 1795 se aprueba la hasta entonces inaplicada Constitución del año III que pone fin al régimen de la Convención, al confiar

²⁸ Pierre VIALLES, *L'archichancelier Cambacérès (1753-1824), d'après des documents inédits*, p. 133.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ *Ibid.*, p. 141.

³¹ *Ibid.*, p. 148: “Lorsque vos lois civiles seront réduites à des principes généraux, exprimés avec laconisme et clarté, elles se graveront facilement dans la mémoire des hommes... La science des lois cessera d'être un dédale où le plus habile se perd”.

³² *Ibid.*, pp. 145-146.

³³ *Ibid.*, pp. 148-149.

el poder legislativo a dos asambleas (el *Consejo de los Quinientos* y el *Consejo de Ancianos*), y el poder ejecutivo a un Directorio. Cambacérès es nombrado diputado del Consejo de los Quinientos, y posteriormente presidente del mismo.

En 1796 presenta al Consejo su tercer proyecto, más extenso y detallado que el segundo (1.104 artículos repartidos en tres libros: Personas, Bienes y Obligaciones), pero tras la discusión de algunos artículos, nuevas dilaciones y debates sobre el propio plan del proyecto llevan a un nuevo fracaso. Como señalara Thibaudeau en sus *Memorias de la Convención y del Directorio*:

“Resultaba realmente difícil elaborar un código civil con dos asambleas legislativas en las que cincuenta abogados querían dar a conocer su parecer sobre cada cuestión, además de los oradores, que generalmente no se enteraban de nada, y que, sin embargo, sentían la obligación de no dejar pasar la ocasión sin mostrar su elocuencia”³⁴.

En 1799 Cambacérès es nombrado Ministro de Justicia, pese a sus desavenencias con el Directorio y, en particular, con Barras. El propio General Bonaparte había intentado sin éxito la conciliación entre ambos. Antes de partir a la campaña de Egipto, no dudó en mediar en favor de Cambacérès ante el Directorio, por considerarle, en sus palabras, “uno de los hombres más juiciosos que conocía, al no haber puesto nunca en riesgo ni su vida ni su reputación”³⁵. Pese a que la figura de Siéyès –uno de los principales conspiradores de Brumario– fuera pieza fundamental para forzar el nombramiento de Cambacérès desde el interior del Directorio, en realidad sería la influencia de Bonaparte la que determinaría su inclusión en los nuevos destinos *reconstituyentes* que tomaba Francia.

3. El triunfo de las ideas monárquicas y la religión católica como fundamentos del Estado. La sombra del Primer Cónsul

Inmediatamente después de la campaña de Egipto, el General Bonaparte visita a Cambacérès, antes incluso de reunirse con Siéyès³⁶. Napoleón prepara el golpe de Estado de Brumario del año VIII (noviembre de 1799)

³⁴ Véase Antoine-Claire THIBAudeau, *Mémoires sur la Convention et le Directoire*, p. 149.

³⁵ VIALLES, *L'archichancelier...*, *op. cit.*, p. 197.

³⁶ Albert VANDAL, *L'avènement de Bonaparte*, p. 256.

que daría paso al Consulado, y Cambacérès constituye un hombre clave en su proyecto de Estado.

En diciembre de 1799 se aprueba una nueva Constitución (llamada del año VIII) instaurando el Consulado de la República. Bonaparte era nombrado Primer Cónsul, y designaba a Cambacérès Segundo Cónsul. Conforme a la Constitución consular (artículos 41 y 42) el poder ejecutivo lo asumía en su totalidad el Primer Cónsul, mientras que al Segundo y Tercer Cónsul se les asignaba una función consultiva, pudiendo actuar únicamente en el marco de las facultades que les fueran delegadas por aquél³⁷.

La personalidad de Cambacérès era ciertamente apreciada por el Primer Cónsul, que le consideraba un consejero prudente e instruido en cuestiones de Estado. Pero ante todo, fue su inclinación por “el retorno a las ideas de orden y a los principios *monárquicos*”³⁸, la que hacía de él una figura atractiva y de confianza en la idea de Estado que albergaba Bonaparte:

“Un hombre de política que no gustaba ya de las instituciones liberales, pese a haber participado en el devenir de las jornadas revolucionarias de mayor trascendencia. Aportaba resplandor al Consulado, dada su devoción por los privilegios honoríficos, su veneración por lo ceremonial y su gravedad calmada y solemne. Sus sólidos conocimientos, su seguridad de juicio, su sentido común y la delicadeza de su tono educado, hacían de él un consejero agradable y apreciado”³⁹.

A un cierto retorno a las ideas monárquicas como principio de orden, se añade la recuperación de la fe católica como fundamento de la paz del Estado. El Primer Cónsul, como su fiel consejero Cambacérès, se pronuncia por la paz religiosa y la conclusión de un Concordato con el Papa⁴⁰. El Concordato se firmaba en París en 1801: la religión Católica, Apostólica y

³⁷ Constitution du 22 Frimaire An VIII. Artículo 41: “*Le Premier consul promulgue les lois; il nomme et révoque à volonté les membres du Conseil d'Etat, les ministres, les ambassadeurs et autres agents extérieurs en chef, les officiers de l'armée de terre et de mer, les membres des administrations locales et les commissaires du gouvernement près les tribunaux. Il nomme tous les juges criminels et civils autres que les juges de paix et les juges de cassation, sans pouvoir les révoquer*”. Artículo 42: “*Dans les autres actes du gouvernement, le second et le troisième consuls ont voix consultative*”.

³⁸ Un sentimiento común de retorno al orden y a las ideas monárquicas que albergaban entonces la mayoría de los franceses con Siéyès a la cabeza. Véase Albert VANDAL, *L'avènement...*, *op. cit.*, p. 218 y pp. 496 ss. Es interesante a este respecto la vuelta al concepto más clásico de República desarrollado en la teoría constitucional de Siéyès que, como señala Vandal, no entra en contradicción con el concepto de Monarquía, sino que ambas instituciones son consideradas indistintas. Recuérdese aquí el concepto de “*Res publica cum principe*” ciceroniano.

³⁹ VIALLES, *L'archichancelier...*, *op. cit.*, pp. 203-204.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 212.

Romana era reconocida como la religión de la mayoría de los ciudadanos franceses⁴¹. El 18 de abril de 1802, Domingo de Resurrección, los Parisinos oyeron de nuevo, después de 10 años, las campanas de Notre-Dame. En aquellas fechas, Chateaubriand publicaba su “*Génie du christianisme*”, que exaltaba los valores cristianos para mostrar a los franceses que no habían de avergonzarse de su fe: “el cristianismo es la religión más poética, humana y favorable a la libertad, a las artes y a las letras”⁴², dedicando en su prólogo a modo de epístola estas palabras al Primer Cónsul:

“Habéis tenido a bien tomar bajo vuestra protección esta edición del *Genio del Cristianismo*; es un nuevo testimonio del favor que acordáis a la augusta causa que triunfa al abrigo de vuestra persona (...) Los pueblos os miran; Francia, engrandecida por vuestras victorias, ha puesto en vos sus esperanzas desde que hayáis querido apoyar sobre la Religión las bases del Estado”⁴³.

El nuevo clima de estabilidad gubernamental, la reconciliación nacional, la paz religiosa, la centralización basada en la uniformidad de la ley, y aun el acercamiento de notables y hombres de leyes a un régimen que los reconoce y recompensa, constituyen las bases del “Gran Consulado”⁴⁴ que animado por el “genio” del “héroe a quien la nación ha nombrado su primer magistrado”, en palabras de Jean-Étienne Portalis en su famoso *Discurso preliminar*⁴⁵, se presentaba como particularmente favorable para el éxito de la codificación de las leyes civiles: “¿Acaso un buen código destinado a regular el orden civil podía ver la luz en medio de aquellas crisis políticas que habían agitado y asolado Francia?”⁴⁶.

Ahora es el momento propicio para iniciar la gran obra del Consulado: la redacción del Código civil. La iniciativa es del Primer Cónsul. Bonaparte diría a Cambacérès a su retorno de la campaña de Italia:

⁴¹ Pese a posibles confusiones históricas recientes y en honor a la verdad, habrá de decirse que aquel régimen instaurado por el Concordato de 1801 permanecería vigente en Francia hasta la Ley de 1905 (*Loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Eglises et de l'Etat*) por la que se instauraría la separación entre religión y Estado, y en virtud de la cual se denunciaría del Concordato de 1801 bajo la III República. Véase el *Rapport fait au nom de la Commission relative à la séparation des églises et de l'État et la dénonciation du Concordat* de 1905 por el conocido diputado en fecha posterior Aristide Briand que proclama de facto la laicidad del Estado francés sobre un argumento torticero, supuestamente económico y de orden público antes que ideológico.

⁴² CHATEAUBRIAND, *Génie du christianisme, ou beautés de la religion chrétienne*, p. 12.

⁴³ Véase la edición del año XI, 1803, pp. v-vi.

⁴⁴ Véase Jean-Louis HALPÉRIN, “L’histoire de la fabrication du Code: le Code Napoléon?”, p. 16.

⁴⁵ Véase *Recueil complet...*, *op. cit.*, p. 466.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 464.

“Usted ha elaborado varios códigos; ¿no cree que sería útil refundirlos y presentar al Cuerpo Legislativo un proyecto que esté a la altura de las ideas del siglo y que sea digno de este Gobierno?”⁴⁷.

Tras esta conversación Cambacérès presentaría al Primer Cónsul los tres proyectos elaborados entre 1793 y 1796, con ciertas advertencias, no obstante, al considerar que algunas disposiciones podrían ser consideradas “contrarias a los principios de la recta política y a las reglas de la buena moral”⁴⁸. Sin embargo, Bonaparte, tras leerlos, felicitó a Cambacérès:

“Los he leído. Existe un espíritu de análisis en ellos del que he quedado satisfecho, y siendo de una redacción clara no he sentido necesidad de releerlos. Indíqueme las personas capaces de realizar la tarea de refundirlos y redacte un decreto”⁴⁹.

No siendo partidario, el Primer Cónsul, de que el proyecto de Código fuera encargado a varias comisiones que pudieran demorar los trabajos y desembocar en un nuevo fracaso, propuso la centralización de dicha tarea en una sola comisión compuesta por tres o cuatro personas de reconocido prestigio y competencia en la materia. La comisión preparatoria resultante estaba compuesta así por cuatro magistrados que habían sido propuestos por Cambacérès: dos de los magistrados, Tronchet y Bigot de Préameneu, eran especialistas en Derecho consuetudinario (fundamentalmente de la *Costumbre de París*), y los otros dos, Portalis y Maleville, en Derecho escrito (Derecho romano). Todos ellos monárquicos de corazón, juristas de tradición, tolerantes y moderados⁵⁰.

Tan sólo cinco meses después de su creación, la comisión preparatoria presentaba los resultados de su trabajo, que consistía en treinta y seis proyectos de ley, correspondientes a cada uno de los Títulos que habría de albergar el Código civil.

Los proyectos de ley fueron sometidos por el Primer Cónsul a dictamen del Tribunal de Casación y de los Tribunales de Apelación de los diferentes departamentos franceses: Bonaparte quería salvar, sin duda, toda posible oposición por parte de aquellos que estaban llamados a aplicar el Código, pero ante todo, como señalan los Mazeaud: “siempre gustaba de conocer la opinión de los demás en aquellos asuntos que fueran de gran trascendencia

⁴⁷ Jean THIRY, *Jean-Jacques-Régis de Cambacérès, archichancelier de l'Empire*, p. 84.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 85.

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ Véase Jean-Marc VARAUT, “Le quator des légistes”, p. 2.

para Francia”⁵¹. Tras dicho dictamen, comenzaron los debates en el Consejo de Estado, que se prolongaron hasta marzo de 1804: 102 sesiones, de las cuales 52 estuvieron presididas por Bonaparte y 50 por Cambacérés⁵². Las intervenciones del Primer Cónsul en dichas sesiones fueron abundantes, con una visión natural, imaginativa y práctica, rebatiendo con entusiasmo las opiniones de los juristas, como se desprende de la apasionante lectura de las actas del Consejo de Estado recogidas en la *Recopilación completa de los trabajos preparatorios del Código civil*, de Pierre Antoine Fenet⁵³.

En su obra *Bonaparte y el Código Civil*, René Savatier, sobre el esforzado relato del fiel consejero Antoine-Claire Thibaudeau, esbozaba así el retrato del Primer Cónsul durante sus intervenciones en las sesiones del Consejo de Estado:

“Delgado, apasionado, con ojos brillantes (...) vestía sus treinta años con un traje verde que no alteraba su figura, que no envejecía al joven hombre

⁵¹ Henri, Jean et Léon MAZEAUD, *Leçons de droit civil: Introduction à l'étude du droit*, p. 80.

⁵² VIALLES, *L'archichancelier...*, op. cit., p. 217.

⁵³ *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, 15 vols. Nótese que en las actas publicadas de las primeras veinte sesiones del Consejo de Estado, las intervenciones de Bonaparte no aparecen íntegras. Algunos autores atribuyen tales omisiones al deseo de Bonaparte de que no quedaran reflejados algunos de sus comentarios y observaciones en materia de matrimonio y adopción, por considerarlos demasiado vehementes o apasionados, o, simplemente, interesados. Sin embargo, detrás de dichas amputaciones parece estar el deseo bienintencionado, pero erróneo, del Segundo Cónsul, de preservar la imagen de Bonaparte, pues era él quien revisaba las actas antes de imprimirse y publicarse en el *Moniteur*. Así lo afirma Adolphe THIERS en *Histoire du Consulat et de l'Empire faisant suite à l'Histoire de la Révolution française*, t. III, p. 302. El propio Bonaparte dejaba meridianamente claro su deseo de que se reflejaran íntegramente sus opiniones en la sesión del 24 de brumario del año X, en la que se abordaba el modo en que debían redactarse las actas del Consejo de Estado, sin albergar ningún reparo en reconocer, por su “condición de hombre de armas”, la posible “torpeza jurídica de algunas de sus opiniones” que, pese a todo, no debían ser enmendadas para “mostrar otro mejor que no soy”: “*Il ne faut que dans la rédaction (...) les jurisconsultes du conseil laissent échapper des erreurs ou choses qui ne seraient pas conformes à leurs opinions car dans la longueur des séances on peut avoir eu des absences. (...) Quant à nous hommes d'épée ou de finances, qui ne sommes pas de la jurisprudence, mais de la législation, peu importe nos opinions. J'ai pu dire dans la discussion des choses que j'ai trouvées mauvaises un quart d'heure après; mais je ne veux pas passer pour valoir mieux que je ne vaux*”. Véase Antoine-Claire THIBAudeau, *Mémoires sur le Consulat, 1799 à 1804, par un ancien conseiller d'État*, p. 414. En esta obra Thibaudeau recoge íntegras muchas de las intervenciones del Primer Cónsul que no aparecen en las actas oficiales publicadas. De su lectura, tal y como señala su autor, se desprende el flaco favor que hicieron tales correcciones a las brillantes intervenciones de Bonaparte. En este sentido, compárese la anterior intervención de Bonaparte con la redacción que recibió en las actas oficiales publicadas, tal y como ha quedado recogida en *Recueil complet...*, op. cit., p. Ixxv.

que era, ni transformaba en civil al soldado, ni desteñía en modo alguno el color poco parlamentario de su elocuencia. Era el más natural, el único que fantaseaba, el único espontáneo en las reuniones del Consejo de Estado, el único que, hablando de matrimonio, hablaba de morenas y rubias, ojos negros y azules, y que se permitía creer que aquellos detalles podían tener alguna importancia. Él mismo bromeaba sobre la seriedad de los miembros del Consejo... Pero, en la figura de Bonaparte, no se adivinaba exclusivamente al hombre seductor que blandía sus armas de conquistador, también se encontraba el hombre sabio, el maestro. La elocuencia de Bonaparte consistía en frases netas, tajantes, gráficas, sonoras, vivas, dinámicas: palabras de fuego, lanzadas como dardos por su ingenio, que dijera Hippolyte Taine... Reunidas autoridad, seducción e inteligencia, algo arrebatador emana de la palabra de este joven apasionado e imperioso, cuya viveza, un consejero, Thibaudeau, desde el rincón de su mesa, no puede dejar de anotar taquigráficamente, para una vez concluida la sesión del Consejo, inmediatamente proceder a su transcripción⁵⁴.

En efecto, Antoine Claire Thibaudeau, testigo devoto y privilegiado de estas intervenciones, muestra al verdadero, al auténtico Bonaparte, en sus *Memorias del Consulado*, y relata cómo el Primer Cónsul presidía casi todas las sesiones del Consejo de Estado, cualquiera que fuera el asunto a debatir, ya fuera una ley o un decreto:

“El Consejo era la casa y la familia del Primer Cónsul. Los consejeros de Estado le rodeaban, le abordaban con facilidad, trataban directamente con él y conversaban con familiaridad (...) Las discusiones eran libres y francas; el Primer Cónsul las provocaba, las escuchaba y tomaba parte activa, actuando como un verdadero *primus inter pares*”⁵⁵.

Según Thibaudeau, cuando Bonaparte alcanzó la primera magistratura de la República, sorprendió, pese a su fama, la facilidad con la que manejaba el timón del Estado, incluso en aquellos ámbitos que no le eran naturales. Igualmente sorprendió cuando se le vio tratar de ciertos asuntos que le eran totalmente extraños, como el Código civil:

“El Primer Cónsul presidió la mayoría de las sesiones del Consejo de Estado en las que el proyecto de código se discutía, y tomó parte activa en los debates; los provocaba, entretenía, dirigía y animaba. A diferencia de ciertos oradores del Consejo, no buscaba brillar por la armonía de su discurso, el acierto de sus expresiones o la pulcritud de su elocuencia. Hablaba con sencillez y naturalidad, sin pretensiones; con la libertad y el

⁵⁴ René SAVATIER, *L'art de faire les lois: Bonaparte et le Code civil*, pp. 8-9.

⁵⁵ THIBAudeau, *Mémoires sur le Consulat...*, *op. cit.*, p. 308.

tono de una conversación que se animaba naturalmente según lo exigiera el asunto tratado, lo encontrado de las opiniones y el punto de madurez al que la discusión hubiera llegado. Nunca fue inferior a ningún miembro del Consejo; en ocasiones igualaba a los más hábiles, por la facilidad con que llegaba al meollo de las cuestiones, por la claridad de sus ideas y la fuerza de sus razonamientos; con frecuencia los superaba, por los giros de sus frases y la originalidad de sus expresiones”⁵⁶.

Pero nada hay en las palabras de Thibaudeau, como él mismo afirma, que no pueda ser verificado en las actas publicadas de los debates del Consejo, pese a la desapasionada transcripción que del discurso de Bonaparte hiciera el secretario general del Consejo Locré⁵⁷.

Como es sabido, la influencia y aportaciones del Primer Cónsul en la elaboración del Código civil fueron particularmente decisivas en Derecho de familia. En particular, quiso reforzar la institución del matrimonio, de la que tenía un alto concepto: “Hay intercambio de almas; el matrimonio va más allá del mero consentimiento contractual; es la unión de cuerpos y almas”⁵⁸.

Igualmente intervino en favor de la adopción, que contaba con pocos partidarios dentro del Consejo:

“Ustedes se oponen a la adopción y basan sus principales objeciones en la forma en que proponemos hacerla (...) Comencemos por debatir el fondo de la cuestión, examinar los casos en que la adopción estará permitida; después abordaremos las formas (...) Es una especie de nuevo sacramento; pues me resulta difícil encontrar en el lenguaje un término que pueda definir correctamente este acto. El hijo de la carne y sangre de uno pasar a ser de la carne y sangre de otro. Es el acto más maravilloso que podamos imaginar. Concede sentimientos filiales, y recíprocamente sentimientos paternales, a quienes no los tenían”⁵⁹.

Su alto concepto de esta institución le hizo oponerse a que la adopción pudiera tener lugar fuera del entorno estrictamente familiar:

“No puede haber lugar a la adopción por parte de personas solteras. Para que una persona pueda ser adoptada con honor, es necesario que pase a

⁵⁶ *Ibid.*, pp. 411-412.

⁵⁷ *Ibid.* Véase, también, a este respecto, THIERS, *Histoire du Consulat...*, *op. cit.*, pp. 298-303.

⁵⁸ Procès-verbal de la séance du 24 frimaire an X. Véase *Recueil complet...*, *op. cit.*, pp. 100-106.

⁵⁹ THIBAudeau, *Mémoires sur le Consulat...*, *op. cit.*, p. 420.

formar parte integrante de una familia. De otro modo, se equipararía a la bastardía, que es la peor de las injurias”⁶⁰.

También se opuso a la eventual revocabilidad de la adopción, defendida por algunos consejeros y juristas:

“Debe ser para siempre (...) El hijo adoptivo debe ser como el de carne y hueso. Si existe la más mínima diferencia, nos estaremos alejando del objetivo, y no puedo aceptarlo de ninguna manera (...) La adopción no es idea *geométrica* como la sucesión, sino *de institución, de moral y de sentimientos*”⁶¹.

Asimismo quiso ampliar la institución con formas externas originales que fueron fruto de su exclusiva imaginación –“El vicio de las leyes modernas es que no apelan a la imaginación. No se puede gobernar al hombre sino con imaginación; sin imaginación sólo es un bruto”–, y reforzar el acto de la adopción con “la solemnidad moral de una institución sagrada”⁶².

Por otra parte, aunque condenando sus excesos, Bonaparte no se opuso al mantenimiento del divorcio instaurado por la Convención, incluyendo el divorcio por acuerdo mutuo, aunque con ciertas modificaciones y limitaciones a su ejercicio, que fueron introducidas a instancia suya:

“El tiempo lo santifica [el matrimonio]. Deberían prohibir la posibilidad de divorciarse después de transcurrido un cierto tiempo, cuando ya se conoce bien al otro, cuando ya ha habido intercambio de amor y de sangre; transcurridos diez años de matrimonio, por ejemplo”⁶³.

“No debe permitirse que una persona se divorcie más de dos veces, dado que sería absurdo y envilecería el matrimonio”⁶⁴.

“Es preciso que las personas que se hayan divorciado no puedan volver a contraer matrimonio sino transcurridos cinco años, al objeto de que no sea la perspectiva de otro matrimonio lo que les lleve al divorcio”⁶⁵.

De este modo, se atendía, según palabras del propio Bonaparte, a una doble motivación: “se habrá hecho todo lo que exige la moral, y se

⁶⁰ *Ibid.*, p. 418.

⁶¹ *Ibid.*, pp. 423-424.

⁶² *Ibid.*, p. 422.

⁶³ *Ibid.*, p. 440.

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ *Ibid.*

habrá tenido en cuenta la felicidad de las personas”⁶⁶; al tiempo que se protegía la “noble” y “sagrada” institución del matrimonio: “¿Cómo se puede comparar lo que disuelve con lo que crea?”⁶⁷.

Así hablaba el Primer Cónsul en las sesiones del Consejo de Estado, y aun aceptando que sus aportaciones sólo constituyeran un limitado número de páginas de las actas del Consejo, según ha señalado y querido demostrar uno de sus más acérrimos detractores actuales⁶⁸, ningún asunto parecía dejarle indiferente; sabía escuchar y cuando intervenía era claro y breve; y si el debate decaía o se empantanaba, lo interrumpía rápidamente para volver a reconducirlo. Todos los testigos, incluso los menos favorables, son unánimes al respecto⁶⁹.

Sus intervenciones, pese a lo que ha trascendido, por ser las más numerosas, no se limitaron exclusivamente a aquellas cuestiones que le pudieran resultar más accesibles, como las pertenecientes a Derecho de familia y sucesiones, sino que se extendieron a otras menos obvias, como derechos reales, obligaciones y contratos⁷⁰, y aun sobre la publicación, efectos y aplicación de las leyes⁷¹, siendo muchas de sus propuestas en estas áreas del Derecho civil adoptadas por el Consejo⁷².

Igualmente, mostró gran interés por las cuestiones de procedimiento. Así respecto de la clasificación de los diferentes proyectos de ley que debían constituir cada uno de los títulos del Código civil, la asignación de una única numeración a los artículos de cada uno de ellos o el modo en que debían redactarse las actas del Consejo⁷³. Por último, para mayor claridad durante los debates, ordenó que se redactaran en dos columnas todas las disposiciones que iban a ser tratadas, indicando en una columna la vieja disposición y, en la otra, la nueva disposición, de modo que quedaran claros los cambios que se introducían⁷⁴.

Adolphe Thiers, en su *Historia del Consulado y del Imperio*, describe cómo el Primer Cónsul en las sesiones del Consejo que presidía:

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ *Ibid.*, p. 421.

⁶⁸ Véase, por ejemplo, Roger CARATINI, *Napoléon, une imposture*, pp. 455-466.

⁶⁹ Véase a este respecto las certeras observaciones del historiador y académico Jean TULARD, “Code Cambacérès? Code Portalis? Code Napoléon?”, p. 2.

⁷⁰ Véanse, por ejemplo, las intervenciones del Primer Cónsul en materia de enfiteusis y de resolución de la venta, en *Recueil complet...*, *op. cit.*, t. XI, pp. 66-69 (censo enfiteutico), y t. XIV, pp. 57-78 (resolución del contrato de compraventa).

⁷¹ *Ibid.* t. v, pp. 7-13.

⁷² *Ibid.* t. XIV, pp. 73-78 (apreciación por el juez de la justa causa, en caso de resolución del contrato de compraventa por parte del comprador).

⁷³ *Ibid.* t. XI, p. 69, y t. I (*Précis Historique*), pp. IXVIII-IXXVI.

⁷⁴ *Ibid.* t. IX, pp. 96-97.

“había dado muestras de una metodología, una claridad y una profundidad de miras que eran motivo de asombro entre todos los asistentes. Habitado a dirigir ejércitos, y gobernar territorios conquistados, no era de sorprender encontrar en él la condición de administrador, dado que es ésta calidad indispensable en un gran general, pero la condición de legislador era, sin duda, algo inesperado. Su formación, en este sentido, había sido apresurada: mostrando interés por todo, pues todo llegaba a comprenderlo, había pedido al Cónsul Cambacérès algunos libros de Derecho, y, en particular, aquellos documentos elaborados bajo la Convención para la redacción del nuevo Código civil. Los devoró; igual que devorara todos los libros sobre política religiosa de que pudo proveerse antes de negociar el Concordato. Su profundo conocimiento de la naturaleza humana y su claridad de mente, unidos a esas nociones rápidamente adquiridas de los principios generales del Derecho, que había logrado de forma admirable ordenar en su cabeza, le permitieron dirigir un trabajo de enorme magnitud, e incluso aportar al debate un conjunto de propuestas justas, nuevas y profundas. En ocasiones, un conocimiento insuficiente de estas materias, le inclinaban a defender ideas extravagantes, pero en seguida se dejaba reconducir por la razón de los hombres de leyes que le rodeaban, para convertirse en el maestro de todos ellos cuando de la discusión entre ideas encontradas había que extraer la conclusión más natural y más razonable. La principal virtud del Primer Cónsul en la construcción de este magnífico monumento, fue la de contribuir con un espíritu decidido y una voluntad de trabajo persistente; venciendo, con ello, las dos grandes dificultades ante las cuales se había fracasado hasta entonces: la diversidad infinita de opiniones y la imposibilidad de trabajar de manera continuada en medio de las turbulencias de años anteriores. Cuando, como ocurría con frecuencia, el debate era prolongado, difuso y obstinado, el Primer Cónsul sabía interrumpirlo con una sola palabra, y resumirlo, obligando a todos a trabajar durante días enteros, y él el primero (...) No resulta así extraño, que el pueblo francés se hubiera acostumbrado a considerarle como el único autor de todo aquello bueno y grande que se hacía en Francia; sintiendo incluso una cierta satisfacción de ver en su papel de legislador a quien había visto como general, diplomático, administrador, y siempre superior en todo aquello que emprendía”⁷⁵.

La voluntad y la decisión de Bonaparte fueron también determinantes cuando los dos primeros proyectos de ley, correspondientes al Título preliminar (*De la publicación, efectos y aplicación de las leyes*) y al Título primero del Libro primero (*Del disfrute y privación de los derechos civiles*) del Código, fueron rechazados en el Tribunado, y el tercero, relativo al Título segundo del Libro primero (*De los actos del estado civil*), pese a ser aprobado, quedó paralizado sin que se le diera traslado al órgano legislativo

⁷⁵ THIERS, *op. cit.*, t. III, pp. 299-303.

superior (esto es, el denominado *Cuerpo Legislativo*). Las discusiones en la asamblea del Tribunalado, del Cuerpo Legislativo, y las comunicaciones de un órgano legislativo a otro, y éstos a su vez con el Consejo de Estado, se prolongaron durante tres meses. Bonaparte, viendo el cariz que tomaban los debates y discusiones⁷⁶, así como la demora a veces intencionada en el procedimiento de adopción, intervino enérgicamente: retiró los proyectos de ley mediante mensaje enviado al Cuerpo Legislativo⁷⁷, disolvió durante seis meses el Tribunalado destituyendo de manera fulminante a todo posible adversario, y creó una comisión legislativa consultiva (*Sección Legislativa*) dentro del propio Tribunalado destinada a informar a la asamblea general y recoger sus observaciones, pero con la función de impedir que cualquiera de los proyectos de ley del Código pudiera volver a ser rechazado en votación o prolongarse en debates y discusiones interminables. Igualmente sustituyó el procedimiento de comunicaciones *oficiales* en primer trámite, por otro de comunicaciones *oficiosas* entre los órganos legislativos y el Consejo de Estado, de forma que se agilizara el procedimiento y la adopción de los textos por parte de los órganos legislativos fuera casi automática⁷⁸.

Logradas “la calma y la unidad de intenciones” que el Primer Cónsul reclamaba de los órganos legislativos⁷⁹, volvieron a presentarse los proyectos rechazados por el Tribunalado, siendo adoptados sin más dilación con unas “prudentes” observaciones formuladas por la Sección Legislativa⁸⁰. Desde entonces la elaboración de los proyectos por el Consejo de Estado y la labor legislativa confiada al Tribunalado y al Cuerpo Legislativo, pudieron retomar el trabajo con fluidez; los treinta y seis proyectos de ley del Código civil fueron votados y aprobados entre 1803 y 1804, reuniéndose

⁷⁶ Véanse, por ejemplo, las discusiones sobre el primer proyecto de ley en el Tribunalado y Cuerpo Legislativo, en *Recueil complet...*, *op. cit.*, t. VI, pp. 52-230 (Tribunado), y pp. 230-337 (Cuerpo Legislativo). El Primer Cónsul no era ajeno al hecho de que las observaciones dilatorias de los Tribunados constituían un auténtico ataque al proyecto mismo de Código, versando sobre cuestiones tanto formales como de fondo, y de índole tanto jurídica como política: denominación del Código; utilización en la redacción de los artículos del tiempo verbal futuro; estructura; oportunidad del Título preliminar; inconstitucionalidad del mismo; falta de legitimidad del Consejo de Estado para legislar en estas materias; violación de la separación de poderes establecida en la Constitución; etc.

⁷⁷ *Ibid.*, t. I (*Précis Historique*), p. IXXVIII: “*C'est avec peine qu'il se trouve obligé [le gouvernement] de remettre à une autre époque, les lois attendues avec tant d'intérêt par la nation; mais il s'est convaincu que le temps n'est pas venu où l'on portera dans ces grandes discussions le calme et l'unité d'intention qu'elles demandent*”.

⁷⁸ *Ibid.*, p. IXXVII-IXXIX.

⁷⁹ *Ibid.*, p. IXXVIII.

⁸⁰ *Ibid.*

en un solo proyecto de ley que promulgaría el “*Code civil des Français*” el 30 Ventoso del año XII (21 marzo de 1804).

El Primer Cónsul culminaba así una obra que ni reyes ni asambleas republicanas habían logrado erigir⁸¹, o como señalaría el historiador y académico Jean Tulard: “El Código civil es hijo de Bonaparte o, si se prefiere, de Napoleón”⁸², pues emulando las palabras que Portalis dedicara al Primer Cónsul⁸³, la promulgación de las leyes es privilegio de quienes hayan de ocupar la máxima magistratura, traduce su potestad, afirma su prestigio y autoridad, y contribuye a su gloria⁸⁴, pero no está en

“las leyes ser meros actos de poder (de *potestas*); antes bien, han de ser actos de sabiduría, de justicia y de razón (de *auctoritas*). El legislador ejerce menos un cargo de poder que un sacerdocio de servicio, pues no debe perder de vista que las leyes son hechas para los hombres, y no los hombres para las leyes”⁸⁵.

4. Breve valoración a modo de conclusión

El Código civil de los franceses, que en 1807 pasaría a denominarse “*Code Napoléon*”, era de una gran unidad; claro y preciso. Aún hoy admiramos su concisión: un número, un principio, una frase⁸⁶. No sin acierto, bajo la Monarquía de julio, se hizo inscribir en los Inválidos por el escultor Simart la memorable frase de Napoleón: “Mi código solo, por su simplicidad, ha hecho más bien a Francia que todo el conjunto de leyes que me han precedido”⁸⁷.

Simplicidad también en ese pacto tácito entre tradición y revolución que se plasma en una incomparable comprensión del sentido latino primigenio de *revolutio* (de *revolver*) como renovación fiel a la tradición, y que no es, ciertamente, “abrir puertas a un estado de cosas seco y derechamente timbrado por la novedad”, sino *traditio et renovatio*, “todo menos ruptura”. Es como señalara nuestro eminente romanista Juan Iglesias:

⁸¹ Véase Alain PLANTEY, “L’esprit du Code”, p. 1.

⁸² TULARD, *op. cit.*

⁸³ Véase *Recueil complet...*, *op. cit.*, t. 1, p. 466.

⁸⁴ PLANTEY, *op. cit.*

⁸⁵ Véase *Recueil complet...*, *loc. cit.*

⁸⁶ VARAUT, *op. cit.*, p. 3.

⁸⁷ Véase André PALLUEL, *Dictionnaire de l'Empereur*, p. 244.

“volver otra vez o volver hacia atrás, pesar, repasar, examinar, referir, desenvolver, pasar por las mismas pruebas, volver al tenor de la vida que se tenía, y venir por los mismos senderos. Porque ruedan los siglos: *saecula revolvuntur*”⁸⁸.

En efecto, sin renunciar a reformas esenciales que imponía la renovación liberal, como el carácter absoluto del derecho a la propiedad, la libertad de contratación y el respeto a la autonomía de la voluntad, adoptaba una postura equilibrada entre las soluciones del antiguo Derecho civil y las nuevas corrientes jurídicas. Representaba, en verdad, una obra prudente, juiciosa y conciliadora. Los redactores del Código civil quisieron, no en vano, desmarcarse del derecho dicho “revolucionario” y afirmar la originalidad de su obra frente a proyectos anteriores. La presentación hecha por Portalis en su *Discurso preliminar* es célebre por haber combinado una crítica violenta al “espíritu rupturista *revolucionario*” y una apología sobre “la más solemne avenencia” entre las diferentes fuentes del Derecho francés donde el legislador no puede

“desdeñar los beneficios de la experiencia del pasado, de esa tradición de buen juicio, de reglas y de máximas, que llegada hasta nosotros informa el espíritu de siglos”⁸⁹.

Su redacción fue particularmente cuidadosa. En una carta que Stendhal escribió a Balzac en 1840, aquél observaba que escribiendo *La Cartuja de Parma*, para entrar en faena, cada mañana leía dos o tres páginas del Código civil. Paul Valérie, por su parte, lo incluía entre las grandes obras de la literatura universal⁹⁰.

Y, ante todo, fue una obra práctica: los usos y costumbres se cristalizaban en máximas inteligibles y claras, sin entrar en los detalles. Desde las primeras sesiones del Consejo de Estado, Cambacérès pidió que se excluyeran las cuestiones doctrinales de la redacción: “La doctrina sirve exclusivamente a la enseñanza del Derecho y a los libros de los juristas”⁹¹ –decía–, dejando a la jurisprudencia su papel tradicional, es decir, aplicar las reglas del Derecho en función de las necesidades cambiantes de la práctica de la vida⁹² que casi nos trae a recuerdo aquella labor inigualable cual fuera la *prudentia iuris* romana de la que con tanta reverencia hablaba

⁸⁸ Juan IGLESIAS, *Roma, claves históricas*, p. 40.

⁸⁹ Véase *Recueil complet...*, *op. cit.*, t. 1, pp. 464-466.

⁹⁰ Gabriel DE BROGLIE, “La langue du Code civil”, pp. 2-3.

⁹¹ Véase *Recueil complet...*, *op. cit.*, t. 1, (*Précis Historique*), p. IXXI.

⁹² *Vid. supra*, notas 18-20.

Álvaro D'Ors, donde el *ius* preexiste a la *lex*, y la *auctoritas* a la *potestas*⁹³.

La gran obra codificadora se completaría bajo Napoleón con la adopción de un Código de enjuiciamiento civil ("*Le Code de procédure civile*") en 1806, un Código mercantil ("*Le Code de commerce*") en 1807, un Código de enjuiciamiento criminal ("*Le Code d'instruction criminelle*") en 1808, y un Código penal ("*Le Code pénal*") en 1810, pero ninguno de ellos, a diferencia del Código civil, han podido sobrevivir al paso cambiante de los años.

Bibliografía

- ALLÈGRET, Marc, "Cambacérès, Jean-Jacques-Régis (1753-1824), consul, parlementaire, archichancelier", en *Revue du Souvenir Napoléonien*, N° 361, octubre de 1988, pp. 2-20.
- DE BROGLIE, Gabriel, "La langue du Code civil", en *Bicentenaire du Code civil*, Discours prononcé lors de la séance solennelle du lundi 15 mars 2004 à l'Académie des sciences morales et politiques. Académie des sciences morales et politiques, Séances extraordinaires, Célébration du Bicentenaire du Code civil, 2004.
- D'ORS, Álvaro, "Principios para una teoría realista del Derecho" en *Anuario de Filosofía del Derecho*, N° 1, 1953, pp. 301-330.
- D'ORS, Álvaro, "De la *prudentia iuris* a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo y al Derecho foral" (1947), en *Escritos varios sobre el derecho en crisis*, Roma-Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1973, pp. 55-74.
- D'ORS, Álvaro, "Derecho es lo que aprueban los jueces" (1970), en *Escritos varios sobre el derecho en crisis*, Roma-Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1973, pp. 45-54.
- D'ORS, Álvaro, "*Lex* y *Ius* en la experiencia romana de las relaciones entre *auctoritas* y *potestas*" (1971), en *Escritos varios sobre el derecho en crisis*, Roma-Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1973, pp. 87-92.
- D'ORS, Álvaro, "Derecho Romano y Humanismo", en *Humanitas. In honorem Antonio Fontán*, Madrid, Gredos, 1992, pp. 399-405.
- CHATEAUBRIAND, François-Auguste, *Génie du christianisme, ou beautés de la religion chrétienne*, Paris, Migneret, (An xi) 1803, 4 vols.
- COMMISSION SUPÉRIEURE DE CODIFICATION, "L'improbable recodification du code civil", en *Dix-neuvième Rapport annuel 2008*. Disponible en: <https://www.>

⁹³ Véase Álvaro D'ORS "De la *prudentia iuris* a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo y al Derecho foral", pp. 55 ss. "Derecho es lo que aprueban los jueces", pp. 45 ss; y "*Lex* y *Ius* en la experiencia romana de las relaciones entre *auctoritas* y *potestas*", pp. 87 ss. Véase también, del mismo autor, "Principios para una teoría realista del Derecho" pp. 301-330.

- legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Codification/Rapports-annuels-de-la-CSC. Consultada el 31 de julio de 2016.
- DELSOL, Jean-Joseph, *Explication élémentaire du Code Napoléon: mise en rapport avec la doctrine et la jurisprudence*, 2^a ed., Paris, Cotillon (ed), Libraire du Conseil d'État, 1867, 3 vols.
- FENET, Pierre-Antoine (ed.), *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, Videcoq, 1836, 15 vols.
- HALPÉRIN, Jean-Louis, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris, Presses universitaires de France, 1996.
- HALPÉRIN, Jean-Louis, *Le Code civil*, Paris, Dalloz, 1996.
- HALPÉRIN, Jean-Louis, "L'histoire de la fabrication du Code: le Code Napoléon?", en *Pouvoirs*, N° 107, septembre de 2003, pp. 11-21.
- HALPÉRIN, Jean-Louis, "Deux cent ans de rayonnement du Code civil des Français?", en *Les Cahiers de droit*, vol. XLVI, N° 1-2, marzo-junio de 2005, pp. 229-251.
- IGLESIAS, Juan, *Roma, claves históricas*, Universidad Complutense de Madrid, Seminario de Derecho Romano, Facultad de Derecho, 1985.
- MAZEAUD, Henri, Jean et Léon, *Leçons de droit civil: Introduction à l'étude du droit*, 12^e ed., François CHABAS (dir.), Paris, Montchrestien, 2000, vol. 1.
- MONTHOLON, Charles-Tristan, *Récits de la captivité de l'Empereur Napoléon à Sainte-Hélène, par M. le général Montholon, compagnon de sa captivité et son premier exécuteur testamentaire*, Paris, Paulin, 1847, vol. 1.
- OLIVIER-MARTIN, François, *Histoire de la coutume de la prévôté et vicomté de Paris*, Paris, Ernest Leroux, 1922-1930, 2 vols.
- OLIVIER-MARTIN, François, *La coutume de Paris, trait d'union entre le droit romain et les législations modernes. Six cours professés en mars 1925 à l'Université d'Utrecht*, Paris, Société anonyme du Recueil Sirey, 1925.
- PALLUEL, André, *Dictionnaire de l'Empereur*, Paris, Plon, 1969.
- PLANTEY, Alain, "L'esprit du Code", en *Bicentenaire du Code civil*, Discours prononcé lors de la séance solennelle du lundi 15 mars 2004 à l'Académie des sciences morales et politiques. Académie des sciences morales et politiques, Séances extraordinaires, Célébration du Bicentenaire du Code civil, 2004.
- SAVATIER, René, *L'art de faire les lois: Bonaparte et le Code civil*, Paris, Dallotz, 1927.
- THIBAudeau, Antoine-Claire, *Mémoires sur la Convention et le Directoire. Le Directoire*, Paris, Baudouin, 1824, vol. II.
- THIBAudeau, Antoine-Claire, *Mémoires sur le Consulat, 1799 à 1804, par un ancien conseiller d'État*, Paris, Ponthieu et Cie., 1827.
- THIERS, Adolphe, *Histoire du Consulat et de l'Empire faisant suite à l'Histoire de la Révolution française*, Paris, Paulin, 1845, vol. III.
- THIREAU, Jean-Louis, *Charles Du Moulin (1500-1566). Étude sur les sources, la méthode, les idées politiques et économiques d'un juriste de la Renaissance*, Ginebra, Droz, 1980.

- THIRY, Jean, *Jean-Jacques-Régis de Cambacérès, archichancelier de l'Empire*, Paris, Berger-Levrault, 1935.
- TULARD, Jean, "Code Cambacérès? Code Portalis? Code Napoléon?", en *Bicentenaire du Code civil*, Discours prononcé lors de la séance solennelle du lundi 15 mars 2004 à l'Académie des sciences morales et politiques. Académie des sciences morales et politiques, Séances extraordinaires, Célébration du Bicentenaire du Code civil, 2004.
- VANDAL, Albert, *L'avènement de Bonaparte*, 17^a ed., Paris, Plou-Nourrit, 1911, 2 vols.
- VARAUT, Jean-Marc, "Le quator des légistes", en *Bicentenaire du Code civil*, Discours prononcé lors de la séance solennelle du lundi 15 mars 2004 à l'Académie des sciences morales et politiques. Académie des sciences morales et politiques, Séances extraordinaires, Célébration du Bicentenaire du Code civil, 2004.
- VIALLES, Pierre, *L'archichancelier Cambacérès (1753-1824), d'après des documents inédits*, Paris, Perrin, 1908.
- VOLTAIRE, "Dialogue entre un plaideur et un avocat", en *Oeuvres*, Paris, Lefèvre, 1830, vol. XXXIX.

LEGISLACIÓN

- Charte constitutionnelle du 4 juin 1814. Disponible en: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/les-constitutions-de-la-france/les-constitutions-de-la-france.5080.html> Consultada el: 31 de julio de 2016.
- Charte constitutionnelle du 14 août 1830. Disponible en: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/les-constitutions-de-la-france/les-constitutions-de-la-france.5080.html> Consultada el: 31 de julio de 2016.
- Code civil des Français. Édition originale et seule officielle*, Paris, Imprimerie de la République, 1804.
- Code Napoléon, édition conforme aux changements adoptés par le corps législatif le III septembre 1807*, 2^a ed., Paris, Collin, 1807.
- Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements, et avis du Conseil d'État*, Paris, Imprimerie Nationale, 1827, vol. xx.
- Compte rendu des séances de l'Assemblée nationale législative, Exposés de motif et projets de lois présentés par le Gouvernement*, Paris, Panckoucke, 1851, vol. XIV.
- Constitution du 22 Frimaire An VIII. Disponible en: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/les-constitutions-de-la-france/les-constitutions-de-la-france.5080.html> Consultada el: 31 de julio de 2016.
- Coutume de Paris, Rédigée dans l'ordre naturel de disposition de ses articles. Nouvelle édition*, Pierre LE MAISTRE (ed.), Paris, Nully, 1741.

Loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Eglises et de l'Etat, version consolidée au 07 août 2016. Disponible en: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000508749> Consultada el: 07 de agosto de 2016.

Ordonnance n° 2004-164 du 20 février 2004 relative aux modalités et effets de la publication des lois et de certains actes administratifs. Disponible en: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT0000005765402> Consultada el: 31 de julio de 2016.

Rapport fait au nom de la Commission relative à la séparation des églises et de l'État et la dénonciation du Concordat, par Aristide Briand, N° 2302, Chambre des Députés, huitième législature, session de 1905. Disponible en: <http://www.assemblee-nationale.fr/12/evenements/1905/rapport1905-r.pdf> Consultada el: 07 de agosto de 2016.

Ensayos

Derecho Público Iberoamericano
Universidad del Desarrollo
N° 9 | 2016

MEDIO AMBIENTE Y BIEN COMÚN

*Mario Correa Bascuñán**

Resumen

Este ensayo analiza la relación entre medio ambiente y bien común a partir de la exploración conceptual de ambas categorías.

Palabras claves: medio ambiente - bien común - Constitución 1980

Entre los temas de mayor interés en la actualidad se encuentra la generalizada preocupación por el cuidado del medio ambiente y la necesidad de buscar el justo término medio entre los requerimientos de desarrollo productivo, por una parte, y de conservación del medio ambiente, por la otra.

La Constitución Política de la República de Chile, en su artículo 1°, inciso 4°, nos dice que

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

Posteriormente, en el artículo 19, expresa que

“La Constitución asegura a todas las personas: 8°: El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Es deber del Estado velar para que este derecho no se vea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza. La ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente”.

Por su parte, SS. el Papa Francisco ha promulgado la Carta Encíclica “Laudato si”, “sobre el cuidado de la casa común”, que se refiere al cui-

* Doctor en Derecho de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (España), Profesor Titular del Departamento Derecho Privado de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Correo electrónico: mcorrea23@uc.cl.

dado debido al medio ambiente, en que, como es lógico, hace numerosas referencias al bien común, como el fundamento de ese respeto hacia “la casa común”.

I. Sobre el concepto de bien común

El profesor don José Joaquín Ugarte, analizando la explicación que sobre el tema da Santo Tomás de Aquino en el artículo segundo de la Cuestión 90 de la Suma Teológica, señala que el bien común consiste en un cierto orden de la comunidad, que produce, gracias a la recíproca complementación de sus miembros, un bien para éstos, que son en definitiva los destinatarios del bien común, desde que la sociedad o comunidad sólo tiene un ser o entidad accidental, fundado en el accidente de relación.¹ Y ello, sobre la base de que el Estado es para los ciudadanos y no viceversa.

El magisterio de la Iglesia también ha ido dando conceptos de bien común:

Así, S.S. Pío XI, en “*Divinis illius magistri*”, señala:

“Toda actividad del Estado, política y económica, está sometida a la realización permanente del bien común; es decir, de aquellas condiciones externas que son necesarias al conjunto de los ciudadanos para el desarrollo de sus cualidades y de sus oficios, de su vida material, intelectual y religiosa”.

S.S. Pío XII, en su radio mensaje de Navidad de 1942 expresará:

“Un sano concepto del bien común abarca todo un conjunto de condiciones sociales que permitan a los ciudadanos el desarrollo expedito y pleno de su propia perfección”.

S.S. Juan XXIII, en su encíclica “*Mater et Magistra*” dirá:

“En la época actual se considera que el bien común consiste principalmente en la defensa de los deberes y derechos de la persona humana”.

El mismo Juan XXIII, en “*Pacem in terris*”, expresará:

“El bien común abarca el conjunto de aquellas condiciones de la vida social, con las cuales los hombres, las familias y las asociaciones pueden lograr con mayor plenitud y facilidad su propia perfección”.

¹ José Joaquín UGARTE GODOY, *Curso de Filosofía del Derecho*, p. 407.

El Papa Francisco en su encíclica “Laudato si” señala:

“La ecología integral es inseparable de la noción de bien común, un principio que cumple un rol central y unificador en la ética social. Es «el conjunto de condiciones de la vida social que hacen posible a las asociaciones y a cada uno de sus miembros el logro más pleno y más fácil de la propia perfección», definición que se encuentra en la Constitución Pastoral del Concilio Vaticano II: “Gaudium et spes”².

Además, esta Constitución señala como fines del bien común:

- a) El respeto a la persona en cuanto tal;
- b) El bien común exige el bienestar social y el desarrollo del grupo mismo; y
- c) El bien común implica la paz, la estabilidad y la seguridad de un orden justo.

Quien se preocupó de introducir el concepto de bien común en la Constitución Política del Estado de Chile fue el miembro de la Comisión Constituyente don Jaime Guzmán Errázuriz, como consta en el Acta Oficial de la Sesión 45^a, celebrada el jueves 13 de junio de 1974, en que expresa:

“En primer lugar, estima que la finalidad del Estado es una, y no puede ser más que una: promover el bien común. Esa es la finalidad única que tiene el Estado.- Ahora, el concepto de bien común tiene, por desgracia, interpretaciones distintas, que lo hacen contradictorio y que admite las más variadas aplicaciones prácticas, de acuerdo con los cambios históricos que se vayan presentando, sin que sea una concepción según la cual haya que mantener una legislación o forma de Gobierno rígida. Pero cuando se emplea la expresión “bien común” hay que decir qué se entiende por él. Hay palabras, agregó, que tienen un sentido unívoco en el lenguaje, en las que todo el mundo entiende lo mismo, pero hay otras en que la gente entiende cosas distintas. Entonces, si se usan sin precisarlas, resulta que no se está diciendo nada.- El concepto de bien común, entendido como el conjunto de condiciones sociales que permita a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad lograr su plena realización espiritual y material, define toda una concepción de la sociedad en muy pocas palabras y precisa en qué sentido se entiende el bien común: como fin del Estado”.

Agrega que en la idea de

“permitir a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad lograr su plena realización personal” está implícita la noción de que el Estado se debe a toda la comunidad nacional y no a una parte de ella, pero esto

² Concilio Ecueménico Vaticano II, Const. Past. Gaudium et Spes, 26.

expresado en términos más precisos a propósito del concepto del bien común. El bien común se orienta a la comunidad entera, pero al mismo tiempo no desconoce y deja a salvo el bien personal de cada uno de sus integrantes, lo cual en el concepto totalitario del bien común desaparece por entero. De manera que existiendo dos concepciones de bien común enteramente antagónicas bajo el mismo nombre, el bien común del colectivismo y el bien común del liberalismo, en una, desaparece por entero el bien de la persona como algo que hay que preservar y, en la otra, el bien común se entiende como la simple suma de los bienes individuales y no como la generación de un conjunto de condiciones sociales que va a requerir, por lo tanto, de la acción mancomunada de todos los integrantes de una comunidad. Existiendo, entonces, concepciones absolutamente diferentes, cree que hay que definir en qué sentido se está incorporando este concepto, porque tiene varios. Haciendo la salvedad de que esta concepción, como cualquiera de las otras, admite la más variada y cambiante aplicación histórica según las necesidades lo vayan exigiendo, expresa que lo que no admitiría es la suposición de que el bien común es una simple suma de bienes individuales que cada cual persigue con independencia del de los demás, y tampoco que se trata de un bien de la colectividad que va a excluir el respeto que hay que tener por el bien de cada una de las personas que la integran, como un ser que tiene una dimensión espiritual que hay que respetar, porque ella trasciende lo meramente histórico o temporal. - De manera que, en esta primera noción del concepto de bien común, cree que se excluye de ella precisamente lo que se quiere que quede fuera, cuando se dice que la misión del Estado es promover el bien común. Queda fuera, desde luego, la idea de que el Estado pudiera estar al servicio de una parte de la comunidad nacional”³.

Y agrega:

“Ahora bien, lo que procura el inciso siguiente es desentrañar conclusiones que se derivan de este concepto y que a la vez son requisitos para que se llegue a él; son derivados, porque el fin es uno: promover el bien común. Para promover el bien común es indispensable el respeto a los derechos fundamentales que arrancan de la naturaleza humana.- Le parece que el concepto de naturaleza humana es importante como orientador de cuáles son estos derechos que subyacen bajo los términos de libertad y dignidad”⁴.-

Manifiesta que

“teme que la precisión de que existen derechos inalienables que arrancan de la naturaleza humana es importante, porque también define toda una

³ Actas oficiales de la Comisión Constituyente, Sesión 45ª, Tomo II.

⁴ *Ibid.*

concepción del hombre que va más allá de todos los cambios históricos que puedan producirse. Va justamente a lo que no cambia, a que el ser humano tiene derechos inalienables que arrancan de su naturaleza humana y que estos derechos son inmutables⁵.

Continúa, señalando que

“La segunda derivación pretende refundir o recoger el concepto que se refiere a las sociedades intermedias. Señala, justamente, que “reconoce la existencia y ampara la formación y el desarrollo de las sociedades intermedias legítimas entre el hombre y el Estado, garantizándoles una adecuada autonomía”.- Con esta redacción ha querido, en primer lugar, distinguir, sin necesidad de recurrir a conceptos filosóficos, la realidad de dos tipos de sociedades intermedias. Las que son necesarias y naturales, en que el Estado sólo reconoce su existencia, como es el caso de la familia, y todas aquellas otras que la filosofía política llama voluntarias, pero que, en el fondo, son las que se van manifestando, dada la complejidad creciente de la sociedad, como necesarias u oportunas, para ser más preciso, en cada momento histórico.- En cuanto a la familia, el Estado, antes que ampararla o desarrollarla, debe reconocer su existencia como algo necesario y consubstancial a la naturaleza humana. En cambio, el Estado simplemente ampara la formación y el desarrollo de todas aquellas sociedades intermedias que la realidad compleja social va requiriendo. Referirse a “las sociedades intermedias legítimas”, le parece también una precisión útil, así como adicionar esa idea estableciendo la relación “entre el hombre y el Estado” a fin de que se entienda que se está refiriendo precisamente a las sociedades intermedias.- Respecto de esta segunda derivación se reconoce el concepto de lo que tradicionalmente se ha llamado el principio de subsidiariedad. Sin recurrir a este término, queda también su contenido incorporado a la Constitución, como clave de una sociedad libertaria y orgánica desde el punto de vista social y no de una sociedad atomizada por el Estado.- Finalmente, se hace una tercera derivación del bien común al decir que el Estado “favorece la participación individual y social en los diversos campos de la vida del país”, lo que sin duda nuestra época exige, situación que está contemplada en las demás indicaciones. Ha distinguido también la naturaleza de esta participación, como individual y social, porque cree que son dos manifestaciones distintas que debe contemplar y desarrollar el concepto de bien común. Son dos formas diferentes de participar. Se ha dicho muchas veces que el sufragio viene a ser como el mínimo de la participación individual.- La participación social viene a ser, precisamente, la de todas las sociedades intermedias cuya existencia o cuya formación se ha reconocido o amparado inmediatamente antes. Y para estos dos tipos de participación

⁵ *Ibid.*

se dejan abiertos los diversos campos de la vida del país que son muy amplios y pueden cambiar enormemente”⁶.

No cabe duda, entonces, que el concepto de bien común introducido en la Constitución por don Jaime Guzmán es el mismo que plantea Santo Tomás de Aquino y que precisa el Magisterio de la Iglesia.

II. Sobre la protección del Medio Ambiente en el texto constitucional

Quienes plantearon la necesidad de introducir en el texto constitucional la protección del medio ambiente fueron los profesores de Derecho Constitucional de la pontificia Universidad Católica de Chile don Sergio Díez Urzúa y don Enrique Evans de la Cuadra. Este último, en la 86ª Sesión de la Comisión Constituyente, solicitó se oficiara a CONICYT con el objeto de que informara cuál sería, en su concepto, una eventual o posible preceptiva constitucional sobre protección de los recursos naturales, humanos, ecológicos y de protección del medio ambiente, por cuanto creía que era indispensable contemplar una norma constitucional acerca de esta materia y para lo cual le parecía indispensable disponer del máximo de asesoría técnica⁷.

CONICYT respondió a esta solicitud, mediante oficio de 7 de mayo de 1975, del que se dio cuenta en la Sesión 120ª, de 13 de mayo de 1975, señalando en lo fundamental lo siguiente:

“Sobre el particular, puedo informar a US. que, de acuerdo con el avance del estudio iniciado en esta Comisión para tal efecto, ha habido consenso en que el nuevo texto constitucional debería fundarse en los siguientes conceptos básicos:

a) Que la soberanía nacional no sólo se ejerce cuando se cautela el ámbito territorial o patrimonio geográfico, sino también al proteger el medio ambiente y los recursos naturales.

b) Que el medio ambiente y los recursos naturales son patrimonio de todos los habitantes actuales y futuros de la nación.

c) Que el Estado aparece como la única organización revestida de autoridad y poder suficientes para cautelar la preservación y enriquecimiento de ese patrimonio. De ahí que deba asumir como función propia

⁶ *Ibid.*

⁷ Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, Sesión 86ª, celebrada en martes 12 de noviembre de 1974, Tomo III.

la protección del medio ambiente y los recursos naturales, lo cual puede alcanzarse mediante la consagración de dicha función en su Carta Fundamental, y mediante la dictación de normas jurídicas que den origen a mecanismos de preservación y a la educación ciudadana.

d) Que el hecho de que el medio ambiente y los recursos naturales constituyan un patrimonio común, del cual reportan beneficio todas las personas naturales, o jurídicas, es el fundamento de obligaciones correlativas.

Estas obligaciones involucran colaborar con el Estado en la conservación del patrimonio común, soportar cargas tales como ciertas restricciones a las garantías individuales, y responder por los daños que se causen, restableciendo las cosas a su estado anterior e indemnizando a la comunidad el valor del perjuicio social que se ocasione por el uso, agotamiento o deterioro.

e) Que el Estado, por su parte, debe prevenir la ocurrencia de actos que menoscaben el medio ambiente y los recursos naturales, creando una conciencia nacional de responsabilidad hacia dicho patrimonio común, mediante programas educativos apropiados.

f) Que debe asegurarse la existencia de organismos técnicos dotados de nivel, imperio, independencia y autonomía suficientes para adoptar decisiones sobre los problemas relacionados con la protección del medio ambiente y los recursos naturales y abrirse a la acción pública la iniciativa para impetrar dicha protección”⁸.

Se encomendó al propio miembro de la Comisión don Enrique Evans que preparara un precepto constitucional sobre la materia, lo que hizo mediante una indicación presentada a la Comisión en la Sesión 186^a, celebrada el 9 de marzo de 1976, cuyo texto fue el siguiente:

“La Constitución asegura el derecho a vivir en un medio ambiente libre de toda contaminación. Corresponde al Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de los recursos naturales.

La ley podrá establecer determinadas restricciones al ejercicio de algunos derechos o libertades para proteger el medio ambiente.

La integridad del patrimonio territorial de Chile comprende la de su patrimonio ambiental”.

Don Enrique Evans dio a conocer un documento de CONICYT titulado “Ideas básicas sobre protección constitucional y legal del medio ambiente y los recursos naturales”, que constituye el informe final de CONICYT sobre la materia, el que, además, contenía la siguiente proposición de texto:

⁸ Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, Sesión 120^a, celebrada el martes 1 de mayo de 1974, Tomo v.

“La Constitución reconoce y asegura a todos los habitantes de la República: “El derecho a desenvolver su existencia en un medio ambiente libre de toda contaminación; que los recursos naturales sean preservados de forma que eviten su pronto agotamiento. El Estado deberá velar porque este derecho no sea menoscabado en cualquier forma que impida ser gozado en plenitud por las generaciones presentes o futuras del país.

Todo habitante de la República deberá abstenerse de cualquier acción que represente o pueda representar un atentado o amenaza a este derecho, y no podrá excusarse de someterse a las restricciones que en el ejercicio de sus derechos le sean impuestas con miras a preservar el medio ambiente nacional.

La integridad del patrimonio territorial del Estado comprende la integridad de su patrimonio ambiental.”.

Además, don Enrique Evans le solicitó al profesor de la misma casa de estudios superiores don José Luis Cea Egaña un anteproyecto sobre la materia⁹.

La sesión referida se dedicó íntegramente a la discusión de la proposición de don Enrique Evans, dando origen a un interesantísimo debate, que concluyó con la redacción del texto definitivo de la garantía del artículo 19 N° 8° de la Constitución Política.

Cabe destacar en ella la acotación de don Alejandro Silva Bascuñán, en cuanto a que lo esencial del precepto en debate se relacionaba con una aplicación de la idea de bien común contenida en el capítulo de las normas generales. Dentro de esa idea, si el bien común consiste en proporcionar a todos los habitantes –personas naturales o morales– las condiciones necesarias para su integral desarrollo humano, es un aspecto integrante, básico y genérico del mismo aquello de que el Estado deba asegurar a los habitantes, precisamente, un ambiente libre de toda contaminación, velar porque ese derecho no sea afectado y tutelar la preservación de los recursos naturales. De manera que esa disposición debe estar en el capítulo de las normas generales, precisamente porque expresa el ideal básico de la Constitución, que debe subrayar, dentro de la idea general de bien común y dados los tiempos históricos que se viven, ese aspecto tan importante, como integrante nuevo, bastante configurado, propio y necesario, del bien común.

También es interesante destacar una observación de don Jaime Guzmán en el sentido de que, a su juicio, ningún derecho es absoluto en el sentido de ser ilimitado, por cuanto es evidente que, de alguna manera, todos ellos están subordinados al bien común, y pueden ser limitados

⁹ Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, Sesión 186ª, celebrada el martes 9 de marzo de 1976, Tomo VI.

en ese entendido. Obviamente, a pretexto del bien común, jamás puede incurrirse en el quebrantamiento de un principio moral. En consecuencia, existen derechos que quedan amparados e impedidos de ser vulnerados, en cualquiera circunstancia, por haber un principio moral de por medio que los protege, el cual, en el caso de ser quebrantado, es evidente que no podría propenderse al bien común. Pero hay casos en que un derecho fundamental puede verse afectado, por distintas circunstancias, de carácter general a veces, sin que se quebrante un principio moral, y en otras, en razón del bien común.

III. Sobre el concepto de ecología

El concepto de “ecología” constituye uno de los más analizados en nuestros tiempos y cada día aumenta la importancia relativa del mismo, al punto que de la comprensión que del mismo se tenga, dependerá en gran medida el sentido de la vida y el desarrollo en el futuro próximo. Esta trascendencia del concepto referido es lo que obliga a su estudio y a la determinación de sus alcances.

Nuestra comprensión tanto de la naturaleza como de la magnitud de los impactos ambientales de las actividades humanas se ha incrementado impresionantemente durante unas pocas décadas, aun cuando todavía permanecen importantes áreas de incertidumbre. Antes de los años 70, se pensó que los daños al medio ambiente eran principalmente locales y regionales, y se creyó también que eran manejables. Con la contaminación urbana del aire y la precipitación ácida, las fronteras que delineaban las zonas afectadas por dichos riesgos se expandieron y la confianza en nuestra capacidad para controlar y remediar sus impactos disminuyó consecuentemente. Con el accidente de Chernobyl y el descubrimiento de la disminución del ozono estratosférico se comprendió pública y políticamente que la humanidad, con sus actividades, constituye una amenaza irreversible que no respeta fronteras. De todos los desafíos que nos enfrentan hoy, el “calentamiento global”, el “efecto invernadero”, es el que ilustra más claramente la imposibilidad de separar los asuntos de desarrollo y del medio ambiente.

Aproximadamente la mitad de todas las emisiones de gases invernadero se origina en el uso de combustibles fósiles, ya que la humanidad quema cada año tantos fósiles como los que la naturaleza tardó un millón de años en producir, especialmente los países industrializados que han logrado un crecimiento económico con poca conciencia de los problemas ambientales resultantes. Las actividades del 25% de la población mundial

son responsables por el 75% de las emisiones mundiales, mientras que el 75% del resto de la población mundial es responsable por sólo el 25% de las emisiones.

El resultado neto del empleo desenfrenado de los recursos naturales del género humano ha sido un mal uso, un exceso de uso y una degradación del medio ambiente, con pérdidas generales para la humanidad, ejemplificado por fenómenos que se han producido en gran escala, tal como la desertificación, deforestación, la disminución de la capa de ozono sobre la Antártica y la extinción de especies de plantas y animales que hoy se comparan con la catástrofe natural que condenó a muerte a los dinosaurios hace 70 millones de años.

Abordar cualquiera de estos problemas requiere la formulación de nuevos conceptos sobre la calidad de vida, el crecimiento económico y desarrollo social dentro del marco de la sustentabilidad.

En efecto, detrás de la fría luz de las estadísticas y de los números, los problemas ambientales revelan un inmenso problema ético.

Sesenta por ciento de la población mundial habita en áreas remotas donde la energía de los recursos estándares difícilmente llega. Estas poblaciones están destinadas a aumentar con el transcurso del tiempo: ¿cuál es su alternativa si los países desarrollados no van en su ayuda?. Estarán obligadas a usar la única alternativa a su disposición, la biomasa, lo cual significa quemar los bosques primarios, o sea, el mayor depósito de formas de vida en la tierra (se estima que el número de especies fluctúe entre 5 y 20 millones). El biólogo E. O. Wilson ha comentado tristemente que quemar los bosques primarios es como quemar las obras maestras del renacimiento para calentar una cena. El buen cuidado con que preservamos los logros humanos de tres mil años como las pirámides, debería estar acompañado por un cuidado similar para los tesoros naturales como las selvas tropicales de millones de años, la última página no escrita del Génesis. Si no se actúa así, el resultado será la destrucción del único patrimonio que nos queda, con el fenómeno resultante del calentamiento global que nos afectará a todos, a pobres y ricos por igual. Es interés del mundo entero tratar de que esto no acontezca: es un deber moral de aquellos que poseen la tecnología ofrecer alternativas, impulsar sus investigaciones en esa dirección, para el beneficio de todos. Es un problema de ética, no de economía.

Es también posible que no tengamos la preparación necesaria en varios frentes: biológico, filosófico, económico e histórico para enfrentar lo que es un agudo desequilibrio entre el progreso tecnológico y el primitivismo moral e individualismo desquiciado.

La Biología nos ha programado para que reaccionemos con firmeza ante los problemas corrientes, pero no para enfrentar escenarios futuros,

una predilección biológica para las ganancias corto plazo. Este punto de vista es compartido por eminentes biólogos, quienes enfatizan que la selección darwiniana promueve lo que tiene uso inmediato, aunque la ganancia pueda resultar fatal a largo plazo.

Las economías neoclásicas, de libre mercado “externalizan” los costos en que se ha incurrido con la merma de recursos, la contaminación y la degradación ecológica. En términos más simples, estamos pasando los costos a las futuras generaciones. Una clara falta de ética. Los resultados de esta “fantasía” es que un incremento en la economía es clasificado como “rendimiento”, cuando en realidad puede ser un despilfarro del capital.

Es cierto que esta no es la forma de terminar el siglo que empezamos orgullosamente con el descubrimiento de la estructura del átomo. Aprendimos a controlar la fisión de los núcleos, descubrimos la expansión de nuestro universo y la estructura helicoidal de la materia viva. Estamos en condiciones de predecir el destino del universo, pero no parecemos capaces de manejar nuestro propio planeta.

Los años sesenta fueron testigos del primer viaje de la humanidad fuera de nuestro planeta; y el sentimiento emocionalmente compartido que acompañó el primer paso en la luna continúa siendo una representación clara de lo que puede ser la cohesión humana. Estos impresionantes triunfos de la mente humana constituyen una noble respuesta a los principios éticos cristianos, que invitaron a los seres humanos a apreciar la belleza del mundo y los desafiaron a comprender su estructura y su funcionamiento. Pero, para sorpresa del mundo entero, la última década nos ha aportado un descubrimiento grave y triste; estamos alterando el clima de la tierra.

La naturaleza ya no parece ser más autónoma e independiente: el género humano está empezando a interferir y alterar la probabilidad de ocurrencia de fenómenos naturales en escala mundial. La alteración es inquietante porque acontece a distancia: las actividades de un país, en cualquier parte del planeta, pueden afectar a gente de otro país al otro lado del mundo, de los cuales se encuentran separados no sólo por distancias físicas sino que por su historia, educación, religión y desarrollo social. ¿Es ésta la manera de terminar un siglo de experimentos científicos de enormes éxitos, conduciendo un experimento globalmente perverso? Si es así, ¿quién nos salvará de nosotros mismos?

Como nos hacen notar los biólogos, aunque no podamos ver la luz ultravioleta como las abejas, ni podamos ver a grandes distancias como las águilas, nuestra estrategia de supervivencia ha sido el desarrollo de un cerebro capaz de pensamientos complejos que se han cristalizado en el edificio de la ciencia que, por sobre todo lo demás, nos ha enseñado que los sistemas físicos y biológicos son finitos.

Tenemos que darnos cuenta de que el “problema energético” no es tanto la escasez de energía como el uso desmedido de ella, ya que el crecimiento de la población de los miembros más pobres de nuestra sociedad los impulsa hacia una desesperada sobreexplotación de lo único que disponen, los recursos naturales.

Esta es, pues, la relevante tarea a que nos vemos enfrentados; y hemos querido abordarla desde una perspectiva bien específica, que es la del bien común, porque entendemos que ahí se encuentra la justa medida de moralidad en la relación entre el hombre y la naturaleza.

Cuando se realiza este tipo de análisis, siempre es bueno definir los conceptos que han de servir de marco de referencia para el estudio. En el caso de la presente conferencia, esos conceptos básicos son, precisamente, “ecología” y “bien común”

El diccionario de la Real Academia Española nos define “ecología” como la ciencia que estudia las relaciones existentes entre los seres vivos y el medio ambiente en que viven; y en una segunda acepción, como la parte de la sociología que estudia la relación entre los grupos humanos y su ambiente, tanto físico como social.

En cuanto a “bien común”, ya nos hemos referido precedentemente.

Se trata, entonces de conceptos muy amplios, que requieren un mayor análisis, para lograr establecer un adecuado marco de referencia, a fin de determinar la relación entre ambos.

Ahora bien, las perspectivas desde las cuales se puede hacer este análisis son múltiples, como se puede comprobar en la abundante literatura existente sobre la materia; pero parece absolutamente fundamental atender al contenido del concepto para determinar su significado; y no sólo a los aspectos formales.

El hombre, desde sus orígenes, ha observado la realidad, con el objeto de entenderla y explicarla; y, en la medida que logra su conocimiento, se siente naturalmente impelido a saber cada vez más acerca del mundo que lo rodea, con el objeto de conocer la verdad.

Podemos concluir, entonces, que el objeto del conocimiento humano es la verdad, lo cual lo lleva a razonar para conocer las causas profundas de las cosas. En estas perspectivas, es la filosofía la que permite al hombre llegar a tener clara conciencia acerca de sí mismo, de la realidad que lo rodea y del valor de los seres que conforman su entorno. Este conocimiento, a su vez, le permite establecer sus normas de vida y las pautas de su conducta.

Desde este punto de vista, el razonamiento que se efectúa acerca de la ecología no es ni puede ser neutro, sin perjuicio de que el concepto que cada uno sustenta sobre esta ciencia y el conjunto de los problemas que existen a su respecto van a depender de la concepción filosófica que

tenga cada persona, lo cual es absolutamente legítimo, desde el momento que los hombres tenemos libertad de conciencia.

Resulta, entonces, fundamental establecer y conocer cuáles son los fundamentos filosóficos que sustentan la posición de cada cual respecto de la ecología, para poder definir cuál es la comprensión que cada uno tiene de la realidad y, de consiguiente, qué valoración hace de los seres y las cosas que la conforman.

Esta es la única forma de establecer el verdadero sentido que para las personas tiene el concepto de “ecología”, lo cual es determinante para cualquier elucubración académica.

Como es sabido, el objeto de la filosofía es encontrar las causas primeras de todas las cosas por sus causas más profundas, lo cual nos lleva a enfrentar el dilema de la dinamicidad del ser y, al respecto, nos obliga a optar por dos visiones históricas fundamentales:

La primera es aquella que nos dice que el ser creador no es libre, por lo que su creación no es más que el resultado ineludible de su naturaleza, de manera que existe entre él y lo creado un vínculo de necesidad absoluta.

La segunda, parte de la base de aceptar la existencia de un ser infinito que tiene plena libertad de crear o no seres finitos. En esta concepción, el Creador es independiente, anterior y superior a los seres creados; y no se ve afectado por los seres finitos que crea.

Estas definiciones son fundamentales, por cuanto en la primera hipótesis, dado su determinismo, no opera la condición de la libertad; en cambio en la segunda, por una parte está presente la realidad creadora y, por la otra, la creación, que se comporta libremente.

Cuando se trata de establecer la posición de una persona frente a la naturaleza, no es indiferente adoptar una u otra concepción, puesto que de eso dependerá la definición que se haga de la naturaleza y finalidad del hombre; de su posición ante el medio ambiente que lo rodea; y de la relación entre naturaleza y libertad.

Aun más, si el proceso cognoscitivo nos plantea la problemática del ser en referencia, ésta nos expone a la esencial problemática de los valores.

En efecto, habitualmente se califica la realidad como valiosa; pero no a todas las cosas se asigna el mismo valor, lo cual nos obliga a definir la norma que rige el orden y jerarquía de los valores, puesto que resulta imprescindible para comprender la normativa que domina la realidad y regula el juicio que sobre ella deba emitirse.

En estas circunstancias, se hace necesario definir los criterios que deben regir la calificación de los valores, para lo cual estimamos que son parámetros adecuados: el estudio del ser humano; la observación del

mundo material en que el hombre está inserto; el estudio de la sociedad; y el desenvolvimiento espiritual.

Esos criterios nos permitirán establecer el valor del ser humano en lo corpóreo y en lo espiritual; y demostrar que el hombre no es indiferente a realidades materiales inferiores, pues aprecia su valor y entiende que poseen utilidad. Además, nos evidenciará que el hombre es naturalmente sociable, lo cual es fundamental para su desarrollo y perfeccionamiento. También, nos permitirá reconocer el valor de la sociedad, así como el valor social de cada uno de sus componentes, lo cual lleva a constatar que existen bienes particulares y un bien común, que no son contradictorios ni excluyentes, sino complementarios. Y, finalmente, nos permite comprender que el hombre aplica sus facultades cognoscitivas no sólo al estricto conocimiento de la realidad, sino también a la valoración de lo ético y de lo estético.

Lo expuesto nos lleva a analizar, en definitiva, la relación central del hombre con la ética, que es la parte de la filosofía que estudia el acto humano, es decir, el proceso en que la persona ejercita lo que es propio de su naturaleza: razón, voluntad, inteligencia y libertad.

En consecuencia, la perspectiva básica para estudiar el acto humano es la de la moralidad. Siendo la moralidad el objeto formal de la ética, ella es la cualidad distintiva del acto humano. La moralidad dice relación directa con la naturaleza humana. Entonces, la calificación de bondad o maldad de un acto dependerá precisamente de su conformidad con la propia naturaleza humana, con la conveniencia de la misma. En síntesis, el grado de conformidad del acto humano respecto de la naturaleza humana será en definitiva el criterio fundamental para discernir la bondad o maldad de un determinado acto humano.

Y esta calificación resulta vital, ya que toda acción tiene sentido en cuanto posee un objeto. De este modo, el acto humano ético tiene sentido en la medida que tiene presente la finalidad del mismo.

Por principio, la finalidad del acto humano es el bien. El acto humano tiende al bien, pues es lo que conviene a la naturaleza humana. Es de esta forma que se entiende que el fin y el bien deben corresponder. El acto humano será moralmente bueno cuando el fin y el bien correspondan. Como la naturaleza humana es la misma en cada ser humano, el fin correspondiente también es el mismo para todos: la búsqueda de la perfección, que hace al individuo más y mejor persona.

Ahora bien, sólo se puede querer lo que se conoce y, para querer el bien, se lo debe conocer. Una vez conocido, el hombre tiende naturalmente hacia él, aunque tiene la libertad para elegir otro camino. Lo natural es que opte por el bien; pero en este último caso nos encontraríamos frente

a un problema de inteligencia, porque de otra manera no se entiende que alguien, conscientemente elija lo que no conviene a su bien.

Pero el acto humano no termina en la sola especulación sobre el bien y el mal, sino que implica la realización concreta del bien. En este sentido, la acción humana debe tener siempre al bien como referente fundamental. De esta tendencia natural al bien, emergen los preceptos éticos universales, que se pueden enunciar en la máxima de: hacer el bien y evitar el mal, lo cual constituye un desafío para cada una de las personas.

Hemos señalado que el discurso ecológico no es neutro; y que por su naturaleza importa un contenido y significado fundamental, que depende de la filosofía fundante de cada uno de estos modos de entender la ecología y los parámetros axiológicos que definen esa determinada concepción de la realidad. Esta concepción filosófica de la realidad nos enseña qué valor y sentido se les asignan a los seres y a las cosas que la forman. De esta manera, cada palabra utilizada o concepto desarrollado tendrá un significado distinto, dependiendo de la cosmovisión de quien los utiliza.

Así, pues, el discurso que se formule sobre la ecología, evidenciará por sí mismo la base valórica y moral en que se fundamenta, lo cual es trascendental para la expresión concreta de una ecología real, pues el valor asignado a las cosas es lo que define la conducta que hemos de mantener a su respecto.

Desde luego, el reconocimiento que hacemos de la naturaleza humana nos define las dimensiones que advertimos como esenciales en el hombre –cuerpo y espíritu– y, por tanto, el valor y sentido que se le asigna a la misma existencia humana y su relación con el entorno natural en que ésta se verifica.

Esta afirmación es fundamental, porque el conocimiento racional que significa el pensamiento filosófico es el que define la relación con la metafísica y la teología; y la concepción metafísica y teológica informa el razonamiento filosófico y define la praxis en materia ecológica. En definitiva, los diversos discursos ecológicos vigentes evidencian su propia base metafísica y teológica.

En otras palabras, la profunda confrontación entre las formas de encarar la problemática ecológica actual encuentra su origen, no en apreciaciones técnicas, sino en cuestiones de principio acerca de cómo entendemos la vida y el mundo, su génesis, existencia y destino.

En términos doctrinarios, podemos afirmar que, en materia de ecología, se confrontan los criterios que emanan de una concepción de Dios en la línea de la civilización cristiana occidental, por una parte, con los propios de una divinidad cósmica universal, muy diversa a la anterior, en la cual el hombre no se distingue ontológica ni axiológicamente de los

demás seres existentes. De hecho, esta cosmovisión sirve de base al más radical igualitarismo de la historia, contrario al principio de “diversidad”, que esa misma ideología dice representar.

En definitiva, la consideración del fundamento filosófico de toda propuesta ecológica es vital, ya que nos permite interpretar correctamente su verdadero sentido y su verdadera finalidad. Sobre esta base, tendremos perfecta conciencia de las posiciones de cada persona en esta materia.

Partiendo del supuesto de que todos aceptamos el criterio de moralidad precedentemente expuesto, podemos sostener que, como en toda conducta humana, la acción del hombre en el campo de la naturaleza también está regida por el mismo principio de moralidad. Es decir, que la acción ecológica debe regirse por un criterio de moralidad.

Se ha afirmado que la calificación de bondad o maldad de un acto humano depende del grado de su conformidad con la propia naturaleza humana. En esta perspectiva, el acto humano de intervención en la naturaleza es absolutamente legítimo, ya que la misma existencia humana depende de este hecho fundamental. La actuación del hombre sobre la naturaleza es plenamente válida y necesaria, pues es lo requerido y conveniente a su naturaleza.

Así, pues, la postulación de una radical no intervención humana sobre ella es simplemente un error, una afirmación contraria a la misma razón y naturaleza humana; y revela un problema en la inteligencia de quienes proclaman dicha idea, pues semejante conducta importa un apartamiento deliberado del bien, de aquello que más conviene a la naturaleza del hombre. En esta misma perspectiva, tales reclamaciones son inmorales en sí mismas, ya que promueven una conducta que afecta al bien del hombre.

Del mismo modo, la postulación de una irrestricta intervención humana sobre la naturaleza es un error, pues también es una afirmación contraria a la misma razón y naturaleza humana, revelando el mismo problema de inteligencia y la misma inmoralidad que la propuesta contraria, pues también importa un alejamiento deliberado del bien, de aquello que más conviene a la naturaleza humana, ya que promueve una conducta que afecta al bien del hombre.

En definitiva, la problemática de la intervención del hombre sobre la naturaleza, como acto humano que es, está reglada por el criterio de moralidad objetiva; y, en consecuencia, debe corresponder a la conformidad y conveniencia de la misma naturaleza humana.

Hemos señalado precedentemente que, por principio, la finalidad del acto humano es el bien, pues es lo que mejor conviene a la naturaleza del hombre. De ahí que correspondan el fin y el bien del hombre. Entonces, la finalidad última de la intervención del hombre sobre la naturaleza también es el bien, pues es lo que conviene a su naturaleza.

La intervención humana sobre la naturaleza que afecte el bien del hombre es contraria a la razón y, por ende, una conducta que contraviene esencialmente la norma moral.

La clave de una verdadera ecología se encuentra, pues en el criterio de moralidad.

En consecuencia, la máxima especulativa de “hacer el bien y evitar el mal” no es una reflexión idealista. La razón, como la misma naturaleza humana, permite al hombre no errar a su respecto, cuando interviene en la naturaleza. Así ocurrirá, precisamente, cuando la inteligencia se constituya en un elemento distintivo de su praxis. Será la virtud de la prudencia el factor decisivo que permite al hombre la normalidad en su actuar y, en lo que a ecología respecta, relacionarse armónicamente con el orden natural.

La comprensión que la doctrina hace de la persona humana es, pues, fundamental. En el contexto de la concepción filosófica cristiana occidental, el ser humano es una unidad substancial de cuerpo y espíritu, co-principios equivalentes, que se pueden distinguir; pero que son inseparables, y que deben ser tratados con igual importancia y urgencia.

Pero esa unidad substancial no es una realidad completa, sino imperfecta, por lo que requiere de accidentes perfectivos, que vayan desarrollando integralmente la unidad substancial.

Es evidente, entonces, que esa unidad substancial manifiesta necesidades materiales y espirituales que deben ser satisfechas y, en la satisfacción de esas necesidades, se juega precisamente la moralidad del acto humano. Toda persona tiene, pues, el derecho y la obligación de satisfacer las mencionadas necesidades, para lo cual tiene, por una parte, el derecho de intervenir la naturaleza y, por otra, la correspondiente obligación de hacerlo de buen modo, pues toda intervención indebida, no proporcionada a la satisfacción racional de las necesidades materiales, es contraria al mismo bien del hombre y, por tanto, admite la calificación de inmoral.

Esta consideración axiológica y relacional es el centro de la problemática ecológica: satisfacer las necesidades del hombre de modo proporcional, esto es, racional. La proporcionalidad indica la racionalidad; y ambos criterios sustentan la moralidad del acto humano de intervención de la naturaleza.

Ahora bien, esta exigencia de proporcionalidad y racionalidad no queda reducida al hombre, como individuo aislado, sino que, por analogía, se concibe como aplicada a la sociedad en cuanto todo potestativo moral.

El hombre nace en sociedad, que es fruto de la natural sociabilidad humana; y el sentido de la misma sociedad radica en que es el medio natural para la perfección humana. De hecho, la perfección personal

depende en gran medida de lo que aquella pueda entregar. El hombre vive en sociedad porque requiere de los demás para vivir y desarrollarse.

Desde un punto de vista entitativo, primero es la persona individual; pero eso no significa que la primacía de la persona sea absoluta, por cuanto la sociedad es un todo potestativo moral, constituido por la operación de las partes en orden al fin común que es el bien común.

Por bien común entendemos, como ya lo hemos expresado, el conjunto de condiciones sociales que permite a cada persona que vive en sociedad, alcanzar el pleno desarrollo de sus potencialidades en orden al fin trascendente que le es propio.

Será así la sociedad quien proporcione a cada persona los elementos del bien común. Este razonamiento es el que relaciona de modo directo e inmediato, en forma complementaria y armónica, el bien de la persona y el de la sociedad. La sociedad es siempre un todo, del cual la persona es parte; y el bien del todo siempre prevalece sobre el bien de sus partes.

De lo anterior se infiere que la intervención que las personas hagan sobre la naturaleza está subordinada al bien del todo, esto es, al bien de la sociedad, que de hecho es el mejor bien para las partes.

La razón de ser de la sociedad es el bien real del hombre; y ese bien es el fin en orden al cual la sociedad se constituye naturalmente.

Así, el bien común del todo social es mayor que el de cada una de sus partes integrantes; y mayor que cualquier bien particular de la misma entidad. A este último le corresponde subordinarse al bien común, pues sólo así posee la condición plena de bien.

Desde este punto de vista, la intervención de la naturaleza por parte del hombre está sujeta al criterio de racionalidad, esto es, de proporcionalidad del bien particular; pero en subordinación al bien común general de la sociedad, que es el mejor bien para las mismas partes.

Corresponde, pues, a quien ejerce la autoridad social velar por ese criterio de racionalidad, de proporcionalidad y de equilibrio entre bien particular y bien común general.

Desde este punto de vista, la autoridad debe tener un papel activo para asegurar este criterio de complementación entre bien particular y bien común. Precisamente la legitimidad de la autoridad radica en que permanentemente procure una relación armónica entre la necesidad de los particulares y las necesidades de la sociedad como un todo integral. Es responsabilidad de la autoridad asegurar la subordinación racional de la necesidad y bien de las partes a las necesidades y bien común de la sociedad. En la medida que la autoridad deje de velar por esta justa relación, incurre en causa de ilegitimidad de ejercicio, ya sea por acción o por omisión.

Con todo, el campo de la intervención humana de la naturaleza está sujeto por el criterio de la autonomía de los cuerpos intermedios, es decir, por la relación sistemática y complementaria entre el principio de subsidiariedad y el principio de totalidad.

De esta manera, la intervención humana sobre la naturaleza está sometida al principio del bien común general.

Ahora bien, tratando de precisar cuáles son los elementos que operan como claves del bien común y que deben ser considerados en el proceso de intervención humana sobre la naturaleza, podemos resumirlos en los siguientes:

- El respeto al Derecho Natural, porque no es posible realizar el bien común contraviniendo o violando los principales principios del derecho natural, porque el hombre tiene una supremacía ontológica que no puede ser negada y cuya realización no puede ser impedida.
- El respeto al derecho positivo, que debe ser siempre congruente con el bien común, porque si el derecho positivo transgrede el derecho natural, es prácticamente imposible obtener el bien común. Por eso es que tanto el derecho natural como el derecho positivo obligan por igual a todos.

Es importante en esta perspectiva que los órganos del Estado deben sujetarse al marco de sus atribuciones, siguiendo el principio clásico según el cual en el Derecho Público sólo está permitido realizar aquello que está expresamente autorizado.

Todo alejamiento o quebrantamiento por parte de la autoridad del mismo derecho positivo, trae como consecuencia las figuras de exceso o abuso de poder, vacío de poder, desviación de poder o fraude a la ley. Estos criterios deben ser considerados por la autoridad al dictar las normas que rigen la actividad de intervención del hombre sobre la naturaleza.

- Paz social, que es indispensable para una convivencia civilizada. El proceso de intervención del hombre sobre la naturaleza no puede convertirse en una fuente de conflictos que amenacen la paz social.
- Unidad e integración nacional. Debe existir un consenso social mínimo respecto de las ideas y objetivos sociales en el campo de la operación humana sobre la naturaleza.
- Razonable grado de progreso material y espiritual.
- Aceptación básica o suficiente de la comunidad hacia quien ejerce la autoridad, incluso en el campo de la intervención humana sobre la naturaleza.

Estos elementos del bien común se convierten, por tanto, en parámetros fundamentales de las definiciones de la autoridad, la sociedad y los particulares, con relación al proceso de intervención humana sobre la naturaleza.

Como antes lo hemos expresado, la ecología es una actividad orientada –por la concepción filosófica del agente– y orientadora, razón por la cual la experiencia adquirida con el quehacer del ecologismo nos evidencia de riesgos significativos, que no podemos dejar de advertir.

En efecto, el primero de ellos es la ideologización del discurso ecológico.

La ecología no ha sido aún desarrollada como categoría científica propiamente tal, sino que se ha demostrado susceptible de manipulación ideológica.

En esta perspectiva, la advertencia de la inadecuada conducta humana respecto del cuidado de la naturaleza, ha sido utilizada como medio para insertar y desarrollar categorías ideológicas específicas, más que como instancia de corrección y superación objetiva de las mismas.

Es posible advertir que las categorías discursivas del ecologismo se han proyectado, no a la gran política, que es lo propio de la sociedad política, sino que son reducidas a consignas partidarias de alcance meramente electoral.

El segundo factor de riesgo consiste precisamente en una variante de lo recién expuesto, que consiste en absolutizar el criterio científico de la ecología y elevar la ciencia a la categoría de ideología en sí misma, lo cual es una tentación sumamente grave, porque a partir de esa premisa, la ecología pierde su carácter de medio para el perfeccionamiento del hombre, para pasar a considerarse un fin en sí mismo.

Por último, un tercer factor de riesgo es no advertir que el ecologismo, como discurso y acción organizada, en sí constituye una categoría de poder.

La ecología importa un saber concreto, que vincula todas las formas de existencia en el orden natural, el cual representa un poder, que consiste en el establecimiento de las categorías y criterios que establecen la validez y la legitimidad del proceso de intervención humana sobre la naturaleza, con el riesgo evidente de manipulación de ese saber; y de control y dirección de los procesos que dependen de él.

Sin ir más lejos, el ecologismo importa un poder político en sí mismo, porque se revela como factor de organización social.

Quien detente la hegemonía del discurso ecológico tiene una poderosa herramienta de intervención social y política. A través de las categorías del ecologismo se establecen parámetros axiológicos que dirigen el proceso social y político.

El discurso ideológico se ha convertido en los hechos en un factor de estructuración y deestructuración social y, por tanto, en una decisiva instancia de poder político.

IV. Sobre el llamado de *Laudato Si*.

El Papa Francisco nos ha dado su Carta Encíclica *Laudato Si*, en la que denuncia el materialismo y el individualismo consumista que aquejan a la humanidad y que constituyen un peligro para el cuidado de la naturaleza.

Pero no sólo hace esa denuncia, sino que nos llama al amor civil y político, para llevar a la práctica “el cuidado de la casa común”.

Cabe resaltar lo que expresa en el capítulo, precisamente, sobre “Amor Civil y Político”:

228. El cuidado de la naturaleza es parte de un estilo de vida que implica capacidad de convivencia y de comunión. Jesús nos recordó que tenemos a Dios como nuestro Padre común y que eso nos hace hermanos. El amor fraterno sólo puede ser gratuito, nunca puede ser un pago por lo que otro realice ni un anticipo por lo que esperamos que haga. Por eso es posible amar a los enemigos. Esta misma gratuidad nos lleva a amar y aceptar el viento, el sol o las nubes, aunque no se sometan a nuestro control. Por eso podemos hablar de una fraternidad universal.

229. Hace falta volver a sentir que nos necesitamos unos a otros, que tenemos una responsabilidad por los demás y por el mundo, que vale la pena ser buenos y honestos. Ya hemos tenido mucho tiempo de degradación moral, burlándonos de la ética, de la bondad, de la fe, de la honestidad, y llegó la hora de advertir que esa alegre superficialidad nos ha servido de poco. Esa destrucción de todo fundamento de la vida social termina enfrentándonos unos con otros para preservar los propios intereses, provoca el surgimiento de nuevas formas de violencia y crueldad e impide el desarrollo de una verdadera cultura del cuidado del ambiente.¹⁰

También debe consignarse, a modo de conclusión, lo que expresa en el capítulo sobre la Trinidad y la relación entre las criaturas:

240. Las Personas divinas son relaciones subsistentes, y el mundo, creado según el modelo divino es una trama de relaciones. Las criaturas tienden hacia Dios, y a su vez es propio de todo ser viviente tender hacia otra cosa, de tal modo que en el seno del universo podemos encontrar un sinnúmero de constantes relaciones que se entrelazan secretamente[171].

¹⁰ S.S. FRANCISCO, *Laudato Si*, Carta Encíclica sobre el cuidado de la casa común, p. 172.

Esto no sólo nos invita a admirar las múltiples conexiones que existen entre las criaturas, sino que nos lleva a descubrir una clave de nuestra propia realización. Porque la persona humana más crece, más madura y más se santifica a medida que entra en relación, cuando sale de sí misma para vivir en comunión con Dios, con los demás y con todas las criaturas. Así asume en su propia existencia ese dinamismo trinitario que Dios ha impreso en ella desde su creación. Todo está conectado, y eso nos invita a madurar una espiritualidad de la solidaridad global que brota del misterio de la Trinidad.¹¹

Bibliografía

- Actas oficiales de la Comisión Constituyente, Sesión 45^a, Tomo II.
- Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, Sesión 86^a, celebrada el martes 12 de noviembre de 1974, Tomo III.
- Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, Sesión 120^a, celebrada el martes 1 de mayo de 1974, Tomo V.
- Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, Sesión 186^a, celebrada el martes 9 de marzo de 1976, Tomo VI.
- S.S. FRANCISCO, *Laudato Si, Carta Encíclica sobre el cuidado de la casa común*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, 2015.
- UGARTE GODOY, José Joaquín, *Curso de Filosofía del Derecho*, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2010, Tomo I.

¹¹ S.S. FRANCISCO, *Laudato Si, Carta Encíclica sobre el cuidado de la casa común*, p. 181.

Comentarios de jurisprudencia

Derecho Público Iberoamericano
Universidad del Desarrollo
N° 9 | 2016

LA PRETENSIÓN DE INAPLICABILIDAD
DE CURTIDOS BAS S.A.,
EL FALLO QUE DECLARÓ INCONSTITUCIONAL
EL INCISO 2° DEL ARTÍCULO 62 DEL DFL 458/1976

Donde no se respeta el derecho de propiedad
fatalmente aparece la tiranía.

*Eduardo Soto Kloss**

El rol 2.684 del Tribunal Constitucional con sentencia de 10 de agosto de 2015 ha acogido la pretensión de inaplicabilidad de *Curtidos Bas S.A.*, respecto del inciso 2° del artículo 62 del DFL/Minvu N° 458/1976, Ley General de Urbanismo y Construcciones, en un proceso que oponía a la requirente con la Municipalidad de San Joaquín (Región Metropolitana) ante la Corte Suprema (rol 16.593-2014), en cuanto a la decisión de la institución edilicia que le ordena trasladar la industria a otro lugar, ya que instalada desde 1952 en una zona industrial, por modificación del Plano Regulador Comunal dicha zona pasó a ser de calificación residencial y áreas verdes.

Este asunto incide de lleno en un tema de nuestro régimen jurídico público, aquí urbanístico, creo que no ha sabido o más bien querido abordar de modo justo, pretendiéndose, en un estatismo de décadas, que la autoridad municipal decida prohibir después lo que ha autorizado antes, afectando los derechos de las personas, propietarios y trabajadores de una industria, sin que se indemnice ni mínimamente por el daño producido y, obviamente, desconociéndose sin ningún rubor la propia Constitución Política de la República.

Este caso decidido por el TC viene a poner en su justa solución el tema debatido.

Curtidos Bas S.A. estaba instalada en un sitio de su propiedad, iniciando legalmente sus actividades en 1952, en una zona industrial pero por modificaciones del Plan Regulador Comunal de San Joaquín (2005) quedó en un sector ahora calificado como residencial.

La norma impugnada de inconstitucional establece que las industrias legalmente instaladas que a posteriori – por cambios en el Plan Regulador–

* Doctor en Derecho, Universidad de París/Panthéon-Sorbonne. Profesor titular de Derecho Administrativo Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile. Correo electrónico: sotokloss@gmail.com

quedan incluidas dentro de una zona residencial, pueden ser erradicadas por una “orden de traslado” cuando a juicio del alcalde causan molestias o daños al vecindario, traslado que deberá efectuarse en un plazo que fije dicha autoridad no inferior a un año.

Yendo a la médula del tema, debe señalarse que el fallo incide en si se aviene la potestad administrativa en la forma otorgada por el citado DFL 458/76 con la Constitución; así de simple, puesto que esa es la pretensión de inaplicabilidad requerida.

La orden municipal de traslado emitida por decreto alcaldicio, propiamente viene a ser una “sanción”, ya que se la dicta en razón de expeler dicha industria “malos olores, nauseabundos o de putrefacción”, lo que afecta el derecho de los vecinos a vivir en un ambiente libre de contaminación (art. 19 N° 8 CP). Pero además de ser una *sanción* –tema que podrá ser tratado por otros comentaristas– me interesa aquí recalcar algo que aquellos de visión estatista gustan de oscurecer al invocar que sería esta afectación del derecho de propiedad solamente en cuanto se trataría de una “limitación” de él, que la Constitución permite en cuanto tenga su fundamento en su “función social” (art. 19 N° 24 inciso 2°). Este es el tema que me interesa ahora tratar.

1. Ya en el rol 185 del TC (cuyo fallo me tocara redactar) de fecha 28 de febrero de 1994, que se pronunciaba sobre el proyecto de ley de bases generales de medio ambiente (luego Ley 19.300/9.3.1994), se planteaba la inconstitucionalidad (art. 49) de medidas administrativas que afectaban el derecho de propiedad de industrias e incluso el derecho a ejercer actividad económica lícita (art. 19 N° 24 y N° 20 CP, respectivamente).

Precisamente el punto incidía en la noción de “limitación”, lo mismo que ahora se presenta en *Curtidos Bas S.A.* y es que bajo el disfraz de decir “limitación” el legislador o su intérprete establece no tal mecanismo jurídico, sino directamente *un cercenamiento de un derecho*, su ablación, su privación, su desconocimiento puro y simple. Me lleva a este tema el considerando 25 del fallo comentado, el cual alude a ello, para comprobar que en el caso en cuestión hay derechamente una *privación de facultades y atributos esenciales del derecho de propiedad* del requirente, reconocido, garantizado y amparado por el propio texto de la Constitución.

En efecto, la Constitución, con sus ya más de doscientas reformas, ha sido muy cuidadosa en cuanto a que la autoridad estatal (cualquiera que sea su función) debe actuar en el ejercicio de sus atribuciones con “*pleno respeto de los derechos de las personas*” (art. 1° inciso 4°) en su misión de servicio a la persona humana promoviendo el bien común (que conceptualiza el citado inciso 4°). Incluso se ha preocupado de precisar claramente que el poder estatal tiene como “límite” (adviértase el término que ella

usa) “los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana” (art. 5° inciso 2°). De allí que se ha ocupado, asimismo, de que el ejercicio de los derechos reconocidos y asegurados por la Constitución sea regulado, en la medida que sea necesario, *sólo por la ley*, es decir, sea materia de reserva legal, e incluso esa ley de manera alguna puede afectar el *contenido esencial de ese derecho* (art. 19 N° 26 CP), impidiendo tal ejercicio, es decir haciéndolo imposible o de tal modo entrabado que signifique su privación.

Si tal es el planteamiento de la Constitución, se ve clarísimo (1°) que regular el ejercicio de un derecho fundamental es materia del legislador, esto es de *reserva legal*, y (2°) la ley que lo haga “jamás” podrá afectar su “contenido esencial”, condiciones ambas que son requisitos ineludibles para la pretendida validez o conformidad de tal ley con la Constitución.

2. Cuando se habla de “limitar” se está refiriendo a la idea de “ceñir”, de “poner cercos o vallas” que “acotan” v. gr. un terreno o un territorio; también indica la idea de “acotar” (poner o colocar cotos o hitos) e incluso “reducir”, “deslindar” (poner linderos), términos todos que significan que algo que es “limitado” es algo que es “reducido”, se reduce, está reducido, “se restringe en su extensión” o simplemente indica que tiene “confines”, términos que no pueden sobrepasarse.

“Limitación” viene a ser, pues, sinónimo de “restricción”, de “reducción”, de algo que existe entre ciertos deslindes que no cabe sobrepasar, ni ir más allá.

Pero si bien se advierte, esa “restricción” no impide –tratándose de un derecho– que se ejerza y en toda su extensión, si bien ésta limitada, eso sí.

La “limitación”, pues, no es un “cercenamiento de un derecho, ni una “suspensión” de su ejercicio, como puede ocurrir en un estado llamando de excepción constitucional (v. gr. estado de asamblea, o de sitio/ art. 43 del texto actualizado de la CP); es simplemente una “reducción” del ejercicio de un derecho, pero jamás (art. 19 N° 26 CP) podrá afectar su contenido esencial, o sea, aquellas facultades y características que le son “esenciales”, que hacen la *esencia* del derecho mismo.

3. Ahora bien, el art. 62 inciso 2° del DFL/Minvu N° 448/76, no trata de una “limitación” al derecho de propiedad del requirente. Basta para ello leer sin prejuicio su propio texto:

“Las industrias mal ubicadas, que causen molestias o daños al vecindario deberán trasladarse dentro del plazo que le señale la Municipalidad... este plazo no será inferior a un año”. (cursivas nuestras).

Se señala que “deberán trasladarse”, lo que significa que ese traslado ha de ser ordenado por acto administrativo del alcalde, el cual determi-

na, previo informe de otras autoridades administrativas (v. gr. Ministerio de Salud y de Vivienda y Urbanismo), si esa industria causa “molestia o daños” al vecindario.

No hay que ser “iluminado” o un “genio jurídico” para entender que el texto citado significa lisa y llanamente una clara y directa “*prohibición*” de desarrollar esa actividad industrial y, curiosamente –como aparece del expediente– sin que hayan mediado sanciones previas por el mal funcionamiento de ella o violaciones a la regulación legal ambiental.

Y es una “*prohibición*” –y de manera alguna una “limitación”– desde que tal orden significa simplemente que su actividad ya no está permitida según la autoridad alcaldía, porque habrían “molestias o daños” para el vecindario.

Llama la atención que el voto disidente se extienda en sus considerandos 34 a 37 a entender que se trata de una “limitación” cuando en su propio considerando 10° expresa derechamente que la orden municipal de “traslado” es una “*prohibición* para seguir operando en el lugar original” (cursivas nuestras).

Que es una *prohibición* lo entiende muy claramente el fallo cuando en su considerando 22 establece que “Se trata de una orden de retiro que para el afectado implica –en realidad– una ablación, esto es, la *pérdida del derecho* a permanecer en el inmueble de su propiedad para seguir desarrollando las mismas actividades a que él lícitamente las destinó”. Y ello –agrega–

“en la especie toma forma de una supresión virtual de las prerrogativas inherentes al dominio, en circunstancias que la Constitución (artículo 19 N° 24, inciso tercero), a los efectos de exigir que medie una expropiación, entiende que la privación del dominio no sólo acontece cuando se quita o despoja al dueño de lo suyo en su totalidad, sino también cuando al titular –aun conservando nominalmente tal carácter– se le desposee parcialmente de algunos de los atributos o facultades esenciales que caracterizan la propiedad, según ha señalado este Tribunal (Rol 384, considerando 19°);”.

Aquí no cabe duda alguna que por decreto alcaldicio impugnado se ha pretendido *privar* al requirente afectado de sus “facultades de uso y goce” sobre el inmueble de su propiedad impidiéndosele –por acto administrativo– el ejercicio de aquellas facultades en cuanto dedicarlo a la actividad industrial y sin que medie acto administrativo alguno de expropiación (y ley previa que declare su utilidad pública e interés nacional) y, por ende, la ineludible e indispensable indemnización de perjuicios que la legitime.

4. Hay algo más en este punto, si bien el TC no se pronunció ya que estimó suficiente acoger la inaplicabilidad planteada por la violación del

referido derecho de propiedad. Me refiero a que además el decreto alcaldicio vulneraba el artículo 19 N° 21 inciso 1° de la Constitución, como lo fundamentaba el requirente, por cuanto no había posibilidad alguna de comprobar la vulneración de la regulación legal sobre índices de malos olores, desde que tal regulación no existe. Lo cual transforma la invocación de ellos por la autoridad en algo *meramente subjetivo y entregado a la más extensa discrecionalidad administrativa, carente de todo límite*, lo cual excede abiertamente toda racionalidad y, por desgracia, inducción a la más descarada corrupción administrativa, entregando ello al más libre arbitrio posible de imaginar. Viene a cuentas aquí lo que la Corte Suprema dijera muy sabiamente en *Rosas Díaz con Director de la Policía de Investigaciones*, protección acogida frente a un llamado presidencial a retiro ilegal y arbitrio de personal de dicho Servicio (Corte Suprema 16.5.1991, en *RDJ* t. 88/1991, 2.5, 123134, con comentario nuestro en 131134):

“Que a falta de motivación que sostenga la decisión administrativa, su único apoyo radicaría exclusivamente en la sola voluntad del funcionario que adopta dicha decisión, apoyo que, como es obvio, resulta insuficiente en un Estado de Derecho en el que no hay margen –por principio– para el poder puramente personal. Lo no motivado es ya, por este solo hecho, arbitrario” (redacción abogado integrante don Fernando Fueyo Laneri).

5. Aun cuando la requirente no planteó el tema y, en consecuencia, el TC ni lo menciona si bien lo hace la requerida por “vía presidencial” (sic!), el asunto incide en lo que la CGR en jurisprudencia ya vetusta definía como *revocación* en el Dictamen 89.271, de 22.11.1966; es decir, “dejar sin efecto mediante la emisión de un acto administrativo posterior de contrario imperio (resolución o decreto que los derogue) “por ser contrario al interés público, en general, o específicamente de la autoridad emisora del acto”¹.

De acuerdo con ello, la “revocación” sería, según la CGR, dejar sin efecto un acto administrativo anterior, nacido conforme a Derecho pero devenido contrario a éste por circunstancias posteriores (cualquiera sea el tiempo transcurrido hasta la aparición de éstas). Y ello se diferencia de la “invalidación” en cuanto ésta supone un acto administrativo anterior nacido de la vulneración al derecho. Por ciento, a CGR no se le pasó por la mente –al menos que se sepa a mi conocimiento por documentación consultable– la exigencia elemental de la obligación de reparar el daño que significa a alguien privarlo hacia el futuro y por acto administrativo

¹ Sobre el origen de este dictamen contralor vid. nuestro “La invalidación del acto administrativo en el derecho chileno”, en *RDJ* t. 85/1988, pp. 158-159; más amplio en *Derecho Administrativo. Bases fundamentales*, Vol. II, pp. 196-198.

de los efectos jurídicos (“bienes incorporeales”: art. 19 N° 24 inciso 1° de la Constitución) que ha producido válidamente el acto administrativo revocado y que “se extinguirían” por decidir la propia Administración que sería “contrario al interés público, en general, o específicamente de la entidad emisora del acto” (Dictamen 89.271).

A partir de la publicación de la Ley 19.880 (29.5.2003), sobre procedimientos administrativos (si bien supletoria), ha previsto la figura de la “revocación” en su artículo 61, el cual establece que de oficio la Administración puede revocar los actos administrativos que hubiere dictado sin ni siquiera indicar plazo alguno ni audiencia de los afectados (lo que al menos se indica para la invalidación, en su artículo 53 inciso 1°). Aquí no se plantea como recurso que pudiera interponer un tercero o el propio destinatario del acto administrativo que devendría contrario a Derecho (como ocurre en la invalidación del art. citado).

Pues bien, en el caso de *Curtidos Bas S.A.* se daría precisamente –en principio– una situación como la descrita al menos “tácticamente”. En efecto hay *un acto perfectamente adecuado al derecho* emitido en 1952, que autoriza la instalación de dicha industria en un sector de la comuna que hoy se denomina San Joaquín. Con la modificación del Plan Regulador Comunal en 2005 ese sector pasa a ser “residencial” y de áreas verdes. Es decir, se ha producido un “cambio de circunstancias” en la situación jurídica de las industrias allí instaladas, incluso como la requirente, desde hace más de 50 años.²

Elemental resulta que dicho acto administrativo, válidamente emitido, ha producido sus efectos en cuanto a los derechos que de él emanan, derechos que se incorporan válidamente a su patrimonio, configurando ellos “bienes incorporeales”, constitutivos de su derecho de propiedad (art. 19 N° 24 inciso 1° de la Constitución), que no pueden ser cercenados sino por los medios jurídicos que la propia Constitución prevé, como es la “expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador” y mediando *siempre* la correspondiente indemnización por el daño patrimonialmente causado.

Ante esta situación se presenta el artículo 62 inciso 2° del DFL/Minvu 458/1976 impugnado.

Cuando una actividad que se realiza en un inmueble dentro de la comuna, por cambios en el Plan Regulador Comunal, queda en un sector

² Sobre el llamado “cambio de circunstancias” –tema poco o nada tratado en nuestra literatura iuspublicista, a mi conocimiento– puede ser útil nuestro “El cambio de circunstancias como causal de modificación o extinción del acto administrativo en el derecho francés”, pp. 53-105.

distinto del cual se encontraba antes y por el cual debería trasladarse, se la califica como “mal ubicada” y “se congela”, de tal modo que si enajena el inmueble no procede ya que en éste se desarrolle o se instale una actividad incompatible con la calificación sectorial. Ese “congelamiento” permite, pues, que continúe la actividad que lícitamente se desarrollaba por la parte afectada.

Ahora bien, si se advierte, hay en este un cierto equilibrio entre los derechos insoslayables del afectado, que se reconocen, y el llamado “interés público”, que se supone dicho Plan ha recogido en la modificación sectorial que se ha aprobado. No se revoca el acto administrativo originario, desde que hay indiscutidos “derechos adquiridos” que ha originado dicho acto administrativo (y que la propia Constitución reconoce, garantiza y ampara) y se deja seguir desarrollándose esa actividad.

Sin embargo, el DFL referido en la indicada disposición contiene una norma que, sin duda, va mucho más allá, pero en condiciones muy diversas por el solo hecho de estar una industria mal ubicada.

Es que plantea una situación distinta, como es aquella en que esas industrias calificadas de “mal ubicadas” “causen molestias o daños al vecindario”, como suele ocurrir con actividades productoras de ruidos (talleres de reparación de vehículos, o plantas de revisión técnica de ellos), o de contaminación atmosférica (reciclaje de baterías que producen emanaciones de plomo) o incluso al máximo como es un vertedero de basura (desechos domiciliario sólidos, que producen gases).

Lo de “molestias o daños al vecindario” –como podrá advertirse– incide ya en otro tema, ya que incluso se da en industrias que están “bien ubicadas”, en sector propiamente industrial, y ello también puede llevar a sanciones, pero por *incumplimiento* a disposiciones ambientales, debidamente comprobadas en un debido procedimiento racional y justo y con la última palabra del tribunal correspondiente (art. 19 N° 3 inciso 6° y art. 73/76 de la Constitución, en su texto actualizado).

Y así puede comprobarse que en el caso de *Curtidos Bas S.A.* no se dan estas circunstancias. La propia Municipalidad de San Joaquín ha reconocido a esta empresa como una “empresa ejemplar”, no existe ningún procedimiento sanitario en el cual se comprobara una contaminación v. gr. acústica (por ruidos superiores a los admitidos por la reglamentación respectiva), o una contaminación atmosférica/”aromática” (desde que no existe normativa alguna, ni legal ni reglamentaria, en materia de calidad de olores). Si no existe, además, sanción alguna ni de la autoridad sanitaria, ambiental o municipal, que hubieran ellas aplicado a la requirente por violación a tales regulaciones, es preciso *concluir necesariamente* que el decreto alcaldicio que ordena su “traslado” no obedece a hechos concretos

que puedan ser justificados objetivamente y con hechos debidamente comprobados en un debido procedimiento, como por lo demás lo exige la propia Constitución (artículos citados). Es decir, carece de *fundamentación* objetiva, como se exige en la propia Ley 19.880, art. 41 inciso 4°.

Valga señalar en este punto que el inciso 2° del art. 62 del DFL citado no indica parámetro alguno, objetivo, ni criterio alguno específico que precise lo que significa “molestia” o “daños” al vecindario, tomando dichos términos en algo entregado al solo arbitrio de quien ejerza el cargo de alcalde, cargo que, además, es “político” por esencia... Vuelvo a *Rosas Díaz*: la sola voluntad del funcionario es enteramente insuficiente en un Estado de Derecho, en el cual, como principio ineludible e intransable, no hay margen para el poder puramente personal.

Valga señalar que ni siquiera aquí resulta procedente la “revocación” para extinguir el acto administrativo lícitamente emitido, puesto que la Ley 19.880, en su artículo 61 inciso 2° establece expresamente que no procede ella “cuando se trate de actos declarativos o creadores de derechos adquiridos legítimamente (letra a). Y ¡vaya que el acto administrativo originario de 1952 ha sido “*creador de derechos*” “*adquiridos legítimamente*” y nunca antes desconocidos.³

6. Para otra ocasión será –Dios mediante– abordar el tema de estos conceptos o términos tan vagos (como “molestias o daños al vecindario”) que las leyes utilizan a veces creyendo que es fácil llenarlos de un contenido, en circunstancias que son simplemente “conceptos de goma”, tipo “regla de Lesbos”, y que los alemanes describieran hace más de medio siglo como *Unbestimmen Begriff* términos traducidos al castellano como “conceptos jurídicos indeterminados”⁴, lo cual desde ya llama la atención su terminología: si es un concepto ha de ser *determinado*, si no lo es, simplemente no es un concepto;⁵ como suele decirse en términos del TC, los vocablos han de tener una “densidad” normativa que permita precisar específicamente su contenido, especialmente cuando se trata de sancionar hechos que la ley pretende ilícitos y cuando se trata de la afectación de los derechos fundamentales (como en este caso de *Curtidos Bas S.A.*), única manera de poner coto a la arbitrariedad de la Administración y proteger los derechos de la persona frente a la discreción del jerarca de turno.

³ Lo reconoce el propio Decreto Alcaldicio N° 1.263 de 2013.

⁴ Valga señalar sobre el tema F. SAINZ MORENO, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, específicamente Capítulos: II pp. 67-77, VII pp. 191-221 y VIII pp. 223-302.

⁵ Sobre la noción de “concepto” vid., entre muchos, J. FERRATER MORA, *Diccionario de filosofía abreviado*, pp. 68-70, para la concepción clásica/aristotélica 69 col. 2; también R. VERNEAUX, *Introducción general y lógica, Curso de filosofía tomista*, pp. 89-103.

Bibliografía

- FERRATER MORA, J., *Diccionario de filosofía abreviado*, 9ª Ed., Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 1979.
- SAINZ MORENO, F., *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Madrid, Civitas, 1976.
- SOTO-KLOSS, Eduardo, *Derecho Administrativo. Bases fundamentales*, Editorial Jurídica de Chile, 1996, vol. II.
- SOTO KLOSS, Eduardo, "El cambio de circunstancias como causal de modificación o extinción del acto administrativo en el derecho francés", en *Revista de Administración Pública*, Madrid, N° 61, 1971, pp. 53-105, traducido al portugués en *Revista de Direito Publico*, Sao Paulo, 1980, pp. 8-36.
- VERNEAUX, R., *Introducción general y lógica, Curso de filosofía tomista*, Barcelona, Herder, 1972, Vol. I.

LA DECISIÓN DEL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL ESPAÑOL
EN RELACIÓN CON LAS BONIFICACIONES
PARA RESIDENTES EN LA COMUNIDAD
AUTÓNOMA EN EL IMPUESTO
DE SUCESIONES Y DONACIONES
SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
60/2015 DE 18 DE MARZO

*Alejandro Villanueva Turnes**

1. Introducción

El Impuesto de Sucesiones y Donaciones está regulado en España mediante la Ley 29/1987 de 18 de diciembre, en la cual su artículo 1 expresa el carácter directo y subjetivo que presenta el impuesto, así como señala que se trata de un impuesto destinado a gravar aquellos incrementos patrimoniales que las personas físicas obtengan a título lucrativo.

A su vez se trata de uno de los llamados impuestos cedidos a las Comunidades Autónomas, las cuales, como parte de las competencias cedidas han establecido distintas peculiaridades al respecto.

Lo que se pretende hacer aquí no es otra cosa sino examinar la sentencia del Tribunal Constitucional Español que resuelve la cuestión de inconstitucionalidad 3337 –2013, que fue promovida por la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, contra el artículo 12 Bis a de la Ley 13/1997, de 23 de diciembre, de la Comunidad Valenciana.

2. Antecedentes

La Comunidad Valenciana, haciendo uso de sus competencias para determinar y regular aquellos tributos de carácter cedido a las Comunidades Autónomas, aprobó la Ley 13/1997, de 23 de diciembre, de la Generalitat

* Doctorando en Derecho, Universidad de Santiago de Compostela. Investigador en la Universidad de Santiago de Compostela. Miembro de la Asociación de Constitucionalistas de España. Correo electrónico: alejandro.villanueva@usc.es

Valenciana, por la que se regula el tramo autonómico del impuesto sobre la renta de las personas físicas y restantes tributos cedidos. Esta norma regula, entre otras cuestiones, el impuesto de sucesiones y donaciones de tal manera que su artículo 12 bis a) establece una serie de bonificaciones de la siguiente forma:

“gozarán de una bonificación del 99% de la cuota tributaria del Impuesto de Sucesiones y Donaciones: a).- Las adquisiciones mortis causa por parientes del causante pertenecientes a los Grupos I y II del art. 20.2.a) de la Ley 29/1987, de 18 diciembre, del Impuesto de Sucesiones y Donaciones, que tengan su residencia habitual en la Comunidad Valenciana a la fecha del devengo del impuesto”¹.

El mencionado precepto va a implicar que la bonificación se va a aplicar a aquellos herederos que en el momento del fallecimiento del causante, tuvieran su residencia dentro de la Comunidad Autónoma.

En el año 2010, un particular decidió plantear un recurso por la vía contencioso-administrativa ante el Tribunal Superior de Justicia de Valencia por la aplicación de la bonificación a sus hermanas, que residían en la Comunidad Autónoma, pero no a él. En primera instancia, el recurso fue desestimado, de tal forma que se planteó un nuevo recurso ante el Tribunal Supremo. El Tribunal decidió plantear una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, solicitando previo informe del Ministerio Fiscal y dando traslado a las partes, considerando que se vulneraban el artículo 14², el artículo 31.1³ y el artículo 139.1⁴, todos ellos de la Constitución Española de 1978.

3. *Fundamentación*

El Tribunal Constitucional va a considerar que el principio de igualdad recogido en el artículo 14 de la Carta Magna supone que se lleve a cabo

¹ Cabe aclarar que el tenor de este precepto es fruto de la Ley 10/2006, de 26 de diciembre.

² “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

³ “Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio”.

⁴ “Todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado”.

un tratamiento igualitario a quienes se encuentren en la misma situación jurídica⁵.

En lo que respecta a la manifestación de este principio en relación con la Ley Tributaria, que se contiene en el artículo 31.1 de la Constitución Española, se considera que la igualdad va a suponer una imposibilidad de establecer privilegios discriminatorios en el ámbito tributario, o dicho de otra forma, de conceder

“beneficios tributarios injustificados desde el punto de vista constitucional que puedan constituir una quiebra del deber genérico de contribuir al sostenimiento de los gastos del Estado”⁶.

A su vez, el Máximo Intérprete de la Constitución ha establecido que no hay inconveniente en que la residencia se emplee como un criterio diferenciador para los contribuyentes, con el requisito de que

“la diferencia de trato responda a un fin constitucionalmente legítimo y, por tanto, no se convierta la residencia, por sí sola, en la razón del trato diferente”⁷.

Por lo dicho y tal y como se ha establecido en la Sentencia del Tribunal Constitucional 96/2002, de 25 de abril, para que la residencia pueda constituir un elemento discriminatorio será necesario un triple requerimiento:

- Que esté asociado a un fin constitucionalmente legítimo.
- Que el grupo al que se va a aplicar el trato sea homogéneo.
- Que la diferenciación sea proporcional y adecuada.

Todo ello va a implicar la prohibición de aquella desigualdad que atendiendo a la finalidad que persiga la norma, no posea una justificación caracterizada por la objetividad y razonabilidad, así como aquella que represente una desproporcionalidad en relación con la mencionada justificación.

En el presente caso, el grupo al que se le aplica la norma es homogéneo, ya que se tratan de herederos del mismo grado, del mismo causante y de la misma herencia. Una vez que el Tribunal hace una constatación de la situación del trato desigual, se centra en hacer una verificación acerca de la existencia de una finalidad que reúna las características ya mencionadas de objetividad y razonabilidad, de tal manera que esa situación de trato desigual se encuentre legitimada.

⁵ Fundamento Jurídico 4.

⁶ Fundamento Jurídico 4.

⁷ Fundamento Jurídico 5.

En el caso no hay una claridad del fin perseguido, esta no identificación provocaría la inaceptabilidad de la discriminación. Lo que sí puede verse unas justificaciones que aparecen en las distintas normas. Estas justificaciones son: por un lado la de ser una medida de la llamada política social, justificación que aparecía en la exposición de motivos de la Ley 13/1997, y por otro lado como una medida de apoyo a la familia directa y como una forma de neutralización fiscal en ella, justificación que aparece en la exposición de motivos de la Ley 10/2006.

Sin embargo estas dos justificaciones parecen insuficientes para justificar el trato diferente en razón del territorio donde se resida, y es que «el territorio ha dejado de ser un elemento de diferenciación de situaciones objetivamente comparables, para convertirse en un elemento de discriminación, pues con la diferencia se ha pretendido exclusivamente “favorecer a sus residentes”, tratándose así a una misma categoría de contribuyentes de forma diferente por el solo hecho de su distinta residencia»⁸.

Sumado a ello nos encontramos que no se va a tratar de aplicar diferentes normativas autonómicas, en las cuales cada ente autonómico podría plasmar sus propias peculiaridades, sino que se trata de aplicar una misma norma a personas que se encuentran en la misma situación salvo por la circunstancia diferenciadora de la residencia, perjudicando gravemente al no residente en comparación con el residente.

4. Decisión del Tribunal

El Tribunal Constitucional va a considerar que la norma autonómica va a vulnerar el principio de igualdad, siendo el precepto incompatible con el artículo 31.1 de la Norma Superior del Ordenamiento Jurídico. De esta forma el Alto Tribunal estima la cuestión de inconstitucionalidad, sin que ninguno de los magistrados estableciese ningún voto particular al respecto. Ahora bien, siguiendo coherentemente con la doctrina que ha establecido en diversas sentencias como la 45/1989, de 20 de febrero, 180/2000 de 29 de junio, 54/2002, de 27 de febrero, 365/2006, de 21 de diciembre, 161/2012, de 20 de septiembre, el Tribunal considera que, en garantía de la seguridad jurídica, no se van a ver afectados aquellos asuntos que han concluido en sentencia firme. Ello no hace sino corresponderse con lo establecido en la propia Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, que en su artículo 40.1 hace referencia a lo dicho.

⁸ Fundamento Jurídico 5.

Por lo tanto la sentencia supone que la decisión tomada por el Tribunal va a tener efectos *pro futuro*.

5. Conclusión

A modo de recapitulación, simplemente hay que señalar que la doctrina seguida por el Tribunal se basa en tres presupuestos. En primer lugar se necesita hacer una comprobación de que las situaciones en las cuales se pretende señalar que se vulnera el principio de igualdad son situaciones iguales. En segundo lugar hay que determinar la existencia de los objetivos de razonabilidad y objetividad para legitimar la medida o el trato desigual. Finalmente que las consecuencias jurídicas de la disparidad que tenga lugar sean razonables, existiendo una relación de proporcionalidad entre los medios que se emplean y la finalidad que se persiga.

El Tribunal Constitucional Español en esta sentencia que acaba de examinarse sigue no sólo su propia jurisprudencia de años anteriores, sino también la línea marcada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el cual en su sentencia de 3 de septiembre de 2014 (Asunto C-127/12), establece que la regulación española vulneraba la libre circulación de capitales, de tal forma que la diferente normativa existente en España presentaba un carácter discriminatorio en aquel supuesto en el cual el sujeto pasivo del impuesto era un no residente en territorio del Estado español, ya que en este caso se aplicaba la normativa estatal no pudiendo aplicarse los beneficios que estableciera la normativa de la Comunidad Autónoma que se tratase.

Recensiones

Derecho Público Iberoamericano
Universidad del Desarrollo
N° 9 | 2016

OLIVIER HANNE ET THOMAS FLICHY DE LA NEUVILLE,
L'ÉTAT ISLAMIQUE, ANATOMIE DU NOUVEAU CALIFAT, PARIS,
BERNARD GIOVANANGELI ÉDITEUR, 2015, 192 PÁGS.

Jacques Henry

L'actualité proche- et moyen-orientale peut désespérer l'honnête homme non averti. Les buts poursuivis ne sont pas plus clairs que les noms, les lieux, les effectifs, les moyens matériels ou les modes d'action. Cela n'a pas empêché un groupe terroriste de fonder un Etat islamique –l'EI– à cheval sur l'Irak et la Syrie. Il y a institutionnalisé la terreur et joue à repousser les limites naïvement assignées à la barbarie. Il utilise Internet en virtuose. Il recrute dans nos banlieues mais aussi dans nos campagnes. Les dirigeants français lui objectent des discours entendus cent fois: il ne faut pas désigner Daesh comme un Etat islamique parce qu'il "n'a rien d'un Etat et ne représente en rien l'islam" (Jean-Yves Le Drian, 24 septembre 2014). Le "Haro sur l'amalgame!" sert de cri de ralliement, et est supposé valoir clef de compréhension.

Olivier Hanne et Thomas Flichy de la Neuville¹ proposent à point nommé un essai qui rend à la situation sa profondeur, traite de l'avènement de l'Etat islamique, de la "dynamique du proto-Etat" et des impacts sur la région, et s'achève sur trois scénarios prospectifs. Cette synthèse visant la concision, l'on ira chercher ailleurs les compléments historiques, et notamment l'éclairante histoire de l'Irak et de la Syrie entre 1918 et 1989. On ne fera pas davantage grief aux auteurs, universitaires reconnus, de ne pas s'être déplacés; l'on reste toutefois réservé face au fréquent recours à des sources journalistiques dont la fiabilité n'est pas évaluée.

La complexité de la situation contraint à l'aborder par une représentation intentionnellement simplifiée mais intellectuellement mania-

¹ Olivier HANNE et Thomas Flichy de la Neuville, *L'Etat islamique, Anatomie du nouveau califat*, Bernard Giovanangeli Editeur, 2015, p. 192.

ble. Nous traiterons par prétériton toutes les nuances nécessaires à une appréhension fine, pour ne retenir que les lignes suivantes².

Géographiquement la région n'a pas toujours été morcelée.

“De fait, depuis la conquête arabe jusqu'aux Abassides et aux Ottomans, Syrie et Irak ne formaient qu'un espace, certes régulièrement ébranlé par les troubles, les particularismes régionaux et les explosions religieuses, mais son unité linguistique, culturelle ou religieuse demeurait. De Mossoul à Alep et Damas, marchands, oulémas, pèlerins, fidèles shiites et sunnites, sectateurs fanatiques ou paisibles nomades, tous pouvaient aller et venir dans le vaste espace du Croissant fertile à peu près librement.” (pp. 65-66)

La capitulation de la Triple Alliance conduisit au démantèlement hâtif des empires austro-hongrois et ottoman. Autour du traité de Sèvres (1920) et avec ses mandats moyen-orientaux, le Royaume-Uni conçut l'Irak, conglomérat artificiel et sous contrôle, dont l'unité exigeait un pouvoir fort. Les années 1950 et 1960 furent celles des nationalismes arabes et panarabes. Peu jugèrent alors le danger islamiste digne d'une réelle attention. Les années 1970 et 1980 virent les prises de pouvoir du clan Assad (1971), l'explosion du Liban (1975), et l'avènement de Khomeini (1979) et Saddam Hussein (1979). Les despotes locaux s'avèrent moins éclairés et plus tentés par le terrorisme que ce qu'espérait Saint-Germain-des-Prés. Moscou tirait les marrons du feu. Danièle Mitterrand promenait les Kurdes du PKK. Du moins conservait-on un ordre en mesure de réguler un peu les conflits interétatiques de type Iran-Irak avec des moyens connus.

Juste après la chute du mur, la première campagne d'Irak (1990) humilia les populations irakiennes et remplit les Américains du sentiment de leur juste omnipotence. Elle marqua aussi le début de ce que, par analogie avec la guerre du Péloponnèse ou la guerre civile européenne de 1914-1945, l'on pourrait appeler “la grande guerre d'Irak”, ce conflit dont personne ne voit le terme. L'Arabie saoudite et le Qatar, religieux et sunnites, n'avaient pas soutenu l'Irak, sunnite et laïc (en soulignant que la laïcité en terre d'islam ne correspond pas à la laïcité dans une Europe qui a apostasié), contre l'Iran religieux et chiite ; ils soutinrent pourtant constamment l'aventure états-unienne. A ceci s'ajoutèrent le 11 septembre et le manichéisme passionnel qui s'ensuivit. Le 1^o mai 2003, George Bush Jr appontait sur le porte-avions Abraham Lincoln décoré d'une grande bannière: “*Mission accomplished*”. Pris dans leur euphorie

² Le lecteur que ne satisfait cette présentation excessivement résumée peut contacter l'auteur, jd.henry@orange.fr.

conquérante, les faucons néo-conservateurs n'entendaient pas en rester là; la Syrie et l'Iran figuraient explicitement sur leur programme ; on peine encore à discerner la part de l'aveuglement et celle de la manipulation intéressée, de même que le rôle exact joué par Israël. Quoi qu'il en soit, on déchantait vite. Par méfiance envers les sunnites regardés comme liés à Saddam Hussein et au panarabisme du parti Baas, les Américains et les élections de 2005 portèrent au pouvoir les chiïtes irakiens. Le premier ministre Nûri al-Maliki gouverna au mépris du premier bien commun, à savoir l'unité, une unité impensable en l'absence d'un pouvoir fort comme celui qui venait d'être abattu.

Cela jeta les sunnites irakiens vers ce terrorisme religieux qui harcela les forces américaines jusqu'à leur départ précipité, fin 2011. Al-Baghdâdi, aujourd'hui à la tête de l'EI, descend de ce terrorisme anti-américain et antichiïte des années 2000, qui a trouvé un terrain de développement dans les zones sunnites d'Irak (prise de Mossoul, deuxième ville du pays, en juin 2014), mais aussi dans les zones de Syrie que les printemps arabes ont soustraites à l'autorité de Damas. Hanne et Flichy de la Neuville évoquent le besoin de revanche du sunnisme (pp. 62-70). L'expression peut être discutée: le sunnisme demeure une notion large ; selon des modalités différentes, il a politiquement prospéré en Arabie Saoudite comme en Irak; peut-être faudrait-il parler de vengeance du panarabisme intégriste, ou de banqueroute de l'esprit de Sèvres.

La pièce serait déjà complexe si les acteurs s'avéraient raisonnablement homogènes et respectaient un tant soit peu la règle portant sur les amis de mes amis, ou au moins celle sur les ennemis de mes ennemis, mais ils ne la respectent pas. La nébuleuse des terrorismes sunnites est parcourue par des fractures sanglantes (*cf* pp. 60-61, 129-135). Hanne et Flichy de la Neuville voient en Al-Qaïda un modèle auréolé de prestige, mais élitiste et mû par des ambitions plus eschatologiques que territoriales ; Al-Nosra, qui lutte en Syrie contre Assad et le pouvoir chiïte, en hérite assez directement. Daesh se situe dans une perspective plus égalitaire, parfaitement à l'aise dans les nouvelles technologies, plus radicale dans le crime, et surtout avec un but politique clair, le rétablissement du califat (fondation de l'EI) puis son extension. Hanne et Flichy de la Neuville donnent un précieux éclairage historique, même si la haine inexpiable que se vouent l'EI et Al-Nosra reste difficile à comprendre, sauf à admettre qu'elle relève de querelles entre fanatiques.

A ce jour, le monde chiïte apparaît comme uni contre l'EI sunnite. Il bénéficie du soutien de la Russie et de la Chine, qui bloquent à l'ONU les résolutions contre la Syrie. Des lignes de tension existent pourtant, ne serait-ce que parce que le chiïsme des alaouites syriens est sujet à caution,

et que le tyran Assad n'est pas un ayatollah. Il apparaîtrait même comme l'ultime rempart contre l'EI s'il ne s'était pas rendu aussi infréquentable. Dans le même temps, les Etats-Unis bénéficient d'une médiation qatarie pour rouvrir un certain dialogue avec l'Iran, dernier appui de ce qui reste de pouvoir légal (et chiite) à Bagdad. Comme la Russie n'est jamais en reste, elle profite de cette brèche pour proposer à l'Iran des missiles anti-aériens à longue portée.

Les pays arabes sunnites religieux comme l'Arabie saoudite ou le Qatar participent aux frappes contre l'EI. En Irak-Syrie, ils se trouvent donc objectivement alliés du monde chiite qu'ils combattent au Yémen. Cela peut étonner. Mais les auteurs rappellent que le wahhabisme saoudien "est indissociable du système monarchique, profondément anti-démocratique, alors que les courants salafistes –et les hommes de Daesh– sont tous acquis à l'idée d'égalité entre musulmans et à un certain partage du pouvoir. De plus, le royaume saoudien a, dès sa naissance, accepté l'alliance avec les Etats-Unis, or ce réalisme politique est jugé comme une trahison" (p. 139). De fait, ces pétromonarchies aux antipodes des principes de 1776 dépendent du bienveillant soutien américain, qui dépend lui-même de la valeur du pétrole arabe, que le gaz de schiste risque fort de déprécier. Simultanément, l'ouverture américaine vers l'Iran, même timide, n'enchant pas les riverains occidentaux du golfe persique. L'achat inattendu de Rafale par l'Egypte (soutenue par l'Arabie Saoudite) et par le Qatar doit se lire dans un contexte où les pays arabes prennent de la distance par rapport aux Etats-Unis, ceci étant évidemment joint à une conjoncture favorable (baisse de l'euro, qualités de l'avion, soutien officiel français). Avec ceci, les relations entre l'Arabie saoudite et le Qatar étaient exécrables encore récemment, Doha ayant pris parti pour les Frères Musulmans en Egypte, et diverses fortunes qataries pouvant être soupçonnées de soutenir Daesh en sous-main.

Quant à la Turquie (pp. 142-147), sa duplicité semble encore plus avérée que celle du Qatar. Ankara a de bonnes raisons de soutenir l'EI et de bonnes raisons de craindre qu'un EI trop victorieux ne se retourne contre elle. En opposition frontale à la Syrie d'Assad, radicalement opposée aux revendications autonomistes de ses propres Kurdes, la Turquie d'Erdogan doit servir au moins occasionnellement de plateforme logistique pour Daesh. Elle semble d'ailleurs bénéficier du trafic de pétrole qui alimente les caisses de l'EI, avec qui elle entretiendrait des relations diplomatiques secrètes. Les personnalités des zones chrétiennes ont clairement mis en cause son double jeu. Parallèlement, la Turquie accueille sur son sol plusieurs centaines de milliers de réfugiés, notamment kurdes ; cela lui fournit une réponse légitime à opposer aux pays européens qui lui reprochent de ne pas s'engager au sol, et qui n'accepteront jamais un tel fardeau.

Face à cette situation, que peut-on espérer ou prédire pour après-demain ?

L'EI peut sans doute encore s'étendre, voire unifier de force l'Irak et la Syrie, même si cela semble peu vraisemblable vu les oppositions en présence; et puis, comme tous les mouvements apocalyptiques et quelle que soit son extension, l'EI est condamné à s'embourgeoiser ou à disparaître, quitte à renaître sous forme non de proto-Etat mais de mouvance terroriste.

Au-delà de l'ambition de "vaincre Daesh", les objectifs américains ne se laissent pas bien identifier : garde de champs pétrolifères encore bien utiles? soutien à Israël? maintien à distance de la Russie et de la Chine? interventionnisme de réflexe mêlé à un isolationnisme d'opportunité? Dans le chapitre consacré aux "aléas de la géopolitique américaine", Hanne et Flichy de la Neuville affirment:

"La guerre en l'occurrence se présente comme une thérapie pour les diplomaties occidentales gênées par ce monstre froid qu'est l'Etat islamique et qui n'est pas sans rapport avec leurs égarements stratégiques depuis 2001." (p. 160)

La question des frontières se pose également. Accepter de les reconsidérer, c'est peut-être permettre l'émergence d'Etats-nations réels, en conclusion heureuse de cette sorte de guerre de Trente ans moyen-orientale ; mais cet optimisme westphalien correspond vraisemblablement à une projection induite de l'histoire européenne; nul ne peut garantir qu'il résistera aux islams et aux tensions locales: le panarabisme à la Nasser a vécu. Refuser de les reconsidérer, c'est peut-être garder close la boîte de Pandore, mais c'est aussi prolonger les conditions d'un chaos dont les victimes se comptent par millions, et dont les chrétiens font les premiers frais.

Cette absence de vue stratégique n'aide pas à décider de la bonne tactique. La Maison Blanche a appris en Irak qu'un engagement au sol, même massif, coûterait cher en vies américaines et ne résoudrait pas les problèmes de la région. Elle doit se douter que les frappes aériennes contre l'EI, auxquelles participe l'armée française, demeureront d'une efficacité encore plus limitée.

Sans oser émettre ici de réelles propositions, nous nous contenterons de pointer ce que l'EI peut enseigner sur l'islam et sur notre civilisation.

L'enthousiasme absurde que les printemps arabes ont suscité est bien oublié, de même que les rêves de pays socialement musulmans mais administrativement laïcs comme chez nous. Personne ne croit plus à l'adoption prochaine, par tous les musulmans, d'un islam tolérant et

compatible avec la postmodernité occidentale, de cet islam que se construisent nos politiciens, qu'ils regardent comme le "vrai Islam" tellement meilleur que le christianisme. Il faudrait relire les éditoriaux du *Monde* ou de Bernard-Henri Lévy parus en 2011, et les publier dans une anthologie de la myopie géopolitique. On peut certes enchaîner les variations sur le thème : "L'EI est une clique d'assassins illettrés qui ne représente en rien l'islam". Oui, mais

"il serait trop simple que les hommes de l'EI soient des fous, des illuminés ou des victimes d'un embrigadement. Leur détermination n'est pas celle du psychopathe, mais de l'homme de foi qui sait que la vie de l'au-delà l'emporte sur celle du monde. Si l'Etat islamique intègre des déséquilibrés ou des déclassés sociaux, il attire d'abord des croyants sincères qui ont lu, ou au moins parcouru, les grands érudits rigoristes du Moyen Age, et surtout Ibn Taymiyya. Al-Baghdâdî n'a rien d'un exalté aux propos délirants. L'homme est froid, intelligent, cultivé" (p. 88).

Al-Baghdâdî

"est réputé pour son fanatisme et son arrivisme. [...] Son érudition religieuse, sa piété et surtout son intransigeance font de lui un redoutable leader. Intraitable dans ses actes, il emprunte aux chroniques médiévales les actes de cruauté qu'on lui prête et qui sont la marque des anciens califes: crucifixion d'opposants, lapidation d'une femme pour avoir ouvert un compte Facebook, exécution devant ses parents d'un adolescent s'amusant à se moquer du prophète" (p. 58).

Cela soulève la question même de la rationalité en islam. Il ne s'agit évidemment pas de se demander si la pratique d'un certain islam peut être compatible avec la raison: le cas d'Averroès ou d'Avicenne suffit pour répondre par l'affirmative, même s'il a été beaucoup plus étudié en terre chrétienne que dans les facultés musulmanes. Il s'agit de s'interroger sur les islams, sur les frontières poreuses qui les définissent, sur leur potentiel de métamorphose, sur les possibilités de passer d'un islam à l'autre, et sur la manière de réunir les conditions de transition politique vers un islam à visage humain, sans même parler de conversion. Pour avancer une réponse simpliste, l'on ne voit pas comment les gouvernants occidentaux pourraient s'y prendre plus mal.

A côté de cette question liée à l'islam, la seule existence de l'EI vient blesser nos certitudes les plus chères. Un Etat transfrontalier apparaît d'un coup, sans vote du Conseil de sécurité, sans se soucier le moins du monde de l'ONU. A l'heure de la parution de ce numéro, il aura fêté son

premier anniversaire; ce n'est pas bien vieux, mais suffisant pour que l'on commence à craindre qu'il sache administrer dans la durée un territoire aujourd'hui vaste comme le Royaume-Uni et peuplé d'une dizaine de millions d'âmes. D'après un artisan syrien : "J'ai l'impression d'avoir affaire à un Etat respecté, pas à des voyous." (p. 101) Il est difficile de prendre plus brutalement de front notre bonne conscience bureaucratique, sûre de ses statistiques, de ses archives, de son obèse fonction publique et de sa réglementation tatillonne.

Le sous-chapitre que Hanne et Flichy de la Neuville consacrent à la vie quotidienne sous Daesh est certes un peu court (pp. 96-103), de même que celui relatif à ce que l'on pourrait appeler le commerce extérieur et le financement par le pétrole de contrebande (pp. 114-120). On aimerait comprendre ce marché noir, les filières, les passeurs, les clients, les payeurs, les coopérants. On aimerait comprendre comment l'EI a pu émerger si vite. Les auteurs avancent une comparaison avec la révolution d'octobre (p. 171). Certes, Daesh, comme tous les groupes terroristes, a dû vivre de l'impôt révolutionnaire. Mais il a su se muer en structure étatique, avec des moyens flambant neufs et des files de beaux camions achetés en série; le demi-milliard trouvé dans la banque de Mossoul n'explique pas tout: pour acheter, il ne faut pas seulement de l'argent, il faut aussi trouver un marchand. Qui vend à Daesh et comment? Où les cadres furent-ils formés? L'obscurité demeure, mais, pour le moment du moins, cela a l'air de fonctionner. L'EI a battu monnaie et assure une certaine sécurité, une certaine justice islamique. Finalement la vie est simple, et il faut que ce soit le plus barbare des proto-Etats qui nous le rappelle.

Il y a peut-être pire encore. Par opposition à la génération Al-Qaïda, grandie dans les montagnes afghanes et la résistance à l'invasion soviétique avec l'aide américaine, celle de l'EI a pu être qualifiée de "djihadiste 2.0" (p. 129). On peut certes lapider une femme pour avoir ouvert un compte Facebook (*cf supra*); on recourt dans le même temps à Internet comme au plus efficace des moyens de recrutement, y compris des femmes. L'EI est-il pensable sans la Toile? Ce n'est pas certain. La dextérité informatique fait bon ménage avec l'obscurantisme islamiste. Elle sert à la propagande voire à l'intimidation lorsqu'une chaîne comme TV 5 monde se laisse pirater. L'EI prend de ce fait un aspect hypermoderne: violence désinhibée, goût pour la peur et les sensations fortes, tactique du choc de communication, le tout sur fond de salafisme.

Le bon usage des nouveaux outils de communication est fort peu répandu, parce que lesdits outils n'ont pas été conçus pour qu'on en use bien. Imaginés comme vecteurs du progrès radieux, comme trame des futurs liens démocratiques, comme expression naturelle du village mondial, les

réseaux sociaux et les moyens mobiles de communication se caractérisent par une immédiateté qui fraternise mal avec le temps de l'intelligence, une ubiquité qui défie la proximité réelle, une immatérialité étrangère aux rapports humains. Dire que Facebook et consorts prédisposent au fanatisme, ce serait aller un peu trop loin. Ce serait nier l'évidence que ne pas admettre qu'ils altèrent souvent le lien entre la personne et les groupes dans lesquels elle s'insère, avant de conduire à l'enfermement au sein de communautés fantasmagoriques, à une sorte de solipsisme collectif. La fragile sagesse humaine n'y trouve pas son compte.

Siglas y abreviaturas

Derecho Público Iberoamericano
Universidad del Desarrollo
N° 9 | 2016

SIGLAS Y ABREVIATURAS

AA.VV.	autores varios
a. C.	antes de Cristo
art.	artículo
CEDAM	Casa Editrice Dott. Antonio Milan
Cf.	confróntese
CGR	Contraloría General de la República
cit.	citado
CNUDM	Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos del Mar
col.	columna
CONICYT	Comisión Nacional de Investigaciones Científicas y Tecnológicas
cons. <i>a veces</i>	consid. considerando
CP	<i>Código Penal</i>
CPR	Constitución Política de la República
DFL	decreto con fuerza de ley
DL	decreto ley
DMM	Dominique Martin Morin Editions
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos
ed.	edición, <i>a veces</i> editor
EE.UU.	Estados Unidos
etc.	etcétera
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i> (allí, en ese mismo lugar)
IEP	Instituto de Estudios Políticos
inc.	inciso
ISAPRES	Instituciones de Salud Previsional
loc.	<i>locus</i>

MINVU	Ministerio de Vivienda y Urbanismo
N° <i>a veces</i> núm, Nr.	número
N ^{os}	números
OCDE	Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos
<i>op. cit.</i>	<i>opus citatis</i> (obra citada)
p.	página
PC	Plataforma continental
pp.	páginas
Prof.	profesor
PSOE	Partido Socialista Obrero Español
<i>RDJ</i>	<i>Revista de Derecho y Jurisprudencia</i>
S.A.	Sociedad Anónima
SCAA	Sentencia Corte de Apelaciones
SCS	Sentencia Corte Suprema
ss.	siguientes
S.S.	Su Santidad
STC	Sentencia Tribunal Constitucional
t.	omo
TC	Tribunal Constitucional
UNED	Universidad Nacional de Educación a Distancia
UNESCO	Organización Educativa, Científica y Cultural de las Naciones Unidas
V	ver
v..	versus
<i>v. a veces</i> vs. <i>v.gr.</i>	<i>verbi gratia</i>
<i>vid.</i>	véase
vol.	volumen
ZEE	zona económica exclusiva

Instrucciones para los autores

Derecho Público Iberoamericano
Universidad del Desarrollo
N° 9 | 2016

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

Derecho Público Iberoamericano es una revista semestral del Centro de Justicia Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo. Se publica los meses de abril y octubre de cada año.

Se propone analizar el derecho público contemporáneo desde una perspectiva problemática, levantando dudas donde hay consensos artificiosos, aportando certezas donde abundan los disensos permanentes, con la convicción de que los principios primarios de toda investigación en este ámbito son los derechos fundamentales de la persona humana y la promoción del bien común. En tal tarea buscamos vincular a la comunidad científica nacional y extranjera promoviendo con especial empeño el análisis de las dificultades que afronta el derecho iberoamericano, sin merma de la pluralidad y del interés universal que corresponde a toda publicación científica.

Para alcanzar tales objetivos, *Derecho Público Iberoamericano* promueve, cultiva y difunde el estudio del derecho público desde las diversas aproximaciones científicas: dogmática constitucional, derecho internacional de los derechos humanos, teoría constitucional, filosofía jurídica y política, sociología jurídica, historia del derecho y otras disciplinas concurrentes.

La revista cuenta con cuatro secciones permanentes: “estudios”, “ensayos”, “comentarios de jurisprudencia” y “recensiones”.

1. Materias de interés

1. Derechos fundamentales. 2. Justicia constitucional. 3. Organización política. 4. Derecho Administrativo. 5. Regulación económica. Otras disciplinas concurrentes: Derecho Tributario, Derecho Económico, Derecho Ambiental, Derecho Eléctrico, Derecho de Aguas, etcétera.

2. Perspectivas de interés

1. Dogmática jurídica. 2. Teoría del Derecho. 3. Evaluación práctica. 4. Análisis jurisprudencial. 5. Sociología jurídica. 6. Historia del Derecho. 7. Filosofía jurídica y política. 8. Otras ópticas concurrentes

3. Tipos de colaboración

1. Artículos de doctrina. 2. Monografías. 3. Ensayos. 4. Comentario de jurisprudencia. 5. Comentario de problemas jurídicos. 6. Recensiones o reseñas bibliográficas.

4. Normas para la redacción de los trabajos

1. Los trabajos deben ser inéditos y originales. Serán escritos en español, salvo que la filiación académica del autor sea diversa, en cuyo caso el manuscrito se publicará en el idioma correspondiente. No se consideran originales las traducciones al español de artículos ya publicados en otro idioma.
2. Los trabajos deberán ir encabezados con un título en español e inglés, un resumen en español e inglés de no más de ciento cincuenta palabras, y de palabras claves en ambos idiomas. Este recurso es obligatorio tratándose de estudios y ensayos.
3. El nombre del autor se indicará bajo el título. A pie de página se mencionarán el título profesional, los grados académicos y la universidad o institución a la que pertenece. En casos de tener varios grados académicos, se indicará el más alto.
4. Los manuscritos deben ser redactados en tipografía Times New Roman, tamaño 12 con interlineado de 1,5 para el texto y 10 para las notas con interlineado de 1,15, en hoja tamaño carta.

5. Referencias bibliográficas

1. Las referencias bibliográficas a pie de página serán abreviadas, con la finalidad de no abultar en demasía el texto. Se indican sólo tres elementos: autor –nombre y apellidos (EN VERSALES)–, título de la obra (*cursiva* si es libro, y “entre comillas” si es artículo), y página citada.

Ejemplo: Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, *El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo*, p. 46.

2. Las referencias jurisprudenciales se indicarán del modo que sigue: Tribunal/ (año de dictación); Rol/, considerando o párrafo citado.

Si la identidad de las partes es relevante para la identificación de la sentencia, podrá también ser agregada, a continuación de la identificación del tribunal y antes del año de dictación.

Tratándose de tribunales extranjeros o internacionales, la referencia a pie de página podrá hacerse de acuerdo al uso oficial o común de cada tribunal reconocido en la comunidad científica, como es el caso, por ejemplo, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos o del Tribunal Constitucional español.

3. La referencia completa de las obras citadas se hará al final del trabajo bajo el título Bibliografía.

Si se trata de un *libro*, se sigue el siguiente orden: AUTOR (ES), sea institución o persona (nombre en letra redonda, apellidos en VERSALES), *Título de la publicación (en cursiva)* / (Edición, si no es la primera, Lugar de publicación, Editorial, Año de publicación, vol. o vols. –sin indicar el número de páginas.

Ejemplo: Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, *El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo*, 2ª ed., Madrid, Civitas, 1983, vol. III.

Si es una traducción puede indicarse así:

Ejemplo: Philippe LE TOURNEAU, *La responsabilidad civil*, traducción de Javier Tamayo Jaramillo, Bogotá, Editorial Legis, 2004.

Si se trata de un artículo dentro de un libro: AUTOR(ES) del artículo (nombre en letra redonda, apellidos en VERSALES) / “Título del artículo” (entre comillas) / seguido de la palabra ‘en’ indicación de nombre y APELLIDOS del editor (ed.), coordinador (coord.) o director (dir.)/ *Título del libro (en cursiva)* / Número de edición, si no es la primera, Lugar de publicación, Editorial, Año de publicación.

Ejemplo: Elena VICENTE DOMINGO, “El daño”, en L. Fernando REGLERO CAMPOS (coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, 3ª ed., Madrid, Editorial Aranzadi, 2006.

Si se trata de un artículo de revista: AUTOR(ES) del artículo (nombre en letra redonda, apellidos en VERSALES) /, “Título del artículo” (en redondas y entre comillas) / seguido de la palabra ‘en’ *Nombre de la revista (en cursivas)*, año, vol. y N° (cuando corresponda) / Ciudad /Año.

Ejemplo: Andrés BERNASCONI RAMIREZ, “El carácter científico de la dogmática jurídica”, en *Revista de Derecho*, año 2, vol. XX, N° 1, Valdivia, 2007.

En cuanto a las referencias ya citadas: por regla general se identifican por apellido del autor (en versales), las dos primeras palabras de la obra, puntos suspensivos (en cursivas si es *libro* o entre comillas si es “artículo”), *op. cit.* y página, o simplemente apellido (en versales) y *op. cit.*, cuando corresponda.

Ejemplos: GONZÁLEZ PÉREZ, *El principio...*, *op. cit.*

BERNASCONI RAMIREZ, “El carácter...”, *op. cit.*, p. 35.

LE TOURNEAU, *op. cit.*

En el caso que la obra o documento citado se reitere inmediata y sucesivamente, basta con colocar *ibid.* u *op. cit.* y página, según corresponda.

Si se trata de un documento en formato electrónico: AUTOR(ES) (nombre en letra redonda, apellidos en VERSALES,) / *Título (en cursiva si es libro y entre “comillas” si es artículo)*, año de publicación / Disponible en: Dirección electrónica completa. 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 secretaria 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 quinientos ejemplares,
se terminó de imprimir en el mes de octubre de 2016
en Versión Producciones Gráficas
Santiago de Chile

